

**HACIA UN NUEVO PROCESO CIVIL COLECTIVO EN EL EJERCICIO
DE LAS ACCIONES EN DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS
CONSUMIDORES Y USUARIOS**

Carlos Varela García

Fiscal Superior de Galicia

**Ponencia de las Jornadas de ADICAE ‘Sin acción colectiva no hay
justicia para los consumidores’, 2 de octubre de 2014**

SUMARIO

Resumen

1. Introducción

1.1. Objetivos de la presente comunicación

1.2. ¿Qué se entiende por proceso colectivo?

2. Principales deficiencias en la regulación del proceso colectivo en la LEC.

3. Superación de la actual regulación procesal.

4. Hacia un nuevo modelo de proceso civil basado en las acciones de grupo.

5. Conclusión

Bibliografía

RESUMEN

La presencia de derechos colectivos e intereses difusos en nuestras sociedades es una realidad innegable. Existen carencias en nuestro sistema procesal para hacer frente a los conflictos de masa, como los referidos a intereses de los consumidores, los usuarios de servicios públicos o de los inversores y de todos aquellos que integran una comunidad de intereses compartiendo sus necesidades y sus relaciones jurídicas.

Como consecuencia de la transposición de la Directivas europeas, nuestra LEC introdujo disposiciones aplicables al proceso colectivo, utilizando para ello una técnica “esquizofrénica” o duplicada.

El proceso colectivo es un mecanismo procesal que, por motivos de economía procesal y/o eficacia ejecutoria, permite la agrupación de numerosas pretensiones jurídicas similares en una única demanda. Dicho proceso puede adoptar la forma de acción de cesación o de acción de indemnización.

A partir de 2011 la UE ha puesto en marcha un proyecto para la elaboración de un Código de Procedimientos Civiles Colectivos, con el objeto bien definido de la tutela jurisdiccional de los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos.

Algunas de las deficiencias apuntadas por documentos de la UE han sido subsanadas por la reciente Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica la legislación estatal en materia de consumidores y usuarios. Pero, como señala la doctrina, la legislación procesal española relativa a la compleja materia de los procesos colectivos está integrada por un conjunto de preceptos que no constituyen un sistema normativo sistematizado, lo que obliga a plantar una superación de esta actual regulación procesal, acudiendo incluso al Derecho comparado.

La UE ha propuesto una mejora de la regulación del marco jurídico del proceso colectivo, que debe servir para dar voz a los conflictos de la sociedad moderna, caracterizados por la supraindividualidad (“conflictos de masa”).

Los documentos de la UE del año 2013 plantean el posible establecimiento de un sistema de acciones colectivas en Europa, con el propósito de facilitar el acceso colectivo a la Justicia en relación con la violación de derechos integrados en el Derecho de la propia Unión. Se recomienda a los Estados miembros que dispongan de mecanismos de acciones colectivas residenciados en principios básicos comunes. Sería una buena ocasión para reforzar la seguridad jurídica de los consumidores introduciendo en nuestro Derecho nuevas reglas y conceptos procesales que delimitarán un proceso civil para ventilar, de manera razonable y operativa, las acciones colectivas por “daños masivos”.

El Ministerio Fiscal tendría una amplia legitimación para actuar haciendo valer los intereses difusos y colectivos en los llamados “conflictos de masa”, erigiéndose en una verdadera garantía de la actuación de la ley frente a los “abusos masa”.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Objetivos de la presente comunicación

La presencia de derechos colectivos e intereses difusos en nuestras sociedades es una realidad innegable que demanda una tutela efectiva. La demanda civil, en el ejercicio de la acción de cesación, interpuesta por la Fiscalía Superior de Galicia en el caso de la comercialización de las llamadas *participaciones preferentes*, obtuvo sentencia condenatoria, por allanamiento de la entidad bancaria, en los autos del juicio verbal 659/2012 del Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de A Coruña.

La sentencia, de fecha 3 de octubre de 2013, condena NCG BANCO S.A. a que *“cese y además se comprometa en el futuro a evitar cualquier actuación que no responda a una adecuada información suficiente, comprensible y adaptada a las circunstancias del inversor, en materia de participaciones preferentes”*. Todo ello, como consecuencia de haber sido expuestos los afectados a la misma información falsa o errónea. Lo que por parte de la Fiscalía se calificó como una práctica bancaria abusiva.

