

LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LAS ACCIONES COLECTIVAS

Sergi Corominas Bach

Per citar o enllaçar aquest document:
Para citar o enlazar este documento:
Use this url to cite or link to this publication:
<http://hdl.handle.net/10803/361116>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



UNIVERSITAT DE GIRONA

TESIS DOCTORAL

LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LAS ACCIONES COLECTIVAS

Sergi Corominas Bach

2015



UNIVERISTAT DE GIRONA

TESIS DOCTORAL

LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LAS ACCIONES COLECTIVAS

SERGI COROMINAS BACH

2015

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO, ECONOMÍA Y EMPRESA (IU)

Proceso judicial y medios complementarios

Dirigida por:

Teresa Armenta Deu, Susana Oromí Vall-Ilovera y Sílvia Pereira Puigvert

Tutora: Teresa Armenta Deu

Memoria presentada para optar al título de doctor por la Universidad de Girona

ABREVIATURAS

AA	Autos
AA VV	Autores Varios
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AC	Aranzadi Civil
AJA	Actualidad Jurídica Ambiental
Art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
Cap.	Capítulo
<i>Cass.</i>	<i>Corte di cassazione</i>
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCom	Código de Comercio
c. cons.	<i>Códice del Consumo</i>
CDC	Código de Defensa del Consumidor brasileño
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
<i>CIE</i>	<i>Contratto e impresa</i>
<i>C. J. Q.</i>	<i>Civil Justice Quarterly</i>
<i>civ.</i>	<i>Civile</i>
<i>CMLRev</i>	<i>Common Market Law Review</i>
<i>comm.</i>	<i>Comentata</i>
<i>Comp.</i>	<i>Comparato</i>
coord. (coords.)	Coordinador(es)
<i>Corte cost.</i>	<i>Corte costituzionale</i>
CPC	<i>Codice di procedura civile</i>
<i>Danno e Resp.</i>	<i>Danno e responsabilità</i>
dir. (dirs.)	Director(es)
<i>Dir.</i>	<i>Diritto</i>
disp. adic.	Disposición adicional
disp. derog.	Disposición derogatoria
disp. trans.	Disposición transitoria
DO	Diario Oficial
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
<i>ECLR</i>	<i>European Competition Law Review</i>
ed.	Edición
<i>Enc giur</i>	<i>Enciclopedia giuridica</i>
FJ	Fundamento jurídico
<i>Foro it.</i>	<i>Foro italiano</i>
FRCP	<i>Federal Rules of Civil Procedure</i>
<i>Giornale dir. amm.</i>	<i>Giornale di diritto amministrativo</i>
<i>Giur. It.</i>	<i>Giurisprudenza italiana</i>
<i>Giusto proc. Civ.</i>	<i>Giusto processo civile</i>
hom.	Homenaje
ÍDEM (ID.)	El mismo
<i>Inc.</i>	Corporación
<i>J.</i>	<i>Journal</i>
JPI (JJPI)	Juzgado(s) de Primera Instancia
LACP	Ley de Acción Civil Pública brasileña
LCD	Ley de Competencia Desleal

LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGDCU	Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios
LGPu	Ley General de Publicidad
<i>L.J</i>	<i>Law Journal</i>
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LMa	Ley de Marcas
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
<i>L. Rev.</i>	<i>Law Review</i>
<i>Ltd.</i>	<i>Limited</i>
MF	Ministerio Fiscal
op. cit.	Obra citada
op. col.	Obra colectiva
Org.	Organizador
p. (pp.)	Página(s)
<i>Quest. Crim.</i>	<i>Questione criminale</i>
<i>Rass. Dir. Civ.</i>	<i>Rassegna di diritto civile</i>
RD	Real Decreto
RDleg	Real Decreto legislativo
RDProc	Revista de Derecho Procesal
<i>Resp. civ.</i>	<i>Responsabilità civile</i>
<i>Resp. civ. e. prev.</i>	<i>Responsabilità civile e previdenza</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue Internationale de Droit Comparé</i>
<i>Riv. dir. Proc.</i>	<i>Rivista di diritto processuale</i>
<i>Riv.trim.dir.proc.</i>	<i>Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile</i>
<i>Riv. trim. Dir. e proc. civ.</i>	<i>Rivista trimestrale di diritto e procedura civile</i>
<i>RTDPC</i>	<i>Rivista trimestrale del diritto e procedura civile</i>
S. (SS.)	Sentencia(s)
ss.	Siguientes
SAP	Sentencia(s) de la Audiencia Provincial
SJPI	Sentencia(s) del Juzgado de Primera Instancia
STC (SSTC)	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
STJUE (SSTJUE)	Sentencia(s) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS (SSTS)	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
STSJ (SSTSJ)	Sentencia(s) del Tribunal Superior de Justicia
t.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Tít.	Título
<i>Transnat.</i>	<i>Transational</i>
Trib.	Tribunal
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
Univ.	Universidad
<i>U.S</i>	<i>United States</i>
Vol.	Volumen
<i>ZZP-Int</i>	<i>Zeitschrift für Zivilprozess international</i>
<i>ZEuP</i>	<i>Zeitschrift für europäisches Privatrecht</i>



Las Dras. Teresa Armenta Deu, Susana Oromí Vall-llovera y Sílvia Pereira Puigvert de la Universitat de Girona,

DECLARAMOS:

Que el trabajo titulado: *Las legitimación activa en las acciones colectivas*, que presenta Sergi Corominas Bach para la obtención del título de doctor, ha esta realizado bajo nuestra dirección y que cumple los requisitos para poder optar a Mención Internacional.

Y, para que así conste y tenga los efectos oportunos, firmamos este documento.

Girona, 19 de marzo de 2015

Als meus pares,
per ensenyar-me a viure.

AGRADECIMIENTOS

Aquellos que me conocen sabrán de mi obsesión por no querer describir aquello simplemente indescriptible y, sin duda alguna, el agradecimiento que siento hacia mis directoras es de esta índole, por lo que sólo diré:

Dra. Teresa Armenta Deu, Dra. Susana Oromí Vall-llovera y Dra. Sílvia Pereira Puigvert, espero poder alguna vez compensarles toda la ayuda que he recibido, tanto académica como personalmente.

Asimismo, guardo un gran cariño y respeto por los profesores Fernando Gascón Inchausti y Elisabetta Silvestri a quienes, sin duda alguna, pertenece también este trabajo.

A mis compañeros de Área por todos los momentos compartidos y a ti, Carles, quien, más que un compañero de batallas, te considero un buen amigo: muchas gracias.

Las últimas palabras deberían ir dirigidas a mi familia pero, sinceramente, no las tengo.

Únicamente sé que sin cada uno de vosotros, esto no hubiera sido nunca posible.

Índice

RESUMEN	12
METODOLOGÍA Y OBJETIVOS	13
DISCUSIÓN.....	14
RESULTADOS	15
Introducción	16
Capítulo I: Naturaleza y clasificación de los intereses en las acciones colectivas.....	22
1. La naturaleza de los intereses colectivos	22
2. Los intereses colectivos: la titularidad como criterio de distinción.....	24
Capítulo II: Intereses en las acciones colectivas: intereses propiamente grupales e intereses pluriindividuales homogéneos	32
1. Intereses propiamente grupales	32
1.1. Concepto	32
1.2. Características de los intereses propiamente grupales	35
1.3. Ejemplos	42
1.4. Modalidad de tutela de la afectación de los intereses propiamente grupales.....	47
1.4.1. Ejercicio de la acción colectiva de cesación	48
1.4.2. La acción restauradora	58
1.4.3. Petitum: pretensiones que se pueden ejercitar.....	66
2. Intereses pluriindividuales homogéneos	73
2.1. Concepto	73
2.2. Características de los intereses pluriindividuales homogéneos	73
2.3. Ejemplos	76
2.4. Modalidades de tutela de la afectación de los intereses pluriindividuales homogéneos.....	80
2.4.1. La tipología de daños y su respectiva tutela	80
2.4.2. Elementos esenciales de la tutela de los intereses pluriindividuales homogéneos.....	83
2.4.3. Fundamento de la tutela colectiva de los intereses pluriindividuales homogéneos.....	85
2.4.4. Requisitos para una tutela colectiva indemnizatoria	100
Capítulo III: La legitimación en las acciones colectivas	114

1.	La legitimación en el proceso civil: conceptos fundamentales	114
2.	De la legitimación individual a la legitimación colectiva: el interés legítimo.....	121
3.	La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas: tipología y modelos	124
3.1.	El tratamiento conjunto de dos tipos diferentes de legitimación.....	125
3.2.	Legitimación en las acciones colectivas de cesación como tutela de los intereses propriadamente grupales: una legitimación ordinaria <i>sui generis</i>	127
3.3.	Legitimación en las acciones colectivas de indemnización como tutela de los intereses pluriindividuales homogéneos: una legitimación extraordinaria.....	133
3.4.	Legitimación y cosa juzgada: una relación intrínseca en las acciones colectivas.	135
3.4.1.	Modelo inclusivo, de participación voluntaria u opt-in	136
3.4.2.	Modelo exclusivo o de opt-out	138
4.	La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en España.....	139
4.1.	Normativa sobre legitimación para el ejercicio de las diferentes acciones colectivas.....	140
4.2.	Modelo de acciones colectivas: un <i>opt-out</i> sin posibilidad de reserva de la pretensión	147
4.3.	Entidades legitimadas para el ejercicio de la acción colectiva de cesación e indemnización (de forma separada o conjunta).	151
4.3.1.	Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios	151
4.3.2.	El Ministerio Fiscal.....	171
4.3.3.	Los grupos de afectados.....	174
4.4.	Entidades legitimadas exclusivamente para el ejercicio de la acción colectiva de cesación.....	177
4.4.1.	El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.....	177
4.4.2.	Las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea	179
4.5.	Particularidades de la legitimación en las materias sectoriales.....	181
4.5.1.	Condiciones generales de la contratación	181
4.5.2.	Competencia desleal y publicidad	184
4.6.	La financiación de las acciones colectivas en España.....	187
4.7.	Precisiones finales: la falta de legitimación del consumidor individual para el ejercicio de la acción colectiva de cesación	194
5.	La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en otras experiencias de Derecho Comparado	196
5.1.	La experiencia italiana.....	197
5.1.1.	La legitimación para el ejercicio de la acción colectiva de cesación	199

5.1.2.	La legitimación para el ejercicio de la acción colectiva de indemnización (azione di classe)	207
5.1.3.	La financiación para el ejercicio de las acciones colectivas en Italia.....	215
5.2.	La perspectiva comunitaria: la Unión Europea	217
5.2.1.	La legitimación en las acciones colectivas de cesación: la Directiva 98/27/CE...	218
5.2.2.	La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas de indemnización: Recomendación de la Comisión Europea de 10 de junio de 2013.....	221
5.2.3.	Financiación de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico comunitario	222
5.3.	Las <i>class actions</i> norteamericanas	224
5.3.1.	La Rule 23 de las Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)	227
5.3.2.	Características propias de las class actions como sistema de tutela colectiva	234
5.3.3.	Aspectos importantes del sistema procesal norteamericano que inciden en las class actions.....	239
5.4.	La tutela colectiva en Brasil.....	244
5.4.1.	La regulación del sistema de acciones colectivas brasileño.....	245
5.4.2.	Un sistema de tutela colectiva diferente	248
5.4.3.	Tipología de intereses en las acciones colectivas brasileñas	251
5.4.4.	Legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas.....	252
5.4.5.	Costas y financiación en las acciones colectivas brasileñas	258
Capítulo IV: Un modelo de legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español teniendo en cuenta la experiencia italiana		260
1.	Cuestiones previas	261
1.1.	La necesidad de reconocer legitimación a los mismos entes para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación e indemnización.....	262
1.2.	La imprescindible perspectiva económica para el establecimiento de un sistema de acciones colectivas: el caso finlandés.	265
1.3.	<i>Class actions</i> a la Europea: una adopción sumamente compleja	269
2.	Sistema de acciones colectivas: <i>Opt-in vs. Opt-out</i>	276
3.	Sujetos legitimados	286
3.1.	Los consumidores y usuarios afectados.....	287
3.1.1.	La legitimación a un único miembro del colectivo.....	287
3.1.2.	La legitimación al grupo de afectados.....	288
3.2.	Entes estatutaria o institucionalmente representativos.....	290
3.2.1.	Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios	291

3.2.2. El Ministerio Fiscal.....	292
3.2.3. Los organismos y entidades públicas	293
3.3. Breve síntesis.....	293
4. La certificación como control del cumplimiento de los requisitos de legitimación en las acciones colectivas	294
5. Financiación de las acciones colectivas.....	295
Conclusiones.....	302
Índice de jurisprudencia por materias	309
Bibliografía	324
Webgrafía	361
Anexo: Conclusiones (versión inglesa).....	362

RESUMEN

La presente tesis doctoral se orienta al estudio de la legitimación activa en las acciones colectivas como institución procesal para la tutela de los intereses colectivos jurídicamente protegidos. Empezando con la naturaleza, clases, características y modalidades de tutela de los intereses colectivos, este trabajo de investigación se centra en el análisis de los entes y sujetos legitimados para el ejercicio de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español, junto con un estudio comparado de los sistemas existentes en Italia, Estados Unidos y Brasil, con la finalidad de establecer un modelo de legitimación para el adecuado y eficaz ejercicio de las acciones colectivas en España. En este sentido, se tratan cuestiones directamente relacionadas con la legitimación, tales como la financiación, la *certification* o los diferentes sistemas de acciones colectivas, son olvidar la ineludible perspectiva económica.

ABSTRACT

This doctoral thesis is orientated towards the study of standing in collective actions, which are a procedural remedy for the damages caused to legally-protected and collective interests. Beginning with the nature, types, characteristics and methods of redress for interests of this kind, the present research work focuses on the analysis of the subjects entitled to bring a collective action in the Spanish legal framework, together with a comparative study of the Italian, American and Brazilian systems, so as to establish a model of standing to bring a collective action in Spain, both adequate and efficiently. In that sense, directly linked aspects such as funding, the certification or the different systems of collective actions are treated, without neglecting the unavoidable economic perspective.

RESUM

La present tesis doctoral està orientada al estudi de la legitimació activa en les accions col·lectives com institució processal per a la tutela dels interessos col·lectius jurídicament protegits. Començant amb la naturalesa, classes, característiques i modalitats de tutela dels interessos col·lectius, aquesta treball d'investigació es centra en l'anàlisi dels subjectes i entitats legitimades per a l'exercici de les accions col·lectives a l'ordenament jurídic espanyol juntament amb un estudi comparat dels sistemes existents a Itàlia, Estats Units i Brasil, amb la finalitat d'establir un model de legitimació per l'adequat i eficaç exercici de les accions col·lectives a Espanya. En aquest sentit, es tracten qüestions directament relacionades amb la legitimació, com ara el finançament, la *certification* o els diferents sistemes d'accions col·lectives, sense oblidar la ineludible perspectiva econòmica.

METODOLOGÍA Y OBJETIVOS

La metodología investigadora ha seguido las líneas generales de todo análisis jurídico de esta magnitud:

- En primer lugar, se ha analizado toda la doctrina científica española publicada en esta materia para extraer los problemas doctrinales que se plantean en relación a la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en nuestro ordenamiento jurídico.
- Paralelamente, se ha realizado una investigación de la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y Audiencias Provinciales, junto con aquellas sentencias de los Juzgados de Primera Instancia que destacaban por su carácter innovador. El objetivo era sistematizar la concepción de la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español desde el punto de vista de la práctica de nuestros Tribunales para poder compararla, posteriormente, a las diferentes posiciones doctrinales y detectar los problemas de encaje de estas últimas con los supuestos concretos analizados. Para llevar a cabo dicha tarea, estuve todo mes de marzo de 2014 en la Universidad Complutense de Madrid bajo la supervisión y tutela del Dr. Gascón Inchausti, experto español e internacional en esta materia.
- Una vez completo este análisis sobre la legitimación en las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español, se siguió la misma metodología investigadora descrita anteriormente con la finalidad de hacer un estudio de Derecho comparado con el sistema italiano de acciones colectivas. Por esta misma razón, realicé de una estancia de investigación en la Universidad de Pavía desde el 1 de julio de 2014 hasta el 1 de octubre del mismo año, bajo la tutela de la Dra. Silvestri, referente italiana, europea e internacional en cuanto a acciones colectivas. Más allá de pretender la mención internacional de la presente tesis doctoral, con esta perspectiva comparada busqué sacar a la luz tanto ulteriores problemas como posibles soluciones a las cuestiones detectadas en cuanto a la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en España, con la finalidad última de establecer un modelo de legitimación para mi país natal.
- Sin embargo, la investigación apuntada desveló que un estudio de ésta índole debía tener en cuenta otros sistemas de acciones colectivas existentes para adquirir mayor

solidez. Por ende y siguiendo en todo momento la misma metodología descrita, empecé por la regulación del *collective redress* de la Unión Europea, en cuanto la protección de los consumidores y usuarios es una competencia nacional cedida por los Estados Miembros a este ente supranacional, lo que permitió al Parlamento Europeo y al Consejo aprobar 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 y a la Comisión Europea aprobar la reciente Recomendación de 10 de junio de 2013 sobre el recurso colectivo europeo. Seguí con el análisis jurídico-económico de la regulación de la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en el ordenamiento estadounidense, no tan solo por tratarse de un sistema de *common law*, sino especialmente porque el concepto de acción colectiva para la tutela de estos intereses tiene su origen en las *class actions* americanas, institución que la mayoría de veces la doctrina ha tratado de modo fraccionado o excesivamente limitado al Derecho. Y, por último, Brasil se presentaba como un ejemplo aparentemente eficaz de la adopción de las *class actions* norteamericanas en un sistema de *civil law*, resultando obligado su estudio.

- Todo lo analizado me ha permitido culminar la presente tesis con una propuesta de modelo legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en España, en el que, no tan solo se determinan qué entes deberían estar legitimados, sino también todos aquellos aspectos relacionados que pueden incidir directamente en su efectividad.

DISCUSIÓN

Los temas discutidos giran en cómo resolver las problemáticas surgidas torno a la legitimación activa los supuestos de tutela colectiva cuando acaece un daño que afecta a un colectivo. En líneas generales y una vez examinados los intereses dignos de protección, se ha debatido sobre tanto el tipo de legitimación que presentan los diferentes intereses colectivos en relación a su titularidad, como cuáles deberían ser los entes y sujetos legitimados para el ejercicio de las distintas acciones colectivas, considerando también la financiación, la actitud de los afectados y su combinación con los diferentes modelos de tutela colectiva. Del mismo modo, se ha incidido en la naturaleza de este tipo de intereses en comparación con los intereses generales e individuales, proponiendo, además, un cambio en se criterio de distinción tradicional.

RESULTADOS

Entre los resultados delineados a modo de conclusión en el apartado respectivo, vale la pena resaltar que un sistema europeo-continental de acciones colectivas no será nunca efectivo sin una financiación adecuada y un *humus cultural* propicio de jueces, fiscales, abogados y ciudadanos, con independencia de que se realice una correcta previsión legal de los entes legitimados para el ejercicio de este tipo de acciones. La eficacia del posible modelo a adoptar en España dependerá, por ende, del derecho sustantivo y procesal en el que se pretenda la inclusión de las acciones colectivas, junto con elementos ideológicos, culturales, políticos, filosóficos y, sobretodo, económicos.

Introducción

Para determinar un sistema de legitimación en el ejercicio de las acciones colectivas, surge la necesidad de partir de la teoría de la acción, ya que su evolución ha puesto de manifiesto la necesidad de establecer un sistema de legitimación específico en la tutela colectiva, diferente de la *legitimatío ad causam* característica del proceso civil. Por ende, cabe retroceder hasta el Estado liberal mínimo de inicios del siglo XIX, dónde los Tribunales tenían una función completamente residual y la acción era entendida como un sub-derecho del derecho subjetivo que formaba, a su vez, parte de la propiedad privada. En este sentido, el derecho de acceso a la jurisdicción era un derecho natural, previo al Estado y que, por consiguiente, no requería protección alguna por parte de este¹.

No obstante, esta concepción formalista cambió a finales del siglo XIX, cuando autores como WACH, KLEIN y CHIOVENDA empiezan a hablar de la acción como derecho público del ciudadano frente al Estado². Siguiendo con esta idea, aunque ya en el siglo XX, el Neoconstitucionalismo reconoció el derecho a buscar la protección jurisdiccional de los derechos sustantivos como garantía fundamental de los diferentes Estados constitucionales³. Esto es el derecho a la acción se convirtió en sinónimo del derecho de acceso a la justicia para favorecer la protección judicial efectiva y equitativa de los derechos sustantivos⁴.

En este sentido, podemos afirmar que el advenimiento del Estado Social de Derecho conllevó un cambio significativo en un sistema procesal que se había construido en base a las relaciones jurídicas individuales que caracterizaban el Estado Liberal previo⁵. Estos rasgos definitorios

¹ CAPPELLETTI, M., *Acces to justice: A world survey*, Giuffrè, Milan, Vol. 1, 1978, pp. 3-125.

² WACH, A., *La pretensión de declaración, un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, cap. II, pp. 39 y ss.; KLEIN, F., "Pro Futuro". *Betrachtungen über Probleme der Civilprozeßreform in Österreich*, Wien, 1891, p. 39; y CHIOVENDA, J., *Principios de Derecho procesal civil*, Editorial Reus, Madrid, 1922, parte 1ª, p. 61 (véase también del mismo autor: *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. I., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, parte 1ª, p. 26 y *Saggi di Diritto processuale civile (1900-1930)*, vol. I, Roma, 1930, Società Editrice "Foro Italiano", núm. 8, p. 17).

³ FERRAJOLI, L., *Pasado y futuro del estado de derecho* en CARBONELL, M. (editor), *Neoconstitucionalismos*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 13-30.

⁴ BUJOSA VADELL, L. M., *El acceso a la justicia de los consumidores y usuarios*, en *Derechos de los consumidores y usuarios: (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)* / coord. por Luz María García García; Alicia de León Arce (dir.), Vol. 2, 2007, ISBN 84-8456-687-0, pp. 1709-1849 y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *Comercio electrónico y "acceso de los consumidores a la Justicia"*, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, ISSN 1132-0257, Nº 571, 2003, pp. 5-8.

⁵ Sobre la formación histórica del Estado de Derecho o *Rechtsstaat*, cabe destacar las aportaciones de Immanuel Kant alrededor de la idea de libertad, con las distintas acepciones que utiliza (KANT, I., *Ueber den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, eb Kans

eran: el carácter neutro del Estado, en cuanto deja el libre juego de los intereses económicos (*laissez faire*⁶); la apoliticidad en el sentido que el Estado no persigue principios propios; y el individualismo imperante⁷. Sin embargo, las exigencias de libertad e igualdad de los sectores sociales y económicamente más deprimidos, junto con las nuevas condiciones en las que se desarrolla el capitalismo avanzado propiciaron la aparición del Estado Social de Derecho (*sozialer Rechtsstaat*)⁸.

El carácter social propició que el Estado pasara de ser un mero observador a un garante de los derechos básicos de los ciudadanos⁹. En este sentido, se vio que el ejercicio de la libertad no es posible si su establecimiento y garantías formales no van acompañado de unas condiciones esenciales mínimas (*Daseinsvorsorge*¹⁰). GARCÍA-PELAYO considera que éstas incluyen: “el

gesammelte Schriften, ed. a cargo de la Preussische Akademie der Wissenschaften, Berlín, 1969. Vol. III; *Zum ewigen Frieden*, en *Kants gesammelte Schriften*, Hrsg. Von der Königlich-Preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin, 1902-. Bd I: 341-386; y *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg, por Friedrich Nicolovius, 1797; además de los siguientes autores de estudio del mismo: BOBBIO, N., *Kant e le due libertà*, en su vol. *Da Hobbes a Marx*, Morano, Napoli, 3ª ed., 1974, pp. 147 y ss. y *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, ed. A cargo de G. Sciorati, Giappichelli, Torino, 1969, pp. 229 y ss.; o VON GIERKE, O., *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Scientia, Aalen, 1981, pp. 304 y ss., entre otros.

⁶ Doctrina económica basada en una intervención mínima o nula del Estado en la economía y los negocios y defendida por el liberalismo económico originado en el siglo XVIII (QUESNAY, F., *Le Tableau Economique*, en *François Quesnay et la Physiocratie*, Salleron, París, 1958).

⁷ En base a la teoría del Estado de Derecho forjada por MAYER, THOMAS, GERBER, LABAND y JELLINE, cuya expresión más perfecta es la obra de KELSEN y cuyas características fueron desarrolladas por: PREUSS, U. K., *Nachträge zur Theorie des Rechtsstaats*, en THOHIDIPUR, M., *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Frankfurt, 1978, vol. I, pp.82 y, en España, PÉREZ ROYO, J., *El proyecto de constitución del Derecho público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX*, en *REP*, 1978, n.1, pp. 67 y ss.

⁸ Tal y como expone NEUMAN, F., *Rechtsstaat, Gewaltenteilung und Sozialismus*, en la op. col. *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Suhrkamp, 1978, vol. I, p. 122 y, como uno de los mejores teóricos, HELLER, H., *Rechtsstaat oder Diktatur?*, en la op. col. *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Suhrkamp, 1978, vol. I, p. 165. Dicho esto, cabe decir que a partir del Estado Social de Derecho, la doctrina germana presenta una polarización entre aquellos que consideran que la dimensión social restó vacía a partir de la separación entre la Constitución como forma jurídica del Estado y el funcionamiento político del poder (SCHMITT, *Verfassungslehre*, Duncker & Humboldt, München-Lepizig, 1928, pp. 169 y ss. y FORSTHOFF, E., *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, en su *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1073*, C. H. Beck, München, 2ª ed., 1976 pp. 66 y ss.) y para los que el paso del Estado liberal al Estado social de Derecho ha supuesto una radical mutación en si propia significación jurídico-política, pero sin que ello implique que el Estado social hay dejado de ser Estado de Derecho (BACHOF, O., *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, Walter de Gruyter, Berlin, 1954, pp. 44 y ss.; FECHNER, E., *Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat*, J.C.B., Mohr, Tübingen, 1953, pp. 9 y ss.; y MENGER, C. F., *Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz*, en el vol. Col. A cargo de FORSTHOFF, E., *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1968, pp. 44 y ss.).

⁹ CAPPELLETTI, M., *Acces to justice, Promising institutions*, Alphennaandenrijn, Sijthoff and Noordhoff, Giuffrè, Milan, 1978-1979, Vol. II, Libro I, pp. 9 y ss.

¹⁰ Según MARTÍN RETORTILLO: *el término Daseinsvorsorge no se presta fácilmente a ser reducido a una palabra que tenga en nuestro idioma la misma fuerza y la misma amplitud que el término alemán. Dicho término es un conglomerado de tres raíces distintas: la palabra “Sorge” significa cuidado, atención, dedicación; el término “vor” es una preposición que encierra la idea de precedencia o anterioridad, ya*

*desarrollo de sistemas o el control de sistemas sin los cuales no es posible la vida humana en la actual civilización; la seguridad de los distintos aspectos vitales en la sociedad nacional, incluyendo la defensa exterior y la seguridad interior frente al delito y la subversión, así como la prevención de situaciones de necesidad de carácter global y la garantía de ciertas prestaciones sociales, más allá de su simple reconocimiento*¹¹. En síntesis y en palabras de PECES-BARBA, *“los derechos sociales no miran al ciudadano como animal social sino como productor, trabajador y obrero y, también consumidor y usuario”*¹².

Con el advenimiento del Estado Social de Derecho, los derechos fundamentales- definidos teóricamente por FERRAJOLI como *“todos los derechos subjetivos cuyos titulares son universalmente todos los seres humanos en cuanto les dota del status de persona, o de ciudadanos o de personas con capacidad de actuar”*¹³- dejan de ser considerados una autolimitación del poder soberano del Estado para devenir límites que el principio democrático de la soberanía popular impone a los órganos que de ella dependen¹⁴. El Tribunal Constitucional español, por su parte, señala el doble carácter que tienen los derechos fundamentales: en primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos,

sea en el tiempo o en el espacio. Antepuesta aquí al término Sorge, viene a expresar conjuntamente el significado de preocupación, cuidado preventivo, prevención, etc. La palabra “Dasein”, por fin, sirve para denominar la propia existencia humana. El conjunto de los tres términos nos da, pues, como traducción de la palabra “Daseinvorsorge”, la idea de preocupación por la existencia humana, de procuración de los presupuestos vitales o, mejor aún, superando la traducción estrictamente literal para referir su contenido ideológico, Daseinvorsorge se quiere expresar, por tanto, una actividad que dice relación con la existencia o con la vida humano en su más pleno sentido (MARTÍN RETORTILLO, L., La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de Daseinvorsorge, en Revista de la Administración Pública, núm. 38, 1962, pp. 35 y ss.).

¹¹ GARCIA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 2007, pp. 26-30; GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado Social: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 29 y ss. También resulta sumamente interesante la idea expresada por DE LOS RÍOS resumida en la frase “el nivel de vida de cada individuo ha de depender exclusivamente de sus propios actos y en modo alguno del derecho hereditariamente adquirido” (DE LOS RÍOS, F., *El sentido humanista del socialismo*, Morate, Madrid, 1926, p. 188) o el autor anglosajón LASKI que, en una misma línea, plantea el reconocimiento de los derechos de la clase trabajadora (LASKI, H. J., *La democracia en crisis*, Editorial Revista de Derechos Privado, Madrid, 1934, p. 17).

¹² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Apuntes políticos y jurídicos sobre derechos sociales*, en RIBOTTA, S. y ROSSETTI, A., *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 33, citando a DUGUIT, L., *Las transformaciones del Derecho público y privado*, Heliasta, Buenos Aires, 1975, p. 35.

¹³ Entendiendo por derecho cualquier expectativa positiva (a una prestación) o negativa (a la no lesión) que pertenece a una sujeto de una norma, y por status, la condición de un sujeto prevista también en una norma jurídica positiva cuyo presupuesto de idoneidad es ser titular de la situación jurídica y/o autor de los actos que no son ejercidos (FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali*, Laterza, Bari, 2001, pp. 5 y ss.)

¹⁴ De acuerdo con el esquema presentado por GIL DOMINGUEZ, A., *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Sociedad Anónima editora, comercial, industrial y financiera, Buenos Aires, 2005, p. 138 y PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 219 y ss.

derechos de los individuos no sólo en cuanto a derechos de los ciudadanos en el sentido estricto, sino en cuanto garantizan un “*status*” jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.1)¹⁵.

La consecución de una protección efectiva de estos derechos obligó al ordenamiento jurídico a contemplar, junto con el carácter individual de los mismos, su vertiente colectiva¹⁶. Es decir, si bien el ciudadano no dejó de ser visto como un sujeto individual que establecía determinadas relaciones jurídicamente relevantes y, por ende, dignas de tutela, los diferentes ordenamientos jurídicos empezaron a encontrarse con situaciones cuya tutela requería un tratamiento diferenciado por la naturaleza dispar de los intereses en juego y, en especial, su vertiente de afectar a un colectivo.

Estas situaciones surgieron con la masificación de las relaciones económicas y sociales, también llamada, *socialización*¹⁷; fenómeno que se refiere a la consecuencia de las transformaciones sociales que han tenido lugar a partir de un crecimiento económico y

¹⁵ STC núm. 25/1981, de 14 de julio que desarrolla la siguiente idea: *esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el artículo 10.1 de la Constitución, a tenor del cual «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que les son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Se encuentran afirmaciones parecidas en el derecho comparado y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración universal de los derechos humanos (preámbulo, párrafo 1.º) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo 4.º). En el segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un «status» jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuando el cometido de asegurar esta unificación, según el artículo 155 de la Constitución, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna.*

¹⁶ MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 319 y siguientes, y ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, España, 2004, p. 190.

¹⁷ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P., *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*, Elcano: Navarra, 1999, p. 73; ALMAGRO NOSETE, J. M., *Nuevos horizontes del Derecho a la Justicia*, publicada en el *Acto de Apertura Curso 1976-1977*, Ministerio de Educación y Ciencia (UNED), p. 29; LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983, pp. 18-19; y El mismo autor: *Cambio social, privatización y socialización de la justicia*, en *Justicia*, 1988, pp. 565-580.

tecnológico y, más concretamente, al rasgo masivo de la producción, intercambio y consumo que, en consecuencia, ha generado daños de las mismas características¹⁸. Daños que, ya sea por su carácter masivo o supraindividual, han sacado a la luz una nueva tipología de intereses: los intereses colectivos¹⁹. Este tipo de intereses trascienden la dimensión individual de los derechos subjetivos clásicos, ya sea bien por su naturaleza supraindividual o bien por requerir de un tipo de tutela colectiva, como veremos posteriormente.

A estas alturas, simplemente es preciso apuntar el carácter novedoso de los derechos o intereses colectivos y el consiguiente problema en cuanto al encaje de los mismos en un ordenamiento jurídico configurado a partir del derecho subjetivo individual. Concretamente y en lo que a derecho procesal se refiere, la dificultad principal reside en el concepto de *legitimación ad causam*, ya que la necesaria relación de los sujetos con el objeto litigioso parte de la existencia de un titular individual y un objeto divisible y valorable económicamente. Los intereses colectivos descritos, por el contrario, se caracterizan por presentar una titularidad supraindividual y muchas veces plural, así como un objeto indivisible e incuantificable. Por esta misma razón, TARUFFO, recientemente, considera que “*imaginar*” nuevos mecanismos procesales podría conllevar uno de los más importantes desarrollos en esta materia porque conllevaría asegurar el derecho de acción de una forma general, equitativa y efectiva digna del Estado Constitucional²⁰. CAPPELLETTI, por su parte y siguiendo a CALAMANDREI²¹, afirma que el proceso civil no funciona para tutelar los intereses colectivos²². En relación al ordenamiento jurídico español, DE LA OLIVA considera que existe una “*falta de técnica legislativa o inexcusable pereza*” en el tratamiento de la legitimación para la tutela de los intereses colectivos²³. MOSCOSO, MORENO CATENA y GARNICA MARTÍN, en un sentido análogo, afirman que los intereses colectivos “*obligan a una modernización técnica de los instrumentos*

¹⁸ 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) (DO L 201/60).

Véase también: DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho y masificación social*, en *Derecho y masificación social. Tecnificación y Derecho privado (Dos esbozos)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1979, pp. 19-22; DÍAZ SUÁREZ, A., *La protección de los intereses colectivos en la Ley Orgánica del Poder Judicial*, en AA VV, *Terceras Jornadas de Derecho Judicial*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 83; VALLET DE GOYTISOLO, J., *Sociedad de masas y Derecho*, Taurus, Madrid, 1968 y CAPPELLETTI, M., *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, en *Giur. It.*, IV, 1975, pp. 49 -50.

¹⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., *La participación del ciudadano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1980, pp. 116 y 118, sin olvidar la atención que despertaron estos intereses en Italia y España durante los años 70 y 80, respectivamente.

²⁰ TARUFFO, M., *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 31-35.

²¹ CALAMANDREI, P., *Opere Giuridiche*, Napoles, 1968, pp. 183-210.

²² CAPPELLETTI, M., *Vindication the public interest through the courts. A comparativist's contribution*, en CAPPELLETTI, M., *Access to Justice*, Giuffrè, Milan, vol. 3, 1978.

²³ DE LA OLIVA SANTOS, A., *La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial: análisis jurídico general y constitucional*, en *R.D. Pr.*, 1987, 1, p. 77 y ss.

procesales [ya que] las leyes del procedimiento son del siglo pasado y [por ende] están totalmente obsoletas” y razón no les falta, ya que, de acuerdo con ACOSTA ESTEVEZ, “las acciones colectivas son prácticamente desconocidas en sede comunitaria”²⁴.

Siguiendo con la idea de TARUFFO y respecto a la legitimación, GÓMEZ DE LIAÑO coincide con ALMAGRO NOSETE al considerar que los intereses colectivos requieren una línea ampliadora de la legitimación y apunta a la desviación de la fórmula tradicional del litisconsorcio necesario, teniendo en cuenta que en este supuesto no concurrirían en el proceso todos los sujetos cuyos intereses se han afectados²⁵. CORDÓN MORENO, en cambio, está de acuerdo con la necesidad de adaptar el proceso civil tradicional pero apunta a dos posibles soluciones distintas como son la elección del representante del interés colectivo por parte de los afectados o el otorgar amplias facultades al juez²⁶.

Lejos de pretender dar solución de todos los problemas que conlleva una tutela colectiva, la presente tesis doctoral busca determinar un modelo de legitimación para el ejercicio de las distintas acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español, teniendo en cuenta la experiencia italiana, con la finalidad de contribuir al establecimiento de un sistema de acciones colectivas que suponga una mayor y mejor tutela de los intereses colectivos jurídicamente protegidos.

²⁴ ACOSA ESTEVEZ, J. B., *Tutela Procesal de los Consumidores*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 134; MOSCOSO, J., *El Ministerio Fiscal en la defensa de los Consumidores y Usuarios*, en *Estudios de Consumo*, 1988, p. 72; MORENO CARENA, V., *Derecho a la tutela judicial efectiva. La acción*, en *Derecho Procesal*, Valencia, 1988, p. 169; GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentario al artículo 11*, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J.M., VALLS GOMBAU, J. F. (COORD), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, 2000, p. 161, respectivamente.

²⁵ GÓMEZ DE LIAÑO, F., *La legitimación colectiva y el artículo 7 de la LOPJ*, en *Justicia*, 1986, p. 88 y ALMAGRO NOSETE, J., *La protección procesal de los intereses difusos en España*, en *Justicia*, 1983, p. 74. Véase también: LOZANO- HIGUERO Y PINTO, *La Protección*, *op. cit.*, p. 20; y GUTIÉRREZ SANZ, M. R. y SAMARES ARA, C., *Comentario al art. 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con la protección procesal de los derechos de los consumidores*, La ley, 1988, t. 2, pp. 1157-1160.

²⁶ CORDÓN MORENO, F., *El acceso a la justicia civil de los derechos de los consumidores*, en *Estudios de Consumo*, 1989, pp. 15 y 16.

Capítulo I: Naturaleza y clasificación de los intereses en las acciones colectivas

1. La naturaleza de los intereses colectivos

En primer lugar, es imprescindible indagar en la naturaleza de los intereses colectivos y señalar sus características para distinguirlos de otros intereses que comparten ciertos rasgos. Parte de la doctrina ha considerado que los intereses colectivos son privados²⁷, otro sector doctrinal ha entendido que son públicos²⁸, hasta llegar a una configuración como *tertium genus*²⁹, a veces más cercano a lo privado que a lo público³⁰. A continuación, postularemos nuestra postura en relación a la naturaleza de este tipo de intereses, valorando asimismo en la exposición cada una de las posiciones mencionadas.

Los intereses colectivos tienen características propias que forjan una identidad determinada y un alcance distinto de los derechos individuales subjetivos³¹. Las diferencias entre los intereses individuales sobre los que se había construido el sistema procesal hasta entonces y estos nuevos intereses residen, básicamente, en dos extremos: el carácter mediato de la relación entre los integrantes del colectivo titular del interés y el objeto del mismo, ya que el titular

²⁷ MUÑOZ ROJAS, T., MUÑOZ ROJAS, T., *El interés en el proceso civil*, en *Temis* (Revista editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza), núm. 4. Zaragoza, 1958, p. 46.

²⁸ SINAGRA, L., *Intervento* y MADDALENA, P., *Giurisdizione contabile e tutela degli interessi diffusi* en AA VV, *Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della collettività. Atti del Convegno promosso dalla sezione di Bologna di Italia Nostra*, Rimini, Bologna, 5 dicembre 1981, p. 168 y p. 100, respectivamente.

²⁹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P., *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*, Elcano, Navarra, 1999, p. 88; PELLEGRINI GRINOVER, A., *Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores (La Ley brasileña núm. 7374, de 24 de julio de 1985)*, en *RDPProc*, 1988, núm. 3, p. 708; MORELLO, A. M., HITTERS, J. C., BERIZONCE (con NOGUEIRA, C. A.), *La justicia entre dos épocas*, Librería Editora Platense, La plata, 1983, p. 210; y CESARINI SFORZA, W., *Preliminari sul diritto collettivo*, in *Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 103 y ss., GIANNINI, M. S., *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milan, 1993, vol. I, p. 111.

³⁰ CARPI, F., *La efficacia "ultra partes" de la sentenza civile*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 73; GÓMEZ DE LIAÑO, J., *La legitimación colectiva*, *op. cit.*, p. 563. También cabe mencionar la posición peculiar de VIGORITTI, con quién estoy de acuerdo como se verá más adelante, quién considera de poca utilidad toda la diferenciación realizada hasta la actualidad alrededor de la naturaleza de los intereses colectivos (VIGORITTI, V., *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, Giuffrè, Milan, 1979, pp. 34-35).

³¹ GIL DOMINGUEZ, A., *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, *op. cit.*, pp. 128 y ss.

Así lo ha recogido también la jurisprudencia española, desde las incipiente STS núm. 907/1998, de 30 septiembre que recogía la teoría de los intereses colectivos y difusos, acogida por las Audiencias Provinciales (a título de ejemplo, la SAP de Girona núm. 467/2000 de 24 octubre), a la reciente STS núm. 473/2010 de 15 julio, pasando por la importante SAP de Sevilla núm. 33/2004, de 22 enero o los Autos del JPI núm. 11 de La Coruña y el posterior de la AP A Coruña núm. 18/2013, de 15 febrero.

inmediato de estos nuevos intereses es una colectividad o grupo social; y en el carácter indivisible del objeto, al no poder éste fragmentarse entre los integrantes del grupo titular³².

De hecho, estas dos características apuntadas responden al carácter supraindividual de los intereses colectivos, rasgo compartido también por los intereses generales. Por esta misma razón y en un momento inicial, la doctrina se centró en diferenciar los intereses individuales, los intereses generales y esta nueva tipología de intereses que, por su titularidad, llamaremos colectivos³³. La finalidad era determinar la posición de esta nueva tipología de intereses respecto los anteriormente existentes y, con ese afán, casi automáticamente se establecieron como un *tertium genus* vagamente definido entre los intereses individuales y los intereses generales³⁴. En el plano teórico, la mencionada supraindividualidad que presentaban estos intereses era la característica esencial que los diferenciaba de los intereses individuales³⁵. Supraindividualidad que, si bien y como he apuntado era una particularidad compartida con intereses generales, en los intereses colectivos se reducía a un determinado sector social, a diferencia de los intereses generales en los que se extendía la totalidad de los ciudadanos.

Sin embargo, la distinción entre los intereses colectivos y los intereses generales es, a mi parecer, innecesaria en el Derecho Privado, ya que en el ámbito civil no existen los llamados intereses generales, sino que se encuentran exclusivamente en el derecho administrativo y en el derecho penal, tal y como apunta GÓMEZ DE LIAÑO³⁶. El interés general se caracteriza por

³² Cabe remarcar que esta “nueva” tipología de intereses a los que nos referimos en esta parte introductoria son los que posteriormente llamaremos *intereses propiamente grupales*, nada que ver con los *intereses pluriindividuales homogéneos* cuya carácter colectivo únicamente emana de la forma de tutela que precisan por sus características, haciendo inviable la tutela individual.

BUJOSA VADELL, L.M., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo (colectivos y difusos): estado de la cuestión en España*, en GIMENO SENDRA, V., “El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación”, *Estudios Homenaje del Profesor Almagro Nosete*, 2007, p. 609; CARNELLUTI, F., *Sistema de Derecho Procesal civil*, Buenos Aires, 1994, pp. 12-13; y DENTI, V., “*Interessi difusi*”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Apéndice Vol. IV, 1968, p. 307.

³³ Sin que, con dicho adjetivo se pretenda adoptar un significado en cuanto a la determinación de los integrantes del grupo social titular de estos intereses, tal y como hace, por ejemplo, GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P., *La Tutela Jurisdiccional*, *op. cit.*, p. 85.

³⁴ BRICOLA, F., *La tutela degle interessi collettivi nel proceso penale*, en AA VV, *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del Convegno di studio*, CEDAM, Pavia, 1974, pp. 106 y ss.; SANCHEZ MORÓN, M., *La participación del ciudadano*, *op. cit.*, p. 116 y DENTI, V., *Interesse difussi*, *op. cit.*, p. 307.

³⁵ La SAP de Sevilla núm. 33/2004 de 22 enero, uno de los primeros casos en los que se utilizó la regulación de la LEC respecto las acciones colectivas, es muy clara al destacar, en su Fundamento Jurídico Primero la supraindividualidad de los mismos de acuerdo con la DIRECTIVA 98/27/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO L 166 de 11.6.1998, p. 51).

³⁶ GÓMEZ DE LIAÑO, F., *La legitimación activa*, *op. cit.*, p. 160 y DE LUCCHI LOPEZ TAPIA, Y., *La legitimación activa en los procesos para la tutela jurisdiccional civil de los intereses de los consumidores y usuarios*, en AA VV, *Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra*, Ministerio de Justicia, Centro

ser un mero interés en la legalidad, sin precisar de ninguna cualificación subjetiva especial, mientras que el interés colectivo es un interés personal relativo a situaciones jurídico-subjetivas materiales tuteladas de un modo específico, idea que se desarrollará con posterioridad³⁷.

2. Los intereses colectivos: la titularidad como criterio de distinción.

Una vez establecida la distinción apuntada entre los intereses individuales, los intereses generales y los intereses colectivos para determinar la naturaleza de estos últimos, la doctrina observó que dentro de los intereses colectivos, había sub-intereses de distintas características e intentó su clasificación, en base a la determinación. El resultado fue la dicotomía entre los intereses colectivos propiamente dichos y los intereses difusos³⁸, con la finalidad de destacar

de Estudios Jurídicos, 2004, pp. 608 y ss. En el mismo sentido: SAMARES ARA, C., *Las partes en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, p. 88.

³⁷ En contra de BUJOSA VADELL, L. M., *La protección jurisdiccional*, op. cit., p. 609, y de acuerdo con GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P., *La Tutela Jurisdiccional*, op. cit., p. 86, quien lo considera “muy excepcional”.

³⁸ RECCHIA, G., *Considerazioni sulla tutela degli interessi diffusi nella Costituzione*, en GAMBARO, A., *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Giuffrè, 1976, pp. 38-39; CESARINI SFORZA, W., *Preliminari sul diritto collettivo*, in *Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 104-105; El mismo autor, *Gli interessi collettivi e la Costituzione*, en *Riv. Dir. Lav*, 1964, p. 49. En base a la fluidez del proceso de agregación, encontramos los intereses colectivos o cuya comunidad de personas este genéricamente organizada e identificable o intereses difusos o cuya pluralidad se encuentre en un estado más fluido: LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *La protección*, op. cit., p. 20; DE ANGEL YÁGÜEZ, R., *Tratado sobre la responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 608; DE VITA, A., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi nella prospettiva del sistema francese: aspetti principali del problema e specificazioni in tema di protezione degli interessi dei consumatori*, Giuffrè, Milan, 1976, pp. 350-351; CESARINO SFORZA, W., *Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milan, 1963, p. 30; DENTI, V., *Profili civilistici della tutela degli interessi diffusi*, en *Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della collettività. Atti del Convegno promosso dalla sezione di Bologna di Italia Nostra, Rimini, Bologna*, 5 dicembre 1981, pp. 39y 61; CORASANITI, A., *La tutela degli interessi diffusi davanti al giudice ordinario*, en AA VV, *Rilevanza e tutela degli interess diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività*, Giuffrè, Milan, p. 63; y AA. VV., *Interessi diffusi*, en *Dizionario del Diritto privato* (dir. IRTI, N.) vol. I, Giuffrè, Milano, 1980, p. 421. En base a su portador (criterio subjetivo), se diferencia entre intereses colectivos o cuyo portador es un ente exponencial de un grupo no ocasional e intereses difusos o que no tienen portador: GIANNINI, M. S., *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, en AA VV, *Le azioni a tutela degli interessi collettivo*, CEDAM, Pavia, 1976, p. 23; El mismo autor, *Intervento*, en *Atti del convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Giuffrè, Milan, 1965, p. 352 y 354; CARAVITA, B., *Diritto pubblico dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 279. En cuanto a la organización, DENTI diferencia entre intereses colectivos o de carácter corporativo e intereses difusos o generales (*Interessi diffusi*, op. cit., p. 307). Partiendo del reconocimiento normativo, se define interés difuso con aquel que adolece de concreción normativa orgánica en su tutela material y procesal: LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *La*

el carácter determinado o indeterminado del colectivo afectado para, de este modo, poder garantizar los derechos procesales de los integrantes del mismo en la tutela de las afectaciones que pudieran producirse. En este sentido, la mayoría de autores creyeron que si los integrantes del colectivo afectado eran determinados o determinables (intereses colectivos), la protección de sus derechos sería una tarea mucho más sencilla que en aquellos supuestos en los que los integrantes de dicho colectivo fueran indeterminados (intereses difusos)³⁹.

De hecho, tal era la convicción en esta diferenciación que la propia Ley de Enjuiciamiento Española 1/2000 la acoge como criterio diferenciador para determinar los entes legitimados para el ejercicio de las acciones colectivas indemnizatorias, en su artículo 11.2 (*Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos 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*) y 11.3 (*Cuando 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*)⁴⁰.

protección procesal, op. cit., p. 155; PERIS RIERA, J. M., *Delitos contra el medio ambiente*, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal de la Universitat de Valencia, 1984, p. 24; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *Derecho penal y protección del medio ambiente*, Colex, Madrid, 1992, p. 37; SGUBBI, F., *Tutela penale di "interessi diffusi"*, en *Quest. Crim.*, 1975, p. 440. Asimismo, a partir de la sectorialización del interés difuso con base en criterios subjetivos se ha pretendido diferenciarlo del interés colectivo (SÁNCHEZ MORON, M., *La participación del ciudadano, op. cit.*, pp. 116 y 125; GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., *La legitimación colectiva, op. cit.*, p. 558; GRASSO, E., *Gli interessi della collettività e l'azione collettiva*, en *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 28; GIANNINI, M. S., *La tutela degli interessi collettivi, op. cit.*, p. 23; TROKER, N., *Gli interessi diffusi nell'opera della giurisprudenza*, en *RTDPC*, 1987, p. 1115. Junto con todos estos, conviene citar a BARRIOS DE ANGELIS, quién considera intereses difusos aquellos cuyo titular son los sujeto de un grupo indeterminado (BARRIOS DE ANGELIS, D., *Introducción al estudio del proceso*, Depalma, Bs. As., 1983, p. 126) y PELLEGRINI, quién parte de la vinculación jurídica entre los integrantes del grupo para diferenciar entre intereses colectivos o difusos (PELLEGRINI GRINOVER, A., *Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores*, en *RDProc.*, 1988, nº 3, p. 707 – criterio acogido por MONTERO AROCA, J., *De la legitimación, op. cit.*, p. 61), junto con otros autores como FEDERICI, R., *Gli interessi diffusi. Il problema della loro tutela enl Diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1984, pp. 95 y ss..

³⁹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P., *La Tutela Jurisdiccional, op. cit.*, p. 109, junto con la doctrina italiana ya apuntada: RECCHIA, G., *Considerazioni sulla tutela, op. cit.*, pp. 38-39, CESARINI SFORZA, W., *Preliminari sul diritto collettivo, op. cit.*, pp. 104-105; *Gli interessi collettivi, op. cit.*, p. 49.

⁴⁰ JUAN SÁNCHEZ también analiza dicha clasificación en: JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el Proceso Civil. Los titulares del derecho de acción: fundamentos y reglas*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 372-376.

No obstante, si bien en un momento inicial esta apreciación pareció acertada y se ha escrito mucho sobre la diferencia entre estos dos tipos de intereses en base a la determinabilidad del colectivo titular de los intereses en juego⁴¹, la realidad social representada por los movimientos migratorios y la materialización de frecuentes afectaciones a los intereses colectivos ha sacado a la luz la ineficacia del criterio de la determinabilidad de los intereses como clave clasificatoria de este tipo de intereses⁴². El mercado actual presenta un carácter internacional y la movilidad de los ciudadanos es un hecho intrínseco a la *socialización* previamente apuntada. Asimismo, la contratación en masa, tanto a nivel nacional como internacional, junto con un mercado sin fronteras en el que los consumidores adquieren productos y servicios constantemente, ha conllevado la aparición de una nueva tipología de intereses que parecen requerir una tutela colectiva, a pesar de presentar unos rasgos muy diferentes a los intereses colectivos descritos. En concreto, se trata de aquellos intereses individuales que resultan comúnmente afectados en los llamados “daños masivos”, supuestos en los que determinados integrantes de un grupo social, como son los consumidores y usuarios, ven sus intereses individuales afectados de un modo homogéneo. Tal y como acabo de señalar, se trata de intereses individuales, por lo que presentan un objeto divisible, una titularidad en sentido clásico y, por ende, un carácter inmediato del sujeto con el objeto. A pesar de ello, la amplia pluralidad de afectados y el bajo tanto indemnizatorio de la afectación exigen una tutela colectiva de estos daños, como se analizará en una parte posterior de este trabajo⁴³.

Así las cosas, la determinabilidad del colectivo afectado no puede ni debe ser el *quid* de la distinción entre intereses colectivos y difusos, ya que resulta insuficiente para construir, a partir del mismo, un esquema eficaz de protección procesal de los intereses colectivos frente a los difusos⁴⁴. Protección que, hasta la actualidad y tal y como recoge la LEC⁴⁵, se centra en los

⁴¹ Al respecto, resulta de especial interés: BUJOSA VADELL, L. M., *La protección de los consumidores y usuarios de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Revista jurídica de Catalunya*, ISSN 1575-0078, Vol. 100, Nº 4, 2001 (Ejemplar dedicado a: La nova LEC (Llei 1/2000, de 7 de gener)), pp. 969-998.

⁴² En este sentido: GASCÓN INCHAUSTI, F., *Acción colectiva de los usuarios frente a la entidad concesionaria de una autopista como consecuencia de las retenciones provocadas por una nevada (algunas consideraciones a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010)*, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6/2011 (Estudio); BUJOSA VADELL, L.M., *La protección jurisdiccional*, op. cit., p. 609 y ss.; y NIEVA FENOLL, J., *Jurisdicción y proceso*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, p. 727.

⁴³ Ver: *Capítulo II: Intereses en las acciones colectivas: intereses propiamente grupales e intereses pluriindividuales homogéneos*, 2. *Intereses pluriindividuales homogéneos*, 2.4 *Modalidades de tutela de la afectación de los intereses pluriindividuales homogéneos*, p. 79.

⁴⁴ BUJOSA VADELL, L.M., *La protección jurisdiccional*, op. cit., p. 611.

⁴⁵ Artículo 11.2 LEC : “Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de

derechos de publicidad y comunicación del proceso colectivo, para permitir la participación de los afectados en el mismo en aras al derecho a la tutela judicial efectiva y, más concretamente, para evitar una indefensión⁴⁶. No obstante, y como he apuntado, el grado de protección no puede depender del carácter determinado o indeterminado de los intereses en juego porque pueden existir elementos de internacionalidad que, a pesar de tratarse de un supuesto cuyos afectados sean determinados, se requiere una mayor protección procesal para que éstos puedan ejercitar sus derechos en el proceso colectivo⁴⁷.

Por ende, soy de la opinión que para garantizar la tutela efectiva de esta tipología de intereses es imprescindible distinguir los diferentes intereses que hallamos dentro de los llamados intereses colectivos en base a la titularidad de los mismos⁴⁸. Es decir, a partir de la disponibilidad del objeto por parte del sujeto titular del interés y de los rasgos definitorios del objeto podemos distinguir, por un lado, los intereses cuya titularidad la ostenta el colectivo – supraindividualidad que ha hecho que parte de la doctrina los catalogue como tal⁴⁹- a los que yo llamaré de aquí en adelante *intereses propiamente grupales*⁵⁰; en otras palabras, son

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”; y 11.3: “Cuando 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”.

⁴⁶ La STC núm. 19/1984, de 10 de febrero analiza la vulneración del derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales a partir de la omisión de órgano judicial de emplazar a la parte recurrente de forma personal y directa. Asimismo, las SSTC núm. 36/1987, de 25 de marzo y núm. 39/1987, de 3 de abril determinan el alcance y requisitos que deberá reunir el emplazamiento procesal para garantizar el derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales. Por otra parte, la STC núm. 41/1987, de 6 de abril analiza el emplazamiento procesal en el procedimiento penal en relación al mismo derecho fundamental.

Véase: BUJOSA VADELL, L.M., *Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional*, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, ISSN 0211-2744, Nº 2, 1999, pp. 1828-1840.

⁴⁷ BUJOSA VADELL, L.M., *La protección jurisdiccional*, op. cit., pp. 609-611.

En cuanto al reconocimiento y ejecución de acciones colectivas indemnizatorias: CARBALLO PIÑEIRO, L., *Reconocimiento y ejecución de acciones colectivas indemnizatorias en la Propuesta de Reglamento Bruselas I: qué, por qué y cómo*, en *El arreglo pacífico de las controversias internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales (AEPDIRI)*, Córdoba, 20-22 de octubre / coord. por Eva María Vázquez Gómez, María Dolores Adam Muñoz, Noé Cornago Prieto, 2013, ISBN 978-84-9033-521-5, pp. 497-512.

⁴⁸ BUJOSA VADELL, L.M., *La protección jurisdiccional*, op. cit., p. 611.

⁴⁹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P., *La Tutela Jurisdiccional*, op. cit., pp. 71-73.

⁵⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P., *La Tutela Jurisdiccional*, op. cit., pp. 74-77 y MONTERO AROCA, J., *De la legitimación*, op. cit., pp. 319 y siguientes. En el mismo sentido: DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIÉZ PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 421-433.

A nivel jurisprudencial, se observa la tutela de estos intereses propiamente grupales en el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 114/2004, de 30 de diciembre de 2004, en la que, a partir del artículo 10 bis de la LGDCU de 1984 en relación con el artículo 12.2 de la LCGC, se ejercita una acción

aquellos intereses que pertenecen a la colectividad de consumidores y usuarios y, en este sentido, será dicho colectivo el afectado, sin que pueda identificarse una afectación determinada a los miembros individuales del mismo. Por el otro, hallamos los *intereses pluriindividuales homogéneos*, haciendo referencia a aquellos intereses individuales que comparten los miembros de un determinado colectivo y que se han visto afectados de un modo igual o similar por una misma actividad empresarial, ya sea esta lícita o ilícita⁵¹. Esta clasificación no es, ni mucho menos, novedosa, ya que fue utilizada en la incipiente Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores⁵². Más al contrario, al ser este el criterio utilizado y eje conductor de la reciente 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 Unión⁵³.

Por otra parte, la utilización del término *intereses propiamente grupales* no es baladí, ni mero capricho creativo del autor, sino que considero que la denominación *intereses supraindividuales* que hasta la actualidad se ha utilizado para referirse a este tipo de intereses puede inducir a error ya que, como he apuntado, es un rasgo compartido a la vez por los intereses colectivos y los intereses generales y, si bien los primeros pueden llegar a afectar a

colectiva de cesación solicitando la nulidad de la cláusula de redondeo al alza que se contiene en la escritura de constitución de la hipoteca (siguiendo las SAP de Madrid de 10 de octubre de 2002 - doctrina reiterada posteriormente por la misma el 8 de septiembre de 2005 en la sentencia núm. 565/2005- o la SAP de las Islas Baleares núm. 146/2003, de 17 marzo). Más recientemente y a partir del ejercicio de una acción colectiva de indemnización por parte de la Asociación de Inversores Perjudicados por la Inversión de Fondos Optimal, el AAP de Madrid núm. 45/2013, de 17 enero de 2013 realiza un extenso, detallado y poco frecuente análisis doctrinal de la legitimación en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil (FJ. 5, 6, 7 y 8).

⁵¹ Un supuesto de actividad ilícita empresarial que afecta a los interés pluriindividuales homogéneos es el recurso de casación presentado por Telefónica y Telefónica España (asunto pendiente ante el Tribunal de Justicia C-295/12 P), contra la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 29 de marzo de 2012 que confirmó en la sanción impuesta el 4 de julio de 2007 a la operadora por la Comisión Europea por importe de 151.875.000 millones de euros, por abuso de posición dominante en forma de estrechamiento de márgenes. Por otra parte, la mayor parte de la jurisprudencia española en materia de acciones colectivas para la tutela de intereses pluriindividuales homogéneos trata de daños masivos en los que la empresa no ha infringido norma imperativa alguna:

⁵² En concreto, su Considerando 2 establece: *que por intereses colectivos se entiende los intereses que no son una acumulación de intereses de particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción; que esto no obsta a las acciones particulares ejercitadas por particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción* («DOUE» núm. 166, de 11 de junio de 1998, pp. 51-55). A pesar que esta disposición ha sido derogada por la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, aunque sigue presente en el Considerando 3 de la misma («DOUE» núm. 110, de 1 de mayo de 2009, pp. 30- 36).

⁵³ «DOUE» núm. 201, de 26 de julio de 2013, pp. 60 a 65.

una generalidad, es importante distinguir-los en el presente estudio sobre legitimación en los intereses colectivos.

Dicho esto y si bien parte de la doctrina entiende innecesarias las clasificaciones⁵⁴, quiero insistir en que el primer paso para determinar cuáles son los sujetos más indicados para el ejercicio de las diferentes acciones colectivas es encajar a estos dos tipos de intereses en el esquema de situaciones jurídico-materiales. Solo una vez se hayan definido e identificado las características esenciales de los *intereses propiamente grupales* y de los *intereses pluriindividuales homogéneos* podremos determinar la modalidad de tutela requerida para que los afectados vean, con el ejercicio de las diferentes acciones y desde la perspectiva de sus derechos fundamentales constitucionales, sus derechos e intereses efectivamente garantizados.

En este sentido, no tan solo es importante establecer quiénes deben ser los sujetos legitimados, sino también cuáles son las acciones que éstos deberán ejercitar para que los diferentes intereses apuntados tengan una tutela judicial efectiva, evitando que, como pasa muy frecuentemente debido a la baja cuantía de las indemnizaciones que generan los daños masivos, se vean privados estos intereses de protección jurisdiccional ante su afectación.

Por ahora, cabe concluir que el criterio de la determinabilidad en los intereses colectivos resulta insuficiente para la diferenciación entre los intereses colectivos y difusos, ya que esta característica no garantiza de un modo completo la protección adecuada de los intereses afectados ante supuestos con un elemento de internacionalidad, por ejemplo, en los que resultaría mucho más relevante hacer el esquema del respectivo proceso colectivo teniendo en cuenta la relación jurídica subyacente al daño masivo. En este sentido, la Audiencia Provincial de Girona en el auto núm. 7/2006, considera que la distinción legal se traza sobre un concepto jurídico indeterminado y susceptible de interpretación subjetiva como es la facilidad o dificultad de determinar las personas perjudicadas⁵⁵. Si bien alguna otra Audiencia considera que la dificultad ha de referirse al grado de posibilidad de identificar a los afectados, no al trabajo que ello conlleve, esta afirmación puede encerrar una contradicción en sus propios términos, ya que parece claro que lo que entraña una especial laboriosidad implica como mínimo una cierta dificultad⁵⁶.

⁵⁴ NIEVA FENOLL, J., *Jurisdicción y proceso*, op. cit, pp. 726-731.

⁵⁵ Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 2ª), núm. 7/2006 de 18 enero.

⁵⁶ Auto de la Audiencia de Madrid núm. 131/2005, de 19 de mayo.

Esta disparidad de interpretaciones nos permite ver que el criterio base que ha utilizado el legislador en materia de acciones colectivas –intereses colectivos o intereses difusos- es un concepto indeterminado en la práctica de los Tribunales, que puede conllevar una arbitrariedad en la subsunción del caso particular en una de estas dos categorías. Por ello y en vista de los riesgos de dicha diferenciación, la Audiencia Provincial de Girona considera que “en el caso de que sean muchos los afectados - lo que no deja de ser algo igualmente subjetivo y sometido a interpretación- parece más acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva la aplicación del apartado tercero y no del apartado segundo (del artículo 11 de la LEC), por la dificultad misma que entrañara su concreta determinación y el cumplimiento del requisito de la notificación previa a la interposición de la demanda.” Y añade “Si se tienen en cuenta las consecuencias jurídicas que acarrea una u otra interpretación (si se estima fácil la determinación es precisa la comunicación y si se estima difícil no), parece aconsejable moderar el rigor exigible puesto que [...] afecta al derecho al acceso a la jurisdicción de los usuarios que consideren que han quedado afectados por cualquier tipo de práctica comercial⁵⁷.”

Más allá de la corrección de la interpretación realizada por las distintas Audiencias, lo expuesto pone de manifiesto la falta de idoneidad de la determinabilidad de los afectados como criterio diferenciador de los intereses colectivos, ya que no tiene en cuenta aquellos casos en los que, a pesar de ser fácilmente determinables los afectados, estos residen en países diferentes, su número es tal que la notificación efectiva a los mismos y la consecuente participación en el proceso es prácticamente imposible o el perjuicio puede ser diferente.

En consecuencia, nos hallamos con unas distinciones doctrinales teóricamente sólidas pero en la práctica ineficaces para la protección de los derechos de los sujetos afectados y prueba de ello es la inoperatividad de los diferentes sistemas de tutela colectiva que han implantado varios Estados Miembros de la Unión Europea⁵⁸.

⁵⁷ En este punto cabe tener en cuenta la introducción de un nuevo apartado del artículo 11.5 de la LEC que legitima al Ministerio Fiscal para ejercer cualquier tipo de acción colectiva, ya sea de indemnización o de cesación: “El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios”.

La legitimación de este ente se tratará detallada y posteriormente en este trabajo: *Capítulo III: La legitimación en las acciones colectivas, 4. La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en España, 4.3. Entidades legitimadas para el ejercicio de la acción colectiva de cesación e indemnización (de forma separada o conjunta), 4.3.2. El Ministerio Fiscal, p. 170.*

Véase también: CORDÓN MORENO, F., *Reformas procesales introducidas por la Ley 3/2014, de 27 de marzo. En especial, la legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones en defensa de los consumidores*, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 9/2014, pp. 27-32.

⁵⁸ AA. VV., *Procesos Colectivos. Class Actions*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012.

Sobre las acciones colectivas en los distintos estados comunitarios: European Commission – DG SANCO, *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union*,

Por las razones expuestas, en este trabajo propongo la utilización de la relación entre el sujeto y el objeto como criterio para diferenciar los diferentes intereses colectivos, ya que, no tan solo permitiría la adecuación del proceso colectivo a las relaciones jurídicas subyacentes – principal problema, a mi parecer, de las acciones colectivas españolas – sino también la consiguiente construcción de una tutela judicial acorde a los daños masivos.

disponible en: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/finalreportevaluationstudypart1-final2008-11-26.pdf (parte general) (13/03/2015), http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/collective_redress_en.htm#Events, (parte II relativa a los países particulares y III, dónde ser recogen los casos) (13/03/2015). En Medios Alternativos de Resolución de conflictos: Final Report to DG SANCO – Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the EU, disponible en: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_study.pdf (13/03/2015).

Capítulo II: Intereses en las acciones colectivas: intereses propiamente grupales e intereses pluriindividuales homogéneos

A continuación, me dispongo a tratar los *intereses propiamente grupales* y los *intereses pluriindividuales homogéneos* por separado, ya que, como veremos, existen notables diferencias en cuanto al concepto, características y modalidad de tutela judicial que exigen.

1. Intereses propiamente grupales

1.1. Concepto

Los *intereses propiamente grupales* son aquellos intereses cuyo titular es un colectivo social protegido por las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico. La Unión Europea los considera *aquellos intereses que no sean una acumulación de intereses de particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción*⁵⁹. La Directiva 2009/22/CE⁶⁰, por su parte, se refiere a ellos como intereses colectivos, ya que continúa con la intención de dejar al margen aquellos intereses afectados por daños masivos, de acuerdo con la regulación sectorial previa cuya codificación se pretende en la Directiva en cuestión⁶¹.

Conceptualmente, los *intereses propiamente grupales* son aquellos intereses de imposible individualización cuya titularidad es ostentada por una colectividad social como son, por ejemplo, los consumidores y usuarios. Por ende, el objetivo del legislador en la previsión de una tutela jurisdiccional de los mismos no es la articulación de un instrumento procesal para

⁵⁹ Considerando 3 de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (Versión codificada) que recoge el Considerando 2 de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

⁶⁰ Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DOUE L 110/30).

⁶¹ En este sentido, la Directiva 98/27/CE fue la que reguló, por vez primera, las acciones colectivas de cesación para poner fin a las infracciones perjudiciales de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios. Posteriormente, entre los años 1985 y 1994, con la introducción de las nuevas tecnologías en materia de consumo y de la nueva regulación del mercado interior, las Directivas sectoriales introdujeron cambios en la regulación de las acciones colectivas. Por último y con el objetivo de proporcionar mayor claridad y racionalidad en la materia, todos estos cambios fueron codificados por la Directiva 2009/22/CE.

que todos los perjudicados puedan pedir la tutela de sus intereses legítimos afectados en un solo proceso, sino la protección de un interés determinado perteneciente a un colectivo y, como tal, no individualizable⁶². Un supuesto paradigmático en el marco comunitario es la vulneración del Derecho de la Competencia por parte de un operador económico mediante una determinada actividad que, a su vez, afecta o pone en riesgo de afectación los intereses de los consumidores, como colectivo que protege este cuerpo normativo⁶³.

No obstante, considero importante hacer hincapié en que la decisión de proteger un determinado sector social es una opción de política legislativa⁶⁴. En este sentido, los Estados Miembros de la Unión Europea han visto necesario establecer unas normas imperativas que deberán respetar los entes operantes en el mercado con la finalidad de evitar que su actividad sea contraria a la parte más débil de las relaciones comerciales, como son los consumidores. En el ordenamiento jurídico español, la protección de los consumidores y usuarios se fundamenta en el artículo 51 de la Constitución Española, desarrollado por la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (actualmente Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias⁶⁵) y la Ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial; así como, sectorialmente, por la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual y el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996,

⁶² BUJOSA VADELL, L.M., *La protección jurisdiccional*, op. cit., p. 637.

⁶³ En nuestro país, encontramos un supuesto muy reciente que encaja con el paradigma apuntado: el recurso de casación presentado por Telefónica y Telefónica España (asunto pendiente ante el Tribunal de Justicia C-295/12 P), contra la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 29 de marzo de 2012 que confirmó en la sanción impuesta el 4 de julio de 2007 a la operadora por la Comisión Europea por importe de 151.875.000 millones de euros, por abuso de posición dominante en forma de estrechamiento de márgenes.

⁶⁴ Así lo demuestran: Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DO L 171 de 7.7.1999); Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DO L 178 de 17.7.2000); Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financiero destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE (DO L 271 de 9.10.2002); Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE, y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 (DO L 149 de 11.6.2005); Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO L 376 de 27.12.2006).compartido (DO L 280 29.10.1994); Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DO L 158 23.6.1990).

⁶⁵ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas y la Ley 17/2001 de 7 de diciembre, de Marcas, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Procesalmente y, en concreto, respecto a la legitimación, ésta se recoge en el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los demás preceptos relacionados de la misma ley procesal⁶⁶; los artículos 54.1 y 54.3 del TRLGDCU, en virtud del artículo 24 y el artículo 37 c) del mismo cuerpo legal; y en los preceptos relativos a ámbitos sectoriales⁶⁷.

Toda esta regulación tuitiva de los consumidores encuentra su reflejo y posterior desarrollo en las disposiciones comunitarias para la protección de este colectivo concreto, concretamente en la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, derogada por la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

Por las características de apuntadas de los *intereses propiamente grupales*, su tutela se verá garantizada con la acción colectiva de cesación, ya que su ejercicio persigue evitar la continuidad del daño provocado o impedir el inicio del mismo en aquellos casos en los que se trate de un mero riesgo de afectación.

Sin embargo y antes de entrar en la tutela de los *intereses propiamente grupales*, es necesario desarrollar las características que presentan estos intereses, ya que serán dichos rasgos los

⁶⁶ Esencialmente, en los artículos 6, 7, 11, 11 bis, 13, 15, 221, 222 y 519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁶⁷ Para un ulterior análisis individual de cada una de estas disposiciones, véase: GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentario al artículo 11*, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J.M., VALLS GOMBAU, J. F. (COORD), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, 2000, pp. 165-168; y MARÍN LÓPEZ, J. J., *Régimen jurídico básico de los consumidores y usuarios* en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi - Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 384.

Además, cabe apuntar la 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. Esta Ley, como se verá posteriormente, presenta modificaciones en cuanto a la legitimación para el ejercicio de acciones de tutela de este tipo de intereses, pretendiendo dotar de mayor protección a los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en esta materia e incorporando a nuestro ordenamiento, al mismo tiempo, la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. En este sentido, constituye el acto de transposición interna de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

que condicionaran y determinarían, en gran parte, las particularidades que deberá reunir su tutela.

1.2. Características de los intereses propiamente grupales

En primer lugar, los intereses propiamente grupales son intereses cuyo titular, como colectivo concreto, preexiste a la producción de la afectación concreta. Por esta misma razón, el grupo titular de los intereses colectivos será considerado *clase potencialmente afectable*, ya que no exigirá como requisito para considerarse tal, en cuanto a capacidad y legitimación, una afectación real y similar de todos los miembros de la misma; sino que simplemente bastará con el riesgo potencial de afectación de los intereses de los miembros de la clase a partir de una determinada conducta.

Si bien la modalidad de tutela de esta tipología de intereses se estudiara más adelante, únicamente apuntar que este tipo de “clase” la encontramos en las acciones de cesación o declarativas (*Injunctive and Declaratory Relief Class Actions*), modalidad de tutela que, por ende, requieren los intereses propiamente grupales⁶⁸.

Imagínese por ejemplo, la utilización, por parte de las principales compañías eléctricas, de condiciones generales de la contratación abusivas o en un acto de competencia desleal de una compañía telefónica. En este supuesto, los usuarios susceptibles de ser afectados por sendas actividades contrarias a las disposiciones imperativas son todos los ciudadanos, ya que sus productos son esenciales para el día a día.

Por esta misma razón, parte de la doctrina considera que los intereses propiamente grupales y los intereses generales coinciden en estos supuestos. En palabras de RIBA TREPAT, cuando trata a la legitimación como presupuesto o como requisito de fondo, la coincidencia estaría justificada⁶⁹. BUJOSA VADELL, por su parte, considera que estos intereses propiamente grupales se convierten en generales cuando las actividades ilícitas implican una afectación o riesgo de afectación a la totalidad de un colectivo muy extenso, como son los consumidores y usuarios⁷⁰. En cambio, en aquellos supuestos en los que los sujetos afectados sea una parte del

⁶⁸ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P., *La Tutela Jurisdiccional*, op. cit., pp. 71-73.

⁶⁹ RIBA TREPAT, C., *Comentario al artículo 16 de la LCGC*, en ARROYO MARTINEZ, I. y MIQUEL RODRIGUEZ, J., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 142.

⁷⁰ BUJOSA VADELL, L.M., *La protección jurisdiccional*, op. cit., p. 604.

colectivo de consumidores y usuarios, nos encontraremos ante intereses propiamente grupales, ya que se trata de un determinado grupo dentro de la generalidad que suponen los consumidores como colectivo social. Un supuesto paradigmático sería la afectación de los intereses propiamente grupales como consecuencia de la infracción de la normativa sobre transportes aéreos.

En este punto es inevitable preguntarse si, más allá de los intereses propiamente grupales de un determinado colectivo, no está en juego un interés público en la regulación del mercado. Y es que, si bien desde parte de la doctrina se ha insistido en diferenciar los intereses colectivos de los intereses generales, cuando nos encontramos ante intereses propiamente grupales como son los de los consumidores y usuarios, bien podría entenderse, por su extensión, que nos encontramos ante un interés general consistente en la preservación del equilibrio legalmente previsto dentro del mercado económico. Esto plantea, por su parte, ulteriores cuestiones que serán tratadas en una parte posterior del presente trabajo, concretamente, si los legitimados para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación para la tutela de los intereses propiamente grupales deberán ser los afectados –o aquellos bajo riesgo de afectación– o si es mucho mejor que, dentro del sistema de acciones colectivas, se prevea la legitimación de determinados entes que gozan de una representatividad determinada⁷¹.

No obstante, ahora, cabe plantearse la acción popular como acción para el cese de la actividad ilícita que lleva a cabo un determinado operador económico. De acuerdo con OROMÍ VALL-LLOVERA, soy de la opinión que esta tipología de acción debe estar reservada para intereses generales, intereses que hoy en día no tienen cabida en el ordenamiento jurídico civil, pero sí en el penal y administrativo, por entender que son materias dónde pueden afectarse esta tipología de intereses, en cuánto se tratan intereses públicos⁷². Uno podría llegar a pensar que el simple carácter eminentemente privado del proceso civil es la principal barrera en el camino para acoger la acción popular, ya que ésta se utiliza para la defensa de intereses generales. Sin embargo, los intereses propiamente grupales implican un punto de reflexión con toda la tradición procesal clásica en cuanto a intereses tutelables, ya que su tutela consiste en la cesación de una determinada actividad contraria a derecho. Es decir, a pesar de que la modalidad de tutela no sea, ni mucho menos, innovadora en cuanto a la pretensión procesal pretendida, su carácter colectivo no tiene precedente alguno. Por esta misma razón, un

⁷¹ Ver: Capítulo III. *La legitimación en las acciones colectivas*, 3. *La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas: tipología y modelos*, 3.2. *Legitimación en las acciones colectivas de cesación como tutela de los intereses propiamente grupales: una legitimación ordinaria sui generis*, p. 126.

⁷² OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *Intervención voluntaria de terceros en el proceso civil: facultades procesales del interviniente*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2007, pp. 37 y ss..

elemento sumamente importante y no valorado en la doctrina sobre la materia es la modalidad de tutela que precisan los mismos. En este sentido, la tutela colectiva de cesación descrita no pretende ser un instrumento procesal para que todas las víctimas puedan pedir la tutela de sus intereses legítimos e individuales afectados en un solo proceso, sino que su razón de ser es la protección de los intereses perteneciente a un colectivo, que en estos casos, son los consumidores y usuarios en su totalidad. Éstos últimos son operadores en el mercado y, como tales, los poderes públicos tienen la obligación de protegerles en la regulación del mismo por el principio constitucional económico del artículo 51 CE. Para desplegar una protección efectiva, no obstante, no es suficiente el control *ex ante* del Estado limitando las prácticas en el mercado del resto de operadores⁷³, sino que los poderes públicos se han visto obligados a completar esta tarea de protección mediante la creación de una tutela llamada “reaccionaria” ante la afectación de los intereses de este colectivo, cuyo ejercicio corresponderá, por decisión de política legislativa, a entes de carácter privado o públicos. Es decir, una vez producida la conducta dañosa o ante la existencia de riesgo de producción de la misma se legitima a determinados entes para la tutela de los intereses afectados con el objetivo de obligar al cumplimiento de la normativa imperativa y tuitiva de los intereses propiamente grupales y, como consecuencia, evitar la ulterior afectación de los intereses pluriindividuales homogéneos. Éste carácter colectivo se refleja, esencialmente, en los efectos *erga omnes* de la obligación de no hacer que contenga la sentencia estimatoria de la pretensión. En otras palabras, la entidad infractora tendrá la obligación de no volver a repetir dicha conducta y, no sólo respecto al consumidor concreto -contratante determinado como se predicaría de una acción de cesación individual-, sino en todas sus operaciones posteriores con los restantes miembros del colectivo legalmente protegido.

Con todo lo anterior y concretando la cuestión planteada, ¿puede proceder la acción popular para la tutela de estos intereses colectivos si, debido a la extensión de afectados por la conducta ilícita, sean todos los ciudadanos los titulares de estos intereses propiamente grupales? O, formulada de otra manera, ¿pueden convertirse los intereses propiamente grupales en generales por la extensión “general” del grupo titular de los mismos?

⁷³ Para un análisis del caso español: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y CANOSA USERA, R., *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral*, Netbiblo, 2008, en concreto, CANOSA USERA, R., *Principio rector de protección de los consumidores y usuarios*, pp. 79-95.

De acuerdo con GUTÉRREZ DE CABIEDES, considero que hay una línea divisoria muy clara entre los intereses propiamente grupales y los intereses generales que imposibilita que puede plantearse una acción popular para la tutela de los primeros⁷⁴.

El interés general se caracteriza por ser un mero interés en la legalidad, sin precisar de ninguna cualificación subjetiva especial. Por el contrario, el interés propiamente grupal es un interés personal relativo a situaciones jurídico-subjetivas materiales tuteladas de un modo específico. Es decir, situaciones atribuidas a particulares⁷⁵.

Partiendo de esta distinción, el mecanismo de tutela de los intereses propiamente grupales debe ser una acción colectiva de cesación y/o restauradora, ya que se trata de acciones cuya situación jurídica legitimante es un específico interés legítimo; mientras que la situación jurídica legitimante en la acción popular se fundamenta en un interés general que no encaja con las situaciones jurídico-subjetivas que presentan los intereses propiamente grupales.

Respecto al carácter público o privado de estos intereses propiamente grupales, algunos autores han considerado que son intereses públicos por la mera contraposición a los intereses individuales, en base a la indivisibilidad del objeto de los mismos⁷⁶. Sin embargo, este razonamiento parte de la dicotomía inicial entre intereses individuales y públicos, sin tener en cuenta los intereses colectivos⁷⁷. Soy de la opinión que los intereses propiamente grupales son de carácter predominantemente público.

⁷⁴ GUTIERREZ DE CABIEDES, P., *Comentario al artículo 54 TRLGDCU*, en CÁMARA LAPUENTE, S., (Director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 420. También BUJOSA VADELL destaca la diferencia entre ambos tipos de intereses, a pesar de no compartir posturas con el citado autor (BUJOSA VADELL, L.M., *La protección jurisdiccional*, *op. cit.*, p. 604).

⁷⁵ Para complementar esta diferenciación, quiero apuntar brevemente las categorías a partir de las situaciones legitimantes y su respectiva extensión legitimatoria desde una perspectiva cronológica en cuanto a la protección de éstas en el orden civil. En primer lugar, la primera situación legitimante que se protegió fue el derecho subjetivo comprendido como posición cerrada y perfecta de ventaja que comporta un previo reconocimiento de un poder de disposición. Esto, a su vez, conllevaba una mayor determinación objetiva y subjetiva típica del sistema de legitimación patrimonial e individualista, tanto en el ámbito civil como en el administrativo. Posteriormente, se reconoció la protección del interés directo como consecuencia del abandono del a titularidad del derecho subjetivo y de la consiguiente protección judicial de un beneficio individual del accionante en caso de estimación de la pretensión. Más tarde y tanto en cuanto al interés individual como en relación a los intereses aquí llamados propiamente grupales, el ordenamiento jurídico da una tutela jurídica al interés legítimo de aquel que sufre, a partir de una conducta antijurídica, en un esfera jurídica cuya afectación o injerencia está protegida por las normas imperativas. Interés legítimo que, si bien como he apuntado puede ser "supraindividual", difiere del interés general característico del orden administrativo, ya que éste último es esencialmente público, simple y diferente del interés legítimo (STS 14/4/2008). Véase: GUTIERREZ DE CABIEDES, P., *Acciones*, *op. cit.*, pp. 433-434.

⁷⁶ MUÑOZ ROJAS, T., *El interés*, *op. cit.*, p. 46.

⁷⁷ CARNELLUTI, F., *Sistema*, *op. cit.*, pp. 12-13.

En cuanto al ámbito objetivo, este tipo de clase se encuentra únicamente en el marco de los consumidores y usuarios en el ordenamiento jurídico español. Contrariamente, en Estados Unidos, se ha utilizado para solicitar la reforma de determinadas instituciones y cambios en materia de política social⁷⁸. La configuración legislativa de las *class actions* –nombre con el que se conocen las acciones colectivas estadounidenses- se sostiene en unas normas habilitantes de la acción colectiva general cuyo contenido se ha ido ampliando por los Tribunales⁷⁹. De este modo, hay una mezcla de intereses colectivos y públicos.