Sin embargo, la experiencia obtenida en este proceso ha puesto en evidencia las carencias de nuestro sistema procesal para hacer frente a los conflictos de masa y a la constatación evidente de que el proceso tradicional no se adecua a la defensa de los intereses supraindividuales.

Se trata de intereses de masas que comportan ofensas de masas y que colocan en contraste a grupos, categorías, clases de personas. En este punto se incluyen los intereses de los consumidores, los usuarios de servicios públicos o de los inversores y de todos aquellos que integran una comunidad de intereses compartiendo sus necesidades y sus relaciones jurídicas.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), introdujo dos años después (Ley 39/2002, de 28 de octubre) las disposiciones aplicables al proceso colectivo como consecuencia de la transposición de la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

La Directiva 98/27/CE se ha modificado en diversas ocasiones (se han añadido nuevas Directivas en el anexo). En aras de la claridad, esta Directiva fue codificada mediante la Directiva 2009/22/CE, actualmente en vigor.

Sin embargo, como ha señalado la doctrina, la técnica que se ha utilizado en la nueva LEC ha consistido en ir añadiendo a los artículos que regulan las materias procesales más afectadas por el proceso de acciones colectivas, las disposiciones específicas para estos procesos, disposiciones que unas veces son aclaraciones, otras precisiones y con frecuencia regulaciones en contra de lo que constituye el principio general. Al proceder así, la nueva LEC ha optado por una legislación “*esquizofrénica*” o duplicada y contrapuesta, una para el proceso tradicional centrado en las posiciones jurídicas individuales y en los conflictos intersubjetivos y otra para los nuevos procesos colectivos, en el que pueden resultar implicados los intereses de una colectividad formada por centenas, millares y a veces millones de personas.

En 2011, la Comisión Europea llevó a cabo una consulta pública sobre el tema “*Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso (proceso) colectivo*”. Su objetivo era, entre otros, determinar los principios jurídicos comunes del proceso colectivo y examinar su inserción en el sistema jurídico de la UE y en los ordenamientos jurídicos de sus 27 Estados miembros.

En definitiva, con este proyecto, el objetivo de la UE es el de inspirar la elaboración de un Código de Procedimientos Civiles Colectivos, que cuente con principios revisados e institutos fundamentales propios y teniendo como objeto bien definido: la tutela jurisdiccional de los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos.

1.2. ¿Qué se entiende por proceso colectivo?

En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, Al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (Estrasburgo, 11.6.2013 COM (2013), titulada “*Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo*” se define el recurso o proceso colectivo en los siguientes términos:

“El proceso colectivo es un mecanismo procesal que, por motivos de economía procesal y/o eficacia ejecutoria permite la agrupación de numerosas pretensiones jurídicas similares en una única demanda. Ese mecanismo facilita el acceso a la justicia, especialmente en los casos donde los perjuicios individuales son tan limitados que los demandantes potenciales, podrían considerar superfluo interponer una acción. Además, refuerza el poder de negociación de esos demandantes potenciales y contribuye a la administración eficaz de la justicia, evitando la multiplicación de procesos por pretensiones derivadas de una misma infracción.

Según el tipo de pretensión, el proceso colectivo puede adoptar la forma de *acción de cesación*, mediante la que se pretende el cese de la práctica contraria a Derecho, o de acción de *indemnización*, con la que se persigue la obtención de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.”

En el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo (Bruselas, 6.11.2012 COM (2012) sobre la aplicación de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, concluye:

“En cualquier caso, incluso en aquellos Estados miembros en los que *las acciones de cesación* se consideran bastante eficaces y se utilizan ampliamente, su potencial no se aprovecha plenamente debido a una serie de deficiencias señaladas en el informe. Los más importantes son: los elevados costes vinculados a este tipo de acción, la duración y la complejidad de los procedimientos, los efectos relativamente limitados de órdenes de cesación y la dificultad de garantizar su cumplimiento. Estas dificultades están incluso más presentes en las acciones de cesación que tienen una dimensión transfronteriza. “

2. PRINCIPALES DEFICIENCIAS DE LA REGULACIÓN DEL PROCESO COLECTIVO EN LA LEC

Algunas de las deficiencias apuntadas en el Informe de la Comisión (costes de la acción de cesación) han sido subsanadas por la reciente Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

En efecto, frente a lo que ocurría en la legislación procesal anterior en la que el Ministerio Fiscal sólo estaba legitimado para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios (art. 11.4 LEC), la actual Disposición adicional segunda modifica el apartado 4 del artículo 11 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y se añade un nuevo apartado 5 al artículo 11, quedando redactados de la siguiente forma:

“Apartado 4. Las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8 estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

Apartado 5. El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.”