En relación a los intereses públicos en el ordenamiento jurídico español, en cambio, estos forman parte de la regulación administrativa y se tutelan ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Desafortunadamente, dicho trato diferencial ha conllevado que en el orden jurisdiccional civil no ha producido la evolución que hallamos en el orden administrativo en relación al interés directo⁸⁰. En este sentido, la legitimación en los procesos colectivos en materia administrativa requiere interés público o, en algunos casos, simple y directamente, se utiliza la acción pública⁸¹. Por el contrario, para la legitimación en los procesos colectivos en materia civil aún se requiere la existencia del interés directo tradicionalmente comprendido, eso es, se exige una relación directa, tradicional y exclusiva entre el bien jurídico y el sujeto⁸². Por esta misma razón, la legitimación de la *clase potencialmente afectable* residirá únicamente en los sujetos afectados por la conducta de riesgo y las asociaciones y organizaciones legalmente establecidas al efecto⁸³. De este modo, se excluyen los miembros de la clase no

⁷⁸ Como ejemplos en cuanto a materias, encontramos la discriminación racial en el acceso a la enseñanza (cabe destacar el pionero caso *Brown v. Board of Ed. of Topeka, Shawnee County, Kan.* 347 U.S. 483, 74 S. Ct. 686 U.S. 1954) o la discriminación por razón de sexo (*Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes* 131 S. Ct. 2541 U.S.,2011), las condiciones de los internos en hospitales psiquiátricos (*Wyatt v. Stickney* 325 F. Supp. 781 D. C. Ala. 1971 y *Klostermann v. Cuomo* 61 N.Y.2d 525, 463 N.E.2d 588 N.Y., 1984,) o condiciones laborales de los trabajadores (*Brinker Restaurant Corp. v. Superior Court* 53 Cal.4th 1004, 273 P.3d 513 Cal.,2012) y la contaminación industrial a ríos (*Mejdrech v. Met-Coil Systems Corp.* 319 F.3d 910 C.A.7 (III), 2003).

⁷⁹ Rule 23, Federal Rules of Civil Procedure.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 24/1987, de 25 de febrero. Sobre la diferencia entre el interés legítimo y el interés directo: Sentencia del Tribunal Supremo de 2 octubre 2001. En cuanto a la relación del interés requerido en materia administrativa y la legitimación que deriva del mismo, SSTC núm. 220/2001 de 31 octubre y núm. 164/2003, de 29 septiembre y SSTS de 17 marzo 1998, de 26 noviembre 1998 y de 25 enero 2000.

⁸¹ BUJOSA VADELL, L.M., *La protección jurisdiccional*, op. cit. pp. 617-618.

⁸² A nivel administrativo, véase: BUJOSA VADELL, L.M., *La acción pública en materia de urbanismo y patrimonio histórico*, en *Revista del poder judicial*, Nº 66, 2002, pp. 513-553. Dicho autor, además, ha abordado recientemente la protección jurisdiccional de medioambiente en la Unión Europea: BUJOSA VADELL, L. M., *La protección jurisdiccional del medio ambiente en la Unión Europea*, en *Noticias de la Unión Europea*, Nº 240, 2005, pp. 9-34. En esta materia, cabe destacar también: LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La legitimación procesal en materia de medio ambiente*, en EMBID IRUJO, A. (coord.), *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 383-422.

⁸³ Ésta última se ha entendido como *legitimación por substitución*, si bien estoy en desacuerdo con dicha postura, como se expondrá posteriormente (VIDAL FERNÁNDEZ, B., *Comentario al artículo 11 de la LEC*,

afectados pero potencialmente afectables por la conducta empresarial. Ello se debe a la individualización meramente personalista existente en la legislación de las acciones colectivas, tanto a nivel sectorial⁸⁴ como a nivel general⁸⁵. En la práctica, los Tribunales han negado la tutela de estas situaciones jurídicas si no existe una relación directa, tradicional y exclusiva entre el bien jurídico y el sujeto en cuestión⁸⁶.

La existencia previa del colectivo afectado con anterioridad a la producción del daño resulta muy relevante en cuanto a las modalidades de tutela de esta tipología de intereses y, en concreto, respecto la posibilidad de establecer una tutela preventiva del daño que pueda conllevar la infracción por parte de determinados entes y, a título de ejemplo, de la normativa tutiva de los intereses de los consumidores y usuarios. En consecuencia, los sujetos legitimados en el ejercicio de las acciones para la tutela de este tipo de intereses no tendrán que esperar a que se materialice la infracción de la normativa imperativa por parte de un operador en el mercado y la consiguiente afectación de los derechos individuales de los integrantes del colectivo, sino que, podrán exigir judicialmente el cumplimiento de la misma una vez detectada la infracción⁸⁷.

Por otro lado, el objeto en los intereses propiamente grupales es un objeto indivisible, ya que se trata de intereses supraindividuales. En otras palabras, estos intereses pertenecen a la

en TORIBIOS FUENTES, F. (director), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, LEX NOVA, S.A.U, 2012, pp. 80-81).

⁸⁴ Texto Refundido de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación, Leyes de Publicidad y Competencia Desleal y Ley 32/1988 de Marcas.

⁸⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁸⁶ SJPI de Alicante 65/2004, de 13 de abril y SSAP de Alicante núm. 44/2005, de 2 de febrero y núm. 315/2006, de 21 de septiembre entre otras. En ambas sentencias el demandante pretende que «se declare la nulidad radical de la condición general de la contratación incluida en los contratos de aparcamiento suscritos por la entidad demandada que establece un redondeo por exceso o al alza sobre las fracciones inferiores a la hora...» y que se declare que es abusiva y contraria a derecho la práctica de cobrar «a los usuarios de vehículos que estacionan por fracciones de hora inferiores a ésta el mismo precio que por la hora completa». Se trata entonces de una acción para la protección y en beneficio de intereses difusos de una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación. Sin embargo, la defensa de un interés difuso y plural de una colectividad de consumidores o usuarios, como la pretendida en las demandas, queda reservada a las asociaciones y entidades jurídicas que se establecen en el artículo 16 LCGC, en relación al artículo 12 de la misma ley y 11 de la LEC. En este sentido, los Tribunales únicamente reconocieron la legitimación individual del afectado respecto al contrato individual entre éste y la entidad.

⁸⁷ Desafortunadamente en cuanto a la prevención de la producción de la afectación a los intereses pluriindividuales homogéneos, la infracción de la normativa imperativa realizada por la empresa únicamente se detecta, en la mayoría de casos, una vez se generan los daños a los consumidores particulares.

colectividad como grupo en sí, impidiendo la fragmentación del objeto en tantos integrantes del grupo como existan⁸⁸.

La indivisibilidad del objeto en los intereses propiamente grupales implica dos elementos característicos de este tipo de intereses:

- El primero de ellos es el carácter mediato de la relación entre los miembros integrantes del colectivo titular de estos intereses con el objeto de los intereses. La persona individual que forma parte del colectivo titular de los intereses en cuestión no tiene una relación inmediata con el objeto. Es decir, el consumidor individual no es el titular del interés consistente en la protección de la totalidad de los consumidores, sino que únicamente es uno de los sujetos integrantes del colectivo titular y, como tal, estará protegido por este interés supraindividual. Este elemento resulta de suma relevancia, como se verá posteriormente, en la determinación de la legitimación para el ejercicio de este tipo de acciones y la idea de representatividad⁸⁹.
- Por otro lado, este carácter mediato implica, a la vez, una limitación en la titularidad del interés individual de los integrantes del grupo, entendida la titularidad en el sentido clásico de la misma. Los integrantes del grupo no pueden disponer sobre los intereses, pues su titularidad la ostenta el grupo como tal, ya que se trata de intereses propiamente grupales. A pesar de que puede parecer un rasgo intrínseco en la definición de mismos, esta limitación en la titularidad resulta de suma importancia cuando se plantea la legitimación para solicitar la tutela judicial de este tipo de intereses.

Last but not least, es preciso partir de un supuesto habitual como es la protección de los consumidores y usuarios para señalar la última de las características. El objeto de los intereses propiamente grupales de este colectivo se concreta en la protección de los consumidores y usuarios. No obstante, el carácter programático y abstracto de su objeto impide que pueda

⁸⁸ BUJOSA VADELL, L.M., *La protección jurisdiccional*, op. cit., p. 609.

⁸⁹ Desde la doctrina se ha identificado este hecho como *dificultades para la legitimación individual* (BUJOSA VADELL, L.M., *La protección jurisdiccional*, op. cit., p. 634 y ss., CAPPELLETTI, M., *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, en *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 30, 1975, p. 372 y DENTI, V., *Interessi*, op. cit. p. 307), así como la jurisprudencia en base a las leyes especiales como por ejemplo, la Ley de 3/1991 de Competencia Desleal, la Ley de 22/1994 de Responsabilidad Civil por Daños Causados por Productos Defectuosos o la Ley 7/1998 sobre Condiciones generales de la Contratación. Véase: SSTs núm. 623/1993, de 23 de julio, de 14 de septiembre de 1996, núm. 894/1996, de 8 de noviembre, núm. 1081/1007, de 3 de diciembre, núm. 620/1999 de 9 de julio y núm. 413/2003, de 29 de abril de 2003.

determinarse el valor este tipo de intereses en abstracto. En otras palabras, la protección de los intereses de los consumidores y usuarios como grupo social no puede cuantificarse económicamente hablando, algo que si sucede, por ejemplo, con los intereses individuales de los mismos y, concretamente, respecto la integridad física de los mismos. Por esta misma razón y como conclusión de esta parte relativa a las características de los intereses propiamente grupales, sólo pretendo enfatizar que su objeto no es solo indivisible, sino también incuantificable. Por consiguiente, este última rasgo imposibilitará establecer una tutela indemnizatoria de los intereses propiamente grupales, ya que nuestro ordenamiento jurídico continental, junto con la mayoría de ordenamientos jurídicos europeos, se centra en la indemnización real del daño⁹⁰. En este sentido, si un producto afecta a intereses pluriindividuales homogéneos de los consumidores y usuarios, podremos cuantificar la entidad de dicho daño y proceder a su reparación o indemnización. Por el contrario, si una empresa lleva una conducta contraria a las normas imperativas de protección de los consumidores y usuarios, no podrá determinarse la entidad del daño a los intereses propiamente grupales del colectivo, sino únicamente las cuantías de la posible afectación a los intereses individuales de sus miembros.

Dicho esto, este es el momento de proceder al análisis de los casos paradigmáticos que nos ofrece la jurisprudencia en las diferentes materias en las que hallamos este tipo de intereses.

1.3. Ejemplos

En el ordenamiento jurídico español, hay tres ámbitos paradigmáticos en materia de consumo, en los que encontramos intereses propiamente grupales: la Competencia Desleal, las Condiciones Generales de la Contratación y la Publicidad.

Las normas sobre competencia desleal, en primer lugar, establecen los límites a la actividad de los entes operantes en el mercado para proteger a los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. A nivel comunitario, se recogen, esencialmente, en el artículo 82 del TCE (ahora artículo 102 TFUE), mientras que a nivel español la norma de referencia es la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. El ordenamiento jurídico italiano, por su parte, recoge las prácticas comerciales ilícitas en los artículos 18 a 27 del *Codice del Consumo* y

⁹⁰ Considerando 15 y punto 31 de la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 (2013/396/UE) (DO L 201/60).

las define como aquellos actos comerciales que realiza un profesional vulnerando la normativa imperativa en el sector para la consecución de una mejor posición en el mercado, afectando, de este modo, tanto a los competidores, como al propio consumidor en relación a un producto o servicio⁹¹.

Un supuesto muy reciente dentro del derecho de la competencia en el que se tutelan los intereses propiamente grupales es el recurso de casación presentado por Telefónica y Telefónica España (asunto pendiente ante el Tribunal de Justicia C-295/12 P), contra la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 29 de marzo de 2012 que confirmó en la sanción impuesta el 4 de julio de 2007 a la operadora por la Comisión Europea por importe de 151.875.000 millones de euros, por abuso de posición dominante en forma de estrechamiento de márgenes.

La jurisprudencia italiana nos brinda ejemplos en los que una empresa afecta, a la vez, a sus competidores en el mercado y a los consumidores. Si bien se trata de un efecto más bien indirecto del acto de competencia como es la reputación de la compañía, destaca la condena a una compañía aérea a notificar los retrasos a los afectados⁹².

Desde un punto de vista meramente fáctico y dejando de lado la sanción administrativa, a nivel civil observamos como un operador en el mercado ha actuado sin respetar la normativa imperativa sobre competencia desleal, abusando de su posición dominante en el mercado y afectando, de este modo, los intereses propiamente grupales de los consumidores y usuarios⁹³.

Respecto a las condiciones generales de la contratación, encontramos la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, transpuesta por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. La finalidad de la normativa sectorial sobre las condiciones generales de la contratación es garantizar la protección de los consumidores y usuarios individuales que formalicen contratos con operadores del mercado. En este sentido, ésta establece una protección diferente a la competencia desleal, al centrarse en la prohibición del uso de

⁹¹ DE CRISTOFARO, G., *Le pratiche commerciali sleali tra impresa e consumatori*, Torino, 2007, pp. 47 y ss.

⁹² Trib. Palermo, 15 de julio de 2003, en *DR*, 2004, p. 875.

⁹³ Sin lugar a dudas y junto con esta finalidad tuitiva respecto los consumidores, existen también otras razones para evitar el monopolio de una sola empresa en el mercado como, por ejemplo, evitar el cobro de unos precios excesivos por los productos o servicios a través de la competencia que pueda articularse respecto las otras empresas del mismo sector.

cláusulas abusivas en los contratos que realicen los diferentes operadores con los consumidores y usuarios.

Un ejemplo jurisprudencial español en el que se afectan intereses propiamente grupales protegidos por esta normativa sectorial, es el uso de la cláusula de redondeo al alza en la escritura de constitución de la hipoteca, ya que no únicamente se afecta al consumidor individual, sino a todos aquellos consumidores susceptibles de contratar con la entidad bancaria en cuestión⁹⁴. Otro caso paradigmático son las cláusulas “o fracción” de los aparcamientos que cobraban de media o una hora aun no estando estacionado el vehículo durante ese tiempo completo⁹⁵. También y más recientemente, destacan en esta materia las llamadas cláusulas suelo o las cláusulas contractuales de acciones preferentes⁹⁶.

En la jurisprudencia italiana, también encontramos casos en los que, ante cláusulas horarias, los Tribunales han condenado a la compañía que hacía uso de las mismas a inhibirse en su aplicación al considerarla abusivas⁹⁷. Destacan las sentencias del Tribunal de Torino de 17 de Diciembre de 2002, de 19 de Febrero de 2003 y del Tribunal de Milano de 15 de septiembre de 2004, en las que, una vez declarada abusiva una cláusula trimestral, se condenó a la empresa contratante a restituir las cantidades deducidas a partir de la aplicación de la misma a los consumidores contratantes afectados⁹⁸. Asimismo, la Sentencia del Tribunal de Torino de 2 de octubre de 2000 condenó a una sociedad con estructura piramidal a inhibirse de realización de la actividad mediante la cual garantizaba descuentos en paquetes turísticos a cambio de una cuota de adhesión y mantenimiento⁹⁹.

Por último, en materia de publicidad, la normativa se ha construido alrededor del concepto de publicidad engañosa. En el ordenamiento jurídico español, el artículo 4 de la Ley General de Publicidad - transposición casi exacta del artículo 2 de la Directiva 1984/450/CEE sobre

⁹⁴ El ya citado Auto de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 114/2004, de 30 de diciembre de 2004 en base al artículo 10 bis de la LGDCU de 1984 en relación con el artículo 12.2 de la LCGC.

⁹⁵ Ejemplos jurisprudenciales del caso de los aparcamientos y las cláusulas “o fracción” son las SSAP de Madrid 565/2005, de 8 septiembre y 246/2011, de 26 julio. Asimismo, mencionar también la SAP de Madrid 75/2007 de 22 marzo, en cuanto a la ausencia de cláusula que fije el precio, procediendo luego a su modificación al alza.

⁹⁶ Respecto las cláusulas suelo y acciones preferentes y sin ánimo de exhaustividad, cabe destacar las SAP de Cáceres núm. 57/2010, de 13 de febrero, SAP de Madrid núm. 65/2012, de 20 de diciembre, SAP de Sevilla núm. 139/2013, de 22 de marzo, las SSAP de Alicante núm. 335/2013 y núm. 315/2013, de 23 y 12 de julio, respectivamente, SAP de Barcelona núm. 363/2013, de 1 de octubre y el ATS de 3 de junio de 2013.

⁹⁷ Sentencia del Trib. Roma de 28 de junio de 2003, en *Contratti*, 2003, p. 2034.

⁹⁸ Respectivamente, sentencias: Trib. Torino de 17 de diciembre de 2002, en *Contratti*, 2003, p. 999; Trib. Torino de 19 de febrero de 2003, en *Giur. it.*, 2004, p. 953; Trib. Milano 15 de septiembre de 2004, en *Foro it.*, 2004, I, p. 3481.

⁹⁹ Sentencia Trib. Torino de 3 de Octubre de 2000, en *Foro it.*, 2000, I, p. 3622.

aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa (derogada a día de hoy por la Directiva 2006/114/CE, de 12 de diciembre sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa)- contiene una definición bastante precisa del concepto de publicidad engañosa, incluyendo al mismo tiempo una vertiente positiva y otra negativa¹⁰⁰. Esta doble consideración se basa en la protección simultánea de (a) un interés particular del consumidor y usuario, quien puede verse inducido a tomar unas decisiones perjudiciales para su patrimonio o incluso para su propia salud, (b) un interés colectivo de la totalidad de consumidores y usuarios y (c) un interés general en base del reconocimiento de la peligrosidad que puede entrañar la actividad publicitaria. Esta triple potencialidad de riesgo individual, colectivo y general quedaba ya de manifiesto en el preámbulo de la Directiva de 10 de septiembre de 1984 cuando se afirmaba que la publicidad, lleve o no a la celebración de un contrato, puede afectar a la situación económica de los consumidores mediante la distorsión de la competencia en el seno del mercado común, afectando así la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios¹⁰¹.

El supuesto paradigmático en cuanto a la afectación de los intereses propiamente grupales a partir de la publicidad es en materia de productos financieros. La entidad financiera engaña al consumidor en cuanto a las condiciones que este acepta con la firma del contrato, privándole de conocer las cláusulas realmente contractuales, cosa que supone un vicio de su consentimiento¹⁰². Esta publicidad engañosa producirá una doble afectación¹⁰³. Es decir,

¹⁰⁰ Artículo 4 LGPub: a) *La publicidad engañosa en su aspecto positivo es aquella que "de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor". Por tanto, no es preciso que se produzca un resultado lesivo o dañoso para los consumidores o para otras empresas del mismo ramo de actividad, sino que basta con que pueda producirse tal resultado.* b) *La publicidad engañosa negativa parece que excluye a los competidores, al referirse únicamente a los "destinatarios", que se supone habrán de ser los consumidores y usuarios, y no otras empresas. Al igual que la anterior, tampoco precisa de un resultado concreto, pero la omisión de datos fundamentales sí debe tener como consecuencia el error del destinatario.*

¹⁰¹ Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa, Diario Oficial n° L 250 de 19/09/1984 p. 0017 – 0020.

¹⁰² SAP de Córdoba núm. 260/2006, de 20 noviembre, FJ. 7: *Examinando la prueba practicada en la primera instancia a la luz de tales criterios, se llega a la conclusión de que la publicidad objeto de enjuiciamiento incurre en las dos vertientes, positiva y negativa, de la publicidad engañosa. La positiva, porque lo que dice no es cierto en su integridad (en términos coloquiales podríamos decir que incurre en una, media verdad"), ya que anuncia el producto financiero como un depósito, cuando realmente no es así; es más, de la lectura del anuncio, en cualquiera de sus versiones -la publicada en prensa, la contenida en los folletos o la publicitada en internet- el consumidor medio razonablemente informado puede llegar a la conclusión de que lo que se oferta es un depósito que se remunera el doble de lo habitual en la entidad (, depósito x 2"), cuando ni el contrato es sólo un depósito, sino un producto mixto que asocia el depósito a otra operación financiera, ni se retribuye como si se aplicara el doble del interés*

representara una vulneración a los *intereses propiamente* grupales del colectivo de consumidores, y, a la vez, a los intereses individuales de aquellos consumidores que, fruto de la publicidad, contraten con la entidad financiera. No obstante, ahora únicamente pretendo ejemplarizar un supuesto en materia publicitaria en el que se afecten los intereses *propiamente grupales*, dejando la modalidad de tutela de los mismos, así como la afectación de los intereses pluriindividuales homogéneos para la siguiente parte del presente trabajo.

El supuesto proviene del ordenamiento jurídico italiano, donde tampoco faltan casos en los que la publicidad engañosa haya supuesto una afectación a los intereses propiamente grupales. Se trata de la suspensión de una campaña publicitaria con información falsa - a pesar de la tramitación por los cauces de publicidad engañosa - y la cesación del comportamiento lesivo de una concesionaria de crédito derivado de contratos telefónicos, que pretendía a través del cobro de cantidades indebidas a partir de información falsa¹⁰⁴.

Además, proveniente de la jurisprudencia italiana y sin encaje en ninguna de las categorías hasta aquí desarrolladas, encontramos la Sentencia del Tribunal de Torino de 15 de mayo de 2002 en la que se analiza la existencia de graves defectos de fabricación en un automóvil. Como consecuencia de dichos defectos, el Tribunal condena a la compañía fabricante del

normal por depósito. Y la negativa, porque no se expresa con claridad que, junto al depósito, el producto contiene otra operación, consistente en un fondo de inversión o un plan de pensiones; estando condicionada la rentabilidad de la operación en su conjunto a la que obtenga el producto de inversión en el primer mes. Pero es que, además, la publicidad es completamente equívoca, porque no se aclara una cuestión primordial, cual es que una vez transcurrido el primer mes, el contrato de depósito queda extinguido, mientras que el producto de inversión queda vigente. Así, en los folletos, se contiene un epígrafe denominado, ¿Qué es?" en el que se dice, Es un depósito a plazo de 1 mes para nuevos clientes y también para clientes de Bankinter que inviertan dinero nuevo, es decir, dinero no procedente de otros productos Bankinter"; se habla sólo de depósito y no de inversión. Y en el otro epígrafe, denominado, Por qué se llama x 2?, se contesta, Porque este Depósito le ofrece el doble de la rentabilidad mensual que usted obtenga en cualquiera de los siguientes productos Bankinter: Fondos de inversión, Fondos de Pensiones o Acuerdos de Gestión. Usted sólo tiene que elegir uno de ellos, decidir cuánto quiere invertir en el mismo y cuánto en el Depósito x 2 y obtendrá una rentabilidad como mínimo del 5% TAE (4,89% nominal anual) y como máximo, del 10% TAE (9,57% nominal anual)". En este segundo caso sí se habla del producto de inversión, pero de la literalidad del texto parece desprenderse que se trata de dos productos desligados, cuando lo cierto es que están completamente vinculados; y siempre predomina la denominación, depósito" para designar el contrato. Es decir, para denominar lo que es una operación compleja se utiliza el nombre del contrato que menos importancia tiene en el total de la misma -el depósito-, mientras que se oculta el que es dominante, tanto desde el punto de vista de la duración de la operación, como de su rentabilidad, que es el producto de inversión. Lo que el propio Banco de España considera inadecuado, pues en estos casos recomienda que se ofrezca información detallada, dejando constancia de que el elemento principal en este tipo de inversiones es el producto contratado a mayor plazo, que en este caso sería el de inversión y no el depósito.

¹⁰³ La afectación al interés general, por su parte, es la que ha conllevado una legitimación considerada *casipopular* en esta materia: III. La legitimación en las acciones colectivas *strictu sensu*, 1. La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación, 1.1. Una legitimación ordinaria *sui generis*.

¹⁰⁴ Trib. Roma, 30 de enero de 2004, en DR, 2004, p. 873 y Trib. Roma, 14 de marzo de 2003, en CG, 2003, p. 1195, respectivamente.

vehículo a notificar los poseedores del producto - mediante correo postal- la existencia del defecto, así como de las vías de reparación del mismo.

1.4. Modalidad de tutela de la afectación de los intereses propiamente grupales

Los intereses propiamente grupales son titularidad de un grupo social determinado, por lo que su tutela no podrá centrarse en la protección de un consumidor concreto, sino que deberá proteger los intereses de todo el colectivo en lo que doctrinalmente se ha llamado “control abstracto”, debido a la falta de concreción subjetiva individual que conlleva su carácter supraindividual¹⁰⁵. Los efectos de la sentencia que derive de este control abstracto, sin embargo, puede beneficiar indirectamente, además de la colectividad en sí misma, a los consumidores individualmente afectados.

No obstante, este efecto dual de la eventual sentencia que recaiga se debe también a la segunda de las características de la tutela de los intereses propiamente grupales: la imposibilidad de que ésta sea indemnizatoria. En estos supuestos, el daño se materializa en una afectación de estos intereses que, de por sí, son intangibles desde un punto de vista económico-valorativo.

Esto no impide, sin embargo, que los consumidores individualmente afectados cuyos intereses propiamente se hayan visto afectados o los entes legalmente legitimados a tal efecto puedan solicitar una tutela indemnizatoria, si bien ésta última pretenderá la tutela exclusiva de los *intereses pluriindividuales homogéneos*. La razón yace en el carácter programático de los intereses propiamente grupales, aspecto que no ha impedido el desarrollo de la protección de los consumidores y usuarios en nuestro ordenamiento jurídico mediante distintas leyes sectoriales. Un claro ejemplo reciente es la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que, como su propio nombre indica, ha llevado a cabo una coordinación de dos ámbitos sectoriales como son la Competencia Desleal y la Publicidad Ilícita, trasponiendo internamente la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo

¹⁰⁵ CARBALLO FIDALGO, M., *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Bosch, Barcelona, 2013, pp. 245-262 y PORTELLANO DÍEZ, P., *Artículo 12. Acciones de cesación, retractación y declarativa*, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., DIEZ-PICAZO, L., DE LEON, P., *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 568 y ss..

y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica las Directivas 84/459/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE, y el Reglamento (CE) nº 2006/2004¹⁰⁶.

Tanto a nivel europeo como a nivel español y teniendo en cuenta sus características antes analizadas se ha considerado que la acción de cesación es la más indicada para la protección de los intereses propiamente grupales de los consumidores¹⁰⁷.

Llegados a este punto, cabe hablar de dos tipos de acciones colectivas para la tutela de este tipo de intereses: la acción de cesación y otras acciones restauradoras.

1.4.1. Ejercicio de la acción colectiva de cesación

Respecto a la acción de cesación, en nuestro ordenamiento jurídico, destaca Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, que extendió la acción de cesación a todos y cada uno de los ámbitos legales sectoriales de la actual legislación sustantiva. De hecho, fue la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los consumidores, la que estableció la acción de cesación en el ámbito comunitario como mecanismo general para mejorar la protección de los intereses de los consumidores y usuarios. Su implementación a

¹⁰⁶ Dicha ley contempla, en su artículo 32, un catálogo abierto de acciones, entre las cuales consta la acción declarativa de deslealtad, la acción de cesación o de prohibición de reiteración futura de la conducta desleal, la acción de remoción de efectos producidos por la misma, la acción de rectificación de las informaciones engañosas, la acción de resarcimiento y la acción de enriquecimiento injusto por lesión de la posición jurídica de un derecho de exclusión (VEGA VEGA, J. A., *Artículo 32*, en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal* (coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.), Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 852). Más allá de las apuntadas, esta materia admitirá también todo tipo de acciones declarativas, ya sean contractuales o extracontractuales, así como las acciones reivindicatoria y sumatoria, recogidas en el art. 5 de la LEC. Sobre la cabida de la acción de jactancia, la jurisprudencia parece admitirla, aunque la doctrina no se muestra partidaria de ella (STS 12/03/20009 contra la opinión de BARONA VILAR, S., *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional especialmente en el proceso civil y extrajudicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, I, 2008, pp. 696-699).

Por otro lado, no cabe olvidar que la Ley General de Publicidad sigue regulando aquella publicidad contraria a la mujer en clave de género (pp. 849-850) y que la LCD remite a la LEC en cuanto a las normas procesales reguladoras de los procesos en materia de Competencia Desleal y Publicidad.

¹⁰⁷ ARIZA COLMENAREJO, M. J., *La acción de cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 135 y ss. y PICO I JUNOY, J., *Comentario al artículo 12 de la LCGC*, en ARROYO MARTÍNEZ, I. y MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *Comentarios LCGC*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 119-123.

través de la mencionada Ley 39/2002, convirtió a la acción colectiva de cesación como el instrumento procesal idóneo para la protección de los intereses propiamente grupales de los consumidores y usuarios.

Sin embargo, la extensión del ámbito objetivo a la totalidad de materias no estuvo libre de críticas en cuanto a la técnica legislativa utilizada, ya que el establecimiento de una accionabilidad general de la acción de cesación como forma de tutela de los intereses propiamente grupales de los consumidores y usuarios (Disposición adicional 3ª de la LGDCU¹⁰⁸) no fue acompañado de una regulación unitaria, básica y común, sin perjuicio de las especificidades sectoriales que se pudieran haber establecido¹⁰⁹. Al contrario, la regulación española de la acción de cesación se encuentra, aún a día de hoy, dispersa en normas sectoriales fruto, mayormente, de la paulatina implementación de Directivas europeas en materias concretas, sin que el legislador español aprovechara la refundición de la LGDCU para unificar la regulación de consumo¹¹⁰.

¹⁰⁸ Actual artículo 54.3 del TRLGDCU: *La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.*

A efectos de lo dispuesto en este capítulo, también se considera conducta contraria a esta norma en materia de cláusulas abusivas la recomendación de utilización de cláusulas abusivas.

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.

¹⁰⁹ GUTIERREZ DE CABIEDES, P., *Comentario al artículo 54, op. cit.*, pp. 418 y ss.

¹¹⁰ A nivel sustantivo, la propia Ley 39/2002 significó la introducción de la acción de cesación en materia de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles (actualmente el TRLGDCU regula el derecho de desistimiento en sus artículos 68-79 y los contratos celebrados a distancia y los celebrados fuera de establecimiento mercantil en sus artículos 92 a 113), viajes combinados (en la actualidad, libro cuarto del TRLGDCU), derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y de adquisición de productos vacacionales de larga duración y de reventa y de intercambio y normas tributarias (materia regulada en la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias), medicamentos (Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE 178, de 27 de julio), junto con las otras disposiciones legales recogidas en: <http://www.aemps.gob.es/legislacion/espana/laAEMPS/general.htm> (19/03/2015), actividades de radiodifusión televisiva (Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual) y crédito del consumo (Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo).

La doctrina italiana¹¹¹, por su parte, considera que el artículo 4 de la mencionada Directiva es el origen de la regulación de la *azione cautelari inhibitoria* (acción de cesación que se recoge en el artículo 139 del Codice del Consumo¹¹²). A través de dicha acción, se pedirá al Tribunal que condene a la empresa a dejar de llevar a cabo la actividad contraria a las normas imperativas en vigor, en lo que la doctrina clásica considera una obligación de *non facere*. No obstante, si bien la naturaleza de la acción es condenatoria, a la misma se le acumula, de

También en base a la Directiva 98/27/CE, la acción de cesación se estableció como tutela de los intereses de los consumidores en los contratos a distancia (art 48.2 de la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de Ordenación del Comercio Minorista en transposición de la Directiva 97/7/CE), la venta de bienes de consumo (art. 12 de la Ley 23/2003 de 10 de julio, de Garantías en la Venta de bienes de Consumo), comercio electrónico (art. 30 y 31 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico en transposición de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo), seguridad de los alimentos dirigidos al consumo humano (la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios en relación a la Ley 11/2001, de 5 de julio, por la que se crea la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición), comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores), contratación de préstamos o créditos hipotecarios (art. 11 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamos o crédito) y competencia desleal (art. 32 de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios).

Además, la acción de cesación se instauró como mecanismo procesal de tutela de los intereses propiamente grupales en sectores no requeridos por las normas comunitarias, como es el suministro, venta y publicidad del tabaco, el medio ambiente, la defensa de la mujer o de personas con discapacidad (GUIÉRREZ DE CABIEDES, P., *Comentario al artículo 54, op. cit.*, p. 418).

A nivel procesal, la LEC ha ido reformando determinadas instituciones procesales para que encajaran con el ejercicio colectivo de la acción de cesación: capacidad (art. 6), legitimación (art. 11), intervención procesal de terceros (art. 15), competencia territorial (art. 52), efectos de la sentencia (art. 221), procedimiento adecuado (240 y 250), caución en medidas cautelares (art. 728) y multas coercitivas en ejecución (art. 711).

¹¹¹ VERARDI, C., *L'accesso alla giustizia e la tutela collettiva dei consumatori, en Il diritto privato dell'Unione europea, I, Trattato de diritto privato*, a cura di BESSONE, Torino, 2000, p. 1361 y ARMONE, G. M., *Articolo 140, en Codice del consumo*, a cura di CUFFORO, coordinatori BARBA E BARONESI, Milano, 2006, p. 528.

¹¹²Art. 139 Codice del Consumo: *Le associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco di cui all'art. 137 sono legittimate ad agire, ai sensi dell'art. 140, a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti. Oltre a quanto disposto dall'art. 2, le dette associazioni sono legittimate ad agire nelle ipotesi di violazione degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle materie disciplinate dal presente codice, nonché dalle seguenti disposizioni legislative:*

a) legge 6 agosto 1990, n. 223, e successive modificazioni, ivi comprese quelle di cui al testo unico della radiotelevisione, di cui al decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e legge 30 aprile 1998, n. 122, concernenti l'esercizio delle attività televisive;

b) decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 541, come modificato dal decreto legislativo 18 febbraio 1997, n. 44, e legge 14 ottobre 1999, n. 362, concernente la pubblicità dei medicinali per uso umano.

b-bis) decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, recante attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno.

2. *Gli organismi pubblici indipendenti nazionali e le organizzazioni riconosciuti in altro Stato dell'Unione europea ed inseriti nell'elenco degli enti legittimati a proporre azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, possono agire, ai sensi del presente articolo e secondo le modalità di cui all'art. 140, nei confronti di atti o comportamenti lesivi per i consumatori del proprio Paese, posti in essere in tutto o in parte sul territorio dello Stato.*

forma implícita y tanto en los ordenamientos jurídicos español e italiana, la pretensión merodeclarativa de ilicitud de la conducta. La empresa debe inhibirse de realizar los actos y comportamientos lesivos de los intereses de los consumidores y usuarios. Sin embargo, se trata de una tutela de condena con un contenido dual.

Por un lado, en aquellos casos en los que aún se esté produciendo la afectación, la acción de cesación propiamente dicha tendrá un contenido de “dejar de hacer”, mientras que, en el caso que haya cesado pero exista riesgo de reiteración de la misma, el contenido será de no hacer, en lo que se conoce como *acción de prohibición de reiteración*¹¹³. En este último supuesto, su cumplimiento podrá garantizarse, además, con el cobro de multas punitivas¹¹⁴.

Ambas pretensiones gozan de autonomía, de modo que puede ejercitarse una acción de cesación sin que, además, se pida la condena a la prohibición de reiteración de una conducta o viceversa¹¹⁵. Piénsese, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que no exista riesgo de que la empresa condenada reitere la actividad ilícita¹¹⁶.

En materia de condiciones generales de la contratación, a título de ejemplo, el legislador ha establecido en el artículo 12 de la LCGC dos acciones específicas que persiguen las distintas finalidades apuntadas. En primer lugar, con la acción de cesación el sujeto ejecutante busca que la empresa deje de llevar a cabo conductas contrarias a las normas imperativas¹¹⁷; mientras que, con la acción de prohibición de recomendación, el legislador ha adaptado la prohibición de reiteración a la práctica específica en materia de Condiciones Generales de la Contratación, de manera que la acción de recomendación, acción retractatoria declarativa que

¹¹³ Un ejemplo sacado de la jurisprudencia italiana es la Sentencia del Trib. Torino 17/05/2002, en *Corr. Giur.*, 2003, p. 75, con nota de GUISSANI.

¹¹⁴ Artículo 5.1 LEC: *Se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley.*

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal civil: proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, pp. 95-113.

¹¹⁵ STS núm. 834/2009, de 22 de diciembre y SAP de Madrid núm. 159/2010, de 5 de marzo.

¹¹⁶ Respecto al supuesto de ejercicio autónomo de la acción de prohibición de reiteración, el supuesto fáctico en el que se ejercitaría ya ha sido descrito.

¹¹⁷ CARBALLO FIDALGO, M., *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 40.

Para un profundo estudio del concepto de cláusula abusiva y del ámbito de aplicación de esta ley, véase: CARBALLO FIDALGO, M., *La protección*, *op. cit.*, pp. 61-114.

puede ser “de no hacer” o de hacer, persigue impedir que la empresa o entidad que haya utilizado las cláusulas declaradas abusivas recomiende su uso a entidades afines a la misma¹¹⁸.

Sin duda alguna, el cese de la conducta lesiva por estimación de la pretensión de la acción colectiva de cesación se traducirá en un beneficio para el colectivo afectado, ya que impedirá que se produzca o vuelva a producir la afectación que ha legitimado el ejercicio de la acción en cuestión.

Sin embargo, el efecto *erga omnes* que conlleva la tutela cesatoria no representa una tutela de los intereses pluriindividuales homogéneos de los afectados ya que, si bien éstos podrían solicitar, por ejemplo, la nulidad de determinadas cláusulas abusivas en sus contratos individualmente, con el ejercicio de la acción individual no se podrá pretender una condena de cesación que se extendiera a todos aquellos contratos presentes y futuros de la empresa con individuos de su mismo colectivo¹¹⁹.

Ahora bien, llegados a este punto resulta imprescindible identificar cuáles son las materias en las que el legislador ha considerado que existen intereses propiamente grupales y para las cuales ha establecido una tutela cuando exista una afectación a partir de una conducta ilícita. Por efecto de las Directivas europeas, tanto el legislador español como el italiano han regulado las materias de manera análoga, ya que, tanto el TRLGDCU en España, como el *Codice de Consumo*, en Italia, establecen los ámbitos en que se permite la acción colectiva de cesación, junto con una enumeración las normas sectoriales respectivas.

¹¹⁸ Cuando hablemos de una acción retractatoria de hacer me refiero al simple hecho de eliminar una determinada cláusula abusiva de los modelos de contratos que utiliza la empresa. En el ordenamiento jurídico italiano, véase Trib. Torino, de 1 de julio de 2002, en *Giur. It.*, 2002, p. 2334 para el análisis de un supuesto idéntico sobre la condena a un determinado hacer ante el ejercicio de una acción de cesación.

¹¹⁹ Sentencia Audiencia Provincial de Madrid núm. 565/2005, de 8 septiembre: La acción colectiva de cesación de condiciones generales se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz y su cauce es el juicio verbal (artículo 12.2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, en redacción dada por la Disposición final 6ª.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, y artículo 250.1.12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil adicionado por la Ley 39/2002. Ciertamente, la acción de cesación presupone la existencia de una o varias condiciones generales de la contratación nulas y su utilización pero no exige la declaración en otro proceso anterior de la nulidad de la condición o condiciones generales cuya utilización se pida el cese. En el mismo proceso verbal en que se ejercita la acción de cesación puede discutirse la nulidad de la condición general como presupuesto de la misma, sin que sea precisa la petición expresa de declaración de nulidad por estar implícita, en cuanto presupuesto, en el ejercicio de la acción de cesación. Ninguna limitación de los medios de defensa se produce a las demandadas por la utilización por el organismo actor del cauce procesal legalmente previsto para el ejercicio de la acción de cesación.

En especial, en España, los artículos 12 y 16 de la LCGC, el artículo 32 de la LCD y, por último y con carácter general, el artículo 54 del TRLGDCU componen el bloque normativo aplicable a las acciones colectivas de cesación para la tutela de los intereses propiamente grupales¹²⁰. Obviamente, hubiera sido mucho mejor que el legislador hubiera unificado en una sola norma todas aquellas materias en las que se protegen estos intereses, ya que la dispersión normativa genera dificultades sistemáticas tanto en la aplicación como en la interpretación de las normas.

A partir de lo expuesto y tal y como demuestran la práctica de nuestros tribunales, la acción colectiva de cesación podrá ejercitarse en materia de publicidad, competencia desleal, condiciones generales de la contratación y de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados¹²¹.

En cambio, en Italia, el artículo 139 del *Codice del Consumo* establece que la acción de cesación podrá ejercitarse en todas aquellas materias que se regulan en el *Codice*, junto con tres leyes sectoriales muy específicas como son la Ley relativa a la actividad televisiva, el Decreto Legislativo sobre la publicidad de medicamentos para el consumo humano y el Decreto Legislativo sobre los servicios en el mercado interior¹²². El artículo 139, además, prevé la acción inhibitoria en materia bancaria y crediticia¹²³, comercio electrónico¹²⁴, publicidad del tabaco¹²⁵

¹²⁰ EL artículo 54 del TRLGDCU dice así: *Frente a las conductas contrarias a lo dispuesto en la presente norma en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados, estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación (...).*

¹²¹ Regulándose la protección sustantiva de cada una de estas materias en las respectivas leyes apuntadas.

¹²² Art. 139 Codice del Consumo: *1. Le associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco di cui all'art. 137 sono legittimate ad agire, ai sensi dell'art. 140, (1) a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti. Oltre a quanto disposto dall'art. 2, le dette associazioni sono legittimate ad agire nelle ipotesi di violazione degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle materie disciplinate dal presente codice, nonché dalle seguenti disposizioni legislative:*

a) legge 6 agosto 1990, n. 223, e successive modificazioni, ivi comprese quelle di cui al testo unico della radiotelevisione, di cui al decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, (2) e legge 30 aprile 1998, n. 122, concernenti l'esercizio delle attività televisive;

b) decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 541, come modificato dal decreto legislativo 18 febbraio 1997, n. 44, e legge 14 ottobre 1999, n. 362, concernente la pubblicità dei medicinali per uso umano.

b-bis) decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, recante attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno.

2. Gli organismi pubblici indipendenti nazionali e le organizzazioni riconosciuti in altro Stato dell'Unione europea ed inseriti nell'elenco degli enti legittimati a proporre azioni inhibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, possono agire, ai sensi del presente articolo e secondo le modalità di cui all'art. 140, nei confronti di atti o comportamenti lesivi per i consumatori del proprio Paese, posti in essere in tutto o in parte sul territorio dello Stato.

¹²³ Artículos 121-127 del Decreto Legislativo 385/1993 (texto único en materia bancaria y crediticia).

e intermediación financiera¹²⁶. Por otra parte, la doctrina considera que se podrá ejercitar una acción colectiva de cesación en cualquier actividad de naturaleza material o negocial¹²⁷, sin que se requiera un vínculo contractual, sino que éste podrá estar formándose¹²⁸. Sin lugar a dudas, la no exigencia de vínculo contractual, junto al simple riesgo de producción del daño y la no necesidad de primera utilización de la cláusula abusiva para el ejercicio de la acción colectiva de cesación, fomentan en Italia una tutela de los intereses propiamente grupales con una finalidad preventiva de los daños a los consumidores individuales (*intereses pluriindividuales homogéneos*) e, incluso, a los intereses propiamente grupales¹²⁹.

En otro orden de cuestiones, la acción colectiva de cesación para la tutela de los intereses propiamente grupales precisa de dos requisitos materiales para su ejercicio. En primer lugar, la empresa deberá haber cometido el acto ilícito en base a la normativa imperativa en vigor. Por ejemplo, en materia de condiciones generales de la contratación, la entidad deberá haber utilizado las condiciones cuyo cese se solicite ante los Tribunales. En otras palabras, se exigirá la puesta en práctica dentro del mercado de las disposiciones contrarias a las normas tuitivas de los intereses de los consumidores¹³⁰. En materia de competencia desleal y publicidad, en cambio, el acto ilícito consistirá generalmente en un comportamiento contrario a la Ley 29/2009 de Competencia Desleal, generalmente publicidad engañosa o abuso de la posición dominante.

Dicho esto, el ejercicio de la acción de cesación puede buscar la obtención de varias pretensiones, en función del momento en el que se presente la misma. En primer lugar como se ha descrito hasta ahora, la finalidad de la acción de cesación cuando aún se está llevando a cabo la actividad desleal o el uso de las condiciones generales abusivas será - como su propio

¹²⁴ Decreto Legislativo de 9 de abril de 2003, n. 70 “reciente actualización de la Directiva 2000/31/CE, relativa varios aspectos judiciales del servicio de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico, en el mercado interno.

¹²⁵ Decreto Legislativo de 16 de diciembre de 2004, n. 30, “reciente actualización de la Directiva 2003/33/CE, en materia de publicidad del tabaco.

¹²⁶ Artículo 32 bis de la ley 24/2/1998, n.58, texto único en materia de intermediación financiera.

¹²⁷ CHINE, G., *Legittimazione ad agire (art. 3)*, en *I diritti dei consumatori e degli utenti. Un commento alle leggi 30.7.1998 n. 281 e 24.11.2000 n. 340 e al decreto legislativo 23.4.2001 n. 224* (a cura de ALPA y LEVI), Milano, 2001 p.41 y PALMIGIANO, *I Contrati del consumatore*, en *Commentario al Codice del Consumo*, a cura di CESARO, Padova, 2007. P. 620.

¹²⁸ ARMONE, G. M., *Articulo, op. cit.*, p. 534.

¹²⁹ Al respecto, véase: Trib. Torino de 17 de mayo de 2002, en *Foro. It.*, 2002, I, p. 2899, con nota de PALMIERO y Trib. Roma de 11 de agosto de 2003, en *GM*, 2004, p. 902.

¹³⁰ En materia de CGC bastara que el documento este a la espera de firma (PORTELLANO DÍEZ, P., *Artículo 12. Acciones de cesación, op. cit.*, pp. 583 y ss.).

nombre indica- el cese de las mismas¹³¹. La cesación puede consistir bien en actividades de no hacer como el cese de actos de denigración¹³², el abandono de prácticas de publicidad ilícita¹³³, la abstención de venta de ciertos productos¹³⁴ o la finalización de la ventaja competitiva para el infractor¹³⁵; o bien en un hacer como la comercialización de productos con ciertas pautas de publicidad¹³⁶; o la retirada de un rótulo que conlleva confusión para el consumidor¹³⁷. Si la deslealtad de la conducta es dudosa, deberá ejercitarse conjuntamente con la acción de cesación, la acción declarativa de deslealtad. Esta última se presenta como una acción declarativa general para todo tipo de derechos con la finalidad de determinar la deslealtad de un acto¹³⁸.

Sin embargo, cuando la empresa ya no esté llevando a cabo dicha conducta ilegal, la acción de cesación para la tutela de los intereses propiamente grupales adquirirá un carácter completamente distinto, ya que su objetivo será impedir la reiteración de la conducta que, si bien ya ha cesado, constan indicios que apuntan a la posibilidad que la empresa vuelva a realizarla en un futuro¹³⁹.

Por último y si bien hemos apuntado que se requerirá la producción del acto para el ejercicio de la acción colectiva de cesación, cabrá una tutela preventiva, de acuerdo con el artículo 2 de la Directiva 2009/12/CE. En materia de condiciones generales de la contratación, la posibilidad

¹³¹ En tal caso, la acción de cesación de cláusulas contractuales lleva consigo la declaración de nulidad contractual (BUSTOS LAGO, J. M., *Comentario al artículo 53 del TRLGDCU*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, RODRIGO (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 651 y ss.; CORDON MORENO, F., *Aspectos procesales de la regulación legal de las condiciones generales de la contratación*, en AJA, núm. 348, 25 de junio de 1998, p-5; BARRÓN DE BENITO, J.L., *Ley sobre condiciones generales de la contratación. Aspectos procesales*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 58; MARÍN LOPEZ, J. J., *Las acciones de clase en el Derecho Español*, en *Indret*, 2001-3, p. 5; CABAÑAS GARCÍA, J.C., *Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos (con jurisprudencia asociada)*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 109).

¹³² STS núm. 953/2003, de 15 octubre.

¹³³ SAP Madrid de 20 de noviembre de 2004.

¹³⁴ SAP de Zaragoza núm. 558/2003, de 20 de octubre.

¹³⁵ SAP de Castellón núm. 462/2007, de 10 de octubre y SAP de Tarragona núm. 184/2008, de 15 de marzo.

¹³⁶ STS núm. 589/2008, de 25 de junio.

¹³⁷ SAP de Barcelona de 7 de junio de 2002.

¹³⁸ Tal y como apunta la STS de 29 de mayo de 2008, base a la STS de 17 de mayo de 2004. Por ende, si la deslealtad de la conducta es dudosa, deberá ejercitarse conjuntamente con la acción de cesación, la acción declarativa de deslealtad. Esta última se presenta como una acción declarativa general para todo tipo de derechos con la finalidad de determinar la deslealtad de un acto (STS núm. 446/2008 de 29 de mayo, en base a la STS núm. 369/2004 de 15 de mayo.). Este ejercicio conjunto lo recogen la SAP de Madrid núm. 310/2008, de 7 de mayo y SAP de Granada núm. 62/2008, de 15 de febrero respecto a la acción declarativa y la acción de remoción.

¹³⁹ CAPONI, R., *Judicial and administrative collective enforcement: injunctions as tools for consumer protection in EU Law* (Discussing Magdalena Bober's Dissertation), 2010.

de solicitar una tutela previa afectación a los intereses generales de los consumidores y usuarios plantea una acción inhibitoria con la misma eficacia colectiva. Esta acción se diferencia de la acción de cesación *stricto sensu* en cuanto se puede plantear cuando aún no se ha puesto en práctica las disposiciones contrarias a las normas imperativas. De hecho, se trataría de una acción parecida a la acción de prohibición del artículo 16.2 LCGC, aunque planteada de un modo mucho más general, ya que la acción de prohibición de actos futuros en materia de Competencia Desleal está mucho más delimitada¹⁴⁰.

En cuanto a esta tutela preventiva, cabe subrayar que la mayoría de veces se detecta la infracción de la normativa imperativa a través de la solicitud de tutela indemnizatoria por parte de los individuos afectados a partir de la misma, cosa que deja a la acción inhibitoria como excepcional frente a la acción de cesación, ya que la afectación ya se habría producido. No obstante, la acción inhibitoria resulta muy interesante en su finalidad de prevención del daño, si bien plantea problemas en cuanto a la prueba del riesgo que la fundamenta. La pregunta es simple: si aún no se ha producido el daño a partir del quebrantamiento de las disposiciones protectoras de los intereses propiamente grupales, ¿cómo se puede probar que existe un riesgo de afectación a este tipo de intereses?

Estas circunstancias, como ya he apuntado, son muy difíciles de detectar con anterioridad a la realización de la actividad ilícita y del consiguiente daño, porque normalmente restan secretas en las cúpulas empresariales, de tal modo que ni siquiera los propios empleados son conscientes de la ilicitud inherente en el producto que están comercializando¹⁴¹. En materia de condiciones generales de la contratación, el riesgo de afectación es el llamado “riesgo de primera utilización” que se predica tanto de manifestaciones internas como externas, tales como la impresión de los contratos y sus costes, o de la manifestación de la utilización de las mismas. De este modo, en los contratos de consumo no se aplica el requisito de la utilización de las cláusulas abusivas¹⁴². En el ámbito de la competencia desleal, también hallamos graves dificultades prácticas para probar la tentativa de defraudación mediante hechos o actos preparatorios¹⁴³.

¹⁴⁰ La prohibición también se refiere a la reiteración de aquellos actos desleales ya producidos, es decir, en aquellos supuestos en los que la conducta desleal esté finalizada pero haya indicios de reiteración, elemento que consistirá, en esencia, la prueba en el ejercicio de una acción de estas características.

¹⁴¹ Esto se ha puesto de manifiesto por los numerosos casos relativos a las acciones preferentes, en los que, muchas veces, ni los propios empleados de las entidades bancarias eran conscientes del riesgo del producto que ofrecían.

¹⁴² BUSTO LAGO, J. M., *Comentario al artículo*, op. cit., p. 662.

¹⁴³ Se perfilaría más como una media cautelar (VEGA VEGA, J. A., *Artículo 3*, op cit., p. 857).

Por el contrario, presentan mucha menos conflictividad aquellos supuestos en los que ha habido una infracción de la normativa imperativa pero la afectación aún no se ha producido, ya que únicamente cabrá probar la ilicitud del acto como presupuestos de viabilidad. Es decir, no será necesario probar la afectación producto de la infracción apuntada, sino simplemente que la conducta puede suponer un riesgo de afectación¹⁴⁴. No obstante, este último supuesto sólo sería preventivo respecto a los intereses pluriindividuales homogéneos, es decir, aquellos intereses de los consumidores y usuarios afectados por la conducta ilícita. En cambio, entraría dentro del tipo paradigmático de acción de cesación de la conducta ilícita respecto a los intereses propiamente grupales, ya que la actividad infractora ya se ha producido y, por ende, también la afectación a éstos últimos¹⁴⁵.

Otras veces, en cambio, la empresa ni siquiera sabe del carácter ilícito de la conducta que está a punto de llevar a cabo, ya sea por desconocimiento de la normativa imperativa del sector o porque, por circunstancias temporales del mercado, no se han analizado debidamente los riesgos o posibles consecuencias de la actividad en cuestión. Luego, podríamos decir que la afectación a los *intereses propiamente grupales* a partir de la infracción de disposiciones imperativas es un mal inherente en la sociedad de riesgo actual, dónde el mercado exige a sus operantes una capacidad de acción y reacción extrema, cuya ausencia puede conllevar pérdidas de oportunidad y la consiguiente ausencia de beneficio¹⁴⁶. En todo caso, estamos ante unos interés realmente protegidos, que las empresas que los han generados deben reparar.

¹⁴⁴ SAP de Valencia de 15/09/2009.

¹⁴⁵ Cabe decir que la Ley 29/2009 de Competencia Desleal apunta a una doble finalidad de las acciones que recoge en su articulado: el cese de la actividad ilícita y el resarcimiento de daños y perjuicios (VEGA VEGA, J. A. *Comentario, op. cit.*, p. 850). No obstante y si bien es así cuando éstas se ejercitan a título individual, cuando se ejercitan en su modalidad colectiva, estos dos objetivos se refieren a la tutela de intereses diferentes, ya que la ilicitud de la actividad se determina en función de los intereses propiamente grupales tutelados en las normas imperativas y el resarcimiento de daños y perjuicios constituye la tutela de los intereses de cada uno de los consumidores individualmente afectados, aunque sean unas circunstancias jurídico-fácticas comunes.

¹⁴⁶ “El término *sociedad de riesgo* [...] refleja una época de la sociedad moderna que no sólo abandona las forma de vida tradicionales, sino que además está descontenta con las consecuencias indirectas del éxito de la modernización: inseguridad de las biografías y peligros apenas imaginables que nos afectan a todos y contra los que ya nadie puede asegurarnos adecuadamente.” Este término fue creado inicialmente en 1986 por ULRICH, B., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós Básica, Barcelona, 1998, aunque ahora el autor considera que este concepto ha evolucionado hasta *la sociedad del riesgo mundial* (ULRICH, B., *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida.*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2008, pp. 26-41.). Vid. también: ESTEVE PARDO, J., *Técnica, Riesgo y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999 o, más recientemente, *De la policía administrativa a la gestión del riesgo en REDA*, 119 (2003). También, ORMAZABAL SANCHEZ, G., *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Marcial Pons, Madrid, 2004., pp. 25-30.

Esta afectación o riesgo de afectación de los intereses propiamente grupales será el fundamento de la acción colectiva de cesación objeto del presente estudio. No obstante, el ejercicio de la acción de cesación conlleva un segundo elemento: el peligro de continuación. En la mayoría de supuestos descritos estamos tratando con profesionales que han ejercitado una actividad empresarial determinada infractora de las disposiciones protectoras de los intereses de un determinado colectivo. Desde el punto de vista económico, para estas empresas puede resultar mucho más beneficioso económicamente la realización de la actividad ilícita –junto con el abono de las cuantías indemnizatorias individuales en su caso–, que el cumplimiento de lo dispuesto en la normativa vigente. En consecuencia, existe un riesgo inherente de continuación en toda actividad contraria a la normativa imperativa, siempre que ésta se haya llevado a cabo dolosamente¹⁴⁷. Por esta misma razón, el peligro de continuación constituye una presunción *iuris tantum* que, por la inversión de la carga probatoria en estos supuestos, implica que sea el profesional quién deberá desvirtuarla mediante las pruebas de cargo que considere oportunas¹⁴⁸.

1.4.2. La acción restauradora

En este punto es importante analizar la acción restauradora que, como su propio nombre indica, se ejercita con la finalidad de que, a partir de la sentencia que recaiga, los efectos producidos por la conducta ilícita desaparezcan o, en caso que no sea posible, se reduzcan sus consecuencias.

En España, estamos hablando de las acciones de remoción y rectificación de informaciones engañosas que se prevé en materia de competencia desleal, así como, a título de mención, la acción de resarcimiento al competidor afectado por el acto ilícito, acción mucho más próxima a la indemnización y al daño personal que se analizará al final de este apartado relativa a los intereses propiamente grupales.

En el ordenamiento jurídico italiano, esta reparación es considerada una acción clave, de tal modo se prevé que íntimamente ligada a la acción de cesación en el artículo 140 del *Codice de Consumo* para aquellos casos en los que no se haya podido detectar el comportamiento ilícito

¹⁴⁷ Estos requisitos son analizados también como elementos configuradores de la acción de cesación en materia de Competencia Desleal. Véase la monografía: BARONA VILAR, S., *Competencia Desleal. Tutela Jurisdiccional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

¹⁴⁸ PORTELLANO DÍEZ, P., *Artículo 12. Acciones de cesación, op. cit.*, pp. 578 y ss..

con carácter previo¹⁴⁹. Literalmente, se habla de *la adopción de las medidas idóneas para eliminar o corregir los efectos de la conducta ilícita*. Respecto estas medida idóneas hay determinados aspectos que deben tratarse por ser una forma de tutela de los intereses propiamente grupales.

En primer lugar, partiremos del supuesto fáctico en el que esta forma de tutela es de aplicación para determinar en qué consisten estas medidas idóneas. Se trata de actos ilícitos y continuados o repetidos en el tiempo que, a pesar de su cesación – y quiero destacar este inciso-, siguen teniendo unos efectos perjudiciales para los consumidores y usuarios. Estos efectos perjudiciales generados por el acto ilícito es dónde reside la diferencia entre la acción de cesación y las medidas idóneas como forma de tutela, ya que éstas últimas no requieren que la conducta ilícita esté produciéndose aún, sólo que perduren sus efectos. En este sentido, las medidas idóneas tienen la finalidad de eliminar la pérdida de oportunidad para el consumidor como consecuencia del acto ilícito, con independencia de que este se este acto se esté produciendo o no¹⁵⁰.

A tenor de la distinción apuntada, sin embargo, resulta incomprensible que las medidas idóneas como forma de tutela de los efectos dañinos de la conducta ilícita únicamente puedan admitirse si se admite la acción de cesación de la conducta ilícita en cuestión¹⁵¹. Si bien se trata de una afectación plural de un mismo acto ilícito, son dos acciones diferentes e independientes, destinadas a la tutela de una afectación plural de un mismo acto ilícito, ya que, reitero, los efectos de la conducta ilícita no desaparecen con la cesación de la misma. Probablemente, el legislador italiano pretende el ejercicio conjunto de ambas acciones; no obstante, la técnica legislativa procesal correcta no es hacer depender esta forma de tutela la acción de cesación, ya que los efectos de la actividad ilícita pueden detectarse o incluso generarse en un momento posterior a la cesación de la misma. Precisamente, en estos supuestos, una limitación podría conllevar la imposibilidad de acceso a la jurisdicción de la

¹⁴⁹ Art. 140.1 Codice del Consumo: 1. *I soggetti di cui all'articolo 139 sono legittimati nei casi ivi previsti ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale:*

a) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti;

b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; (...).

¹⁵⁰ DANILO DE SANTIS, A., *La tutela giurisdizionale collettiva, Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Jovene Editore, Napoli, 2013, p. 523; PAGNI, I., *Tutela individuale e tutela collettiva nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori degli utenti (prima riflessioni sull'art. 3, l. 40.7.1998, n.281)*, en *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (l. 30 luglio 1998, n. 281, a cura de BARBA, A., Napoli, 2000.*

¹⁵¹ MARINUCCI, E., *Azioni collettive e azioni inibitorie de parte delle associazioni dei consumatori*, en CHIARLONI, S. y FIORIO, P., *Consumatori e processi, La tutela collettiva degli interessi collettivi dei consumatori*, Torino, 2005, p. 139.

afectación a los intereses propiamente grupales de los consumidores y usuarios, razón por la cual, el legislador español otorgó un carácter autónomo a ambas acciones¹⁵².

Las medias idóneas pueden ser restauradoras, reparadoras, reintegradoras o restitutorias, dependiendo de los efectos generados¹⁵³. En materia de consumidores y usuarios, la parte que resulta más interesante del extenso debate sobre la extensión de la tutela reparatoria que se persigue con el ejercicio de la *azione inhibitoria*, es la posibilidad de una condena resarcitoria de los afectados individuales¹⁵⁴.

No obstante, antes de una condena en forma resarcitoria, deberá intentarse la restitución al estado anterior de forma específica o *in natura*, como por ejemplo puede ser la retirada de un cartel publicitario ilícito o del producto defectuoso en cuestión o la eliminación del formulario que contenga las cláusulas declaradas ilícitas¹⁵⁵. En aquellos casos en los que las consecuencias de la conducta ilícita no puedan ser restauradas *in natura*, deberá recurrirse a una forma resarcitoria de reparación¹⁵⁶.

El principal problema son los elementos que engloba el concepto de efectos de la conducta ilícita, ya que el juez italiano goza de amplias facultades en base al artículo 700 del *Codice di*

¹⁵² Art. 32 LCD: 1. *Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones:*

1.ª *Acción declarativa de deslealtad.*

2.ª *Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.*

3.ª *Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.*

4.ª *Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.*

5.ª *Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.*

6.ª *Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.*

2. *En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1.ª a 4.ª, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.*

¹⁵³ DI FAZZIO, G., *Tutela dell'interesse collettivo dei consumatori*, en *I Contratti*, N. 11/2003, p. 1012; DE NOVA, G., *I contratti dei consumatori tra novella al Codice civile, legge sulle associazioni dei consumatori e Trattato di Amsterdam*, en *Consumatori, contratti, conflittuali*, a cura de C. VALLA, Milano, 2000, p. 17; CONTI, R., *Ai nastri di partenza l'inibitoria a tutela degli interessi collettivi ex art. 3 l. n. 218/1998, nota all'ordinanza del Tribunale di Torino, del 3 ottobre 2000*, en *Il Corriere giuridico*, 2001, p. 393; CHINE, G., *Legittimazione ad agire, op. cit.*, pp. 51 y ss.; DONZELLI, R., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, p. 811.

¹⁵⁴ SERRA RODRÍGUEZ, A., *La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en el ámbito del derecho de consumo*, en AAVV, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, DIÉZ-PICAZO, L. (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 3285-3313.

¹⁵⁵ DI MAJO, A., *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 302 y BENUCCI, S., *Sub. art. 139-14, en Codice dei consumo*, a cura de G. VETTENI, Torino, 2007, p. 1097.

¹⁵⁶ GIUGGIOLI, P.F., *Class action e azione di gruppo*, en *I Quaderno della Rivista di diritto civile*, CEDAM, Pavia, 2006, p. 24.

*Procedura Civile*¹⁵⁷, cosa que contrasta con la precisión de los supuesto fácticos a los que el legislador español ha ceñido este tipo de acciones esencialmente restauradoras¹⁵⁸. La respuesta a esta cuestión está lejos de ser unívoca, ya que se han polarizado las opiniones de los expertos en la materia.

Un primer grupo considera que cabe una condena resarcitoria de los afectados como parte de esta medida para corregir e eliminar los efectos dañosos causados por la violación de la normativa imperativa. Los principales autores que defienden esta posición son, GIUGGIOLI, GAMERA DELLA VALLE y PETRELLI¹⁵⁹. En esta misma dirección, la Sentencia de 15/09/2004 del Tribunal de Milano admitió la condena resarcitoria de los afectados en un caso en materia de condiciones generales de la contratación, condenándose a la entidad al reintegro de las sumas indebidamente cobradas¹⁶⁰. De un modo casi análogo, los artículos 12 y 16 de la LCGC permiten este tipo de tutela indemnizatoria en nuestro ordenamiento¹⁶¹.

¹⁵⁷ Art. 70 del Codice di Procedura Civile: *Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.*

¹⁵⁸ Art. 32 Ley 29/2009 de Competencia Desleal: *1. Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones:*

1.ª Acción declarativa de deslealtad.

2.ª Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.

3.ª Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.

4.ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

5.ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente.

6.ª Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

2. En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1.ª a 4.ª, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

¹⁵⁹ GIUGGIOLI, P. F., *Class action e azione di gruppo*, op. cit., p. 24; CAMERO, R y DELLA VALLE, S., *La nuova disciplina del diritti del consumatore*, Milano, 1999, p. 155; PETRELLI, P., *Interesse collettivi e responsabilità civile*, Padova, 2013, p. 154.

¹⁶⁰ Trib. Milano 15/09/ 2004, en *Foro. It.*, 2004, I, p. 3381, con nota di PALMIERI.

¹⁶¹ Art. 12 LCGC:

1. Contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en esta Ley, o en otras leyes imperativas o prohibitivas, podrán interponerse, respectivamente, acciones de cesación y retractación.

2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz.

A la acción de cesación podrá acumularse, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones.

En contra de lo expuesto, otra parte de la doctrina considera que la restitución a un estado anterior no puede consistir en indemnizar a los sujetos individualmente afectados ni tampoco en una sentencia de condena genérica¹⁶². En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Torino de 20 de noviembre de 2006, no admite la tutela resarcitoria de los intereses pluriindividuales homogéneos afectados como consecuencia una conducta ilícita, al entender que el contenido resarcitorio de los consumidores afectados implica valoraciones fácticas que pueden variar de consumidor a consumidor. Es más, a partir de un estudio general de la jurisprudencia italiana, podemos concluir que esta se ha mostrado reacia a aceptar la adopción de este tipo de medidas en materia de consumidores¹⁶³. Las sentencias recaídas en esta materia se limitan a obligar a la empresa que ha llevado la actividad ilícita a comunicar a los afectados su derecho a la restitución, ya sea ésta en natura o mediante indemnización¹⁶⁴.

Personalmente, considero que la reparación de los intereses pluriindividuales homogéneos afectados a través de una actividad lesiva de los intereses propiamente grupales es una medida adecuada. Este carácter vendrá determinado, esencialmente, por el hecho que los consumidores sean titulares del derecho a la restitución de una suma, de acuerdo con todos los requisitos subjetivos del caso¹⁶⁵. Parte de la doctrina añade a este requisito la necesidad que los consumidores sean nominalmente y singularmente identificables¹⁶⁶. Sin embargo,

3. La acción de retractación tendrá por objeto obtener una sentencia que declare e imponga al demandado, sea o no el predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro.

4. La acción declarativa se dirigirá a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación y ordene su inscripción, cuando ésta proceda conforme a lo previsto en el inciso final del apartado 2 del artículo 11 de la presente Ley.

¹⁶² MARINUCCI, E., *Azioni collettive*, op. cit., p. 125; SIRENA, P., *Atti del convegno per il cinquantenario della Rivista*, en *R. d. civ.*, 2006, p. 562; MARENGO, R., *Garanzie processuali e tutela di consumatori*, Torino, 2007, p. 138; TOFFOLETTO, A., y STABILINI, A., *Tutela collettiva dei diritti del consumatore e legge antitrust*, en AAVV, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura de A BARBA, Napoli, 2000, p. 233.

¹⁶³ Trib. Torino, 3 octubre 2000, en *Foro it.*, 2000, I, p. 3622, Trib. Milano, 15 septiembre 2004, en *Foro it.*, Trib. Torino, 20 de noviembre de 2006, en *Danno e responsabilità*, con nota de CONTI E RIZZO, Trib. Palermo, 20 febrero 2008, en *Foro it.*, 2009, I, p. 2474 y Trib. Roma, 23 mayo 2008, en *Foro it.*, 2008, I, p. 2674.

¹⁶⁴ Un ejemplo de restitución en natura es el caso *Lancia Dedra* en el que la empresa tuvo que reemplazar los coches que tenían el defecto de fabricación por nuevas unidades. Por el contrario, en el caso *Wind-Infostrada* la compañía telefónica únicamente podía indemnizar económicamente a los afectados por su conducta, ya que los bienes afectados no podían repararse de ninguna otra manera.

¹⁶⁵ Junto con las características que apuntaré en el análisis de la tutela de los intereses pluriindividuales homogéneos respecto al daño (*II. Tipología de intereses en las acciones colectivas: concepto, naturaleza y características*, 2. *Intereses pluriindividuales homogéneos*, 2.4. *Modalidad de tutela de los intereses pluriindividuales homogéneos*, 2.4.4. *Requisitos para una tutela colectiva indemnizatoria*).

¹⁶⁶ TAVORMINA, L., *Le misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni degli interessi dei consumatori. Tra tutela ripristinatoria e tutela risarcitoria*, en *Europa e dir. Privato*, 2008, pp. 200 y ss., especialmente 202.

considero que la determinación no debe ser un criterio impeditivo de la reparación de esta tipología de intereses, sino que debe ser el juez quien, ante el ejercicio de esta acción colectiva, analice las circunstancias del caso para determinar si la falta de identificación nominal es relevante a efectos de restaurar el daño. En aquellos casos en los que la pérdida de oportunidad que conlleva el no ejercicio de la acción no sea económicamente sustancial como para iniciar un proceso judicial, lo más aconsejable es que el juez determine las circunstancias que deberán acreditar los afectados para que se les indemnice en vía de ejecución, a pesar de que estos sean indeterminados. Precisamente este sistema es el que instaura el artículo 519 de la LEC, si bien cabe apuntar que ha sido utilizado de un modo efectivo un número muy reducido de veces¹⁶⁷. Para facilitar el uso de esta forma de reparación sería óptimo obligar a difundir en los medios de comunicación este derecho a la indemnización que tienen los sujetos afectados por la conducta ilícita. En caso contrario, es muy probable que los afectados no iniciaran un proceso judicial individual por todos los riesgos económicos que este conlleva con la finalidad de recuperar una cantidad irrelevante comparada con los riesgos apuntados¹⁶⁸. A estos elementos simplemente económicos, cabe unir también elementos culturales y psicológicos¹⁶⁹.

Actualmente, no obstante, no parece que pueda proceder esta restitución ante estos ilícitos pluriofensivos, ya que los únicos entes legitimados para el ejercicio de esta acción de cesación son las entidades representativas, si bien parte de la doctrina considera lo contrario¹⁷⁰. Además, la ratio de tutela de los supuestos de daños masivos detrás del nuevo artículo 140 bis del *Codice del Consumo* excluye toda posibilidad de que las medidas del 140.1.b) del mismo código puedan consistir en una forma resarcitoria en relación al daño sufrido por el

¹⁶⁷ ATS de 26 octubre 2004, AAP Madrid núm. 164/2004, de 11 marzo, AAP Madrid núm. 263/2004, de 7 julio, SAP Madrid núm. 177/2005, de 14 abril, AAP Madrid núm. 93/2005, de 6 junio, AAP Madrid núm. 110/2005, de 16 junio, AAP Madrid núm. 166/2005, de 19 septiembre, AAP Madrid núm. 215/2005, de 29 septiembre, AAP Madrid núm. 265/2005, de 11 noviembre, AAP Madrid núm. 4/2006, de 12 enero, SAP Madrid núm. 339/2006, de 17 mayo, AAP Madrid núm. 238/2006, de 18 diciembre, AJPI Madrid, núm. 50, de 20 diciembre 2001 y AJMerc Madrid, núm. 6, de 23 enero 2014, entre otras.

Véase también: ARMENTA DEU, T., *Acciones colectivas*, op. cit., pp. 99 y ss.

¹⁶⁸ En base a los artículo 91 del CPC, en Derecho italiano, y 394 y ss. de la LEC, en el caso español, las costas de un proceso judicial serán abonadas por el que pierda.

¹⁶⁹ GUTIERREZ DE CABIEDES, P., *Acciones de cesación*, op. cit., p. 423.

¹⁷⁰ BELLÍ, C., *Sulo art. 139-140*, en *Codice del Consumo – Commentario de d. legs. de 6/09/2005*, n- 206, Rimini, 2009, p. 542; PETRELLI, P., *Interesse collettivi e responsabilità civile*, Padova, 2003, pp. 154 y ss.; CAMERO, R., *Commento all'art. 3*, en *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 155; PAGNI, I., *Tutela*, op. cit., p. 150; BENUCCI, S., *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, en *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura de VETTORI, G., Padova, 2008, pp. 181 y ss..

consumidor individual¹⁷¹, a diferencia de los que sucede en el caso español en el que los artículos 12 y 16 de la LCGC permiten dicha restitución, como ya he apuntado anteriormente.

Volviendo a la acción de remoción y a la acción de rectificación de informaciones engañosas previstas en el artículo 32 de la Ley de Competencia Desleal española, cabe diferenciar una finalidad distinta a tenor de los efectos de la conducta ilícita que haya llevado a cabo la empresa. En primer lugar, con el ejercicio de la acción de remoción se pretende la eliminación o reducción de los efectos de la conducta desleal respecto al estado anterior a la comisión de los actos ilícitos¹⁷². Esta acción se presenta como complementaria a la acción de cesación, aunque puede ser autónoma cuando haya cesado la conducta ilícita pero, aún entonces, continúen sus efectos¹⁷³. En cuanto al alcance y efectos de la acción de remoción y de forma análoga a los artículos 41 LMa, 63 LPa y 53 LPJDI¹⁷⁴, ésta puede consistir, por ejemplo, en la retirada del tráfico económico de los elementos del acto desleal, la destrucción de los productos fabricados, el cese de las obligaciones de terceros que hubieran suscrito los contratos, el envío de comunicaciones ante actos de denigración o análogos, la preparación de medidas eficaces para impedir actos concurrenciales no lícitos, un comportamiento futuro, la retirada del comercio y la destrucción de los productos ilícitos, la cesación con fines humanitarios, la retirada de la publicidad o, por último, el embargo y posterior entrega de los productos o medios instrumentales del acto desleal imputando el valor de los bienes afectados a cuenta de la indemnización de daños y perjuicios¹⁷⁵.

Con todo, la acción de remoción resulta mucho más efectiva como tutela cautelar, ya que se podría evitar el acaecimiento de los efectos de la actividad ilícita, al no haberse producido esta última¹⁷⁶. En este sentido, el objeto de la acción de remoción podría protegerse igualmente como medida cautelar ante el ejercicio de una acción colectiva de cesación, obligando a la empresa a eliminar rastro alguno del acto ilícito cuya realización aún no se hubiera llevado a cabo.

¹⁷¹ DANILO DE SANTIS, A., *La tutela*, op. cit., p. 530 y PAGNI, I, *Tutela*, op. cit., p. 129.

¹⁷² SAP Alicante núm. 366/2007, de 16 de octubre.

¹⁷³ BERCOVITZ, A, *La Competencia Desleal*, en *Derecho de los Negocios*, núm. 20, 1992, p. 11.

¹⁷⁴ SAP Barcelona núm. 83/2008 de 11 de marzo.

¹⁷⁵ STS núm. 97/2009 de 25 de febrero, SAP de Madrid núm. 43/2009, de 27 de febrero, SAP de Guipúzcoa núm. 2228/2009, de 30 de junio, SAP de las Islas Baleares núm. 342/2005, de 28 de julio y SAP de Barcelona núm. 166/2008 de 9 de mayo, respectivamente.

¹⁷⁶ ROLLI, R., *Codice del consumo, commentato per articolo con dottrina e giurisprudenza le norme complementarii*, CELT, Milano, 2013 p. 861., aunque GUTIÉRREZ DE CABIEDES considera más acertado hablar de una tutela preventiva que cautelar (GUTIERREZ DE CABIEDES, P., *Acciones*, op. cit., p. 423)

Esta tutela con carácter preventivo es también el punto de partida de la *azione inhibitoria* del ordenamiento jurídico italiano cuando permite la publicación del inicio del proceso en uno de los medios de mayor difusión en aquellos casos en los que la publicación contribuyera a la reparación o eliminación de los daños provocados por la violación¹⁷⁷. En el mismo sentido preventivo y en consonancia con lo expuesto en relación a la acción colectiva inhibitoria del ordenamiento jurídico español, la normativa italiana permite el ejercicio de la acción de cesación ante la mera posibilidad de utilización de cláusulas presentes en los condicionados generales de los contratos de los empresarios y profesionales y susceptibles de ser declaradas nulas por afectar a los intereses propiamente grupales legalmente protegidos¹⁷⁸.

Por otro lado, la acción de rectificación de informaciones engañosas resulta mucho más concreta. Vendría a ser una parte específica de la acción de remoción que se centra en los medios que ha utilizado la empresa para la producción del acto ilícito. Por ende, cuando quepa restitución al estado anterior, la acción a ejercitar será la acción de remoción, mientras que si no cabe dicha restitución, la única opción será la acción de rectificación de informaciones engañosas, aunque esta acción esté pensada exclusivamente para acabar con los efectos residuales de los actos concurrenciales realizados o difundidos a través de la publicidad¹⁷⁹.

Los presupuestos de esta última acción son (1) la producción del acto desleal a través de informaciones engañosas y (2) la afectación a un competidor de forma dolosa y grave¹⁸⁰. Por tanto, se requerirá una declaración de deslealtad del acto, ya sea previa o conjuntamente con la acción de rectificación de las informaciones engañosas¹⁸¹. El remedio a dicha actividad ilegal debe ser eficaz y proporcionado, de tal modo que no puede causar mayor daño¹⁸². Ejemplos jurisprudenciales de remedios a partir del ejercicio de esta acción son el envío de cartas al

¹⁷⁷ También puede ordenarse la publicación con el mismo efecto en el juicio ordinario (Trib. Roma, 14 de marzo de 2003, *CG*, p. 1145).

¹⁷⁸ TULLIO, A., *Il contratto per adesione (Tra il Diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori)*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 185. En los mismos términos se recoge en el art. 25 del *Decreto-Lei* portugués de 25 de enero de 1995.

¹⁷⁹ SAP de Vizcaya núm. 300/1999, de 14 de junio.

¹⁸⁰ Todos estos elementos deberán ser probados por el actor (SAP Madrid núm. 981/2004, de 26 de octubre y SAP de Salamanca núm. 520/2006 de 20 de diciembre).

¹⁸¹ Así como la declaración de deslealtad del acto, la doctrina considera que puede ejercitarse una acción de negación de deslealtad del acto (BACHARACH DE VALERA, S., *La acción de cesación para la represión de la competencia desleal*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 96; GIMENO OLCINA, L., *Algunos problemas en la LCD*, La ley, Madrid, 1993, pp. 95 y ss.; BELLIDO DANADES, R., *La tutela de la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, Granada, 1998, p. 98 y WIRTH, A., *Supuestos procesales de la nueva LCD*, en *Derecho de los Negocios*, 1992, pp-3 y ss.; y ROLLI, R., *Codice, op. cit.*, p. 855.

¹⁸² SAP de Vizcaya núm. 975/2000, de 29 de diciembre.

colectivo afectado o el anuncio en revistas de la información correcta, haciendo mención de la incorrección de las anteriores actividades divulgativas ilícitas¹⁸³.

A mi parecer, este es el contexto que se plantea el legislador comunitario en la redacción de la DIRECTIVA 2009/22/CE, con la finalidad de evitar la continuidad de la afectación a los intereses propiamente grupales¹⁸⁴.

En este sentido y más allá de las disposiciones sectoriales analizadas hasta ahora, el artículo 54.3 del TRLGDCU implementó la acción de cesación como instrumento general para la defensa de los intereses propiamente grupales de los consumidores y usuarios en el mercado. De este modo, el legislador convirtió en derechos e intereses legítimos dotados de una protección judicial a muchas previsiones que, previamente, tenían un carácter programático. Asimismo, las conductas contrarias a las normas imperativas que tutelan los distintos sectores del mercado dejan de ser simples infracciones administrativas y pasan a ser el fundamento material de la acción de cesación ejercitada ante órganos jurisdiccionales civiles¹⁸⁵.

1.4.3. Petitum: pretensiones que se pueden ejercitar

Una vez vistos los requisitos y las características de las distintas acciones que se contemplan para la tutela de los intereses propiamente grupales, considero indispensable analizar las particularidades en cuanto al *petitum*, es decir, qué se pedirá en las acciones apuntadas hasta ahora.

Cabe recordar que las acciones colectivas de cesación permiten tanto una tutela preventiva como una cesación de la conducta que genera la afectación. Producto de dicha particularidad, en el ordenamiento jurídico español se diferencia entre la acción de cesación y la acción de inhibición o prohibición. En el primer supuesto, la empresa habrá llevado a cabo la conducta infractora de la normativa tuitiva de los intereses de un colectivo jurídicamente protegido y, en

¹⁸³ SAP de Madrid núm. 280/2004, de 18 de febrero y SAP de Vizcaya de 300/1999, de 14 de junio, respectivamente.

¹⁸⁴ DIRECTIVA 2009/22/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. Por su parte, la 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) (DO L 201/60) va más allá de la cesación de estas conductas lesivas de los intereses propiamente grupales y busca, junto con esta última, la indemnización de los daños masivos producidos.

¹⁸⁵ BUSTOS LAGO, J. M., *Comentario al artículo 53 del TRLGDCU*, op. cit., p.658.

la mayoría de casos y fruto de dicha infracción, se habrán generado una pluralidad de daños individuales a los mismos (intereses pluriindividuales homogéneos). La tutela de cesación de los intereses propiamente grupales, buscará la cesación de la conducta infractora de estos intereses, así como la restauración de los efectos al estado previo a la conducta. Por consiguiente, el *petitum* de la acción colectiva de cesación será el cese o no reiteración de la conducta vulneradora de los intereses del colectivo grupalmente afectado, junto con la restauración de los efectos, con la finalidad que la empresa cumpla con la normativa imperativa del mercado en el que opera y no siga afectando a los consumidores, respetando, de este modo, los derechos e intereses de aquellos que contraten u operen con ella.

En el segundo supuesto, en cambio, cuando la empresa aún no haya llevado a cabo la conducta infractora de los intereses propiamente grupales de un determinado colectivo, el *petitum* de la demanda colectiva se centrará en la prohibición o abstención de iniciarla. Efectivamente, en un mercado dónde inevitablemente se producirán esta tipología de infracciones de la normativa en perjuicio de los derechos e intereses de un determinado colectivo, la acción colectiva de prohibición se erige como ideal, en cuanto significaría la detección de la infracción de la normativa sin consecuencia alguna para los miembros del colectivos a nivel individual al haber impedido su puesta a la práctica. No obstante y como ya he dicho anteriormente, es extremadamente difícil detectar este tipo de conductas antes de que se realicen, ya que conductas de este tipo se enmarcan en un ámbito de secretismo hasta que producen efectos individuales a una pluralidad de los miembros del colectivo.

Recapitulando, la acción de cesación se utilizará para aquellos casos en los que se haya puesto en práctica una determinada conducta infractora de la normativa imperativa, con independencia de la afectación o no de los intereses pluriindividuales homogéneos de los miembros del colectivo¹⁸⁶. Mientras que, en aquellos casos en los que se detecte con carácter previo que la empresa va a llevar a cabo esta conducta infractora, la acción que deberán ejercitar los legitimados es la acción de inhibición o prohibición.

¹⁸⁶ La acción de remoción de los efectos se centra en aquellos casos en los que se han afectado los intereses propiamente grupales, ya que vemos como la jurisprudencia apuntada es reacia a la indemnización individual de los miembros afectados aunque ésta sea para restaurar un efecto de la conducta ilícita. Una restauración de este tipo comportaría un análisis concreto contrario al control abstracto descrito e imperante de la acción de cesación, pero viable en cuanto al objeto de tutela de la acción de remoción. Véase: SAP de Málaga núm. 553/2006, de 7 septiembre, SAP de Madrid núm. 126/2006, de 14 septiembre, SAP de Alicante núm. 366/2007, de 16 octubre, AAP de Burgos núm. 154/2007, de 9 abril, SAP de Alicante núm. 227/2009, de 29 mayo, SAP de Tarragona núm. 318/2007, de 7 septiembre, SAP de Madrid núm. 265/2009, de 30 octubre, SAP de Barcelona núm. 422/2009, de 14 diciembre, SAP de Madrid núm. 194/2011, de 10 junio, SAP de Alicante núm. 13/2012, de 18 enero, SSAP de A Coruña núm. 88/2012, de 29 febrero y núm. 150/2012, de 2 abril y SAP de Pontevedra núm. 352/2012 de 21 junio, entre otras.