De este modo, el Ministerio Fiscal podrá acumular a la acción de cesación las acciones de nulidad y las acciones resarcitorias en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios.

Así se dispone en el nuevo párrafo al final del artículo 53 de la TRLGDCU, que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 53. Acciones de cesación.

(...)

A cualquier acción de cesación podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la 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 de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas. De dicha acción acumulada accesoria conocerá el mismo juzgado encargado de la acción principal, la de cesación por la vía prevista en la ley procesal.

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 de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas.»

Con este planteamiento se resuelve una parte importante pero no todo el problema. El siguiente problema es la habilitación de un cauce procesal adecuado para ventilar los conflictos de masa.

El ejercicio de acciones civiles individuales en materia de preferentes, en una cuantificación superior a los 40.000 afectados (demanda de la Fiscalía Superior) planteó un verdadero reto para el sistema judicial por su evidente peligro de colapso.

Si cada órgano judicial debe conocer individualmente de cada una de estas demandas, que representan intereses compartidos por clases, categorías o grupos de personas que están en la misma situación y el que cada lesionado va a procurar la defensa de su derecho el siguiente problema, viene dado por el riesgo de resoluciones judiciales contradictorias; por el abandono a la defensa de su derecho por parte del perjudicado al que no compense el coste del litigio; por la acumulación de procesos; por los agravios comparativos en la medida en que unos afectados consiguen hacer prueba y otros no, consiguientemente unos ganan y otros pierden, a pesar de encontrarse en el mismo supuesto factico y/o jurídico. En definitiva, injusticias inaceptables e insuficiencia del sistema judicial para dar salida a estas necesidades emergentes que generan un desfase entre el carácter instrumental del proceso y las necesidades de la sociedad con el consiguiente descrédito para la justicia y su distanciamiento de la ciudadanía.

Muchos de estos problemas podrían superarse si el legislador español hubiera diseñado y regulado dentro de la LEC un proceso especial para ventilar las acciones colectivas o de grupo, a fin de encuadrarlas en una única, ordenada y sistemática regulación. A no dedicar un proceso autónomo y específico para las acciones colectivas, el jurista debe realizar una reconstrucción pieza a pieza, procediendo con la paciencia del arqueólogo, de todo el articulado en relación con las figuras de la legitimación, la

capacidad para ser parte, la intervención del Ministerio Público, los poderes procesales del juez, la acumulación de procesos, la extensión y límites subjetivos de la cosa juzgada, la prueba y, todas las cuestiones que se planteen en la ejecución de sentencia.

Tanto el *juicio verbal* como el *juicio ordinario*, habilitados para canalizar este tipo de acciones, resultan inadecuados para la tutela jurisdiccional de los intereses de masa. Están pensados para una estructura de proceso según el formato importado del derecho romano: *Ticio versus Caio*, es decir, un tipo de proceso centrado en dirimir las posiciones jurídicas individuales y los conflictos intersubjetivos. El “juicio verbal”, por ser un procedimiento abreviado no es idóneo para recibir este tipo de acciones. El otro disponible, “el juicio ordinario” revela, a poco que se sepa algo sobre la enorme complejidad de este tipo de acciones, el elevadísimo número de personas que puedan intervenir y la muy voluminosa documentación que en este tipo de procesos es preciso reunir y manejar, tampoco es un juicio adecuado para este tipo de acciones.

Ni por su estructura ni por su diseño ambos tipos de juicios son adecuados para ser el cauce procesal de los intereses colectivos que afectan a un grupo, categoría o clase de personas. En realidad, a la sociedad de masas le resulta inservible la concepción individualista con que fueron modelados los institutos procesales de peso, como la legitimación para la acción y la sustitución procesal o el alcance subjetivo de la cosa juzgada, entre otros muchos. La LEC no se escapa a esta concepción tradicional de consideración del proceso civil como un asunto entre dos partes, lo que se aplica también a los intereses colectivos.