A pesar de que la conducta ilícita se lleve a cabo y genere daños pluriindividuales, el control abstracto descrito hasta ahora en la tutela de los *intereses propiamente grupales* implica lo que se ha denominado *interpretación típica*. En otras palabras, no deben ni pueden examinarse los acuerdos o características personales en la determinación del carácter abusivo de una cláusula, la deslealtad de un acto de competencia o el engaño en la publicidad, sino que deberán predicarse de un caso abstracto y paradigmático de la utilización o realización de las mismas. En este sentido, el Tribunal no podrá centrarse en las vicisitudes que presenten los casos concretos, sino que deberá situarse en un hipotético escenario típico en el que se planteara la pretensión de acuerdo con el objeto cuya cesación o prohibición de utilización se plantea. Por esta misma razón, el artículo 17.4 de la LCGC permite que este tipo de acciones se dirijan contra varios profesionales que hayan utilizado la misma cláusula general abusiva, ya que resultaran independientes factores tales como las características de las partes contratantes u otros elementos fácticos de los casos concretos¹⁸⁷. Dicho esto, conviene recordar que, en materia de Condiciones Generales de la Contratación, corresponderá al demandante probar el carácter general de la condición y que, una vez probada éste, se presumirá la cláusula como abusiva, constituyendo un tipo de presunción *iuris tantum* o, en otras palabras, que admite prueba en contrario. Esto ha implicado que la doctrina señale que aquellos supuestos en los que se pretenda la cesación del uso de una cláusula presumiblemente abusiva estamos ante una acumulación de acciones pues se pretenden dos objetos distintos: la declaración de una cláusula como nula y la cesación de uso de la misma. Además, tales actos infractores de la normativa imperativa deberán interpretarse en todo caso de modo que se contemplen las consecuencias en un sentido más favorable a la protección al consumidor. Así sucede al interpretar el carácter abusivo de la cláusula general en materia de condiciones contractuales de la contratación¹⁸⁸; y en aquellos supuestos en materia de competencia desleal y publicidad.

Por último, en cuanto al tipo de pretensión ejercitada, esta pretensión de cesación consiste en un comportamiento inhibitorio. Es decir, si se admite la pretensión en la sentencia que ponga fin al proceso colectivo, la entidad que haya infringido la normativa imperativa deberá dejar de llevar a cabo la conducta lesiva. De lo apuntado, se extrae que estamos ante una acción de

¹⁸⁷ CORDÓN MORENO, F., *Aspectos procesales de la regulación legal de las condiciones generales de la contratación*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 348, de 25 de junio de 1998, pp. 14-15; BARRÓN DE BENITO, J. L., *Ley condiciones generales de la contratación. Aspectos procesales*, Madrid, 1999, pp. 58-59; y SERRANO MASIP, M., *Acciones previstas en el artículo 12.2 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, en ESPIAU ESPIAU, S., (ed.), *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid-Barcelona, 1999, p. 187.

¹⁸⁸ PORTELLANO DÍEZ, P., *Artículo 12. Acciones de cesación*, *op. cit.*, pp. 594 y ss..

condena a un no hacer (*non facere*), que en algunos casos puede ser de hacer (*facere*) cuando, por ejemplo, se condene a una empresa infractora a instalar un cartel en el que consten las condiciones generales de la contratación de un modo claro o una publicidad no engañosa, ya que se trata de una conducta de carácter personal.

Para evitar que la empresa siga con su comportamiento lesivo pese al contenido condenatorio de la sentencia, la Ley de Defensa de la Competencia regula el establecimiento de sanciones a los sujetos infractores, cuyo régimen se regula en los artículos 61-70 de la LCD, junto con los artículos 49-54 del mismo cuerpo que regulan el procedimiento sancionador. Por el contrario, la Ley de Condiciones Generales de la contratación no establece nada al respecto, por lo que cabe deducir que el legislador se remite al resarcimiento por daños y perjuicios de los artículos 709 y 710 de la LEC¹⁸⁹. No obstante, el artículo 24 de la LCGC prevé un régimen sancionador que será el de aplicación ante supuestos en los que el condenado a no llevar a cabo una determinada actividad incumpla su prohibición, en aplicación de la preponderancia de la ley especial y para evitar un supuesto de infracción del principio *non bis in ídem*¹⁹⁰.

Para concluir este apartado relativo a la tutela de los intereses propiamente grupales, la gran pregunta que uno se plantea si es necesario un proceso colectivo para el ejercicio de la acción colectiva de cesación. Sin lugar a dudas, el número de afectados en los supuestos de daños masivos obliga a la articulación de un proceso distinto al individual. La eficacia *erga omnes* que conlleva esta acción no es motivo suficiente¹⁹¹, ya que la acción individual no se limita *per se*

¹⁸⁹ Artículo 710 LEC: *Condenas de no hacer- 1. Si el condenado a no hacer alguna cosa quebrantare la sentencia, se le requerirá, a instancia del ejecutante por parte del Secretario judicial responsable de la ejecución, para que deshaga lo mal hecho si fuere posible, indemnice los daños y perjuicios causados y, en su caso, se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial.*

Se procederá de esta forma cuantas veces incumpla la condena y para que deshaga lo mal hecho se le intimará por el Secretario judicial con la imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo.

2. Si, atendida la naturaleza de la condena de no hacer, su incumplimiento no fuera susceptible de reiteración y tampoco fuera posible deshacer lo mal hecho, la ejecución procederá para resarcir al ejecutante por los daños y perjuicios que se le hayan causado.

¹⁹⁰ Artículo 24 LCGC: *La falta de inscripción de las condiciones generales de la contratación en el Registro regulado en el capítulo III cuando sea obligatoria o la persistencia en la utilización o recomendación de condiciones generales respecto de las que ha prosperado una acción de cesación o retractación, será sancionada con multa del tanto al duplo de la cuantía de cada contrato por la Administración del Estado, a través del Ministerio de Justicia, en los términos que reglamentariamente se determinen, en función del volumen de contratación, del número de personas afectadas y del tiempo transcurrido desde su utilización. No obstante, las sanciones derivadas de la infracción de la normativa sobre consumidores y usuarios, se regirá por su legislación específica.*

¹⁹¹El legislador español ha seguido el modelo del .21 AGB-Gestz, artículo que preveía la extensión de eficacia de las sentencias que determinarían la ilicitud de una cláusula contractual abusiva y su respectiva cesación a todas las cláusulas incorrectas utilizadas en los contratos de condiciones generales celebrados por el empresario predisponente condenado, en lo que se denominaría *ineficacia derivada*.

*inter partes*¹⁹². El carácter colectivo, por ende, viene determinado por la titularidad que presentan los intereses propiamente grupales: una titularidad inmediata por parte del colectivo y la titularidad mediata que ostentan cada uno de sus miembros.

Dicho carácter obliga a establecer un proceso en el que los afectados no tan solo puedan intervenir en el mismo, sino que permita también un ejercicio conjunto de la acción colectiva de cesación y la acción colectiva de indemnización para aquellos supuestos en aquellos en los que se hayan afectado tanto a intereses propiamente grupales como a los intereses pluriindividuales homogéneos. El proceso en el que se ejercite una acción colectiva de cesación deberá, además y junto con dicho efecto erga omnes de la sentencia, contemplar la posibilidad, en su caso, de acumulación de las acciones indemnizatorias de los daños individuales que habrá generado la actividad ilícita (los llamados daños pluriindividuales homogéneos).

En este segundo caso, las garantías procesales que deberán tenerse en cuenta en la articulación de un proceso colectivo deberán ser muy superiores al anterior, ya que está en

Por el contrario, en aquellos casos en los que el tribunal no determinara el carácter abusivo de una cláusula este efecto extensivo no se produciría en virtud del principio de tutela judicial efectiva (TULLIO, A., *Il contratto per adesione*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 197). A nivel español, no obstante, ha sido este principio de tutela judicial efectiva el principal obstáculo para dar este efecto de cosa juzgada extensivo a las sentencias recaídas en este tipo de procesos, con independencia de la estimación o desestimación de las pretensiones ejercitadas. El CGPJ, en un informe emitido sobre el Anteproyecto de 25 de julio de 1996, determina que un efecto ultra partes de las sentencias dictadas como consecuencia del ejercicio de acciones colectivas es contrario derecho del artículo 24 de la CE que prohíbe toda condena en la que el sujeto condenada no haya podido intervenir o haya tenido la posibilidad de intervenir en el respectivo proceso (en relación al artículo 20.bis.2 de dicho Anteproyecto). Por el contrario, el Consejo de Estado, en base a los artículos 7.1 y 3 de la Directiva 93/13/CEE, considera que es preciso establecer unas normas que permitan superar los efectos de la sentencia respecto del caso juzgado y los extienda ultra partes (Informe de 31 de octubre de 1996, a propósito del anteproyecto de 25 de julio de 1996). A favor de esta última posición, el artículo 22.1.2º de la LEC, introducido por el artículo 1.5.º de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios («B.O.E.» 29 octubre), determina que: *En las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios el Tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora*. En el mismo sentido: ROPPO, V, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, en CESÀRO, E. (Coord.), *Clausole abusive e Direttiva comunitaria*, CEDM, Padova, 1994, p. 113. Ver también: GARÍA AMIGO, M., *Ley alemana occidental sobre "condiciones generales"*, en RDP, 1978, p. 397 y RAPISARDA, C., *Spunti in tema di efficacia del giudicato secundum eventum litis con particolare riguardo all'esperienza della legge tedesca sulle condizioni generali di contratto*, en Riv. Crit. dir. priv., 1988, pp. 139 y ss..

¹⁹² Excepto en los casos de sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad del artículo 222.1 LEC que tendrán un efecto *erga omnes* y las contenidas en el artículo 222.3 que extenderán sus efectos a determinados terceros, como son los herederos y causahabientes, los sujetos determinados de determinados derechos y los socios en la impugnación de acuerdos sociales. Véase: ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal civil, op. cit.*, pp. 269-270.

juego la tutela de los intereses privados de todos los afectados, cuyo número en ocasiones es indeterminado. En este sentido, para el ejercicio de la acción resarcitoria junto con la acción de cesación se requerirá un resultado objetivo entendido como la concreción de los consumidores la tutela de cuyos intereses individuales se pretenda, así como la acreditación del daño, su cuantía y el ejercicio tempestivo de la misma¹⁹³.

Por esta misma razón y en segundo lugar, quería apuntar que en el caso que se ejercite una acción colectiva de cesación y siempre que proceda la acumulación con las acciones de tutela de los *intereses pluriindividuales homogéneos*, deberá tenerse en cuenta la concurrencia de determinados elementos fácticos y jurídicos comunes en los daños de los sujetos afectados, así como la posible intervención de los mismos en el proceso y la posible eficacia *erga omnes* de la sentencia, elementos que son objeto de estudio en la siguiente parte del trabajo.

Last but not least, además de la afectación a los intereses propiamente grupales y los intereses pluriindividuales homogéneos a partir de una conducta ilícita, en materia de competencia desleal se produce una afectación a los competidores del sujeto infractor en el mercado¹⁹⁴. A dicho efecto, el artículo 32 de la LCD recoge una acción de resarcimiento con la finalidad de indemnizar por los daños y perjuicios producidos a los competidores del sujeto infractor afectados, cuyo ejercicio casi siempre es de forma acumulada a la acción de declaración de deslealtad de la conducta. En este sentido y si bien no se ha determinada el contenido de la expresión “daños y perjuicios”¹⁹⁵, esta acción alcanza a indemnizar el *damnum emergens* y el *lucrum cessan*, entendiendo el primero como la pérdida sufrida por el titular como elemento positivo y, el segundo, como incremento patrimonial, verosímil y razonable

¹⁹³ Ante el ejercicio conjunto de ambas acciones, la cuantía será el factor determinante si se sustancia por los cauces del juicio verbal u ordinario (SAP de Sevilla de 22 de enero de 2004, SAP de Alicante núm. 321/2007 de 13 de septiembre, SAP de Madrid 436/2007, de 19 de septiembre y ATS de 2 de marzo de 2010).

Del mismo parecer, GUTIERREZ DE CABIEDES, P., *Acciones*, op. cit., p. 424 y ss. Al respecto, véase también: CABAÑAS GARCIA, J. C., *Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos (con jurisprudencia asociada)*, op. cit., p. 109 y BUJOSA VADELL, L. M., *El acceso a la justicia de los consumidores y usuarios*, en DE LEÓN ARCE, A. y GARCÍA GARCÍA, M^a., *Derechos de los consumidores y usuarios*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 2^a Edición, p. 1792.

¹⁹⁴ Cabría también hablar de aquellos supuestos en los que existe una pérdida patrimonial sin causa en la que se vulnere una posición jurídica amparada por un derecho de exclusión, como son los signos distintivos no inscritos, los elementos identificativos de una persona o los secretos empresariales (SSTS núm. 1348/2006, de 29 de diciembre y núm. 40/2008 de 5 de febrero). Para estos casos, se prevé la acción de enriquecimiento injusto del artículo 32 LCD, acción principal, no subsidiaria y en la que sólo debe probarse los daños y perjuicios (SSTS núm. 787/2009, de 11 de diciembre y 10001/2007 de 28 de septiembre). Véase: BERCOVITZ, A., *Apuntes de D^o Mercantil*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 424-425; MASSAGUER, J., *Comentario a la LCD*, Civitas, Madrid, 1999, p. 551; FERNÁNDEZ NOVOA, C., *El enriquecimiento injusto en el Derecho industrial*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 91 y ss.; y PORTELLANO, P., *La imitación el Derecho de la Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1995, p. 155.

¹⁹⁵ A diferencia de los artículos 66.1 y 2 LPa, 43.1 y 2 LMa y 55.1 y 2 LPDI.

que hubiere podido conseguir el titular de no haberse producido la infracción de la normativa imperativa¹⁹⁶. Además, también alcanzará a los daños morales relativos, mayoritariamente, a la reputación, tanto los directos como indirectos¹⁹⁷. El juez es quien deberá realizar el cálculo en cada caso y podrá valerse de criterios específicos como los beneficios obtenidos, las consecuencias negativas de la pérdida de clientela, los cálculos reales o los gastos asignados¹⁹⁸.

No obstante, deberá probarse el daño así como la relación de causalidad, ya que no se ha acogido la doctrina *ex re ipsa*, según la cual raramente se producirá una infracción que afecte al consumidor sin que ésta produzca, a la vez, un beneficio para el infractor¹⁹⁹. En dicha prueba, presentan especiales problemas los daños morales por su carácter inmaterial²⁰⁰. Además, se exige dolo o culpa, a diferencia de otras normas afines²⁰¹, pudiendo ser la conducta culposa *in faciendo* o *in no faciendo*²⁰².

En síntesis, las características de los intereses propiamente grupales exigen una modalidad de tutela que ponga fin a la actividad ilícita mediante el ejercicio de una acción de cesación, sin perjuicio de poder acumular a la misma las acciones restauradoras oportunas y siempre en el marco de un proceso colectivo por el carácter *erga omnes* que se predica de la estimación del tipo de pretensión ejercitada, con independencia de que se adopte un modelo de exclusión o inclusión para determinar la extensión del efecto de cosa juzgada de la respectiva sentencia.

Una vez vistos el concepto, los rasgos, así como la modalidad de tutela de los intereses propiamente grupales, procede hacer lo propio con los intereses pluriindividuales homogéneos al presentar importantes diferencias respecto a lo visto hasta ahora.

¹⁹⁶ DE CUPIS, *El daño*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 312.

¹⁹⁷ DE LA VEGA GARCIA, F., L., *Responsabilidad civil derivada de ilícito concurrencial*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 271-277.

¹⁹⁸ SAP de Barcelona núm. 186/2009 de 28 de mayo, STS núm. 1348/2006, de 29 de diciembre, SAP de Córdoba núm. 132/2009, de 10 de julio y SAP Zaragoza 454/2009, de 16 de septiembre, respectivamente. Sobre el cálculo en general: STS núm. 204/2010, de 7 de abril.

¹⁹⁹ En cuanto a la prueba del daño: SSTS núm. 312/2001, de 29 de marzo, núm. 311/2007 de 23 de marzo, núm. 40/2008 de 5 de febrero y núm. 692/2008 de 17 de julio. Respecto la prueba de la relación de causalidad: SSTS núm. 872/2003, de 29 de septiembre, núm. 1217/2004, de 23 de diciembre y núm. 415/2005, de 23 mayo, todas ellas sintetizadas por la SAP de Córdoba núm. 132/2009 de 10 de julio. En concreto y sobre la doctrina *ex re ipsa*: SSTS núm. 1217/2004, de 23 de diciembre, núm. 415/2005, de 23 mayo, núm. 40/2008 de 5 de febrero y núm. 717/2006, de 7 de julio.

²⁰⁰ STS núm. 256/2010, de 1 de junio, SAP de Barcelona núm. 274/2009 de 28 mayo y Sentencia del Juzgado Mercantil de Alicante de 20 de mayo de 2010.

²⁰¹ Artículo 64 PA, 42, LMa y 54 LPJDI.

²⁰² SSTS núm. 871/200, de 29 de septiembre y núm. 966/2005 de 1 de diciembre.

2. Intereses pluriindividuales homogéneos

2.1. Concepto

Los intereses pluriindividuales homogéneos son intereses individuales de las personas que integran un colectivo determinado cuya afectación presenta elementos fáctico-causales comunes que requieren una tutela colectiva o conjunta de los daños individuales. En otras palabras, los *intereses pluriindividuales homogéneos* son intereses individuales de los miembros de un grupo o clase que se han visto afectados de un modo cuantitativo y/o cualitativamente igual por una determinada actividad empresarial.

De hecho, las acciones colectivas buscan, en síntesis, permitir que estos sujetos individual y comúnmente afectados por una actividad ilícita puedan unirse en una única posición procesal y ejercitar una acción colectiva de indemnización para evitar, de esta manera, que la poca entidad de la indemnización en los llamados “daños masivos” pueda suponer una barrera en el acceso a la tutela judicial de los intereses afectados²⁰³.

2.2. Características de los intereses pluriindividuales homogéneos

La primera de las notas definitorias de esta tipología de intereses es la existencia de la colectividad afectada como grupo, únicamente a partir de la afectación individual de cada uno de los miembros de la misma.

A esta colectividad, por contraposición a la *clase potencialmente afectada*, la llamaré *clase necesariamente afectada*, ya que, como su propio nombre indica, en ésta todos los miembros habrán de haber padecido un daño similar derivado de la misma conducta empresarial lesiva

²⁰³ A nivel europeo, cabe destacar la reciente Recomendación de 11 de junio de 2013. En concreto, así lo establece el punto 14 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, sobre «Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo» (2011/2089(INI)) (2013/C 239 E/05) y el considerando 11 de la 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) (DO L 201/60). A nivel español y a mero título de ejemplo, encontramos la STS 45/2012 en la que rotura de una prótesis implantada en la vena subclavia izquierda -*stent*- produce daños continuados al sujeto (FJ. 2). Este apartado será desarrollado en la parte relativa a la tutela de los intereses pluriindividuales homogéneos.

de sus intereses, para que se constituya dicha colectividad. Por consiguiente, será ese daño cualitativamente o cuantitativamente homogéneo el requisito esencial.

Esta tipología de clase *necesariamente afectada* encaja con la idea de interés legítimo clásico centrado en la patrimonialidad e individualización sobre la que se configura la legitimación procesal de nuestro ordenamiento²⁰⁴. No obstante, la acción colectiva en esta materia tan solo se incorporó a nivel procesal en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, limitándose al ámbito de los consumidores y usuarios por el régimen establecido en la CE²⁰⁵. Sin duda alguna, los perjudicados en esta materia son las que más frecuentemente requieren ese tipo de tutela jurisdiccional colectiva. No obstante, se han dejado fuera intereses que se contemplan en el ámbito americano, como son los daños masivos por vertidos contaminantes o por rotura de presas²⁰⁶, o, como supuesto paradigmático de la crisis financiera actual, la protección de los inversores. En esta materia, tal y como apunta CARBALLO PIÑEIRO, los inversores deben haber hecho la inversión entrando dentro del concepto de consumidor para poder utilizar la acción colectiva prevista en el artículo 11.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁰⁷.

En este sentido, en Estados Unidos, el ámbito objetivo de las acciones colectivas no está tan limitado, de tal modo que las acciones colectivas norteamericanas se clasifican en función de si se refieren a daños masivos (*mass torts*), valores y acciones (*securities and shareholders*) u otros daños financieros (*other injury claims*).

En consecuencia y a diferencia de los intereses propiamente grupales, no puede haber una tutela preventiva de la afectación, sino que la tutela sólo puede comprenderse como respuesta a la producción del daño. Es decir, la tutela judicial puede exigirse exclusivamente cuando se haya producido la afectación de los intereses individuales, ya que, como su propio nombre indica y a pesar de su tutela colectiva, se trata de intereses individuales que se ejercitan conjuntamente en juicio y, como tal, tienen rasgos comunes.

En cuanto al objeto, cabe apuntar que los intereses pluriindividuales homogéneos son intereses individuales y, más allá de la procedencia o no de la tutela colectiva cuando éstos se ven afectados por una misma conducta, su objeto es perfectamente divisible y valorable económicamente. Por ende, el hecho de que se permita solicitar la reparación de forma conjunta no impediría que cada uno de los afectados pudiera ejercer individualmente o

²⁰⁴ Apartado VII de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

²⁰⁵ Esencialmente, en los artículos 6,7, 11, 11 bis, 13, 15, 221, 222 y 519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

²⁰⁶ *Mejdrech v. Met-Coil Systems Corp.* 319 F.3d 910 C.A.7 (III), 2003.

²⁰⁷ CARBALLO PIÑEIRO, L., *Protección de inversores, acciones colectivas y derecho internacional privado*, en *Revista de Derecho de Sociedades*, 37/2011, Tomo 2.

mediante una figura litisconsorcial su acción, ya que el objeto de esta tipología de intereses puede fragmentarse en cuantos afectados existan. Dicho esto, también conviene señalar que la tutela individual o el litisconsorcio no parecen adecuados para la tutela de los intereses pluriindividuales homogéneos, ya que estamos hablando de supuestos en los que hay un gran número de afectados. Además, aunque sus respectivos daños individuales deriven de una misma actividad, la mayoría de veces las características que presenta el daño no pasarían los requisitos para la constitución de un litisconsorcio. Dicho esto, y aún en el caso que se pudiera proceder a dicha constitución, el litisconsorcio debería englobar a un gran número de afectados, ya que la afectación individual suele caracterizarse por ser de muy poca entidad en relación con las costas procesales y tasas judiciales respectivas. En consecuencia, una tutela colectiva a través de la figura del litisconsorcio resultaría inadecuada, ya que los costes del proceso judicial resultarían aún superiores a la suma de las indemnizaciones individuales.

Asimismo, el carácter individual de estos intereses y la divisibilidad de su objeto conlleva una relación inmediata del sujeto con el objeto que permite al primero gozar, en su concepción clásica y sin limitación alguna, de la titularidad y disposición sobre el interés afectado. Consiguientemente, el sujeto afectado por un daño masivo puede iniciar un proceso individual para solicitar la tutela de sus derechos, puede acordar una transacción o realizar todos aquellos actos que requieran de una titularidad plena de los intereses y derechos en juego, sin que el resultado del proceso o de estos actos puedan tener un efecto para los otros afectados por el acto generador del daño masivo.

No obstante, hay dos características que presenta el daño en estos supuestos que, a pesar que no impongan a nivel teórico una limitación de las facultades de disposición anteriormente apuntadas, pueden suponer una barrera en el acceso a la jurisdicción de este tipo de intereses colectivos.

Por un lado, la entidad del daño suele ser económicamente irrisoria en comparación con las costas y tasas judiciales que los afectados deberían afrontar en su tutela individual, ya que estamos tratando con supuestos de consumo que raramente – y debo decir que afortunadamente- conllevan daños de gran entidad para los afectados²⁰⁸. Precisamente, la

²⁰⁸ Como excepciones, mencionar el caso del aceite de colza (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 abril 1992 y núm. 895/2007 de 26 de setiembre. Hechos del caso: El aceite de colza siempre ha tenido aplicaciones industriales. Para evitar su desvío para el consumo de mesa, la normativa española permitía la importación de aceite de colza para usos industriales, pero obligaba a desnaturalizar el aceite de colza, haciéndolo inviable como alimento. En 1973, sin embargo, industriales importadores de aceite de colza pidieron autorización al Laboratorio Central de Aduanas para utilizar anilina, un producto tóxico pero no venenoso, como agente desnaturalizante y el permiso fue concedido. Años después, algunos

poca cuantía de la indemnización a percibir a resultas de la poca entidad del daño padecido, es el elemento que disuade por lo general a los afectados del inicio de un proceso individual en el que tendrían que abonar unas altas cuantías en concepto de costas, tasas judiciales y otros gastos, junto con el riesgo que se dicte sentencia desfavorable a su pretensión.

Ello no obstante la multiplicidad de afectados por un mismo hecho o bajo unas características del daño comunes, plantea una posible solución a este problema. De hecho, este carácter plural y común de la afectación es la segunda de las características que presenta el daño en los intereses pluriindividuales homogéneos. Normalmente, la afectación es producto de una actividad (lícita o ilícita) por parte de un operador jurídico que, más allá de afectar las normas imperativas de protección a los consumidores y usuarios, conlleva la afectación de los intereses individuales de cada uno de los consumidores de un determinado producto o servicio.

Por esta misma razón y sin ánimo de anticiparme a lo que se verá más adelante, la tutela colectiva de esta tipología de intereses se postula como la solución para conseguir, por un lado, la reparación de los daños de los consumidores afectados y, por el otro, en el caso que se haya infringido, el cumplimiento de la normativa imperativa tuitiva de los derechos del colectivo social jurídicamente protegido.

En esta sede, procede examinar algunos ejemplos jurisprudenciales de protección de los intereses pluriindividuales homogéneos no sólo para observar las características que acabamos de señalar, sino también porque nos servirá para entender mejor las modalidades de tutela que precisan

2.3. Ejemplos

Tal y como he apuntado, los “daños masivos” suelen ser los supuestos paradigmáticos de afectación de los intereses pluriindividuales homogéneos. Sin embargo, estos daños pueden derivar de la infracción de una normativa imperativa y tuitiva de los intereses de los consumidores y usuarios o bien de un acto que, si bien no es contrario a la normativa

industriales se concertaron para importar aceite de colza desnaturalizado, invertir el proceso de desnaturalización y vender el aceite para su consumo alimenticio, causando, como resultado, la muerte de 1.100 personas y el envenenamiento de otras 60.000) o la reciente sentencia sobre la Talidomida.

imperativa, ha provocado una afectación de los intereses de los consumidores y usuarios individuales.

En este sentido, cuando esta afectación sea consecuencia de la inobservancia de las normas *ius cogens* en materia de consumo, podremos hablar, primeramente, de una afectación de los intereses individuales homogéneos de los miembros del colectivo que, al mismo tiempo, ha generado una lesión a los intereses propiamente grupales, por vulneración de una norma imperativa tuitiva de los intereses de los consumidores y usuarios.

Un supuesto reciente que reúne estas características es el caso de la Talidomida. La Talidomida es un fármaco que fue comercializado entre los años 1958 y 1963 como sedante y como calmante de las náuseas durante los tres primeros meses de embarazo (*hiperémesis gravídica*). Sin embargo, este producto provocó miles de nacimientos de bebés afectados de focomelia, anomalía congénita que se caracterizaba por la carencia o excesiva cortedad de las extremidades. En la comercialización de este producto no se realizaron los estudios con el margen temporal suficiente como para comprobar la no producción de efectos secundarios, infringiendo la normativa vigente en aquel momento. Además de la afectación de los intereses propiamente grupales que se deriva, dicha infracción conllevó un daño individual de los consumidores que tomaron este medicamento.

Por el contrario, en aquellos casos que únicamente se trate de una eventual afectación a una pluralidad de consumidores y usuarios, hablaremos exclusivamente de intereses pluriindividuales homogéneos. La casuística en este tipo de supuestos aumenta:

En primer lugar, el caso por excelencia es la sentencia *Opening*, nombre de la escuela de idiomas que ofertaba determinados cursos que, si bien no llegaron a realizarse por el cierre de la misma, habían sido suscritos por una multiplicidad de consumidores y usuarios²⁰⁹. En este supuesto, los contratos para dar cursos de inglés concertados por *Opening* y los correlativos contratos de financiación de estos cursos en principio no son contrarios a ninguna ley de protección de consumidores, sino que constituyen actividades lícitas y útiles para los consumidores mientras se desarrollaron conforme a lo pactado. El hecho dañoso no lo

²⁰⁹ SAP de Sevilla de 22 enero 2004 o SAP de Madrid, núm. 10/2006 de 16 de enero, comentada ésta última por LLAMAS POMBO, E., «Caso *Opening*», *sentido común y sentido jurídico en Práctica de Derecho de Daños*, Nº 39, Sección Editorial, Junio 2006. Sobre el mismo caso véase también: BUSTOS LAGO, J. M., *Incumplimiento de la prestación de servicios financiada a través de un contrato de préstamo al consumo. Algunas precisiones a propósito del caso "Opening English School"*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 564; y, desde una perspectiva más amplia y a modo de *lege ferenda*, VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *El proceso de acciones colectivas (necesidad de su implantación en España)*, en *Actualidad Civil*, Nº 16, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 30 Sep. 2011, tomo 2, pp. 1794 y ss..

constituyen los referidos contratos, sino el incumplimiento de sus obligaciones por parte de *Opening* como consecuencia de una situación de insolvencia económica. No se trata, por tanto, de que *Opening* cese de firmar contratos o de producir efectos los concertados por ser los mismos lícitos, sino de proteger a los consumidores de los efectos de su incumplimiento provocado por su insolvencia. En este sentido, se trata de la tutela de daños generados a partir de una conducta que, si bien es lícita, ha generada una pluralidad de daños protegidos por el ordenamiento jurídico español y, por ende, dignos de tutela²¹⁰.

En el mismo sentido, cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 26 de mayo de 2006 por la que se solicita la resolución de crédito al consumo para financiar un curso de inglés. El problema planteado consistía en que, si bien las academias que ofertaban los cursos de inglés cerraron masivamente, los alumnos tuvieron que seguir pagando las cuotas mensuales de devolución de un préstamo a través del cual una tercera entidad, normalmente banco o caja de ahorros, financiaba el importe total del curso. De este modo, si bien el cierre de las academias no suponía ningún problema jurídico en cuanto se resolvían los contratos de servicios de enseñanza por incumplimiento de una de las partes, las entidades financieras acreedoras de los contratos de préstamo procedieron a reclamar judicialmente y a ejecutar el importe de las cuotas impagadas. A partir de esta situación, los alumnos perjudicados solicitan a través de una organización de consumidores y usuarios la resolución del contrato de servicios de enseñanza, la resolución del contrato de préstamo y la devolución de las cantidades pagadas a la entidad financiera, ya que estuvieron pagando por un servicio que no recibían. Si bien los contratos que habían firmado los estudiantes contenían determinadas cláusulas para evitar la aplicación de la Ley de Crédito al Consumo y para impedir la resolución del contratado de crédito al consumo en el caso que se produjera la resolución del contrato principal (contrato de enseñanza), la Audiencia considera que existe un desequilibrio entre las partes contratantes del cual eran conscientes tanto la academia de idiomas como la entidad bancaria que concedía la financiación, por lo que no puede sostenerse que la entidad financiera firmaba los contratos de crédito al margen del contrato de enseñanza, cuando eran los propios empleados de la academia de idiomas quienes ofertaban al cliente esta posibilidad²¹¹.

²¹⁰ LLAMAS POMBO considera de loable la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 10/2006, de 16 de enero, al traer un poco de sentido y agudeza jurídica (LLAMAS POMBO, E., *Caso openig, op. cit.*).

²¹¹ LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 119 y ss.

Por último, encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010, supuesto en el que se produjeron importantes retenciones en la Autopista de Burgos a Armiñón, debido a múltiples accidentes producidos por un fuerte temporal de nieve en la tarde del mismo día 27. Ante dichas circunstancias, no tan solo no se alertó a los conductores de los mismos, sino que se permitió que fueran accediendo a la autopista a pesar del estado en que ésta se hallaba²¹². Como consecuencia de ello, más de 6000 personas se quedaron atrapadas en la carretera o se vieron obligadas a pernoctar en polideportivos y centros diversos de las inmediaciones. Cabe destacar que, una vez producidos dichos daños, tampoco hizo nada la entidad concesionaria para paliarlos. Es más, cuando se restableció la circulación a lo largo de la mañana y el mediodía del día 28 de febrero, los vehículos que habían quedado atrapados tuvieron que pagar el correspondiente canon de peaje para poder abandonarla²¹³. A partir de estos hechos, Ausbanc Consumo presentó una demanda ejercitando una acción colectiva en defensa de intereses y derechos de consumidores y usuarios, en reclamación de cantidad, fundada en el incumplimiento en la prestación de un servicio público, así como en el enriquecimiento sin causa y cobro de lo indebido por parte de la demandada. El Tribunal Supremo, a partir de lo expuesto, confirma la admisibilidad del ejercicio de acciones colectivas resarcitorias, sin necesidad de que se hallen expresamente reguladas o tipificadas legalmente²¹⁴.

Como ha señalado GASCÓN INCHAUSTI, la regulación sectorial que prevé el ejercicio de acciones colectivas en defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios componen un red básica como punto de partida iniciado por la Directiva 98/27/CE, red que, ante la novedad de esta materia y el desconocimiento de la existencia de instrumentos de tutela, no puede nunca interpretarse como una restricción al ejercicio de acciones diferentes a las reguladas pero con la misma finalidad, ya que dicha restricción sería contraria al espíritu que inspira la normativa comunitaria “de mínimos” en materia de defensa de los consumidores²¹⁵. En este sentido y junto al efecto multiplicador que ha generado la adopción de la Directiva apuntada, la interpretación que hace el Tribunal Supremo respecto las acciones colectivas activas me parece jurídicamente correcta²¹⁶.

²¹² SAP Burgos núm. 347/2006 de 31 de julio.

²¹³ Para un análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 473/2010, de 15 de julio ver GASCÓN INCHAUSTI, F., *Acción colectiva*, *op. cit.*.

²¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 473/2010, de 15 de julio.

²¹⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Acción colectiva*, *op. cit.*.

²¹⁶ En el mismo sentido: GARCÍA VILA, M., *Las condiciones generales de la contratación: aspectos procesales*, Valencia, 2006, pp. 124-130; y LLAMAS POMBO, E., *Requisitos de la acción colectiva de responsabilidad civil*, en *Diario La Ley*, núm. 7141, 24 de marzo de 2009.

2.4. Modalidades de tutela de la afectación de los intereses pluriindividuales homogéneos

2.4.1. La tipología de daños y su respectiva tutela

Los intereses pluriindividuales homogéneos requieren, de inicio, una diferenciación en base a la actividad causante del daño, ya que puede dar lugar a modalidades de tutela diferenciadas. En este sentido, cabe distinguir aquellos casos en los que los daños masivos se producen a partir de la infracción de las disposiciones tuitivas de los intereses de los consumidores y usuarios que integran los distintos ordenamientos jurídicos y aquellos daños que se producen de manera puntual, aun cuando la actividad empresarial ha sido concorde a las normas imperativas apuntadas.

Esta distinción implica una dicotomía en la tutela de los intereses pluriindividuales homogéneos, elemento que se ha pasado por alto en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, tratando, de este modo, como iguales dos supuestos diferentes.

En el caso de la afectación de intereses pluriindividuales homogéneos a partir de la infracción de las disposiciones imperativas vigentes por parte de un operador económico, la tutela podría ser doble en aquellos supuestos en los que no haya cesado dicha actividad infractora: en primer lugar, una acción colectiva de cesación en los mismos términos descritos en el apartado anterior, ya que la actividad empresarial habrá afectado, por una parte, los intereses propiamente grupales del colectivo²¹⁷; en segundo lugar, una reparación de los daños individuales de cada uno de los miembros del colectivo afectado (intereses pluriindividuales homogéneos), ya sea conjunta o consecutivamente.

Además, en el caso que el daño a los intereses pluriindividuales homogéneos derive de la infracción de las normas imperativas, existirá un interés público para que la empresa no vuelva a reiterar la presunta actividad ilícita, junto con el interés privado. Esta duplicidad de objetos implica que deba hablarse de una acumulación de acciones cuando el ejercicio de ambas acciones se realice de modo conjunto, tal y como pretende impulsar la Unión Europea en la

²¹⁷ En este tipo de tutela, se aplica todo lo dispuesto previamente respecto a la acción colectiva de cesación.

futura regulación de las acciones colectivas a nivel comunitario esbozada en la Recomendación de 11 de junio de 2013²¹⁸.

Por el contrario, los daños que se producen de manera puntual únicamente requerirán una tutela indemnizatoria de la afectación individual de cada uno de los afectados, ya que, al no haber existido incumplimiento de las normas del mercado, la adecuación de la actividad empresarial a las mismas no puede ser una situación legitimante. La finalidad de la tutela, por ende, es la reparación del daño que la mayoría de veces consistirá, ante la imposibilidad de hacerlo *in natura*, en una indemnización por los daños y perjuicios causados.

Si bien la legitimación se analizará en el siguiente apartado de este trabajo, ahora cabe decir que las reglas sobre la legitimación también condicionan el ejercicio conjunto de la acción colectiva de cesación y de la acción colectiva de indemnización. España e Italia han establecido una legitimación muy dispar para el ejercicio de la acción colectiva indemnizatoria. En este sentido, la LEC española legitima a las asociaciones de consumidores y usuarios, así como recientemente al Ministerio Fiscal, para el ejercicio de ambas acciones, tanto si se trata de intereses cuyos titulares sean determinados o indeterminados²¹⁹. Por ende y de acuerdo con la Recomendación de la Unión Europea citada, el ejercicio conjunto de ambas acciones se prevé – en teoría- viable, siempre que se trate de verdaderos intereses homogéneos.

²¹⁸ 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) (DO L 201/60).

²¹⁹ Para el caso que sean indeterminados, la legislación española requiere que la asociación sea representativa de acuerdo con el artículo 11.3 de la LEC. Artículo 11 de la LEC: *Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios*

1. Sin perjuicio de la legitimación 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 los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos 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.

3. Cuando 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.

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.

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

Por el contrario, el *Codice* del Consumo italiano establece unos parámetros legitimatorios muy distintos para el ejercicio de la acción colectiva de cesación y la acción colectiva de indemnización. El artículo 139 de esta disposición legitima a las asociaciones de consumidores y usuarios representativas – recogidas en el artículo 137 de la misma- para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación. En cambio, el artículo 140 bis que regula la *azione di classe* - es decir, la acción colectiva de indemnización- legitima única y exclusivamente al afectado individual para el ejercicio de esta acción²²⁰. En este sentido, se imposibilita una tutela conjunta de los intereses propiamente grupales mediante la acción de cesación y de los intereses pluriindividuales homogéneos a través de la acción indemnizatoria, ya que no se han modificado, junto con la incorporación de la *azione di classe* las reglas que recogen la legitimación para el inicio de la *azione inibitoria*.

Dicho esto, la Recomendación también prevé la posibilidad de ejercitar la llamada acción consecutiva de indemnización que se ejercitará una vez se haya declarado previamente contraria a derecho la conducta empresarial originaria de los daños de los miembros individuales del grupo²²¹. En este supuesto no se trata de una acumulación eventual de acciones en un mismo proceso, sino del ejercicio de una acción colectiva de indemnización posterior al proceso de declaración de una conducta como contraria a derecho.

A nivel probatorio, la prueba de la infracción de la normativa imperativa en vigor presenta dificultades, ya que en el proceso colectivo en el que se solicite una tutela indemnizatoria derivada de una conducta ilegal, no tan solo deberá probarse el daño y la relación con la actividad de la empresa, sino también la ilegalidad de esta última. Debe apuntarse, no obstante, que la ilegalidad no deberá probarse en los casos en los que esta acción de indemnización sea consecutiva a la declaración de ilegalidad de la conducta, así como en aquellos casos en los que el daño sea puntual o producto de una conducta acorde con la normativa imperativa, ya que el carácter consecutivo conlleva necesariamente la previa declaración de ilegalidad de la conducta. En todos los casos, sin embargo, deberá probarse la relación de causalidad de la conducta causante del daño con éste último, así como su cuantificación²²².

²²⁰ Sin perjuicio del apoderamiento que puede delegar éste a la asociación de consumidores y usuarios o a un comité *ad hoc*.

²²¹ Punto 33 de la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 (2013/396/UE) (DO L 201/60) y C. S.U, 05/2007, en *Foro it.*, 05, 2014, nota de PALMIERI-PARDOLESI.

²²² En la SAP de Madrid núm. 21/2007, de 30 enero (FJ. 3), se analiza la causalidad en un supuesto de daño masivo en el que la conducta empresarial no ha infringido la normativa imperativa en materia de consumo.

2.4.2. Elementos esenciales de la tutela de los intereses pluriindividuales homogéneos

Hecha esta breve distinción, procedo a analizar dos aspectos que considero imprescindibles para el estudio de la tutela indemnizatoria como tutela los intereses pluriindividuales homogéneos y los requisitos fácticos y jurídicos que deberán concurrir para que pueda ejercerse.

En primer lugar, presentaré un esquema muy sencillo de la protección de los intereses individuales en nuestro ordenamiento jurídico, ya que no puede olvidarse que los intereses pluriindividuales homogéneos son intereses estrictamente individuales de cada uno de los afectados que, por las razones que veremos a continuación, precisan de un proceso colectivo para su efectiva tutela.

Cuando una norma jurídica recoge un determinado derecho o interés lo convierten en un derecho o interés legítimo, esto es, este interés pasa a estar legalmente protegido por el ordenamiento jurídico. Protección que, a su vez, se concreta en la imposibilidad de afectación de estos derechos o intereses, sin perjuicio de aquellos casos en los que su afectación se considere legalmente aceptable a partir de un juicio de ponderación con otros derechos o intereses igualmente protegidos.

La dificultad se plantea cuando se afectan estos derechos e intereses infringiendo la legalidad vigente. Entonces, el ordenamiento jurídico debe ofrecer la posibilidad a los titulares de los derechos e intereses afectados de exigir la restauración – si es posible- o indemnización del daño creado, ya que, en caso contrario, la protección resultaría ineficaz. Sin embargo, ¿resulta suficiente la tutela individual para la protección de este tipo de intereses?