El artículo 11.2 de la LEC permite plantear la acción de grupo tanto a las asociaciones y entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de los consumidores y usuarios como a los grupos de afectados. Esta legitimación para el ejercicio cualquier acción en defensa de los intereses difusos y colectivos de consumidores y usuarios se extiende, ahora, al MF y la de cesación a las entidades habilitadas en el art. 11.4 LEC.

La generosidad de este planteamiento no se ve correspondida posteriormente con una adecuada regulación de aspectos esenciales de la acción, en particular la admisión a trámite. No se exige evaluación por parte del tribunal de que, efectivamente, existen cuestiones comunes de hecho o de derecho que exigen un tratamiento conjunto en un único proceso.

Igualmente, la distinción entre intereses colectivos e intereses difusos (art. 15.2.3 LEC) utiliza como único criterio la determinación/indeterminación de los afectados o su facilidad/dificultad para poder identificarlos.

Sin embargo, el Derecho comparado distingue además los intereses individuales homogéneos (accidentalmente colectivos) y el criterio de la divisibilidad/indivisibilidad de la reclamación. Sin descartar tampoco el origen de la afectación de los intereses colectivos (basados en misma relación jurídica); de los intereses difusos (basados en las mismas circunstancias de hecho) y los intereses individuales homogéneos (caracterizados por su origen común) conforme al siguiente cuadro:

Intereses	Grupo	Objeto	Origen lesión
Difusos	Indeterminado	Indivisible	Situación de hecho
Colectivos	Determinado	Indivisible	Relación jurídica
Ind. homogéneos	Determinado	Divisible	Origen común

Un “derecho difuso” es transindividual e indivisible y pertenece a un grupo inidentificable de gente no relacionada previamente, vinculada solamente por circunstancias de hecho en el caso específico. Un “derecho colectivo” es también “transindividual” e “indivisible”, pero pertenece a un grupo más específico de personas relacionadas entre sí o con la parte contraria por un vínculo legal. Los “*derechos individuales homogéneos*” son derechos individuales “divisibles” con un origen común.

El derecho colectivo es definido en la ley comparada en términos semejantes a los derechos difusos. También se describe como transindividual e indivisible. La diferencia con los derechos difusos es que en lugar de un grupo constituido por personas indefinidas vinculadas solamente por circunstancias de hecho (como vivir en la misma vecindad, comprar el mismo producto, ver el mismo programa de televisión, etc.), los miembros del grupo están vinculados entre sí o están frente a la parte opuesta por una previa y común relación legal. En virtud de esta previa relación jurídica, los miembros del grupo en el caso de un derecho colectivo son más precisos en el derecho colectivo que en los derechos difusos.

En definitiva, como ha señalado la doctrina, la legislación procesal española, en esta materia tan compleja y de tanta actualidad como son los procesos colectivos, está integrada por un conjunto de preceptos que no constituyen un sistema normativo sistematizado y que ni siquiera se encuentran reunidos o alojados en un mismo pasaje de la nueva LEC, sino desperdigados o dispersos a lo largo de toda la nueva regulación del proceso declarativo y del proceso de ejecución.

3. LA SUPERACIÓN DE LA ACTUAL REGULACIÓN PROCESAL

Identificados los puntos débiles de la actual regulación del proceso colectivo, pasemos revista los mecanismos de superación, incluida una sucinta visión del Derecho comparado.

Algunos ordenamientos jurídicos, como el brasileño, han vehiculado la llamada Acción Civil Pública como instrumento legal para que el Ministerio Público pueda defender los intereses colectivos, los intereses difusos y los individuales homogéneos, en el contexto del Derecho de consumo, cuando exista relevancia social que lo justifique, lo que actúa como instrumento eficaz de superación de barreras de acceso a la jurisdicción.

En la misma línea que la Unión Europea, el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (Caracas, 28/10/2004) busca la unificación y armonización de normas entre países que poseen razonables semejanzas en términos de sistemas jurídicos. Habiendo conseguido presentar ya un texto articulado sobre este proceso modelo.

Con este trasfondo, cabe reseñar los movimientos de la Comisión Europea para promover una acción colectiva indemnizatoria a escala europea.

A estos efectos, ha barajado, en primer lugar, una introducción controlada en sectores estratégicos, para lo que, primero, lanzó una consulta en materia de Derecho de la competencia que culminó con el Libro Blanco sobre “Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, publicado en Bruselas el 2 de abril de 2008 [COM (2008) 165 final], y, segundo, otra en materia de Derecho de Consumo, presentando el 27 de noviembre de 2008 un Libro Verde sobre recurso colectivo de los consumidores [COM (2008) 794 final].

Las dudas, críticas y dificultades surgidas de este proceso y el nuevo contexto, han hecho valorar a la Comisión la posibilidad de que, quizás, sería necesario un instrumento más general y no sólo limitado a esos sectores, lo que se ha traducido en una nueva consulta: Commission Staff Work Document. Public Consultation: Towards a Coherent European Approach to Collective Redress, Bruselas, 4.2.2011 [SEC(2011)173 final].

Por su parte, el Parlamento Europeo también apoya este tipo de medidas, como manifestó en su Resolución sobre el Libro Verde sobre los servicios financieros al por menor en el mercado único (A6-0187/2008).

En el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo (Bruselas, 6.11.2012 COM (2012) sobre la aplicación de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento

Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, considera que:

“A pesar de sus limitaciones, la mayoría de las partes interesadas y de los expertos consideran que las acciones de cesación son una herramienta útil con un potencial considerable si se resuelven las deficiencias detectadas”.

Puntualizando además: *“La eficacia desigual de las acciones de cesación en los distintos Estados miembros se debe en gran medida a las diferencias en la forma en que los Estados miembros han incorporado la Directiva a su ordenamiento jurídico y a las diferencias en su Derecho sustantivo y procesal”.*

Por último, *“...varias partes interesadas, incluidas las autoridades públicas de algunos Estados miembros, declararon que debería adoptarse a escala europea un mecanismo de recurso (proceso) colectivo de los consumidores y, en su caso, de introducir mejoras en las acciones de cesación”.*

Así pues, la mejora de la regulación del marco jurídico del proceso colectivo que se propone por la Unión Europea debe servir para dar voz a los conflictos de la sociedad moderna, que no se ajustan a los modelos tradicionales, caracterizados por la transindividualidad, en donde ante demandas masivas no es posible imaginar que personas en posiciones equivalentes reciban tratamiento jurídico diferente.

Un renovado proceso colectivo, dotado de mecanismos procesales eficientes, debiera servir así para racionalizar la respuesta judicial, optimizando los medios para una resolución cohesionada, rápida, útil, económica, ecuatoria y portadora de seguridad jurídica en el tratamiento de los *“conflictos de masa”*.

En nuestro sistema procesal civil todavía nos encontramos muy distantes de la introducción de mecanismos similares (v.g. Acción Civil Pública) a los que se han adoptado en otras legislaciones para la defensa de los intereses supraindividuales (colectivos y difusos); es decir los que corresponden a un número indeterminado de personas que no se encuentran organizadas formalmente y cuyos intereses socialmente relevantes pueden ser representados en juicio por la acción del Ministerio Fiscal, en cuestiones relativas a la protección de los consumidores.

La introducción de las acciones colectivas en el sistema legal brasileño fue difícil e incierta. Algunos juristas conservadores y jueces, educados en principios ortodoxos y dogmáticos de la ciencia del Derecho, no entendieron los nuevos conceptos del litigio colectivo o bien se opusieron ideológicamente a él.

Como era de esperar, el cambio profundo que implicaba la introducción de la acción colectiva en un país de tradición de Derecho civil, requirió de toda una generación para establecer el litigio colectivo en forma estable en la sociedad y el sistema principió a operar poco a poco. Sin embargo, las expectativas fueron superadas y en pocos años la comunidad legal maduró el nuevo sistema, utilizándose la protección de los derechos de grupo.

Para responder a una creciente preocupación que afectaba los intereses de los grupos, meras adaptaciones no fueron suficientes: fue necesario superar viejos dogmas y

construir un nuevo sistema de Derecho sustantivo y procesal que fueran capaces de responder a las necesidades de la nueva sociedad de masas.