Cabe afirmar que la tutela individual en estos casos es insuficiente debido a las características que presentan los intereses pluriindividuales homogéneos en los daños masivos. En este sentido, CAPPELLETTI apunta varios elementos a considerar en el acceso a la justicia de este tipo de intereses²²³. En primer lugar, hace mención a los altos costes de litigación, diferenciando entre aquellos países en los que se aplica la “*american rule*” y aquellos en los que se aplica la regla de “quien pierde paga” o “*winner takes all*”²²⁴. La regla imperante en cuanto a costas en

²²³ CAPPELLETTI, M., *Acces to justice, op. cit.*, pp. 3 y ss..

²²⁴ Se trata de un trabajo pionero en el estudio comparado de la tutela colectiva, cuya extensión alcanza las regulaciones de Australia, Austria, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Colombia, Inglaterra, Francia, Alemania, Holanda, Hungría, Indonesia, Israel, Italia, Japón, México, Polonia, la Unión Soviética, España,

los países europeos es la de *quien pierde paga*, cosa que comporta un desconocimiento de la cuantía que deberá afrontar la pluralidad de afectados en el supuesto que no se estimen sus pretensiones; frente a la certeza que tendrá la parte en aquellos ordenamiento jurídicos en los que exclusivamente deba abonar sus costas procesales con independencia de la favorabilidad de la sentencia (*american rule*). En segundo lugar, como también he mencionado con anterioridad, hace referencia a la poca entidad de las demandas de los individuos afectados por un daño masivo como elemento que puede obstaculizar el acceso a la justicia de este tipo de intereses (*small claims*). Precisamente, la desproporción entre la indemnización individual a percibir y las costas y tasas procesales que deberán abonar los afectados es, desde mi punto de vista, la principal razón que fundamenta el ejercicio de las acciones colectivas como tutela de este tipo de intereses.

Asimismo, CAPPELLETTI considera relevante el factor tiempo para determinar la efectividad del acceso a la jurisdicción. El derecho de acceso a la jurisdicción obliga al Estado a ofrecer una tutela judicial a los derechos e intereses afectados que, para su efectividad, debe dispensarse dentro de un lapso prudencial de tiempo. En consecuencia, una tutela tardía o con excesivas dilaciones no sería acorde con el derecho de acceso a la jurisdicción, con la consiguiente legitimación para que el sujeto titular de los derechos o intereses pueda instar un proceso de amparo en base a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por último, no cabe olvidar la posibilidad de que, dentro de los afectados, existan sujetos que, si bien no adoptaran una actitud activa para la tutela de sus intereses afectados en estos supuestos, se beneficiaran de la sentencia que recaiga en el proceso (los llamados "*free riders*")²²⁵.

Estados Unidos y Uruguay (CAPPELLETTI, M., *Acces to justice, op. cit.*, pp. 141-204, 205-230, 231-246, 247-344, 345-370, 371-394, 395-416, 417-478, 479-524, 527-578. 579-594, 595-616, 617-624, 625-648, 649-686, 687-762, 763-782, 783-816, 817, 845-888, 889-912, 913-1024, 1025 y ss., respectivamente).

²²⁵ OLSON, *The logic of Collective Action*, Harvard University Press, Cambridge, 2002, p. 2965 y GARCIA SOBRECASES, F., *Elección colectiva y provisión de bienes públicos [Microforma]: búsqueda de las soluciones al comportamiento free rider*, Universitat de Valencia, Valencia, 1998.

2.4.3. *Fundamento de la tutela colectiva de los intereses pluriindividuales homogéneos.*

Una vez apuntados los elementos esenciales de los intereses pluriindividuales homogéneos en cuanto al derecho de acceso a la jurisdicción, voy a partir de éste último derecho para justificar la necesidad de una tutela colectiva de estos intereses.

El derecho de acceso a la jurisdicción es un derecho fundamental que, en el ordenamiento jurídico español, está regulado en el artículo 24 de la Constitución Española de 1978. Antes de entrar en el contenido del mismo, es necesario apuntar la diferenciación entre el derecho formal de acceso a la jurisdicción y el derecho positivo consecuencia de la protección de los derechos humanos por parte del Estado como parte de su carácter social²²⁶. La concepción formal de este derecho no conllevaba una obligación de actuación por parte de los Estados, ya que al tratarse de un derecho natural y, como tal, previo al estado, no requería protección estatal alguna²²⁷.

Con el advenimiento de los derechos sociales en las principales constituciones europeas del siglo XX, se destaca la importancia del derecho procesal en su vertiente práctica y la necesidad de tutela de esta tipología de situaciones por parte de los Estados. La norma pionera en regular esta tarea fue el Código Australiano de 1895, en el que el juez tenía la obligación de igualar la posición de las partes en el proceso. En Europa, este carácter social intervencionista lo encontramos en el Preámbulo de la Constitución Francesa de 1946, el artículo 3 de la Constitución Italiana y el artículo 28 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana²²⁸.

²²⁶ CALAMANDREI, P., *Opere Giuridiche*, Morano, Nápoles, 1968, pp. 183-210.

²²⁷ CHAYES, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, en *HARVARD LAW REVIEW*, 89, 1976, pp. 1041-1048.

²²⁸ El Preámbulo de la Constitución Francesa de 1946 establece: *Proclama, asimismo, por ser especialmente necesarios en nuestra época, los siguientes principios políticos, económicos y sociales [...] Garantiza a todos, y especialmente al niño, a la madre y a los antiguos trabajadores, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio. Todo ser humano que, debido a su edad, su estado físico o mental o su situación económica, se encuentre incapacitado para trabajar, tiene derecho a obtener de la colectividad los medios de existencia necesarios. La Nación garantiza la igualdad de acceso del niño y del adulto a la instrucción, a la formación profesional y a la cultura. La organización de la enseñanza pública gratuita y laica en todos los niveles es un deber del Estado.*

Por su parte, el artículo 3 de la Constitución Italiana de 1948: *Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política,*

En síntesis, el derecho de acceso a la jurisdicción es el reconocimiento constitucional del derecho a buscar la protección jurisdiccional de los derechos como garantía fundamental²²⁹. Derecho que, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, se interpreta como la manifestación del Derecho a la acción a través de dos elementos característicos: la efectividad y el trato equitativo²³⁰.

No obstante, esta función del estado como garante del derecho de acceso a la jurisdicción se construye alrededor del concepto tradicional de proceso civil entendido como instrumento a través del cual se realiza la tutela de aquellos derechos e intereses legalmente reconocidos²³¹. Contrariamente a lo que ocurría con la identificación entre el derecho subjetivo y la acción en el pasado, el derecho de acceso a la jurisdicción incluye también aquellas situaciones jurídicamente relevantes en las que no hay un verdadero derecho subjetivo, sino un mero interés legítimo²³².

En un primer momento, sin embargo, la identificación entre el derecho subjetivo y la acción implicaba la exclusión del concepto de legitimación, ya que el único que podía ejercitar la

económica y social del país.

Por último, el artículo de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana: (1) *El orden constitucional de los Länder deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental. En los Länder, distritos y municipios, el pueblo deberá tener una representación surgida de elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas. En los distritos y municipios, de acuerdo con el Derecho de la Comunidad Europea, el derecho de votar y de ser elegido lo tienen también las personas que posean la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad Europea. En los municipios, en lugar de un cuerpo elegido podrá actuar la asamblea municipal. (2) Deberá garantizarse a los municipios el derecho a regular bajo su propia responsabilidad, dentro del marco de las leyes, todos los asuntos de la comunidad local. Las asociaciones de municipios tienen igualmente, dentro del marco de sus competencias legales y de acuerdo con las leyes, el derecho de autonomía administrativa. La garantía de la autonomía abarca también las bases de la propia responsabilidad financiera; estas bases incluyen una fuente tributaria que, junto con el derecho de fijar los tipos de recaudación, corresponde a los municipios y se rige por la respectiva capacidad económica.*

(3) La Federación garantizará la conformidad del orden constitucional de los Länder con los derechos fundamentales y las disposiciones de los apartados 1 y 2.

²²⁹ TARUFFO, M., *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 31-35.

²³⁰ CAPPELLETTI, M., *Access to justice, Promising institutions*, Alphenaaandenrijn, Sijthoff and Noordhoff, Giuffrè, Milan, 1978-1979, Vol. II, Libro I, pp. 9 y ss.

²³¹ DE LA OLIVA, A., DIEZ-PICAZO, I., VEGAS TORRES, J., *Curso de derecho procesal civil*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 138 y 139.

²³² OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *Intervención de terceros en el proceso civil: facultades procesales del interviniente*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 37-39.

Como ejemplos de “interés legítimo” encontramos las siguientes Sentencias del Tribunal Constitucional: núm. 31/2000, de 3 de febrero, núm. 124/2002, de 20 de mayo, núm. 112/2004, de 12 de julio, núm. 142/2004, de 13 de septiembre, núm. 45/2004, de 23 de marzo, núm. 173/2004, de 18 de octubre o núm. 172/2006, de 5 de junio.

Doctrinalmente, CABAÑAS GARCÍA diferencia entre derecho subjetivo, interés legítimo, interés colectivo e interés público en: *La tutela judicial del tercero*, Dijusa, Madrid, 2005, pp. 70, 72, 79 y 89, respectivamente.

acción individual era el particular titular del derecho subjetivo²³³. Tal y como recoge SAVIGNY, esta concepción partía de la teoría romana de la acción en la que ambos conceptos estaban estrechamente ligados²³⁴. WINDSCHEID y MUTHER, por su parte, fueron los pioneros en presentar una concepción dualista sobre el derecho subjetivo y la acción. Se distinguen dos derechos completamente distintos: el derecho subjetivo material frente a un particular de naturaleza privada y el derecho de acción de naturaleza pública contra el Estado²³⁵. En la doctrina española, TRAVESAS y BECEÑA se postulan como los primeros autores que reciben la concepción dualista descrita en nuestra doctrina²³⁶. Esta concepción evolucionará por la vía del proceso y conllevará el asentamiento de las bases para distinguir entre el titular del derecho subjetivo y el titular de la acción, es decir, las condiciones teóricas imprescindibles para poder hablar del concepto de legitimación²³⁷.

²³³ Acción comprendida como derecho subjetivo en pie de guerra (PUCHTA, citado por PEKELIS, *Azione* en *Nuovo Digesto Italiano*, vol. II, Torino, 1938, p. 93 y, en el mismo sentido, DEMOLOMBE, *Ciurs de Code Napoleon*, tomo IX, 4ª ed., París, 1870, núm. 338). Esta concepción inicial fue el punto de partida de la doctrina española, tal y como recoge GUTIERREZ-ALVIZ y CONRADI, *Doctrina procesal español sobre la acción: 1830-1930*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1979, 1, p. 28.

²³⁴ SAVIGNY, *Sistema de derecho romano actual*, tomo IV, Madrid pp.7-10.

²³⁵ WINDSCHEID, *La "actio" del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual*, Düsseldorf, 1856, *La "actio". Replica a Th. Muller*, Dusseldorf, 1857 y MUTHER, *Sobre la doctrina de la "actio" romana, del actual derecho de acción, de la "litiscontestatio" y de la sucesión singular en las obligaciones*, Erangen, 1857. Si bien ya CALAMANDREI señaló la diversidad de teorías de la acción (CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, en *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 514) es preciso apuntar las principales teorías sobre la esencia de la acción, ya que posteriormente se desarrollaran aquellas relativas el carácter de la misma. En cuanto a teorías sobre la esencia de la acción, destaca la acción como derecho potestativo (CHIOVENDA, G., *L'azione nel sistema dei diritti*, en *Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-1930)*, Volume Primo, Società editrice "Foro Italiano", Roma 1930, pp. 3-99; *Principii de Diritto Processuale Civile*, Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1965, pp. 43-63; y *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Volume I, Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1960, pp. 16-30); la acción como derecho subjetivo público (FAIREN GUILLÉN, V., *Doctrina general de Derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 81; MORÓN PALOMINO, M., *Derecho Procesal Civil (Cuestiones fundamentales)*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 141; y DE LA OLIVA, A., *Derecho Procesal Civil*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, pp. 140-142); y la acción como poder (MONACCIANI, L., *Diritto Processuale Civile*, I, Giuffrè, Milano, 1964, p. 56 o GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, Civitas, Madrid, 2003, p. 212).

Para un análisis de cada una de la teorías apuntadas, véase: SILGUERO ESTAGNAN, J., *La legitimación de los grupos*, Dykinson, Madrid, 1995, pp. 75-81 y MONTERO ARICA, GOMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional II: Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 72-76; así como GÓMEZ ORBANEJA, E., *El ejercicio de los derechos*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1975 y CORDON MORENO, F., *La legitimación en el proceso contencioso administrativo*, EUN-SA, Pamplona, 1979.

²³⁶ TRAVESAS, M. M., *La defensa privada*, en *Revista de Derecho Privado*, 1915, pp. 193-203; BECEÑA, F., *Magistratura y justicia*, Madrid, 1928, pp. 348-59 y *Notas de derecho procesal civil*, Madrid, 1932, pp. 47 y ss. (ver MONTERO, *Aproximación a la biografía de Francisco Beceña*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1981, p. 629.

²³⁷ MONTERO AROCA, *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Comares, Granada, 1997, pp. 18-22. Cabe destacar la teoría de la relación jurídica de BULOW (BULOW, *La teoría de las excepciones procesal y de los presupuestos procesales*, Ediciones Jurídicas Europa

El interés legítimo, por otro lado, es el presupuesto indispensable de toda acción y consiste en una “*situación jurídica material favorable cualificada por una facultad reaccional o impugnatoria que se otorga a su titular en caso de ser aquella lesionada por una actuación antijurídica*”²³⁸.

De esta definición cabe destacar los siguientes rasgos:

- “Situación subjetiva de relevancia jurídica”. La situación subjetiva debe estar protegida mediante una norma jurídica para que pueda haber legitimación. En caso contrario, sería una situación no tutelada por el ordenamiento jurídico. Es decir, si bien constaría el elemento interno (*facultas agendi*) del interés, éste no gozaría del elemento externo caracterizado por la posibilidad de exigir su respeto²³⁹. Por consiguiente, de dicha situación subjetiva no siempre podría derivarse un derecho subjetivo. Sin embargo, una vez superado el concepto clásico de relación jurídica (correlación entre derecho subjetivo y obligación), cabe analizar si de una situación subjetiva no protegida normativamente podría emanar un interés legítimo. La diferencia entre derecho subjetivo e interés legítimo, recordamos, reside en la disposición y no en la protección, de tal modo que el interés legítimo únicamente implica un *poder de reacción* o un derecho subjetivo llamado *reaccionario*²⁴⁰. No obstante, dicho interés legítimo requiere también la protección de una norma para su existencia²⁴¹. En este

América, Buenos Aires, 1964, p. 2), cuya inutilidad es puesta en cuestión por MONTERO, *El proceso no tiene naturaleza jurídica*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1, 1990, pp. 152-156.

²³⁸ Esta definición y los rasgos apuntados han sido extraídos de: GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P., *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*, Elcano (Navarra), 1999, p. 53.

²³⁹ Entendido como la *relación ideal existente entre una persona, acuciada por una necesidad, y el bien apto para satisfacer dicha necesidad*. MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 88.

²⁴⁰ GÓMEZ ORBANEJA, E., *El ejercicio de los derechos*, Cuadernos Civitas., Madrid, 1975, p. 44. Más recientemente y en el mismo sentido, CAJARVILLE: “Puede concluir también en que se trata de un interés legítimo; la diferencia con el interés simple consiste en que en este caso existen normas que encausan, regulan el comportamiento del sujeto pasivo de la eventual pretensión, pero ocurre que esas normas jurídicas que encausan la conducta del pretendido permiten que la pretensión sea legítimamente satisfecha pero permiten también que legítimamente no sea satisfecha; y entonces la diferencia con el derecho subjetivo consiste en que en este caso esas reglas que encausan el comportamiento del sujeto contra el que se dirige la pretensión hacen jurídicamente necesaria la satisfacción de ese interés cuando se actualiza como pretensión” (CAJARVILLE PELUFFO, J. P., *Conceptos constitucionales definitorios de la legitimación del actor relaciones entre derecho subjetivo, interés legítimo e interés general*, Conferencia Magistrada dictada por el autor en las VII Jornadas Académicas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con la Co-Dirección de la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo, celebradas los días 5 y 6 de noviembre de 2012).

²⁴¹ Según la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1983, de 11 de julio, el interés legítimo es aquel protegido por el derecho en “contraposición a aquellos que no son objeto de tal protección. En el mismo sentido el Auto del mismo Tribunal 807/1985: “el derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24 .1 CE) que

sentido, no podrá existir un interés jurídico ante la falta de protección normativa o relevancia jurídica de una determinada situación subjetiva.

- “Situación *jurídico-subjetiva material favorable*”. Se refiere a la situación subjetiva personal y fáctica que es subsumible en el marco subjetivo que prevé la norma jurídica. Por consiguiente, dicha situación *jurídico-subjetiva material favorable* es el elemento clave de la pretensión de tutela jurisdiccional.
- “Facultad instrumental de reacción”. Se trata de la previsión en la norma jurídica de la posibilidad de pedir la tutela jurisdiccional ante el cumplimiento del supuesto de hecho de la misma. Es decir, a partir de la lesión de la situación subjetiva protegida por la norma jurídica, el perjudicado ostentará un derecho subjetivo de reparación tutelable ante los tribunales.

En el presente trabajo se hablará de intereses colectivos y no de derechos colectivos debido al trato diferencial de la jurisprudencia española a los derechos subjetivos e intereses legítimos²⁴². La mayor parte de esos pronunciamientos están relacionados con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución Española. Según el mencionado precepto, “*todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”²⁴³.

El Tribunal Constitucional ha perfilado el interés legítimo, digno de recibir la tutela jurisdiccional que garantiza el artículo 24.1 CE, como “*cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida*”²⁴⁴, remarcando que se trata de un:

“Interés legítimo, real y actual, que puede ser tanto individual como corporativo o colectivo y que también puede ser directo o indirecto, en correspondencia con la mayor amplitud con la que se concibe en el texto constitucional la tutela judicial de la posición del administrado y la

se reconoce a todas las personas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos otorga legitimación a cuantos ciudadanos ostentes el interés protegido por el derecho. Dicho interés puede ser existente aunque sea de modo indirecto o reflejo (STS de 24 de septiembre de 1992, recurso núm. 4450/1990).

²⁴² En países como Colombia, por ejemplo, se habla de *verdaderos derechos de orden colectivo para la satisfacción de necesidades comunes* (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia No. C 215/1999, de 14 de abril).

²⁴³ SSTC núm. 9/1981, de 31 de marzo, núm. 19/1981, de 11 de junio, núm. 11/1982, de 29 de marzo, núm. 19/1983, de 14 de marzo y núm. 68/1983, de 26 de julio.

²⁴⁴ SSTC núm. 60/1982, de 11 de octubre, núm. 62/1983, de 11 de octubre, núm. 257/1988, de 22 de diciembre y núm. 97/1991, de 9 de mayo y ATC núm. 356/1989, de 29 de junio. Por parte del Tribunal Supremo cabe destacar las sentencias de 4 de marzo de 2003, 9 de marzo de 2005 y más recientemente, la sentencia de 22 mayo de 2007.

correlativa necesidad de fiscalizar el cumplimiento de la legalidad por parte de la Administración”²⁴⁵.

No obstante y como ha afirmado el TEDH, el interés debe estar mínimamente personalizado para que del mismo emane el Derecho de acceso a la jurisdicción en favor de su titular²⁴⁶. Este derecho, concretamente, se ha materializado en la práctica de los Tribunales en una interpretación de la normativa procesal a favor del inicio del proceso (*principio pro actione*)²⁴⁷. Este principio implica que deben evitarse los denominados “formalismos enervantes”²⁴⁸, entre otros posibles impedimentos en el acceso a la jurisdicción de los intereses apuntados²⁴⁹.

Por último y para desarrollar el contenido del derecho de acceso a la jurisdicción apuntado hasta ahora, se requiere una breve descripción de las dos teorías de la acción defendidas por los distintos autores en base al carácter de la acción²⁵⁰. En primer lugar, tenemos la teoría abstracta de la acción que trata a ésta como derecho a la actividad jurisdiccional. Por otro lado, la teoría concreta de la acción considera a ésta última como la satisfacción de la solicitud

²⁴⁵ STC núm. 195/1992, de 16 de noviembre, FJ 4º.

²⁴⁶ STEDH *Markovic y otras c. Italia* de 14 de diciembre de 2006, relativa a una solicitud de indemnización que presentaron a las jurisdicciones italianas diez ciudadanos de la antigua Serbia y Montenegro por la muerte de personas a consecuencia de los bombardeos de la OTAN de abril de 1999, el Tribunal se declaró competente, porque a partir del momento en que se había formulado una acción civil ante aquellas jurisdicciones internas existía indiscutiblemente un vínculo de jurisdicción entre Italia y los demandantes en el sentido del artículo 1º de la Convención. Con todo, el fallo fue de no violación porque la petición de los demandantes ante las jurisdicciones italianas se había tramitado conforme a las exigencias del juicio equitativo. Esta sentencia puede interpretarse en el sentido de que tratándose de la invocación del artículo 6º de la Convención (derecho a un juicio equitativo), el Tribunal siempre tiene jurisdicción (PASTOR RIDRUEJO, J. A., *La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Temas escogidos*, Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz, 2007: Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide eta nazioarteko harremanen ikastaroak, 2007 / coord. por Francisco Javier Quel López, Juan José Alvarez Rubio, 2008, p. 271).

²⁴⁷ SSTC núm. 36/1997, de 25 de febrero, F. 3; núm. 8/1998, de 13 de enero, F. 3; núm. 38/1998, de 17 de febrero, F. 2; núm. 63/1999, de 26 de abril, F. 2; núm. 157/1999, de 14 de septiembre, F. 2; núm. 10/2001, de 29 de enero, F. 4; núm. 16/2001, de 29 de enero, F. 4; núm. 203/2004, de 16 de noviembre, F. 2; núm. 44/2005, de 28 de febrero, F. 3; núm. 160/2001, de 5 de julio, F. 3; núm. 27/2003, de 10 de febrero, F. 4; núm. 177/2003, de 13 de octubre, F. 3; núm. 3/2004, de 14 de enero, F. 3; 79/2005, de 2 de abril, F. 2; núm. 133/2005, de 23 de mayo, F. 2; núm. 75/2008, de 23 de junio, F. 2; núm. 11/2009, de 12 enero; núm. 187/2009, de 7 septiembre y núm. 25/2010, de 27 abril, entre otras.

²⁴⁸ DÍEZ-PICAZO, L.M., “La tutela judicial efectiva (1ª Parte)”, *Estudios y Comentarios Legislativos* (Civitas), Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 4.

²⁴⁹ SSTC núm. 206/1987, de 21 de diciembre, núm. 46/1989, de 21 de febrero, núm. 96/1992, de 11 de junio, núm. 159/1999, de 14 de septiembre, núm. 45/2002, de 25 de febrero, núm. 237/2005, de 26 de septiembre y núm. 227/2007, de 22 de octubre y SSTEDH *Sáez Maeso c. España* de 9 de enero de 2004 y *Cañete Goñi c. España* de 15 de octubre de 2002.

²⁵⁰ MONTERO AROCA, J. y FLORES MATÍES, J., *Amparo constitucional y proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, dónde se analiza la STC 124/2002 que expone la distinta doctrina española al respecto.

promovida por el ciudadano cuando tenga derecho a su obtención²⁵¹. Sin embargo, esta segunda teoría parte de dos premisas inexistentes en la práctica habitual: (1) el derecho es un producto perfecto y (2) siempre hay buena fe por parte de los litigantes. Junto con esto y de acuerdo con GARBERÍ LLOBREGAT, la teoría concreta de la acción no sirve para explicar la acción, resulta inaplicable al derecho penal e implicaría un conocimiento de antemano del desenlace del proceso, además de resultar incoercible, ya que se ejecutaría frente el Estado²⁵².

Por todo lo apuntado, el Tribunal Constitucional ha elegido la teoría abstracta expansiva de la acción, ya que, más allá de entender la acción como el derecho de acceso a la jurisdicción, la concibe junto con la obtención de una resolución judicial dictada conforme a Derecho²⁵³.

²⁵¹ Respecto a los autores de las respectivas teorías apunadas, cabe destacar en cuanto a teorías concretas de la acción: ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1989, pp. 245-249; DE LA OLIVA, A., *Derecho Procesal Civil*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, pp. 139; GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, Vol. Primero, edit. por el autor, Madrid, 1979, p. 227; PODETTI, J. R., *Teoría y práctica del derecho Civil y Triología estructural de la Ciencia del Proceso Civil*, Ediar, Buenos Aires, 1963, p. 383; WACH, A., *Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, Duncker & Humboldt, Leipzig, 1889; HELLWIG, K., *Lebruch des deutschen Zivilprozessrechts*, Scientia Verlag Aalen, Leipzig, 1980, pp. 379-400; CHIOVENDA, G., *L'azione nel sistema dei diritti*, en *Saggi di diritto processuale civile*, Società Editrice "Foro Italiano", 1930, pp. 3-99; y CALAMANDREI, P., *Relatività del concetto di azione*, en *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, I, CEDAM, Padova, 1994, pp. 104 y ss.). Por otro lado, las teorías abstractas de: MONTERO AROCA, *En torno al concepto y contenido del derecho jurisdiccional*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976, p. 170; PLOSZ, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, Leipzig, 1880, DEGENKOLB, H., *Einlassungszwang und ureilsnorm. Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklagen*, Scientia Verlag Aalen, Leipzig, 1969, pp. 4-55; FAZZALARI, E., "Processo" e giurisdizione, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1993, p. 13 y ZANZUCCHI, M. T., *Diritto Processuale Civile*, I, 6ª ed., Giuffrè, Milano, 1964, pp. 56-61).

²⁵² ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *Introducción al Derecho Procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 117-125; DE LA OLIVA, A., *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, Bosch, Barcelona, 1980; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona 2008, pp. 11-18 y 27-28. En el mismo sentido, PICÓ i JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 69, GUASP, J., *Derecho Procesal Civil*, p. 215; ANGELOTTI, D., *La pretesa giuridica*, CEDAM, Padova, 1932, p. 44; ROMANO, S., *Fragmentos de un diccionario jurídico*, EJE, Buenos Aires, 1964, p. 319; MICHELI, G. A., *Curso de Derecho Procesal Civil*, Vol. 1, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970, p. 20; LEVI, A., *La certezza del diritto in rapporto con il concetto dei azione*, en *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Volume primo, CEDAM, Padova, 1950, p. 93. Destacar también el análisis de las SSTC núm. 20/1981, de 8 de junio y núm. 32/1982, de 7 de junio como jurisprudencial inicial en cuanto el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción (LORCA NAVARRETE, J. F. y LORCA MARTÍN DE VILLODRES, M. I., *Derechos fundamentales y jurisprudencia*, Ediciones Pirámide, Madrid, 4ª Edición, 2010, pp. 454-455).

²⁵³ SSTC núm. 52/1992, de 8 de abril y núm. 20/1987, de 19 de febrero, núm. 50/1997, de 11 de marzo, núm. 9/2005, de 17 de enero, núm. 308/2006, de 23 de octubre, núm. 132/2007, de 4 de junio y núm. 9/1981, de 31 de marzo, entre otras.

Esta concepción más amplia es producto de las objeciones a la teoría abstracta por resultar su contenido insuficiente como tutela judicial, tal y como recoge: SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1963, pp. 35-92 y GÓMEZ COLOMER, *Reflexiones sobre las bases científicas de la parte general del Derecho Jurisdiccional*, Justicia 89, n.º III, p. 595.

En este sentido, el derecho de acceso a la jurisdicción es considerado el primero de los contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva “en un orden lógico y cronológico”²⁵⁴, y de naturaleza constitucional, al nacer de la Ley Suprema²⁵⁵. Asimismo, su contenido principal es ser parte en un proceso para promover la actividad jurisdiccional que desembocará en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas²⁵⁶. En otras palabras, CORDON MORENO resume su contenido como la ausencia de requisito formal alguno que pueda convertirse en un obstáculo que impida injustificadamente pronunciarse sobre el fondo²⁵⁷. En consecuencia, el contenido y significado del derecho de acceso a la jurisdicción se concreta en la obligación de proporcionar una tutela en un proceso y ante un órgano jurisdiccional en caso de afectación de cualquier situación jurídicamente relevante. De esta forma, nace la obligación por parte del Estado de llevar a cabo una determinada actuación para evitar cualquier forma de denegación de justicia²⁵⁸.

Por ende, y de acuerdo con los artículos 53.1 y 117 de la Constitución Española, se trata de un derecho frente al Estado que vincula al poder judicial en la interpretación de las normas jurídicas y al poder legislativo en el dictamen de normas impeditivas u obstaculizadoras que carezcan de razonabilidad o proporcionalidad respecto a los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la LEC²⁵⁹. Es decir, toda limitación u obstáculo deberá obedecer a finalidades razonables de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos y deberá guardar una notoria proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables²⁶⁰.

Dicho esto, el contenido del derecho de acceso a la jurisdicción ha sido desarrollado y ampliado por la jurisprudencia constitucional a partir de la llamada tutela judicial “efectiva”²⁶¹. En virtud de la misma, el derecho de acceso a la jurisdicción no se limita a la inexistencia de

²⁵⁴ SSTC núm. 226/2006, de 17 de julio, núm. 330/2006, de 20 de noviembre, núm. 148/2007, de 18 de junio, núm. 251/2007, de 17 de diciembre, núm. 25/2008, de 11 de febrero y núm. 26/2008, de 11 de febrero, entre otras.

²⁵⁵ ATC núm. 100/1996, de 24 de abril.

²⁵⁶ SSTC núm. 251/2007, de 17 de diciembre y núm. 26/2008, de 11 de febrero

²⁵⁷ CORDÓN MORENO, F., *El derecho a obtener una tutela judicial efectiva* en CGPJ, *Manuales de formación continuada: derechos procesales fundamentales*, 2005, pp. 217-219, citando las SSTC núm. 74/1983, de 30 de julio, núm. 26/1984, de 24 de febrero y núm. 57/1984, de 8 de mayo. De forma análoga, GIMENO SENDRA considera que han de resultar inconstitucionales los obstáculos jurídicos o económicos que puedan impedir o dificultar este libre acceso (GIMENO SENDRA, V., *Derechos fundamentales y su protección*, Colex, Madrid, 2007, p. 524.)

²⁵⁸ Díez-PICAZO, L.M., *La tutela judicial efectiva* (1ª Parte), Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 3.

²⁵⁹ SSTC núm. 251/2007, de 17 de diciembre y núm. 26/2008, de 11 de febrero, entre otras.

²⁶⁰ STC núm. 13/2008, de 31 de enero.

²⁶¹ El contenido de este derecho se analiza ampliamente en la monografía: GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El Derecho a la tutela*, op. cit..

restricciones, sino que se materializa también en la prohibición de indefensión²⁶², en el derecho a una resolución de fondo y motivada, en el derecho de acceso a los recursos y en la intangibilidad de las resoluciones firmes²⁶³. Todo ello sin perjuicio de que el legislador pueda imponer determinadas obligaciones sin que representen éstas un menoscabo al derecho de acceso a la jurisdicción, tales como una obligación de intento de solución extrajudicial de un determinado conflicto o una presunción *iuris tantum* de sometimiento a un órgano arbitral²⁶⁴.

En este punto y para poder determinar si la tutela individual de los intereses pluriindividuales homogéneos puede conllevar la vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción, es imprescindible analizar las particularidades fácticas existentes en este tipo de intereses.

Para lograr dicha finalidad, presentaré a continuación un supuesto de hecho extraído de la jurisprudencia española en el que se utilizó una acción colectiva para la tutela de daños pluriindividuales homogéneos. A partir del mismo, detallaré las circunstancias fácticas que presentan este tipo de intereses desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, con la finalidad de destacar todos aquellos elementos que obligan a adoptar un instrumento de tutela colectiva.

El supuesto de hecho es el siguiente: los días 27 y 28 de febrero de 2004 se produjeron importantes retenciones en la Autopista de Burgos a Armiñón, debido a múltiples accidentes producidos por un fuerte temporal de nieve en la tarde del mismo día 27. Ante dichas circunstancias, no tan solo no se alertó a los conductores de los mismos, sino que se permitió que fueran accediendo a la autopista a pesar del estado en que ésta se hallaba²⁶⁵. Como consecuencia de ello, más de 6000 personas se quedaron atrapadas en la carretera o se vieron obligadas a pernoctar en polideportivos y centros diversos de las inmediaciones. Cabe destacar que, una vez producidos dichos daños, tampoco hizo nada la entidad concesionaria para paliarlos. Es más, cuando se restableció la circulación a lo largo de la mañana y el mediodía del

²⁶² Hay indefensión cuando falta posibilidad de contradicción (SSTC núm. 19/1984, de 10 de febrero, núm. 39/1987, de 3 de abril, núm. 36/1987, de 25 de marzo, núm. 41/1987, de 6 de abril).

²⁶³ Por razones de concreción no se va a desarrollar cada uno de los puntos pero se encuentran recogidos, esencialmente, en las siguientes sentencias: prohibición de indefensión (SSTC núm. 101/2001, de 26 de abril y núm. 143/2001, de 18 de junio), el derecho a una resolución de fondo y motivada (SSTC núm. 128/2003, de 30 de junio, núm. 42/2004, de 23 de marzo y núm. 8/2004, de 9 de febrero), el derecho de acceso a los recursos (STC núm. 42/1982, de 5 de julio) y la intangibilidad de las resoluciones firmes (SSTC núm. 231/1991, de 10 de diciembre, núm. 179/1999, de 11 de octubre, núm. 176/2001, de 17 de septiembre, núm. 141/2003, de 14 de julio, núm. 190/2004, de 2 de noviembre y núm. 224/2004, de 29 de noviembre).

²⁶⁴ STC núm. 352/2006, de 14 de diciembre.

²⁶⁵ SAP de Burgos núm. 347/2006, de 31 julio.

día 28 de febrero, los vehículos que habían quedado atrapados tuvieron que pagar el correspondiente canon de peaje para poder abandonarla²⁶⁶.

A partir de esta situación, los afectados tenían la posibilidad de solicitar la tutela de sus intereses y derechos afectados ante los Tribunales, ya fuera individual o colectivamente a través de las organizaciones legitimadas para ello²⁶⁷. En el presente caso, una asociación de consumidores y usuarios (AUSBANC CONSUMO) ejerció una acción colectiva de los usuarios frente a la entidad concesionaria de la autopista en base al Artículo 10 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil²⁶⁸.

La elección de la tutela colectiva no es baladí, sino que en este supuesto responde claramente a la característica fáctica principal de las acciones colectivas. Es decir, la desproporción entre la cuantificación del daño de los intereses afectados y las costas procesales y tasas judiciales obligan a que los daños sean tratados en un mismo proceso, ya que si los afectados hubieran optado por una tutela individual, cada uno de ellos hubiera tenido que afrontar un riesgo económico muy superior para obtener una indemnización económicamente ínfima. En cambio, la tutela colectiva permite la sustantación en un solo proceso de los daños producidos a la totalidad de afectados. Por ende, me atrevo a afirmar que ante la ausencia de un sistema de tutela colectiva, serían muy pocos los afectados que ejercitarían acciones individuales para la tutela de los intereses afectados ante los Tribunales, ya que el desequilibrio económico los disuadiría de ejercer la acción individual²⁶⁹.

Con el objetivo de reafirmar esta posición, procedo a analizar la jurisprudencia en cuanto al derecho de acceso a la jurisdicción. Si bien correspondería a los tribunales nacionales interpretar las reglas internas de naturaleza procesal, resulta más idónea la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁷⁰, ya que este Tribunal se ha convertido en el referente actual en cuanto a derechos fundamentales, como órgano de interpretación y aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁷¹. El objetivo, por consiguiente, es

²⁶⁶ Para un análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 473/2010, de 15 de julio de 2010 ver GASCÓN INCHAUSTI, F., *Acción, op. cit.*.

²⁶⁷ De hecho, en la actualidad y partir de la modificación hecha por la Ley de Consumidores y Usuarios de 27 de marzo de 2014, también estaría legitimado el Ministerio Fiscal, ya que se trata de un supuesto en el que los afectados no eran determinables (art. 11.3 LEC).

²⁶⁸ STS núm. 473/2010, de 15 de julio de 2010.

²⁶⁹ SJPI núm. 45 de Madrid, núm. 234/2003, de 24 noviembre.

²⁷⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia *Tejedor García contra España* de 16 diciembre 1997, Repertorio de sentencias y decisiones 1997-VIII, pg. 2796, ap. 31.

²⁷¹ JIMENA QUESADA, L, *Sistema Europeo de Derechos Fundamentales*, Colex, Madrid, 2006, p. 63. En cuanto a la efectividad y aplicación de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso del estado Español: GARRIGA DOMÍNGUEZ, A (Directora), "La controvertida eficacia

hallar argumentos en la jurisprudencia del TEDH que justifiquen la vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción como consecuencia del grave desequilibrio económico entre los gastos para obtener la tutela individual y la posible indemnización a percibir en caso que se estime la pretensión.

Veamos en primer lugar, cual es el concepto del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción se contempla en el artículo 6.1 del CEDH, ya que a partir de su contenido podremos determinar si la acción individual es suficiente para la tutela de los *intereses pluriindividuales homogéneos*²⁷². El TEDH ha establecido que *el artículo 6.1 garantiza a cada uno el derecho a que un Tribunal conozca cualquier litigio relativo a sus derechos y obligaciones de carácter civil*²⁷³. De este modo, el derecho de acceso a la jurisdicción requiere que exista (a) un derecho u obligación de carácter civil en el ordenamiento jurídico del Estado en cuestión y, constatada la existencia del mismo, es cuando nace (b) la obligación del Estado de tutelar dicho derecho u obligación en concreto.

En cuanto a la existencia de un derecho u obligación de carácter civil reconocido en la legislación interna, el TEDH afirma que no puede crearse un derecho sustantivo que carezca de base legal en el Estado en cuestión²⁷⁴, ya que las garantías del artículo 6.1 del CEDH se extienden únicamente a los derechos que estén previamente reconocidos en la legislación interna²⁷⁵. En consecuencia, el punto de partida para considerar la existencia de un

directa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: apuntes sobre el alcance de la violación del derecho a un proceso equitativo contemplado en el artículo 6.1 del CEDH y las limitadas posibilidades de su restitución plena en el proceso español en relación con los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, *El tiempo de los derechos*, núm. 12, 2010.

²⁷² “*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.*”

²⁷³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Golder contra Reino Unido*, Sentencia de 21 febrero 1975.

²⁷⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Fayed contra Reino Unido*, Sentencia de 21 septiembre 1994, ap. 65.

²⁷⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Casos *James y otros contra Reino Unido*, Sentencia de 21 febrero 1986, series A núm. 98 y Z y otros, a p. 81, y las referencias que contienen, junto con *McElhinney contra Irlanda* [GS], núm. 31253/1996, ap. 23, Sentencia de 21 noviembre 2001; y *Fogarty contra Reino Unido* [GS], Sentencia núm. 37112/1997, ap. 117, TEDH 2001-XI.

determinado derecho serán las disposiciones de la legislación interna y la interpretación de las mismas hechas por los tribunales internos²⁷⁶.

Respecto a la obligación por parte del Estado de tutelar el derecho u obligación reconocidos en su ordenamiento jurídico, el grado de acceso procurado por la legislación nacional ha de ser suficiente para asegurar al individuo el «derecho a un Tribunal», como parte del principio de la preminencia del derecho en una sociedad democrática. En este sentido, la afectación de un derecho o interés protegido por el ordenamiento jurídico no podrá quedar sin la tutela judicial respectiva²⁷⁷.

Volviendo ahora en el supuesto de hecho descrito anteriormente, cabe ver si podemos afirmar que, en el caso español, se cumplen los dos requisitos desarrollados y establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para considerar garantizado el derecho de acceso a la jurisdicción. La respuesta es afirmativa: en primer lugar, los derechos o intereses de los consumidores y usuarios están reconocidos en la legislación interna (Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios²⁷⁸) y, por otro lado, los consumidores o usuarios cuyos intereses se hubieran lesionado están legitimados para exigir la tutela de los mismos en la jurisdicción civil, en virtud del artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Consiguientemente, el derecho de acceso a la jurisdicción parece estar garantizado.

No obstante, cabe ir más allá y determinar si las particularidades fácticas de los *intereses pluriindividuales homogéneos* apuntadas requieren de las acciones colectivas como tutela para que dicha garantía constitucional sea efectiva, cosa que me dispongo a hacer en las líneas que siguen. En particular, dicho acceso individual no parece suficiente por la poca cuantía de la afectación en los daños masivos. Por esta misma razón, ponderaré el desequilibrio económico entre los gastos de litigación, junto con las tasas judiciales, y la indemnización a percibir por los afectados con la finalidad de determinar si la tutela individual de los derechos e intereses de los consumidores afectados sería suficiente para garantizar el derecho de acceso a la jurisdicción de los mismos.

²⁷⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso Masson y Van Zon contra Países Bajos*, Sentencia de 28 septiembre 1995, serie A núm. 327-A, p. 19, ap. 49).

²⁷⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso F.E. contra Francia*, Sentencia de 30 octubre 1998, Repertorio de sentencias y decisiones 1998-VIII, pg.- 3349, ap. 44, y *Caso Yagtzilar y otros contra Grecia*, Sentencia núm. 41727/1998, a p. 23, CEDH 2001-XII.

²⁷⁸ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

La clave interpretativa para dicha ponderación reside en la efectividad del derecho de acceso a la jurisdicción²⁷⁹. El TEDH establece que únicamente se considerará efectivo el derecho de acceso a la jurisdicción si el individuo disfruta de una posibilidad clara y concreta para discutir un acto que constituye una injerencia en sus derechos²⁸⁰). En caso contrario, “*quien, considerando ilegal una injerencia en el ejercicio de uno de sus derechos (de carácter civil) podrá quejarse de no haber tenido la ocasión de presentar una demanda ante un tribunal que responda a las exigencias del artículo 6.1*»²⁸¹.