3.1 Un nuevo modelo de proceso civil basado en las acciones de grupo

Para que los tribunales puedan proteger los derechos de un grupo de afectados y aplicar al mismo tiempo una acción colectiva que sea al mismo tiempo efectiva y que encaje en las peculiaridades del Derecho civil, es necesario abandonar los principios ortodoxos e individualistas del procedimiento civil clásico. Veamos:

Cosa juzgada

Los principios tradicionales de la cosa juzgada en el litigio individual son un serio obstáculo para trasplantarlos a las acciones colectivas en la tradición del sistema de Derecho civil. Es un principio bien establecido en el procedimiento civil que la cosa juzgada solamente obliga a las partes y no puede beneficiar ni perjudicar a terceros.

El carácter *erga omnes* (contra todos los miembros del grupo) de la cosa juzgada es un aspecto esencial de la acción colectiva. Una sentencia limitada a las partes presentes en el tribunal (actor, demandado, interventores, etc.) acaba con la esencia fundamental del procedimiento de la acción colectiva. Para que ésta pueda existir debe involucrar los intereses de los miembros ausentes del grupo y la sentencia debe tener efectos obligatorios *ultra partes* (más allá de las partes). La futura ley deberá establecer que la sentencia tendrá efectos obligatorios respecto a todos los miembros del grupo, pero sin perjudicar sus derechos individuales.

¿Qué significa esto? En términos simples significa:

a) Si la acción colectiva es decidida a favor del grupo, todos los miembros ausentes se benefician del fallo.

b) Si la acción colectiva se decide contra el grupo, sus miembros no están obligados y pueden aún defender sus derechos individuales ante los tribunales. Sin embargo, no puede ser promovida otra acción colectiva repitiendo la misma petición.

Si el grupo pierde, su derecho muere y no puede volver a repetir la acción colectiva. En este sentido la sentencia es obligatoria para el grupo sea o no favorable. Sin embargo, los derechos individuales no prescriben y los miembros mantienen la oportunidad de demandar individualmente.

Si la acción colectiva fracasa el grupo ya no puede intentar otra nueva acción, sin embargo, los miembros del grupo no están impedidos de reclamar por sus daños

individuales. Solamente beneficios de la sentencia colectiva pueden ser extendidos a los miembros ausentes.

Esta extensión se llama por los juristas del sistema de Derecho civil *in utilibus*, del latín útil. También es llamada *secundum eventum* litis, porque depende del resultado del litigio.

Si la acción colectiva se falla en contra del demandado, debido a insuficiencia de pruebas no habrá cosa juzgada incluso para otra nueva acción de grupo. La protección del mismo derecho transindividual puede repetirse con nuevas pruebas.

En su Recomendación a los Estados miembros de 11 de junio de 2013, la Comisión Europea se pronuncia sobre las especialidades imputables a las acciones indemnizatorias. Una de las notas más destacables es precisamente la clara opción a favor del opt-in que efectúa la Comisión europea.

Éste se presenta como mecanismo general de cara a la configuración del colectivo en cuyo beneficio se está litigando y, por tanto, que se verá afectado por el resultado del proceso: será necesaria pues la declaración de voluntad del sujeto afectado – expresa- para que se le considere miembro de la clase demandante y para que le afecte la eficacia de la resolución final.

Si bien, excepcionalmente, se deja abierta la puerta al opt- out, esto es, todo sujeto que se pueda considerar afectado por el comportamiento dañoso, queda vinculado por el resultado final del proceso salvo que decida auto excluirse a priori en el período de tiempo arbitrado para ello. La viabilidad del opt- out se ciñe a supuestos en los que así lo avale una disposición legal o una resolución judicial y siempre en aras de la buena administración judicial – cláusula abierta y por tanto, interpretable y moldeable.

Litispendencia

Un concepto final esencial para entender la acción colectiva es la litispendencia. Sus reglas revelan la importancia que el legislador dio a los derechos individuales de promover su demanda independientemente de la acción colectiva.

Dos clases de litispendencia existen en la acción colectiva: la que existe entre dos acciones colectivas idénticas y la que se da entre una acción individual y otra de grupo.