A tenor de lo apuntado, es preciso mencionar también los Casos *Ait-Mouhoub contra Francia*²⁸² y *Airey contra Irlanda* para realizar dicha ponderación²⁸³. En ambos casos, el TEDH se enfrenta a situaciones en las que los demandantes ven impedido su acceso a la jurisdicción por razones económicas. En el primer caso, la imposibilidad de pago de un depósito impide al demandante proseguir con el proceso, mientras que, en el segundo, el impedimento es el alto coste del proceso ante el único órgano legitimado en la materia. Según el TEDH, existe una violación del artículo 6.1 del CEDH de un modo fáctico tanto en el primero, como en el segundo caso apuntado, ya que un impedimento fáctico puede violar el CEDH tanto como uno jurídico (la ya citada Sentencia *Golder*). Enfatiza, además, que el CEDH obliga al Estado a llevar a cabo acciones positivas para garantizar el acceso a la jurisdicción, establece que la inactividad del Estado ante un impedimento de acceso a la jurisdicción por razones económicas se convierte en una vulneración del derecho fundamental de acceso a la jurisdicción de las personas cuyos intereses legalmente reconocidos se han visto afectados²⁸⁴.

Una vez analizada toda la jurisprudencia del TEDH en esta materia, cabe dirimir si es aplicable al ordenamiento jurídico español. Conviene recordar, al respecto, que España ratificó el CEDH el 4 de octubre de 1979 y el propio artículo 10.2 CE establece que las normas relativas a los derechos y libertades fundamentales que la Constitución Española reconoce, se interpretarán

²⁷⁹ El Convenio perseguía la protección de los derechos considerados no en sentido teórico o ideal, sino como derechos reales y efectivos (ver, "mutatis mutandis", el caso del "régimen lingüístico en Bélgica", el anteriormente citado *Golder*, el de *Luedicke, Belkacem y Koc* y el de *Marckx*). Esto es singularmente claro en relación con el derecho de acceso a los Tribunales a la vista del papel preeminente que en una sociedad democrática tiene el derecho a un juicio justo (Caso *Delcourt*).

²⁸⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Bellet contra Francia*, Sentencia de 4 diciembre 1995, serie A núm. 333-B, p. 42, ap. 36 y Caso *Cañete de Goñi contra España*, Sentencia de 15 octubre 2002.

²⁸¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Casos *Le Compte, Van Leuven y De Meyere contra Bélgica*, Sentencia de 23 junio 1981, serie A núm. 43, pg. 20, ap. 44, y *Les Saints Monasteres contra Grecia*, Sentencia de 9 diciembre 1994, serie A núm. 301-1, pp. 36-37, ap. 80.

²⁸² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Ait-Mouhoub contra Francia*, Sentencia de 28 octubre 1998.

²⁸³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Airey contra Irlanda*, Sentencia de 6 febrero 1981.

²⁸⁴ “No hay lugar a distinguir entre actos y omisiones (...)” Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia *Marckx*, p. 15, a p. 31, y la *De Wilde, Versyp* de 10 marzo 1972, serie A, núm. 15, p. 10, a p. 22.

de conformidad con el Derecho internacional de los derechos humanos vigente²⁸⁵. En este sentido, el TEDH ha establecido que el CEDH es considerado orden público europeo y la jurisprudencia emanada del mismo al respecto, parte integrante del CEDH. Tal y como apunta RIPOLL CARULLA y BUJOSA VADELL, entonces, el carácter jurídicamente obligatorio de la jurisprudencia del TEDH se amplía *erga omnes*, esto es, a todos los Estados parte²⁸⁶. Además, el propio Tribunal Constitucional en la STC 303/1993, estableció que de acuerdo con el artículo 10.2 de la CE, *la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...), no sólo ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales sino que también resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento*²⁸⁷. De acuerdo con esto, el Tribunal Constitucional español ha asumido, mayormente, los criterios establecidos por el TEDH²⁸⁸. En materia de consumidores y usuarios, concretamente, el Tribunal Constitucional ha recogido la doctrina *Golder*²⁸⁹ y *Airey*²⁹⁰, sentencias pilares de la argumentación desarrollada hasta este punto.

Por ende, cabe concluir que el desequilibrio económico que conllevaría la tutela individual de esta tipología de daños puede impedir el acceso a los Tribunales para pedir la protección de los derechos subjetivos o intereses legítimos afectados²⁹¹. En otros términos, si bien existiría una

²⁸⁵ Boletín Oficial del Estado, núm. 243 de 10 de octubre de 1979, pp. 23564 a 23570 (7 pp.).

²⁸⁶ Cabe destacar la totalidad de la obra monográfica: BUJOSA VADELL, L.M., *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Tecnos, 1997.

El llamado efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH (RIPOLL CARULLA, S., *Incidencia en la jurisprudencia del TC de las sentencias del TEDH que declaran la vulneración por España del CEDH*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, enero-abril (2007), pág. 311). En el mismo sentido: *Irlanda c. Reino Unido*. STEDH de 18 de enero de 1978, párrafos 154 y 155. Asimismo, Rec (2004) 6 del Comité de Ministros sobre la mejora de los recursos internos, de 12 de mayo de 2005. Anexo, punto 7.

²⁸⁷ STC 303/1993, de 25 de octubre, FJ. 8. Además, dicha afirmación se manifestó con toda su amplitud en la Sentencia Bultó (STC núm. 245/1991 de 16 diciembre). Sin embargo, con la jurisprudencia posterior se fue matizando y con ello limitando dicha aplicación directa hasta tal punto de considerar el caso Bultó una mera solución excepcional *ad hoc*. (Ver: GARRIGA DOMÍNGUEZ, A (Directora), "La controvertida eficacia directa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: apuntes sobre el alcance de la violación del derecho a un proceso equitativo contemplado en el artículo 6.1 del CEDH y las limitadas posibilidades de su restitución plena en el proceso español en relación con los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional", *El tiempo de los derechos*, núm. 12, 2010.

²⁸⁸ Para un estudio de dicha incorporación: APARICIO, M. A., *La cláusula interpretativa del art. 102 de la CE como cláusula de integración y apertura constitucional de los derechos fundamentales*, en *Jueces para la Democracia*, núm. 6, 1989, pp. 9-18; DELGADO BARRIOS, J, *Proyección de las decisiones del TEDH en la jurisprudencia española*, en *RAP*, núm. 119, 1989, pp. 233-254; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El valor en derecho español de la jurisprudencia del TEDH*, en *Boletín informativo del Il. Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1987, p. 9; PÉREZ TREMS, P., *Artículo 41*, en REQUEJO PAGÉS, J. L. (coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid: Tribunal Constitucional/ BOE. 2001, pp. 633-655 (en particular. pp. 639-642); SAIZ ARNÁIZ. A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 321-342.

²⁸⁹ STC núm. 140/1995, de 28 septiembre.

²⁹⁰ STC núm. 105/1999, de 14 junio.

²⁹¹ SJPI núm. 45 de Madrid, núm. 234/2003, de 24 noviembre.

tutela individual del daño producido, dicha desproporción apuntada constituiría un impedimento económico-fáctico contrario al derecho de acceso a la jurisdicción contemplado en el artículo 6.1 del CEDH y en el 24.1 de la CE.

El único modo de evitar dicha limitación del derecho de acceso a la jurisdicción es eliminar la barrera económica que representa la desproporción descrita. Una solución posible sería el incremento del tanto indemnizatorio. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español, las reglas sobre responsabilidad civil obedecen a una finalidad reparadora del daño y, en este sentido, las acciones colectivas en materia de consumidores y usuarios se caracterizan por la poca entidad del mismo. Cabrían, asimismo, dos alternativas para eliminar la barrera o impedimento económico de acceso a la jurisdicción: la eliminación de las costas procesales y tasas judiciales o el reconocimiento de la acumulación de dichas cuantías individuales en un solo proceso, descartando la vía litisconsorcial para los daños masivos por la falta de adecuación de la figura para la tutela de daños tan extensos. Al respecto, la eliminación de las costas procesales y tasas judiciales es inviable para el sistema judicial español, ya que en 2010 las tasas judiciales recaudadas en España representaban un 4,1 % del presupuesto de la Administración de Justicia, incluyendo en él las partidas destinadas a justicia gratuita y al Ministerio Fiscal, siendo inferiores a la mayoría de Estados Europeos²⁹².

Por esta misma razón, las acciones colectivas se postulan como la única solución, ya que permiten la sustanciación de la pluralidad de daños a través de un solo procedimiento y desaparece, de este modo, el impedimento económico en el acceso a la jurisdicción de los intereses afectados²⁹³.

²⁹² THE EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE, *Evaluation of European Judicial Systems*, 2012.

²⁹³ PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las "acciones colectivas" en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 39; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La tutela jurisdiccional*, *op. cit.*, pp. 121 y ss.; GASCÓN INCHAUSTI, F., *La protección de los consumidores en el proceso civil español*, Institut André Tunc, Université Paris I-Pantheon Sorbone, Paris, pp. 2 y ss.; GONZÁLEZ GRANDA, P., *La tutela de la pretensión colectiva de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios en el proceso civil*, en AA VV, *Homenaje a D. Eduardo Font Serra*, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2004, p. 635; BARONA VILAR, S., *Acciones de cesación, retractación y declarativa*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, Aranzadi, 2000, p. 663; GOMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F. y GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, R., *Ley de Enjuiciamiento Civil: Notas y Doctrina de Tribunales*, Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 158; ROSICÓ FAIRÉN, A., *Notas sobre las acciones colectivas de consumo*, en MONTOYA MELGAR, A., *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 663; MÉNDEZ PINEDO, E., *La protección de consumidores en la Unión Europea. Hacia un verdadero derecho procesal comunitario de consumo*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 146 y ss.; GUISSANI, A., *Azione collettive resarcitoria en el processo civil*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 29 y ss.

En suma, el fundamento de las acciones colectivas es la garantía del derecho de acceso a la jurisdicción del artículo 24 de la CE, junto una razón de índole económica procesal como es la concentración en un solo litigio de todos los afectados por la actividad empresarial dañosa, lo que favorece a la reducción de costes para la administración de justicia²⁹⁴.

2.4.4. Requisitos para una tutela colectiva indemnizatoria

La pregunta que uno se plantea una vez vista la fundamentación de las acciones colectivas como garante del derecho de acceso a la jurisdicción es: ¿todos los intereses afectados masivamente y que presenten las características indemnización-coste descritas, podrán acudir a los Tribunales a través de una acción colectiva? Una vez más, la respuesta es negativa y más a la luz de la reciente jurisprudencia española en materia de acciones preferentes y cláusulas suelo que analizaré a continuación.

En primer lugar y en relación a las cláusulas suelo, el Tribunal Supremo las ha declarado ilícitas ya que las entidades bancarias no permitieron al consumidor identificar la cláusula como definitoria del objeto principal del contrato. En este sentido, se privó al consumidor de conocer que era un préstamo a interés mínimo con un real reparto de riesgos de variabilidad de los tipos²⁹⁵.

El Tribunal Supremo concluye que las citadas condiciones generales de los mencionados contratos de préstamo omiten información suficientemente clara y comprensible de un elemento definitorio del contrato, al mismo tiempo que no señalan unas simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar para valorar los riesgos asumidos por las dos partes²⁹⁶. No obstante, el Tribunal Supremo impide la aplicación retroactiva de la nulidad apuntada, ya

²⁹⁴ AAP de Madrid núm. 265/2005, de 11 noviembre.

²⁹⁵ STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, junto con el ATS de 3 junio de 2013.

²⁹⁶ STS núm. 35/2011 de 1 febrero sobre la licitud del pacto de exclusividad que limitaba la posibilidad del consumidor de contratar la financiación con otro concedente de crédito distinto del señalado por el proveedor.

Véase también: GARCÍA DE PABLOS, J. F., *La modificación de la cláusula suelo de las hipotecas*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 867/2013 parte *Comentario*, Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 6 y ÁLVAREZ OLALLA, *Novedades en la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, en *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 7/2011, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 23-24.

que generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia en el orden público económico, en base al principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE²⁹⁷.

²⁹⁷ En el mismo sentido: el AAP Burgos núm. 15/2014, de 28 de enero sostiene que la cuestión de la retroactividad en la aplicación de la nulidad de la cláusula-suelo la ha resuelto expresamente la STS 241/2013, de 9 de mayo; la SAP Badajoz núm. 17/2010, de 14 de enero acoge sus razones y declara la irretroactividad y la SAP Zaragoza núm. 1/2014, de 8 de enero que resuelve *acatando este precedente por la fuerza informadora de la jurisprudencia que el art. 1.6 del CC le atribuye y atendiendo a que indudablemente el mismo efecto de aplicación retroactiva de las acciones colectivas se puede obtener con la suma de la totalidad de acciones individuales ejercitadas, se han pronunciado ya algunos tribunales aceptando el criterio del Alto Tribunal como pueden ser la sentencia de la Sección Vigésimo octava de la AP de Madrid de fecha 23 de julio de 2013, las de 20 de junio y 2 de octubre de 2013 de la Sección Primera de la AP de Cáceres, la de 17 de mayo de 2013 de la Sección Quinta de la AP de Cádiz, entre otras. Por ello, la eficacia informadora del ordenamiento jurídico que la jurisprudencia del TS tiene y la exigencia de seguridad jurídica derivadas de la CE llevan a esta Sala a aceptar el valor del precedente como doctrina jurisprudencial, lo que exige la desestimación de la impugnación de la sentencia realizada".*

Asimismo, la SAP Córdoba núm. 180/2013, de 31 de octubre razona que no cabe acoger la doctrina del TS en lo que nos gusta, la abusividad, y rechazarla en lo que no nos gusta, la retracción de los efectos de la nulidad, y que no corresponde a los Tribunales de instancia corregir la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha declarado la irretroactividad acogiendo a que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ya lo han aplicado en alguna ocasión, y también el TJUE permite esa limitación de la retroactividad por razones de seguridad jurídica y riesgo de trastornos graves, por lo que y aun dejando constancia de la diferencia de opiniones doctrinales y jurisprudenciales, siendo muchos los Juzgados de lo Mercantil que han acordado la restitución de las cantidades abonadas, se inclina por acordar la irretroactividad, citando otras sentencias que comparten su criterio (SAP de Cádiz núm. 255/2013, de 17 de mayo, SAP de Madrid 238/2013, de 23 de julio o SAP de Granada 334/2013 de 18 de octubre).

Por otro lado, hay otra vía de recientes sentencias de las diferentes Audiencias Provinciales que contemplan la aplicación retroactiva de la nulidad: SAP de Málaga núm. 185/2014, de 12 de marzo (F. 8) al considerar que la finalidad del 9 Ley de Condiciones Generales de la Contratación, junto con el artículo 1.303 del CC, no es otra que la de que las personas afectadas vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al acto invalidador, evitando el enriquecimiento injusto o sin causa de una de ellas a costa de la otra (STS núm. 571/2008 de 23 de junio, entre otras muchas), tratándose de una obligación *ex lege*, constituyendo una consecuencia ineludible e implícita de la invalidez contractual, siendo de alcance, no solo a los contratos declarados nulos, sino también a las cláusulas contractuales declaradas nulas cuando los contratos puedan subsistir sin aquéllas. Por ende, considera que la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo se dicta en el marco procesal de una acción colectiva de cesación y respecto de quienes son parte en aquel proceso, donde, además, no se ejercitó una acción accesorias de condena a la restitución (como prevé el artículo 12 de la L.C .G.C), sino solo de nulidad y correlativa eliminación de la cláusula, así como de prohibición de uso futuro, por lo cual esta Sala considera que tal declaración de no retroactividad, no es de aplicación preceptiva al supuesto de ejercicio de una acción personal e individual de nulidad por abusividad de una cláusula contenida en un contrato celebrado con consumidores, en el que además la actora ha solicitado, al pedir la devolución de las cantidades indebidamente cobradas, en aplicación de la cláusula en cuestión, la retroacción de la declaración de nulidad, deviniendo, en consecuencia, a tales efectos, aplicable el artículo 1.303 del CC , sin que concurra circunstancia alguna que permita la excepción del efecto que dicha norma prevé. En sentido idéntico: las SSAP de Álava 291/2013 de 9 de julio y núm. 407/2013 de 21 de noviembre de y la reciente AAP de Barcelona núm. 108/2014, de 9 mayo (FJ. 5). Por último, resulta ilustrativo el voto particular de la SAP de Alicante núm. 327/2013, de 12 de julio: se considera procedente la retroactividad en base a varios argumentos: "el primero, y fundamental, por el principio jurisprudencial de "no vinculación" a las cláusulas abusivas, que ha sentado en numerosas resoluciones el TJUE, al interpretar la Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1993 (art. 6.1), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, lo que ha sido reiterada por el TJUE en sentencias de 26 de abril de 2012 , y dos de 30 de mayo de 2013 , en el sentido de que cuando se haya declarado abusiva una cláusula los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados "a aplicar todas las consecuencias que, según el Derecho

En segundo lugar, la jurisprudencia sobre las llamadas acciones referentes nos lleva a analizar los términos o características que deberá tener el objeto del proceso para poder ejercitar una acción colectiva como tutela de los daños pluriindividuales homogéneos, aspecto más importante de esta parte del trabajo. Al respecto, el AAP de A Coruña núm. 18/2013, de 15 de febrero considera inviable una acción colectiva en la que pretendía la nulidad contractual (art. 12.2 LCGC) y la consiguiente indemnización por error en el consentimiento, o por falta de información que generó dicho error, si bien existía un hecho dañoso común en los términos del art. 15 de la L.E.C. En concreto y de acuerdo con el mismo auto, *"el mero hecho de que los contratos funcionan de forma similar, no permite estimar que se esté ante el mismo título"*, ya que *"una cláusula puede ser oscura en un contrato y no serlo en otro, las causas de nulidad invocadas son diferentes....etc. y los hechos son diferentes, con contratantes de distintos conocimientos y experiencia"*. Si bien esta era la *ratio decidendi* del Tribunal ante la acumulación subjetiva de acciones y, en este sentido, el propio Tribunal prevé una legitimación superior de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios en el ejercicio de una acción colectiva²⁹⁸, lo relevante aquí es que ante "una práctica abusiva prohibida por la legislación de consumidores y usuarios (art. 82.1 del RD Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre), no se

nacional, se deriven de ello para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula". En Base a ello, considera "la no vinculación no es graduable ni puede tener carácter parcial. Menos aún, que pueda depender de un dato tan aleatorio como la fecha de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo español...la no vinculación, para conceder una protección integral al consumidor, no solo ha de tener una proyección hacia el futuro (que se conseguirá con su nulidad y con la supresión de la cláusula abusiva en cuestión) sino también una vocación de pasado, de eliminar cualquier vestigio de su existencia, y ello solo se conseguirá si se hacen desaparecer sus efectos". Se añade también otro argumento relativo al tratamiento paritario que deben tener todos los consumidores comunitarios: "en materia de contratación bancaria (en que existen grandes bancos que operan en la totalidad del mercado europeo, y comercializan unos mismos productos, utilizando en ellos idénticas cláusulas) se afectaría gravemente, a mi entender, la protección integral y paritaria de los consumidores a nivel comunitario, pudiendo darse lugar a injustificadas discriminaciones de trato dependiendo del Estado miembro, si se admitiera modulación en cuanto a la vinculación a las cláusulas abusivas declaradas nulas. Y se concluye que: "La legislación interna española tiene recursos más que conocidos (art. 1303 del Código Civil, art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias , arts. 9 y 10 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación) para suprimir los efectos nocivos de la nulidad de una cláusula abusiva: se tendrá como no puesta y habrá lugar a la restitución de lo recibido, con sus intereses".

Por último y en cuanto a la parte relativa cosa juzgada y a extensión de los efectos de la sentencia recaída: GONZÁLEZ LLANO, M. y GUERRERO GÓMEZ, J. A., *Extensión de los efectos de las sentencias dictadas en acciones colectivas de consumidores y usuarios a los afectados no intervinientes*, en *Revista Aranzadi Doctrinal num.3/2014 parte Comentario*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 93-103.

²⁹⁸ AAP de A Coruña núm. 18/2013, de 15 de febrero, siendo manifestación de ello las SSTs núm. 469/1993, de 18 de mayo y de 20 de noviembre de 1996, que hablan de la sustitución procesal del consumidor por la Asociación a la que pertenece, y la STS núm. 1025/2003, de 7 de noviembre, en que consideró suficiente *"con que con la demanda se acompañaron las peticiones de los afectos, como socios de la Unión de Consumidores, para que ésta entablara las reclamaciones"*, terminando ésta última resolución señalando que esa tendencia se ha reforzado aún más en la LEC a través de sus art. 6 y 11.

permite el ejercicio de una acción de nulidad, junto con la indemnizatoria respectiva²⁹⁹, porque los elementos de hecho no permiten una tutela colectiva de los intereses pluriindividuales homogéneos afectados”³⁰⁰.

En términos más claros, el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 18/2013 de 31 enero considera improcedente el ejercicio de una acción colectiva por parte de una asociación de consumidores y usuarios y fundada en el error del consentimiento, pues el vicio del mismo recogido en el artículo 1.266 del Código civil exige tener en consideración las concretas circunstancias de cada persona a fin de comprobar si existió o no ese error³⁰¹. Es decir, si tuvo o no información precisa del producto, si este se ajustaba o no a su perfil de inversor y, en definitiva, cuestiones tan personales que impiden su ejercicio a través de una acción colectiva como la planteada en la demanda por parte de la asociación de consumidores y usuarios, cuya legitimación no planteaba problema alguno³⁰².

Y si por no fuera suficiente, la Audiencia Provincial de Islas Baleares denega la acción colectiva recientemente ejercitada en base al incumplimiento de las obligaciones informativas y deficiente consentimiento informado por parte de la empresa en el implante protesis

²⁹⁹ La cuestión de la acumulación objetiva de acciones está analizada en el Auto de 18 de septiembre de 2012 del Juzgado de Primera Instancia de A Coruña núm. 11.

³⁰⁰ “En definitiva en el estado actual de la Legislación y la Jurisprudencia (nótese que el auto apelado utiliza la Circular de la Fiscalía General del Estado como un simple reforzamiento de su posición), con legalidad vigente que se puede compartir o no, la Sala entiende que el Mº Fiscal solo tiene legitimación para la acción de cesación, y que no puede calificarse como de colectiva la que se denomina como "acción de nulidad y resarcimiento", por la falta de información o los vicios del consentimiento, existiendo derechos individuales y subjetivos específicos de cada persona que intervino en los contratos, resultando inexcusable el análisis de cada caso concreto, pues los arts. 11 y 15 de la L.E.C. no facultan para el ejercicio en masa de acciones individuales por ineficacia contractual, que es en definitiva lo pretendido por el Mº Fiscal”.

³⁰¹ Auto de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 18/2013 de 31 enero (F. 2): *“Es doctrina jurisprudencial consolidada que el vicio en el consentimiento del artículo 1.266 del Código civil exige que el error recaiga sobre la sustancia de la cosa u objeto del contrato o de las condiciones que principalmente hubiesen dado motivo para celebrarlo, esto es, exige un error esencial; y, además, que sea excusable, requisito que ha de apreciarse en atención a las circunstancias del caso, no pudiendo beneficiar a quien lo ha provocado conscientemente a la otra parte, pero tampoco amparar a quien pudo evitarlo con una diligencia media, ordinaria o regular, según el ámbito jurídico y fáctico en que se desarrolló la negociación precontractual. Esa misma jurisprudencia que, por reiterada excusa la cita concreta de sentencias, considera que el deber de información aplicado a la fase precontractual en relación con productos financieros como los litigiosos exige que el cliente conozca los riesgos que comporta y el coste de la cancelación porque estos aspectos son determinantes a la hora de decidir si se contrata o no, y si la información suministrada no es veraz y suficiente puede determinar que el cliente incurra en error al contratar”.*

³⁰² Auto de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 18/2013 de 31 enero (F. 2): *“No se discute la legitimación de la asociación actora para el ejercicio de acciones colectivas y para la defensa de los intereses de sus asociados, pero la demanda parte de una contradicción que difícilmente puede ser subsanada y esta consiste en ejercitar una acción colectiva, pero basada en circunstancias estrictamente individuales, como por definición es un vicio del consentimiento, y esta es en esencia la base de la decisión adoptada en la instancia”.*

mamárias, ya que tanto el vicio del consentimiento, el error, como el dolo exigen tener en consideración las circunstancias de cada persona que impiden su ejercicio a través de una acción colectiva como la ejercitada en la demanda³⁰³.

En consecuencia, el objeto deberá tener determinadas características para que pueda articularse una acción colectiva como tutela de los intereses pluriindividuales homogéneos afectados. No obstante, ni el ordenamiento jurídico de la Unión Europea ni el ordenamiento jurídico español establecen nada al respecto.

En el caso del ordenamiento jurídico italiano, el ámbito de la acción colectiva indemnizatoria (*azione collettiva risarcitoria*) viene regulado en el reciente artículo 140 bis del Codice del Consumo, disposición que regula todos los aspectos de la llamada, por la aparente influencia norteamericana, "*azione di classe*"³⁰⁴. En concreto, los apartados primero y segundo del artículo 140 bis recogen el ámbito objetivo de la acción colectiva de indemnización para la tutela de los intereses pluriindividuales homogéneos; en otras palabras, determina cuáles serán los supuestos fácticos a partir de los cuales se legitimará a un determinado sujeto para el ejercicio de la *azione di classe*³⁰⁵. Inicialmente, el ejercicio de la acción colectiva indemnizatoria que recoge el artículo 140 bis únicamente se preveía para su ejercicio en cuanto a los contratos en

³⁰³ SAP Islas Baleares de núm. 292/2014 de 23 junio.

³⁰⁴ El adjetivo aparente pretende resaltar que, como se verá, el parecido con la *class action* norteamericana es poco. Esta disposición fue introducida por la Legge Finanziaria 2008 publicada en la Gazzetta Ufficiale

Legge 24.12.2007 n° 244, G.U. 28.12.2007 y posteriormente modificada por Collegato sviluppo: energia nucleare, contraffazione, imprese e consumatori, Legge 23.07.2009 n° 99, G.U. 31.07.2009. Con la regulación de esta acción colectiva se pretende establecer un instrumento de tutela a los daños masivos o actos ilícitos pluriofensivos que han acontecido con la crisis financiera del Estado Italiano, especialmente en materia de Condiciones Generales de la Contratación y, en todo caso, respecto a los consumidores.

³⁰⁵ Art. 140 bis: 1. *I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 nonché gli interessi collettivi sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.*

2. *L'azione di classe ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori. L'azione tutela:*

a) *i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile;*

b) *i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;*(6)

c) *i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.* 3. *I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore anche tramite posta elettronica certificata e fax.*

los que hubieran condiciones generales de la contratación (art. 1341 Codice Civile)³⁰⁶. No obstante, posteriormente se extendió a todos los supuestos en lo que una pluralidad de personas hubiera contratado con la misma empresa, incluso los relativos a los contratos regulados en los artículos 1341 y 1342 del Codice Civile³⁰⁷. Los contratos estipulados en el art. 1341 y 1342 del Codice Civile³⁰⁸, son, entre otros, los contratos por modelo o formulario, los contratos de cuenta corriente, seguros, servicios públicos y agua y gas³⁰⁹. Para el ejercicio de la *azione di classe* se requerirá, además, que se trate (a) de una misma empresa contratante, que, (b) ante una situación idéntica, (c) haya afectado a los derechos contractuales de una pluralidad de consumidores³¹⁰. El segundo supuesto material al que puede aplicar la acción colectiva indemnizatoria es a los ilícitos extracontractuales. En aquellos casos en los que el productor afecte a los derechos homogéneos pertenecientes al consumidor final de un determinado producto defectuoso, podrá iniciarse una acción colectiva indemnizatoria³¹¹. La responsabilidad será solidaria de todas las personas responsables del daño, de acuerdo con el

³⁰⁶ DE SANTIS, A.D., *L'azione risarcitoria collettiva*, en CHINÉ, MICCOLIS, *Class action e tutela collettiva dei consumatori*, Roma, 2008, p. 171.

³⁰⁷ CONSOLO, C., BUZZELLI, P., BONA, M., *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, p. 76.

³⁰⁸ Art. 1241 CC: *Condizioni generali di contratto*.

Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza.

In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria.

Art. 1342 CC: *Contratto concluso mediante moduli o formulari*.

Nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse, anche se queste ultime non sono state cancellate.

Si osserva inoltre la disposizione del secondo comma dell'articolo precedente.

³⁰⁹ ROLLI, R., *Codice*, op. cit., p. 967.

³¹⁰ GIUGGIOLI, *Class action e azione di gruppo*, en *I quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, p. 30, nota 106.

³¹¹ Art. 117 Codice del Consumo: *Prodotto difettoso*.

1. *Un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze, tra cui:*

a) il modo in cui il prodotto è stato messo in circolazione, la sua presentazione, le sue caratteristiche palesi, le istruzioni e le avvertenze fornite;

b) l'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato e i comportamenti che, in relazione ad esso, si possono ragionevolmente prevedere;

c) il tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione.

2. *Un prodotto non può essere considerato difettoso per il solo fatto che un prodotto più perfezionato sia stato in qualunque tempo messo in commercio.*

3. *Un prodotto è difettoso se non offre la sicurezza offerta normalmente dagli altri esemplari della medesima serie.*

artículo 121 del Codice del Consumo³¹². A este supuesto descrito, se excepcionan aquellos casos en los que el producto no garantice los estándares de seguridad de los productos de la misma serie, al considerar que se trata de un daño individual puntual, no plural³¹³. Asimismo, los daños producidos a los intereses pluriindividuales homogéneos de los consumidores a partir de un acto desleal se consideran extracontractuales, al interpretar el daño antitrust como pérdida de oportunidad³¹⁴. Por último, la “*azione di classe*” se aplica también a las prácticas comerciales desleales, teniendo en cuenta que en este tercer supuesto, así como en el anterior, se requerirá que se afecten a derechos homogéneos para la admisibilidad de la acción colectiva indemnizatoria.

Como se acaba de apuntar, el marco de aplicación de la “*azione collettiva risarcitoria*” es extenso pero, ya a estas alturas, cabe afirmarse que dista y mucho del modelo estadounidense de *class action*. De acuerdo con TARUFFO, considero que el ámbito objetivo de la acción colectiva de indemnización no puede limitarse ya que hay muchas hipótesis que pueden dar lugar a daños masivos o “*mass torts*” como por ejemplo en materia de ambiente, salud, incidentes a gran escala o ilícitos financieros que no afecta solo a pequeños inversores, para citar algunos³¹⁵.

En relación a las características que deberán presentar los intereses pluriindividuales homogéneos para su tutela colectiva, el artículo 140 bis del Codice del Consumo hablaba de identidad de los derechos individuales homogéneos, identidad que directamente significaba un impedimento objetivo al ejercicio de cualquier acción colectiva de cesación, ya que ante daños masivos, dos derechos no pueden ser idénticos. La simple titularidad activa de los mismos, así como la tipología y extensión de la petición o pretensión puede variar caso por caso³¹⁶; por no hablar de las cuestiones de hecho estrictamente personales³¹⁷.

Por esta misma razón, se consideró que el común origen de los derechos, entendido como la identidad de los hechos constitutivos, no solo convertía la tutela colectiva pretendida en

³¹² Art. 121 Codice del Consumo: *Pluralità di responsabili*

1. *Se più persone sono responsabili del medesimo danno, tutte sono obbligate in solido al risarcimento.*

2. *Colui che ha risarcito il danno ha regresso contro gli altri nella misura determinata dalle dimensioni del rischio riferibile a ciascuno, dalla gravità delle eventuali colpe e dalla entità delle conseguenze che ne sono derivate. Nel dubbio la ripartizione avviene in parti uguali.*

³¹³ DE SANTIS, *L'azione*, op. cit., p. 179.

³¹⁴ C 07/2305, n. 2305, en *Foro it.*, I, 1097, nota de PARDOLESI.

³¹⁵ TARUFFO, M., *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, en AA. VV., *Le azioni collettive in Italia*, Milano, 2007, p. 14.

³¹⁶ DANILLO DE SANTIS, A., *La tutela giurisdizionale collettiva*, op.cit., p. 579.

³¹⁷ MECHINI, S., *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogeni*, Napoli, 2008 p. 58; GUISSANI, A., *Mass torts e tutela giurisdizionale: modelli de azione giudiziaria collettiva a confronto sotto il profilo della efficienza economica*, en *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 315 y ss.

inviabile, sino que tampoco parecía suficiente para garantizar la identidad del derecho y sus características. Así, el Decreto Legislativo de 24 de enero de 2012, n.1, eliminó la referencia a la identidad de los intereses pluriindividuales homogéneos y se optó por el concepto de homogeneidad³¹⁸.

Precisamente, el concepto de homogeneidad es el que utiliza también el legislador brasilero para la tutela colectiva de los derechos individuales afectados por una misma acción, omisión o conducta habitual de un mismo demandado³¹⁹.

Sin embargo, resta sin concretar el contenido de la homogeneidad, razón por la cual me veo en la tesitura de recurrir a la Rule 23 de las Federal Rules of Civil Procedure, dónde se establece como uno de los requisitos para el ejercicio de las *class actions* – que de momento identificaremos superficialmente como acciones colectivas indemnizatorias³²⁰- que a) la clase debe ser tan numerosa que el litisconsorcio sea impracticable; y b) que haya cuestiones de derecho o hecho comunes a la clase (la llamada *Commonality*)³²¹.

³¹⁸ ROLLI, R., *Codice, op.cit.*, p. 971.

³¹⁹ Artículo 81 del Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei No. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

GUISSANI, A., *Il nuovo art. 140 bis c. cons.*, en *Rivista di diritto processuale*, Vol. 65, Nº 3, 2010, pp. 595 y ss.. Véase también: SHLESNGER, P., *La nuova "azione di classe"*, en *Corridore giur.*, 2010, p. 548; FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140 bis e gli obiettivi di deterrenza*, en *Il Caso.it*, II, 172/2009, pp. 35 y ss.; DONATI, A., *Azione collettiva e diritto soggettivo*, en *Contrato e impresa*, 2010, pp. 927 y ss.; y PALMIERI, A., *La tutela collettiva dei consumatori. Profili soggettivi*, Torino, 2011, pp. 72 y ss.

³²⁰ La *class action* estadounidense es modelo originario de tutela colectiva, que, con sus ventajas y desventajas, parte de la filosofía de utilizar el egoísmo individual para el bien colectivo mediante una adecuada representatividad de los intereses difusos y con la plural finalidad de romper la barrera económica de acceso a la jurisdicción que caracteriza los daños masivos, evitar una multitud de litigios e impedir la inactuación de la agrupación (GALGANO, F., *Le antiche e le nuova frontiere del danno risarcibile* en *Contratto e impresa*, 2008, p. 73; CARPO, *Cenni sulla tutela degli interessi collettivi*, en *Riv. trim. Dir. Proc.*, Padova, 1982, p. 1879; CAPELLETTI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi e diffusi*, en *Giur. it.*, 1975, IV, p. 49; VIGORITI, *Interessi collettivi e processo*, Milan, 1979, p. 36; y DENTI, *Interessi diffusi* en *Novissimo dig.*, IV, Torino, 1973, p. 305.) Todo esto se consigue mediante la utilización de un modelo de *opt-out*, es decir, un modelo en el cual el sujeto que inicia un proceso colectivo lo hace en nombre de todo el colectivo, siempre que se admita la acción colectiva a partir de los criterios establecido en la Federal Rules.

Sin embargo y como se verá mucho más detenidamente en el apartado de la tesis en el que se analice el aspecto subjetivo de las acciones colectivas, tanto el modelo español como italiano ven a este modelo como contrario al Derecho de defensa de los artículos 24 de ambos textos constitucionales, al entender que, en el sistema de *opt-out*, el único sujeto que tienes los derecho de defensa y contradicción es el proponente, siendo la mera comparecencia del mismo insuficiente para la preservación y garantía de los derechos e intereses de los afectados adheridos (ROLLI, R., *Codice, op. cit.*, p. 834 y GALGANO, F., *Le antiche, op. cit.*, p. 104).

³²¹ RULE 23. CLASS ACTIONS: (a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;
(2) there are questions of law or fact common to the class;

A la luz del reciente intento de ejercicio de acciones colectivas indemnizatorias en el contexto de la crisis financiera, considero que los elementos de hecho y de derecho que necesariamente deben ser comunes en las afectaciones individuales para la viabilidad procesal de la tutela colectiva, es una cuestión que debe ser tratada antes de proceder a la legitimación para el ejercicio de las mismas, ya que, no tan solo acotará los supuestos en los que pueda tutelarse colectivamente los intereses afectados, sino que también permitirá una mayor concreción en cuanto a las variables que deberán concurrir en un determinado sujeto para que esté legitimado.

A nivel norteamericano y a falta de otros referentes doctrinales, un artículo analiza la reciente sentencia *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S. Ct. 2541, 2551 (2011) en la que el Tribunal estadounidense concreta, por primera vez con vocación sistemática, aquellos elementos que deberán compartir los afectados para que pueda tutelarse su afectación de un modo colectivo, en lo que llama “Comonalidad incrementada” (*Heightened Commonality*)³²².

En primer lugar, el Tribunal estadounidense requiere que los afectados por un daño masivo hayan sufrido un mismo daño³²³, si bien la identidad de los daños no es un elemento que contempla la Rule 23. Es más, este elemento es precisamente uno de los requisitos que se decidieron excluir en la revisión que se hizo de esta institución en 1966 para permitir que esta tutela colectiva pudiera ser utilizada en una mayor cantidad de supuestos, es decir, en aras a la viabilidad de la institución.

Desde mi punto de vista, el daño no deberá ser idéntico para que pueda aceptarse una acción colectiva indemnizatoria, ya que esto implicaría también exigir un tanto indemnizatoria igual para la reparación de cada uno de los daños producidos, cuando la afectación puede no ser igual en el caso concreto y no dejar de ser por eso la misma afectación³²⁴.

(3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and

(4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

³²² BENJAMIN SPENCER, A., *Class actions, heightened commonality, and declining access to justice*, 2012

³²³ *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S. Ct. 2541, 2551 (2011) (quoting *Gen. Tel. Co. of the Sw. v. Falcon*, 457 U.S. 147, 157 (1982)).

³²⁴ ROLLI, R., *Codice, op. cit.*, p. 971. En este sentido: SAP de Madrid núm. 21/2007 de 30 enero cuando establece que “(...) de existir clientes ya compensados, basta a la demandada, caso de nueva petición en ejecución de sentencia y reconocimiento de efectos individuales, a partir de las bases generales, antes establecidas en la sentencia de instancia, invocar la extinción de la obligación por pago, al amparo del artículo 1156 del CC, como la compensación de deudas, en los supuestos de morosos; si se trata de clientes que justifican unos daños mayores, por razón de su especial situación, es claro que al diferir el supuesto fáctico genérico de la acción colectiva, sus pretensiones no podrán ajustarse al régimen jurídico que viene determinado por los artículos 11, 221, 517 y 519 de la LEC, que por otra parte nunca puede ajustarse a criterios imperativos, pudiéndose hacer extensivas estas consideraciones con carácter

En Estados Unidos la *commonality* u homogeneidad en los elementos jurídico-facticos se considera satisfecha cuando hay cuestiones de derecho que unen a los miembros de la clase en la resolución, aunque los individuos no estén idénticamente situados³²⁵. Se plantea la siguiente duda: ¿cuáles son las cuestiones de derechos que unen a los miembros de la clase?

Esta pregunta ha sido tratada por una minoría de autores pertenecientes a la doctrina italiana, centrándose la doctrina española más en la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas (elemento subjetivo) que en el elemento objetivo-fáctico que constituye la situación legitimatoria, sin ver que ambos elementos están estrechamente ligados y son sumamente importantes para el éxito de las acciones colectivas indemnizatorias³²⁶.

POLI habla de una homogeneidad entendida como una identidad en cuanto a las cuestiones de hecho y de derecho, excepto respecto al sujeto y al *quantum debeatur*³²⁷. MENCHINI y MOTTO, por otra parte, hablan de homogeneidad respecto los elementos *tout court* o aquellos elementos que sean controvertidos, de tal modo que las cuestiones comunes sean las relevantes a pesar de la existencia de elementos individuales³²⁸. DONZELLI habla de una homogeneidad únicamente en la *causa petendi* y el *petitum*³²⁹; y DANILLO DE SANTIS considera que la homogeneidad de los derechos proviene tanto de (a) el tipo de relaciones jurídicas de las cuales emanan; (b) la pretensión de cada consumidor, en cuanto a la naturaleza o al tanto;

general a la distinta casuística que pudiera argüirse, ya que la cuestión planteada se resuelve positivamente mediante la concurrencia de requisitos subjetivos y objetivos, que permiten la extensión de los efectos de la sentencia a aquellos consumidores y usuarios que lo soliciten, permitiendo, evidentemente, su ejecución, siendo cuestión distinta la resolución puntual de supuestos diferentes a los propios establecidos en la misma, como base de la ejecución, de acuerdo con la naturaleza y régimen jurídico que sea de pertinente aplicación, rechazando las alegaciones de este motivo". Véase también: CARBALLO PIÑEIRO, L., *Protección de inversores, acciones colectivas y Derecho internacional privado*, en *Revista de Sociedades num. 37/2011 2*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 207-226 y, más ampliamente, BUSTOS LAGO, J. M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Servicios de telefonía*, Grandes Tratados, Aranzadi, Pamplona, 2011.

³²⁵ *Mendoza v. Zirkl Frivit Co.*, 2004, ED Nash, en 222 FRD, 439.

³²⁶ MONTERO AROCA, J., *De la legitimación*, *op. cit.*, pp. 319; BUJOSA VADELL, L.M., *La protección jurisdiccional*, *op. cit.*, p. 634; DE LA OLIVA, A., *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, Bosch, Barcelona, 1980; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P., *La tutela*, *op. cit.*, pp. 196 y ss.; SILGUERO ESTAGNAN, J., *La legitimación de los grupos*, Dykinson, Madrid, 1995, pp. 129 y ss.; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Acción*, *op. cit.*; NIEVA FENOLL, J., *Jurisdicción*, *op. cit.*, p. 727. En Italia, algunos autores se limitan a apuntar que es una cuestión extremadamente compleja (ROLLI, R., *Codice*, *op. cit.*, p. 975).

³²⁷ POLI, R., *Sulla natura e sull'oggetto dell'azione di classe*, en *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 38 y ss.

³²⁸ MENCHINI, S. y MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140 bis c.cons.*, en *Nuove leggi civ.*, 2010, pp. 1419.

³²⁹ DONZELLI, R., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2012, pp. 206 y ss.

(c) la fuente de la relación – contractual o extracontractual; y (d) la calidad personal de cada consumidor o usuario³³⁰.