La primera es la verdadera litispendencia y ocurre cuando el mismo procedimiento beneficia al mismo grupo y se apoya en la misma causa y es promovida en dos o más acciones colectivas. El tribunal aplica la regla tradicional del sistema de Derecho civil; la primera acción que se somete ante los tribunales tiene primacía y las siguientes se desechan.

La segunda clase de litispendencia se da porque hay casos en que la acción colectiva involucra la misma controversia que algunas acciones individuales de los miembros del grupo. Una acción colectiva se cruza con una acción individual. Puede ser pensada

como una litispendencia parcial si se considera que la acción individual está comprendida en la acción colectiva.

Sin embargo, si en el juicio individual el demandado notifica al actor que existe una acción colectiva le obliga a que tome una decisión. El demandante tiene un plazo (v.g. treinta días) para decidir:

a) continuar con su juicio individual ignorando la acción colectiva. En este caso no será beneficiado del resultado de ésta aunque le favorezca.

b) requerir una espera en su procedimiento individual. En este caso si la acción colectiva le es favorable, el miembro también se beneficia de los efectos de cosa juzgada. Pero si fracasa el miembro individual no estará obligado por la sentencia desfavorable y puede continuar con su juicio.

En resumen, las acciones y procesos colectivos no sólo benefician a los que han visto vulnerados sus derechos y que individualmente no pueden acceder a la Justicia, sino también al Poder Judicial cuya actuación podría ser más eficiente y fluida en términos de economía y efectividad procesal, al no tener que dictar una sentencia por cada proceso abierto con miles de demandas similares o idénticas, como está ocurriendo actualmente en el caso de las participaciones preferentes.

6. CONCLUSIÓN

El 11 de junio de 2013 la Comisión Europea hacía público, una Recomendación a los Estados miembro sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización, así como una Comunicación asociada. (COM (2013) 401 final).

A ambos documentos se les sumaba una propuesta de Directiva relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

En estos documentos se plantea el posible establecimiento de un sistema de acciones colectivas en Europa, con el propósito declarado por la Recomendación no es otro que facilitar el acceso colectivo a la justicia en relación con la violación de derechos integrados en el Derecho de la Unión.

Para lograr tal fin se recomienda que todos los Estados miembro dispongan de mecanismos de acciones colectivas y que éstos se residencien en una serie de principios básicos comunes que respeten las distintas tradiciones jurídicas nacionales y que a su vez dispongan de mecanismos de salvaguardia que eviten un recurso excesivo a la vía judicial para solventar tales violaciones de derechos.

La Recomendación aboga por plantear estos mecanismos de protección para los ciudadanos de la Unión Europea con especial hincapié en campos como los de protección de los consumidores, Derecho de la competencia, protección del medioambiente, protección de datos personales, así como en materia de servicios financieros y protección de inversores.

Sin embargo esta enumeración no ha de ser interpretada como un *numerus clausus*, puesto que la propia Recomendación deja expedito el camino “a cualesquiera otros ámbitos en los que las demandas colectivas de cesación o de indemnización por daños y perjuicios derivados de la violación de derechos reconocidos por el Derecho de la Unión sean pertinentes”.

Sería una buena ocasión para reforzar la seguridad jurídica de los consumidores, introduciendo en nuestro Derecho nuevas reglas y conceptos procesales que delimitarán un proceso civil para ventilar de manera razonable y operativa las acciones colectivas por “daños masivos”.

El Ministerio Fiscal tendría una amplia legitimación para actuar haciendo valer los intereses difusos y colectivos en los llamados “conflictos de masa”, erigiéndose en una verdadera garantía de la actuación de la ley frente a los “abusos masa” que se producen en las relaciones económicas globales y que no pueden ser dilucidados según el tradicional esquema *Ticio versus Caio*, propio del proceso civil actual.

BIBLIOGRAFÍA

- Marta Otero Crespo. “Las acciones colectivas en Europa: ¿Un paso adelante?” <http://revistas.usc.es/boletincede>
- Laura Carballo Piñeiro. “Cleveland vs. Wall Street” proyectodecine.files.wordpress.com/2011/07/cleveland-vs-wall-street.pdf
-
- José Luis Vázquez Sotelo. “La tutela de los intereses colectivos y difusos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española”. Actualidad Civil nº 16. Año 2011.
- Antonio Gidi. “Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil”. biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.