A nivel jurisprudencial, la inclusión en el artículo 140 bis del *Codice del Consumo* del concepto de derechos individuales homogéneos ha conllevado que los Tribunales tuvieran que determinar el contenido de dicha homogeneidad para la admisión o inadmisión en el ámbito objetivo de las acciones colectivas indemnizatorias.

Existe poca jurisprudencia al respecto, debido a la novedad de la regulación de la “*azione di classe*” pero debe ser objeto de análisis por el tratamiento que hace de la homogeneidad de los derechos como requisito objetivo principal para la admisión de una acción de este tipo. Si bien hay sentencias que se limitan a hablar de un mismo hecho constitutivo y de cuestiones de hecho y de derecho comunes (importación directa de la llamada *commonality*³³¹), dicha homogeneidad ha sido entendida en cuanto a la naturaleza de los elementos objetivos de la acción, sin que la diversidad en cuanto al daño afecte a la misma³³².

En este sentido, un caso que no se admitió como acción colectiva indemnizatoria fue la ejercitada contra una tabaquera por los daños producidos a los consumidores y usuarios³³³. La razón fue no considerar homogéneos los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, aunque yo resaltaría que el problema es la presencia de elementos personales en la producción del daño, de modo análogo al supuesto sobre productos financieros descrito³³⁴.

Soy de la opinión que el elemento más importante es la objetividad de los elementos jurídico-fácticos. Es decir, la valoración de los distintos elementos como son la conducta (ilícita en el caso que se ejercite la acción de indemnización junto con la acción colectiva de cesación) y el nexo causal no pueden depender de circunstancias personales³³⁵. Parece indicar lo mismo DANILLO DE SANTIS, al decir que debe tratarse de valoraciones del tipo común y no personales³³⁶. Cuando esto sucede, nos encontramos con una denegación de la tutela colectiva

³³⁰ DANILLO DE SANTIS, A., *La tutela giurisdizionale collettiva*, op. cit., p. 585.

³³¹ Trib. Roma, 11 de abril de 2011, 2001, I, p. 3424.

³³² Trib. Firenze, 15 de julio de 2011, en *Foro it.*, 2012, I, p. 1919, Trib. Napoli, 9 de diciembre de 2011, Trib. Roma, 25 de marzo de 2011, p. 1889 y App. Torino, 23 de septiembre de 2011.

³³³ App. Roma, 27 de noviembre de 2012.

³³⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 18/2013, de 31 enero.

³³⁵ Hay supuestos en los que no está claro si se trata de circunstancias personales de cada contrato, como por ejemplo un caso de publicidad ilícita a partir de la cual se firmaron una pluralidad de contratos (ALPA, *Un mostro del diritto*, Il sole 24ore, 17-11-2007).

³³⁶ DANILLO DE SANTIS, A., *La tutela giurisdizionale collettiva*, op. cit., p. 582.

indemnizatoria prevista, tal y como recoge la reciente jurisprudencia³³⁷. Por ejemplo, no se puede pretender utilizar la acción colectiva de indemnización para la defensa del inversor, cuando se trata de contratos individuales con circunstancias personales exclusivas y distintas.

El segundo elemento imprescindible para poder hablar de una acción colectiva es, junto con la imposibilidad de litisconsorcio, que el objeto afectado por el mismo sea de la misma naturaleza. Obviamente, con este requisito pretendo subrayar la imposibilidad de esgrimir la tutela colectiva conjunta de daños patrimoniales y daños morales, ya que el nexo de causalidad puede ser diferente.

En tercer lugar, el mismo Tribunal norteamericano establece como requisitos la centralidad e, íntimamente relacionada con ésta, la eficiencia (*centrality and efficiency*). La centralidad reside en el carácter esencial o predominante de los hechos fácticos y de derecho que deben ser comunes entre los afectados y, partiendo de esa centralidad compartida, la sentencia que ponga fin al proceso colectivo deberá ser eficiente en cuanto proporcione una debida tutela a cada uno de los intereses afectados. Si bien el autor del artículo norteamericano- así como determinados jueces- estuvo en desacuerdo con estos requisitos considerados indispensables en la sentencia, comparto la opinión de la sentencia en cuanto creo que para que pueda existir una tutela colectiva debe tratarse de una misma modalidad de tutela³³⁸. Por ende, no podrá pretenderse una tutela colectiva cuando la pretensión sea dispar.

Además, quiero poner énfasis en que la actividad o acto ilícito que ha generado el daño masivo no tiene por qué producirse en el mismo momento, ya que una empresa puede llevar a cabo la misma actividad ilícita en momentos temporales diferentes y, en estos supuestos, el elemento temporal podría privar del ejercicio de una acción colectiva indemnizatoria que, a mi parecer, debería ser perfectamente viable. Por esta misma razón, deberá tratarse de una actividad de la misma naturaleza, que utilice actos o cláusulas análogas y que afecte a los mismos intereses propiamente grupales protegidos. La limitación a una misma actividad, des del punto de vista temporal, podría suponer que tuviera que iniciarse un proceso por cada reiteración de la misma, cuando el trámite procesal más idóneo es el tratamiento conjunto de todos los supuestos, incluso en casos de internacionalidad.

³³⁷ Tal y como se ha apuntado anteriormente: el mero hecho de que los contratos funcionan de forma similar, no permite estimar que se esté ante el mismo título", ya que una cláusula puede ser oscura en un contrato y no serlo en otro, las causas de nulidad invocadas son diferentes...etc y los hechos son diferentes, con contratantes de distintos conocimientos y experiencia (AAP de A Coruña núm. 18/2013, de 15 de febrero).

³³⁸ Sentencia *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S. Ct. 2541, 2551 (2011).

En cuanto a la imposibilidad de tutela a través del litisconsorcio, nos lleva a preguntarnos si puede iniciarse una acción colectiva con un único miembro. En Estados Unidos el requisito de la *numerosity* se centra en el número de afectados por una misma actividad ilícita, sin que se materialice en la necesidad de que todos se adhieran a la pretensión ejercitada, ya que estamos ante un modelo de exclusión. Es decir, a pesar de que sea un solo consumidor afectado el que inicie la *class action* la resolución tendrá un efecto de cosa juzgada sobre todos los miembros del grupo afectado. En el ordenamiento jurídico español, esta pregunta no puede plantearse ya que, si bien parece que el legislador ha querido establecer un modelo de *opt-out* al estilo norteamericano, el sujeto individual jamás podrá iniciar una acción colectiva sino que, incluso en aquellos casos en los que los intereses sean, en términos de la LEC, colectivos por el carácter determinable de sus titulares, se exigirá la mayoría de los mismos³³⁹. En Italia, por último, el artículo 140 bis del *Codice del Consumo* no dice nada al respecto, aunque cabe entenderse que resulta contrario a la propia naturaleza de la *azione di classe* la viabilidad de una acción colectiva que tenga un efecto sobre un solo sujeto de todo el colectivo afectado, ya que conviene recordar que la resolución que recaiga únicamente tendrá un efecto sobre aquellos miembros que se hayan adherido a la acción colectiva (*sistema de opt-in* o inclusivo y que algunos autores han considerado como modelo consumerístico al estilo europeo³⁴⁰). De todo esto, cabe entenderse que se inadmitiría una acción colectiva cuando no haya una adhesión posterior del resto de afectados, siendo la numerosidad o pluralidad de sujetos representados en el proceso colectivo un requisito intrínseco de las acciones colectivas en un sistema de *opt-in*.

A la luz de lo expuesto, la tutela colectiva no tan solo evita una pluralidad de procesos individuales que puede llegar a ser muy extensa en el caso de daños masivos, sino que su finalidad principal es la protección del derecho al acceso a la jurisdicción de los intereses de todos los afectados; especialmente en cuanto permite que los intereses afectados por daños de baja entidad puedan tutelarse en un mismo proceso con carácter colectivo. De este modo, se consigue una tutela de situaciones jurídicamente relevantes para el ordenamiento jurídico que, en su defecto, no llegarían a acceder a los Tribunales por la poca entidad del daño.

Hecho este último apunte, la siguiente parte del trabajo consistirá en un análisis de la legitimación, primero des de un punto de vista más teórico-doctrinal en relación a los diferentes tipos de intereses en juego y los distintos modelos que podemos encontrar; y, posteriormente, mediante un estudio comparado de las distintas regulaciones de la

³³⁹ Art. 11.2 y 11.3 LEC.

³⁴⁰ CONSOLO, C., BUZZELLI, P., BONA, M., *Obiettivo Class Action*, op. cit., p. 61.

legitimación para el ejercicio la acción colectiva de cesación y la acción colectiva de indemnización.

Capítulo III: La legitimación en las acciones colectivas

1. La legitimación en el proceso civil: conceptos fundamentales

La legitimación procesal es la consideración especial que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto litigioso y en virtud de la cual exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en el proceso³⁴¹. Tal y como apunta GÓMEZ ORBANEJA, es uno de los temas más debatidos a nivel procesal y de mayor importancia³⁴². De hecho, así lo demuestra la pluralidad de obras que versan sobre esta materia³⁴³.

³⁴¹ GUASP DELGADO, J. /ARAGONESES, P., *Derecho procesal civil*, Civitas, 2005, p. 222.

³⁴² GOMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil* (Con HERCE QUEMADA, V.), t. I, e. A. Madrid, 1969, p., 127.; ALMAGRO NOSETE, J, *Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo*, en AA VV, *El Tribunal Constitucional*, Dirección General de lo Contencioso del Estado-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, vol. 1, 1981, p. 373.

³⁴³ Prueba de ello es la reciente monografía: JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil. Los titulares de la acción: fundamentos y reglas*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

Junto con esta obra y en materia de acciones colectivas destacan: MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuando más se escribe sobre él)*, Civitas, 1994, pp. 13-14; DE LA OLIVA, A., *Derecho Procesal Civil*, Ceura, Madrid, 1996; GIMENO SENDRA, V. y MIRA ROS. C., *La legitimación de las asociaciones de consumidores para la impugnación de las condiciones generales de la contratación*, en *La Ley*, núm. 6263, 2005, pp. 1-16.; CORDÓN MORENO, F., "Anotaciones acerca de la legitimación", *RDPrIb*, 1979, pág. 305; GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F. *La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, en *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 3, 1986, pp. 549-576; GARNICA MARTÍN, J.M., *Las partes en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: novedades más significativas*, en *Poder Judicial*, núm. 62, pp. 272 y ss.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., en CORDON MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J.J., TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 149-169; ÍDEM, *Comentario al art. 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con la protección procesal de los derechos de los consumidores y usuarios*, *La Ley*, núm. 2, 1988, pp. 1157 y ss.; BARONA VILAR, S., *Art. 12. Acciones de cesación, retractación y declarativa*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 391-485; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios*, en BARONA VILAR, S. (Dir.), *Tutela de los consumidores y Usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 106 y ss.; GONZÁLEZ GRANDA, p., *De la legitimación y otras cuestiones procedimentales para la tutela de la acción de cesación en materia de consumo*, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1-2, 2003, pp. 232 y ss.; FONTANILLA PARRA, J. A., *Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para litigar en interés de sus asociados y derecho de asistencia jurídica gratuita*, en *La Ley*, núm. 2, 2003, pp. 17 y ss.; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., *La legitimación activa en los procesos para la tutela jurisdiccional civil de los intereses de consumidores y usuarios*, en AAVV, *Homenaje a D. Eduardo Font Serra*, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, t. II, pp. 316 y ss.; ÍDEM, *La tutela jurisdiccional civil de los consumidores y usuarios*, EDISOFER, Madrid, 2005, pp. 32 y ss..

Véase también: CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y transponte de las class actions en Europa*, DE CONFLICTU LEGUM, Estudios de Derecho internacional privado, núm. 12, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, pp. 61-97; MARÍN LÓPEZ, J. J., *Las asociaciones colectivas y el papel de las asociaciones de consumidores y usuarios como "policía*

privada”, en AAVV, *Derecho del consumo: Acceso a la Justicia, responsabilidad y garantía*, en *Estudios de Derecho judicial*, núm. 37, 2001, pp. 308 y ss.; BACHMAIER WINTER, L., *La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español*, en OVALLE FAVELA OVELLA FAVELA, J. (Coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupos*, UNAM, México, 2004, pp. 18 y ss.; MONTERO AROCA, J, en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., , *Derecho Jurisdiccional II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 76 y ss.; ALMAGRO NOSETE, J., *Estudio sobre una proposición de directiva comunitaria que regula las acciones colectivas y de grupo de los consumidores*, *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 3, 1990, pp. 519-550; ÍDEM, *Protección procesal de los intereses colectivos y difusos en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2004, p. X; SILGERO ESTAGNAN, J., *La protección procesal del interés colectivo de los consumidores*, en *Estudios de Consumo*, núm. 49, 1999, p. 77; ÍDEM, *Las acciones colectivas en España*, en GIDI, A. y FERRER MC-GREGOR, E., *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, Porrúa, México, 2003, pp. 350 y ss.; ÍDEM, *Las acciones colectivas de grupo*, en RVDPA, núm. 3, 2003, pp. 615 y ss.; FERNÁNDEZ MASIA, E., *Protección de intereses colectivos de los consumidores y actividades ilícitas transfronterizas en la Unión Europea*, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 56, 2001, p. 60; MARTÍN BERNAL, J. M., *Tratamiento jurídico de los consumidores y usuarios a la vista de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000*, en *Estudios sobre consumo*, núm. 59, 2001, p. 55; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de los consumidores y usuarios*, en REBOLLO PUIG/IZQUIERDO CARRASCO (Dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Iustel, Madrid, 2011, p. 925; VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *La tutela de los intereses colectivos y difusos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española*, en OVELLA FAVELA, J. (Coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupos*, UNAM, México, 2004, pp. 183 y ss.; LARROSA AMANTE, M. A., *Mecanismos procesales para el acceso de los consumidores a la justicia*, en *Jueces para la Democracia*, núm. 57, 2003, pp. 13 y ss.; ÍDEM, *Derecho del Consumo*, El Derecho, Madrid, 2010, pp. 121 y ss.; MORENO CATENA, V., en ESCRIBANO MORA, F. (Coord.), *El nuevo proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001 pp. 120 y ss.; JIMÉNEZ PORTEA, F. J., *La capacidad en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores*, en BARONA VILAR, S. (Dir.), *Tutela de los consumidores y Usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 108 y ss.; MONTÓN GARCÍA, M. L., *Los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *La Ley*, núm. 6, 2000, pp. 2031 y ss.; ARIZA COLMENAREJO, M. J., *La acción de cesación como medio para la protección de los Consumidores y Usuarios*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 84 y ss.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y los daños con múltiples afectados*, en AAVV, *Derecho del consumo: Acceso a la Justicia, responsabilidad y garantía*, *Estudios de Derecho Judicial* p. 151.; ÍDEM y BACHMAIER WINTER, L., *La nueva ley de enjuiciamiento civil y los daños con múltiples víctimas*, en *Estudios de derecho judicial*, núm. 37, 2001, pp. 131-252; GONZÁLEZ CANO, I., *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; AZA CONEJO, M. J., en DE LEÓN ARCE, A. y GARCÍA GARCÍA, L. M., *Derechos de los consumidores y usuarios (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 168 y ss.; SÁNCHEZ ARISTI, R., *La tutela procesal de los intereses de los consumidores y usuarios: El papel de las asociaciones de consumidores y usuarios*, en SÁNCHEZ ARISTI, R., *Protección de los consumidores*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2003, p. 82; MARTÍN LÓPEZ, J. J., *Las acciones de clase en el derecho español*, en *Indret*, julio 2011, p. 4; BUJOSA VADELL, L., *La protección de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 2000, pp. 41 y ss.; ALEXANDER, J., *Acciones en defensa de intereses supraindividuales de los consumidores*, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 52, 2000, pp. 107 y ss.; FERRERES COMELLA, a., *Las acciones de clase (class actions) en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, núm. 11, 2005, pp.44 y ss.; BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela de los intereses de los consumidores en la nueva ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Tribunales de Justicia*, núm. 12, 2002, pp. 7 y ss.; CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, *¿Acciones de clase en el proceso civil?*, en *Aranzadi Civil*, núm. 3, 2001, pp. 1896 y ss.; RUIZ GONZÁLEZ, J. G., *Las asociaciones de consumidores: Configuración y Régimen Jurídico*, Ediciones Troncal, Colección Lex, Santander, 2007, pp. 242 y ss.; SEOANE SPIELBERG, J. L., *La tutela procesal de los consumidores y usuarios*, en AAVV, *Hacia un Código del consumidor*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 62 y ss.; JIMÉNEZ FORTEA, J. J., en BARONA VILAR, S. (Dir.), *Tutela de los consumidores y Usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 93 y ss.; CABAÑAS GARCÍA, J. C., *Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las*

En esta parte previa al análisis la legitimación en los procesos colectivos, me dispongo a concretar mi posición concreta respecto a la extensa y casi eterna discusión doctrinal sobre la legitimación como presupuesto procesal o elemento de fondo, ya que es un pilar fundamental de muchos de los conceptos que se desarrollaran en esta parte central de la tesis.

A nivel español, la teoría de la legitimación como presupuesto procesal es defendida mayormente - y casi de modo exclusivo- por MONTERO AROCA quién considera la legitimación como presupuesto procesal y que, como tal, se trata de un cúmulo de circunstancias fácticas o jurídicas, independientes y externas al acto mismo que deben concurrir a fin de que éste último produzca, de forma plenamente concorde a Derecho, todos sus efectos³⁴⁴. Por consiguiente, en caso de que el sujeto no la ostente, se inadmitirá la demanda mediante auto.

Por el contrario DE LA OLIVA y RAMOS MÉNDEZ consideran que la legitimación no es un presupuesto procesal, sino que se trata de la tradicionalmente llamada legitimación *ad causam*, es decir, la relación exigible entre el sujeto y el objeto³⁴⁵. Por esta misma razón, la legitimación requerirá necesariamente que se entre a conocer el fondo del asunto (la titularidad³⁴⁶) y que deba resolverse en la sentencia, si bien esta tendrá sólo un efecto de cosa

cláusulas generales de los contratos, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 261 y ss.; ÍDEM, *La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil*, DIJUSA, Madrid, 2005, pp. 79 y ss.; LÓPEZ SANTOS, O., *La defensa de los intereses generales de los consumidores y el art. 18 del RD 825/1990, de 22 de junio, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de las asociaciones*, en *Estudios sobre Consumo*, 1991, pp. 31 y ss.; GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 175 y ss.; BOTANA GARCÍA, G. A., *Protección de los consumidores. La tutela colectiva en la protección de los consumidores*, en *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 46, 2004, pp. 8 y ss..

³⁴⁴ “La posición habilitante para formular la pretensión o para que contra alguien se formule ha de radicar necesariamente en la afirmación de la titularidad del derecho subjetivo material y en la imputación de la obligación. La legitimación no puede consistir en la existencia del derecho y de la obligación, que es el tema de fondo que se debatirá en el proceso y se resolverá en la sentencia; sino, simplemente, en las afirmaciones que realiza el actor” (MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuando más se escribe sobre él)*, Civitas, Madrid, 1994, p. 54)). En el mismo sentido, ENCISO, A., *Acción y personalidad*, en *RDProc*, 1936, p. 221 y GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 187.

De acuerdo con DE LA OLIVA, estas circunstancias podrán ser coetáneas (*requisitos procesales*) o anteriores (*presupuestos procesales*) al acto procesal (DE LA OLIVA SANTOS, A. y FERNÁNDEZ, M.A., *Derecho procesal civil*, CEURA, Madrid, 1992, vol. II, p. 116). Asimismo, debe tenerse en cuenta la clasificación sobre presupuestos procesales de GUASP, J., *Derecho procesal civil*, Tomo Primero, Madrid 1968, p. 269.

³⁴⁵ RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil: como gestionar los litigios civiles*, Atelier Libros, Barcelona, 2008, Tomo II, pp. 985 y ss. y DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho Procesal Civil I: Parte General*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2013, pp. 421 y ss.

³⁴⁶ CORDÓN MORENO, F., *Anotaciones acerca de la legitimación*, op. cit., p. 335.

juzgada respecto a los litigantes, dejando prejuzgada la existencia o inexistencia del derecho ante los efectivos titulares (*res inter alias acta*)³⁴⁷.

Jurisprudencialmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1988 resaltaba que *“si (bien) ciertamente dentro de la distinción establecida por la doctrina clásica entre legitimación “ad processum” y legitimación “ad causam”, con la primera se quiere hacer referencia a aquellas cualidades que condicionan la válida comparecencia de las partes en el proceso, en tanto con la segunda se está considerando la atribución del derecho a un determinado titular (referencia al sujeto del derecho deducido en el juicio), es de señalar que lo a tener en cuenta en la legitimación no es la relación jurídica en cuanto existente, sino en cuanto deducida en juicio. Esto significa que basta la mera afirmación de una relación jurídica como propia del actor o del demandado para fundar necesaria y suficientemente la legitimación para obrar, de tal manera que la parte, por el mero hecho de serlo, es siempre la justa parte en el proceso, dado que ésta sólo existe como tal en el proceso ejercitando su actividad jurídica por medio de la acción, con lo que el significado de la legitimación se circunscribe a determinar quiénes son las partes de un proceso concreto”*. Además, este criterio que ha sido reiterado por el Alto Tribunal en la sentencia de 10 de diciembre de 1990, cuando insiste en que el concepto de legitimación *“ad causam implica la atribución subjetiva del derecho y la obligación deducidos en juicio, sin que se trate de una condición de admisibilidad del proceso, sino de la existencia misma de la acción de modo que no es, por tanto, la legitimación “ad causam” una cuestión de personalidad, sino que afecta al fondo de la cuestión para traducirse en la falta de acción o de poder de disposición sobre un derecho que es ajeno”*³⁴⁸.

Con posterioridad, el Tribunal Supremo pasó a diferenciar entre una legitimación procesal y material. La legitimación procesal consiste en la afirmación de un título coherente con el resultado procesal pretendido. Este título puede demostrar la existencia de un derecho subjetivo, una relación jurídica o una situación jurídica y se exigirá una coherencia jurídica

³⁴⁷ PRIETRO-CASTO FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1985, p. 332; SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación*, en *Justicia*, 1987, p. 309; y FONT SERRA, E., *Legitimación*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, vol. 3, p. 3965.

³⁴⁸ Posteriormente y en un sentido análogo: STS de 16 mayo 1991, SSAP de Almería núm. 158/2004, de 1 junio y núm. 131/2004, de 3 mayo, SAP Alicante núm. 70/2003, de 11 febrero, SAP de Barcelona núm. 285/2004, de 7 junio. También en la jurisdicción social: STSJ de Extremadura núm. 554/2004, de 5 octubre y STSJ de Navarra, núm. 219/2005, de 24 junio.

entre la titularidad afirmada y las consecuencias jurídicas que se pretenden, con independencia de la realidad predicable del fondo del asunto³⁴⁹.

Por otro lado, la legitimación material (tradicionalmente llamada "*ad causam*") hace referencia a la existencia y/o pertenencia del derecho y, a pesar que puede examinarse *ex ante*, cabe que se integre e identifique con el propio fondo del proceso³⁵⁰.

Sin embargo y en el marco de las acciones colectivas, esta concepción encuentra su piedra de toque en aquellos casos en los que la relación entre el sujeto y el objeto no viene determinada por hechos sino por el cumplimiento de requisitos jurídico-fácticos establecidos en la norma procesal, como por ejemplo sucede en el artículo 11.3 de la LEC cuando se habla de asociaciones de consumidores y usuarios representativas. En estos supuestos, el propio DE LA OLIVA considera que se trata de presupuestos procesales que deberán examinarse de manera previa, sin necesidad de entrar en el fondo del asunto³⁵¹.

Personalmente, soy de la opinión que el concepto de la legitimación se halla en una categoría intermedia entre la dicotomía entre presupuesto procesal y requisito del fondo, en lo que GOLDSMCHMIDT considera *derecho de justicia material*³⁵². En otras palabras, la legitimación es la necesaria relación de los sujetos con el objeto litigioso (1) predicable de los elementos de hecho y de derecho contenidos en los escritos de cada parte e (2) imprescindible para pasar al análisis del fondo del asunto. El propio artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil titulado "*condición de parte procesal legítima*" establece que "*serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*". De este modo, la relación jurídica sobre la que la parte actora plantea el proceso es la que determina quiénes son las partes legitimadas activa y pasivamente para intervenir en el mismo, con independencia de su resultado. Por ende, el suplico de la demanda será la clave para determinar la legitimación pasiva, de acuerdo con los hechos sustentadores de tal pretensión. En este sentido y con independencia de la relación jurídica en cuanto a existente, se tendrá en cuenta la relación jurídica en cuanto deducida en juicio a partir de la coherencia entre la cualidad atribuida y las consecuencias jurídicas pretendidas, permitiendo que la

³⁴⁹ .

³⁵⁰ Plantea interesantes cuestiones en cuanto al recurso de casación, al tener su fundamento en normas sustantivas (STS núm. 869/2011, de 7 diciembre).

³⁵¹ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho Procesal Civil I: Parte General*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, pp. 421 y ss..

³⁵² GOLDSMCHMIDT, J., *Derecho Procesal Civil*, trad. PIETRO CASTRO, L., Labor, Barcelona, p. 7-9. Adopta la posición del autor la STS de 10 de diciembre de 1990.

legitimación pueda determinarse previa resolución del fondo del asunto³⁵³. Con todo, la legitimación se trata de una forma abstracta y *ex ante* de justificar el conocimiento de la petición de fondo formulada, si bien su reconocimiento no conlleva que se otorgue lo pedido³⁵⁴.

La sentencia que desestime la pretensión por falta de legitimación de las partes no impedirá que los verdaderos legitimados puedan instar un nuevo procedimiento, ya que el efecto de esta sentencia únicamente será *inter partes*³⁵⁵. Por el contrario, cuando se considere adecuada la legitimación a partir de la relación jurídica afirmada, nada obsta a que el órgano jurisdiccional dicte sentencia desestimando las pretensiones de las partes por falta de legitimación en la situación real predicada del fondo del asunto.

Por tanto, el significado de la legitimación se circunscribe a determinar quiénes son las partes de un proceso concreto; partes que, a su vez, siempre serán justas ya que su determinación se realiza con la mera afirmación de la relación jurídica como propia del actor o del demandado en el ejercicio de la acción³⁵⁶.

Una vez hecha esta puntualización, resta únicamente diferenciar dos subtipos de legitimación en función de la posición de la parte en el mismo: legitimación activa y legitimación pasiva. La legitimación activa se refiere a la exigencia de legitimación relativa al demandante y la legitimación pasiva, la referida al demandado³⁵⁷. En la presente tesis doctoral, sin embargo, nos centraremos principalmente en la legitimación activa en las acciones colectivas y, en concreto, en determinar quién está habilitado para formular la pretensión y a través de qué acción.

Como es bien sabido, la legitimación activa puede ser ordinaria (también llamada directa) o extraordinaria (o indirecta). De acuerdo con lo apuntado anteriormente, la legitimación exige

³⁵³ Doctrina recogida en la SAP de A Coruña de 2 de diciembre de 2011.

³⁵⁴ SSTS de 16 de mayo de 2000 y 28 de febrero de 2002.

³⁵⁵ En palabras de DE LA OLIVA: “El aforismo latino *res iudicata inter partes* (lit.: ‘cosa juzgada entre partes’) es la clásica regla áurea a la que, en principio hay que atenerse: como regla general, la cosa juzgada despliega su eficacia sólo entre quienes hayan sido partes del proceso en que se produce la correspondiente sentencia. La vinculación negativa o positiva sólo opera si las partes de los distintos procesos son las mismas (al menos parcialmente). Y esto, no sólo porque la diferencia de sujetos significa, con enorme frecuencia, un objeto completamente distinto, sino también porque, como regla y por encima de otras consideraciones, evitar que una resolución judicial que favorezca o perjudique a quien no ha tenido oportunidad de participar (ser parte y actuar como tal) en el proceso correspondiente, es una manifestación del inesquivable principio de audiencia y del más elemental derecho de defensa” (DE LA OLIVA, A., *Objeto y cosa juzgada en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2005).

³⁵⁶ SSTS de 20 de febrero de 2006, 21 de octubre de 2009 y 13 de octubre de 2010.

³⁵⁷ GUASP DELGADO, J. /ARAGONESES, P., *Derecho procesal civil*, Civitas, 2005, pág. 213. Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2012.

una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada y el objeto jurídico pretendido, por lo que solo corresponde a quien afirma la titularidad del derecho subjetivo o relación jurídica objeto de controversia (legitimación ordinaria)³⁵⁸.

En los supuestos de legitimación extraordinaria, sin embargo, se habilita a determinados sujetos para formular una pretensión en base un derecho objetivo o relación jurídica que originariamente no corresponde a quien ejercita la acción. En otras palabras, la legitimación extraordinaria permite que un sujeto distinto al titular de la relación jurídica controvertida pueda iniciar un proceso para su tutela. Por consiguiente, entendemos por legitimación extraordinaria la legitimación en la que el legitimado no es el individuo cuyos derechos o intereses se han visto afectados, sino un representante³⁵⁹. La legitimación extraordinaria o indirecta necesita de una norma expresa en la que se atribuya esta facultad de promover el proceso por parte de un sujeto no titular.

Por último, cabe diferenciar dos tipos de legitimación a tenor del interés en el que actúe el sujeto no titular legitimado. Si el sujeto legitimado pretende la tutela para sí mismo, estaremos ante un supuesto de *legitimación por sustitución*³⁶⁰. Es decir, el sujeto será la verdadera parte en el proceso porque actuará en nombre e interés propio (piénsese en una acción subrogatoria, por ejemplo³⁶¹). En cambio si el sujeto actúa en base a derechos ajenos y

³⁵⁸ Véase: DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho Procesal Civil I: Parte General*, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2012, pp. 421 y ss..

Y las SSTs de 31 de marzo de 1997, 28 de diciembre de 2001 y 28 de febrero de 2002.

³⁵⁹ STS de 18 de septiembre de 2009.

³⁶⁰ Se entiende por legitimación por sustitución o extraordinaria aquella que se atribuye, mediante norma expresa, a persona distinta del titular del derecho u obligación deducidos en juicio (DE LA OLIVA SANTOS, A. y DIÉZ PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal civil: el proceso declarativo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 156-157. Véase, en el mismo sentido: TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Sujetos y objetos del proceso civil*, en *Anuario Jurídico de la Rioja*, núm. 5, 1999, pp. 13-66.

KOHLER fue el primer autor que analiza este fenómeno bajo la denominación de *Prozesstandschaft* para referirse a la “*facultad de llevar un proceso con efectos sobre terceros, de forma que la res iudicata no sólo vincula a las partes de juicio, sino también al tercero, titular del derecho*”. CHIOVENDA, por su parte, la llama *sostituzione processuale* (CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (trad. Gómez Orbaneja, E.) vol. I., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948).; y, PIETRO CASTRO y FERRÁNDIZ habla de un “*desplazamiento de la legitimación* (PIETRO CASTRO y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1986, pp. 319-325).

Por otra parte, CORDÓN MORENO diferenció entre la sustitución procesal y la legitimación directa, referida esta última a aquellos supuestos en los que hay una sola situación jurídica con tres sujetos relacionados entre sí (CORDÓN MORENO, F., *De nuevo sobre la legitimación*, en *RDPROC*, núm. 1, 1997, pp. 77-78).

De acuerdo con, GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, considero más oportuno utilizar la expresión legitimación indirecta o extraordinaria, ya que no se produce sustitución en todo el sentido de la palabra, ya que el legitimado ordinario no es privado de su legitimación (PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ; L., *Tratado, op. cit.*, pp. 320).

³⁶¹ Recogida en los artículos 507, 1111 y 1869 del Código Civil.

en interés de los titulares de estos derechos, estaremos ante una legitimación representativa³⁶².

Una vez apuntada nuestra posición respecto al concepto de legitimación y sus diferentes tipos a partir del sujeto que ejerza la acción y sus particularidades, procede analizar legitimación en el ejercicio de las acciones colectivas. Antes, no obstante, resulta imprescindible analizar, muy brevemente, la evolución de las situaciones jurídicas legitimantes que ha dado origen a la llamada tutela colectiva.

2. De la legitimación individual a la legitimación colectiva: el interés legítimo.

En la tradición jurídica de los Estados comunitarios y, generalmente, de aquellos países con un sistema de *civil law*, la legitimación se configura en el marco de la tutela individual. Dentro de este tipo de tutela, sin embargo, cabe diferenciar diferentes tipos de situaciones jurídicas legitimantes que, a su vez, conllevan una respectiva extensión legitimatoria concreta.

Desde una perspectiva cronológica y partiendo del orden civil, la primera situación legitimante que se protegió fue el derecho subjetivo comprendido como posición cerrada y perfecta de ventaja. Dicha posición comporta un previo reconocimiento de un poder de disposición y una mayor determinación objetiva y subjetiva, siendo característica, por ende, del sistema de legitimación patrimonial e individualista. El conflicto es necesariamente individual o plural entre los titulares de los derechos subjetivos individuales y típicos, únicos legitimados para el ejercicio de su tutela jurisdiccional³⁶³. De hecho, esta concepción del proceso civil fue trasladada al orden contencioso administrativo mediante la Ley Santamaría de Paredes de 1888³⁶⁴.

³⁶² DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho Procesal Civil I: Parte General*, Editorial Universitaria Ramon Areces, 2012, pp. 421 y ss..

³⁶³ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentario al artículo 54 TRLGDCU*, en CÁMARA LAPUENTE, S., (Director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 431 y ss..

³⁶⁴ No obstante, esta ley suponía un retroceso respecto a las posiciones que habían adoptado anteriormente el Consejo de Estado y el Consejo Real, mucho más próximas al interés legítimo (COLMEIRO, M., *Derecho administrativo español*, Imprenta de José Rodríguez, Madrid, 1865, t. II, p. 474). Tal y como defiende GARCÍA DE ENTERRIA, una limitación a los derechos subjetivos supuso, en el ámbito administrativo, que la mayor parte de afectaciones a intereses legalmente protegidos quedarán sin su respectiva tutela (GARCÍA DE ENTERRIA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1991, p. 588). Véase también: GASCÓN Y MARÍN, J., *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y legislación española*, C. Bermejo Impresor, Madrid, 1948, t. I, p. 522.

A partir de este momento, la evolución de las diferentes situaciones subjetivas legitimantes se desarrolló en el marco de la legislación contencioso-administrativa. Por esta misma razón y si bien posteriormente todos estos conceptos fueron adoptados por la legislación procesal-civil, creo conveniente realizar un pequeño apunte de su tratamiento en el derecho administrativo, ya que esto nos permitirá ver sus razones y dificultades, más allá de su mera adopción posterior por parte de la legislación procesal-civil.

Con la inserción de *excés de pouvoir* mediante la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, se reconoció el acceso a los tribunales del interés directo comprendido como el beneficio individual del accionante en caso de estimación de la pretensión³⁶⁵. El abandono de la titularidad del derecho subjetivo implicó que el legitimado pasara a ser el sujeto que pudiera verse favorecido por la sentencia en el supuesto que se estimara su pretensión. El beneficio que debería producir su estimación bastaba que fuera material o jurídico, sin necesidad que tuviera un contenido económico o que el interés afectado viniera respaldado por un concreto precepto legal³⁶⁶, pudiendo tratarse incluso de un perjuicio moral³⁶⁷. Asimismo, aquellas situaciones creadas que puedan causar un perjuicio al legitimado serán también dignas de protección jurisdiccional³⁶⁸.

Más tarde y debido a la innegable influencia italiana, la constitucionalización del derecho de acceso a la jurisdicción incluyó, junto a la tradicional tutela de los derechos, la de los intereses legítimos (art. 24 de la Constitución)³⁶⁹. Además, el recurso de amparo preveía la facultad de recurrir ante el Tribunal Constitucional “*a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo*” (art. 162.Lb de la Constitución). De esta forma, el ordenamiento jurídico incorporó la protección legalmente protegido y afectado por una conducta antijurídica³⁷⁰. En este sentido, el interés legítimo presenta un carácter mucho más amplio que el interés

³⁶⁵ QUINTANA LÓPEZ, T., *Justicia administrativa, medio ambiente y servicios municipales*, en REDA, núm. 65, 1990, pp. 114 y ss..

³⁶⁶ STS de 9 de diciembre de 1974, respecto al contenido económico, y las tempranas SSTS de 6 de julio de 1958, 12 de mayo de 1960, 7 de febrero de 1966 y 3 de marzo de 1967 en cuanto al carácter innecesario de la norma de respaldo.

³⁶⁷ SSTS de 8 de octubre de 1973 y 6 de junio de 1979.

³⁶⁸ STS de 5 de julio de 1972. Véase también: SSTS de 8 de octubre de 1973; de 5 de febrero de 1979 y de 14 de julio de 1988.

³⁶⁹ El artículo 24 de la Constitución italiana estableció un derecho general a la tutela judicial de los propios derechos e intereses legítimos: “*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari*”.

³⁷⁰ De hecho, la Ley del Proceso Administrativo de 1958, eclipsada por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, ya recogía el interés legítimo en los apartados a) y c) de su artículo 23. (GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Tutela, op. cit.*, pp. 175 y ss.).

directo³⁷¹. De hecho, el interés legítimo fue el punto de partida para extender la tutela jurisdiccional a situaciones jurídicas *propriadamente grupales*, rompiendo con el carácter individual de las situaciones legitimantes previamente descritas.

Es más, los intereses *propriadamente grupales* constituyen una posición jurídica difícilmente asimilable al derecho subjetivo o al interés directo ya que estos se caracterizan por (1) conllevar un *ius excludendi* en su uso y disfrute y (2) su vulneración es productiva de un daño y da lugar a una tutela resarcitoria. Es decir, los conceptos de “derecho subjetivo” e “interés directo” se centran en la figura del titular, ya sea el titular de la situación jurídica subyacente en el caso del derecho subjetivo, o del beneficiado en caso de acogimiento de la pretensión (interés directo). Además, tanto el derecho subjetivo como el interés directo giran alrededor del daño como manifestación de su afectación.

Por el contrario y según se ha visto en la primera parte del trabajo, los intereses *propriadamente grupales* se caracterizan por la imposibilidad de cuantificar su afectación, ya que se trata de derechos o situaciones jurídicas que, además de indivisibles, están protegidas mediante normas imperativas abstractas³⁷². Por ende, este tipo de intereses únicamente tienen cabida en los ordenamientos jurídicos donde se proteja el llamado “interés legítimo”, ya que basta una conducta antijurídica que afecte a intereses legalmente protegidos para su acceso a los Tribunales.

Legalmente y a pesar de su carácter corporativista³⁷³, el artículo 32 de la LJCA fue la primera norma española en posibilitar una tutela de los intereses *propriadamente grupales*, si bien fue derogada por la LRJ-PAC, cuyo artículo 31.1 c) suprime los calificativos de “personales y

³⁷¹ SSTs de 1 de julio de 1985, 16 de julio de 1987, 24 de enero de 1991, 12 de abril de 1991, 3 de julio de 1991, 21 de noviembre de 1991, 1 de enero de 1994, 29 de marzo de 1994, 20 de octubre de 1997, 22 de diciembre de 1997, 13 de enero de 1998 y 14 de junio de 1998.

Junto con estas: SSTC 60/1982, de 11 de octubre; 62/1983, de 11 de julio; 257/1988, de 22 de diciembre 47/1990, de 20 de marzo; 195/1992, de 16 de noviembre y ATC 139/1985, de 27 de febrero.

³⁷² Ver: *Capítulo II: Intereses en las acciones colectivas: intereses propriadamente grupales e intereses pluriindividuales homogéneos*, 1. *Intereses propriadamente grupales*, 1.2. *Características de los intereses propriadamente grupales*, p. 37.

³⁷³ Artículo 32 LJCA: 1. “Cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas.

2. Si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2”.

directos” recogidos en el artículo 23 LPA, exigiendo el carácter de “legítimos” a los intereses individuales y colectivos que pretendan acceder a la jurisdicción³⁷⁴.

Como hemos podido ver, la evolución de las situaciones legitimantes se produjo mediante el progresivo avance del orden contencioso administrativo, si bien todas las descritas fueron adoptadas posteriormente por la legislación civil³⁷⁵. Cabe destacar, en este sentido, que el artículo 11 de la LEC, recoge la tutela de los intereses “colectivos”, tanto de los llamados *propriamente grupales*, como de los *pluriindividuales homogéneos*³⁷⁶.

En suma, el interés legítimo no tan sólo debe ser el punto partida para el estudio de los intereses *propriamente grupales* que fundamentan una tutela colectiva³⁷⁷, sino que también va a ser la pieza clave de la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas al permitir acceder a los tribunales de forma grupal³⁷⁸.

3. La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas: tipología y modelos

Una vez hechas estas aclaraciones previas procede en este punto examinar la legitimación en las acciones colectivas *strictu sensu*. Este análisis se realizará desde una perspectiva eminentemente teórico-doctrinal para el tratamiento de los tipos de legitimación que encontramos en las diferentes relaciones entre los sujetos legitimados y el objeto del proceso y los dos modelos de articulación de la acción colectiva, ya sea esta de cesación o de indemnización. Como se verá posteriormente, ambos elementos resultaran no tan sólo útiles para el desarrollo del análisis de la legitimación en las diferentes experiencias analizadas, sino

³⁷⁴ Artículo 31 LRJ-PAC: “1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo: a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte. c) Aquéllos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva. 2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca. 3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derechohabiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento”.

³⁷⁵ Excepto la de mero interés en la legalidad, ya que no tiene cabida en materia civil.

³⁷⁶ De acuerdo con: GASCÓN INCHAUSTI, F., “Acciones de cesación”, en REBOLLO PUIG, M. Y IZQUIERDO CARRASCO, M. (codirectores), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Iustel, 2011, p. 911.

³⁷⁷ Véase: *Capítulo II: Intereses en las acciones colectivas: intereses propriamente grupales e intereses pluriindividuales homogéneos*, p. 31.

³⁷⁸ Resulta interesante, en este sentido, la idea de *legitimación por categoría*, de la que habla CALAMANDREI a principio de los años cuarenta, apuntando a una figura intermedia entre la acción privada y la acción pública (CALAMANDREI, P., *Insistencias de Derecho Procesal Civil*, EJE, Buenos Aires, 1962. Vol. I, pp. 267 y ss.).

imprescindibles para la postulación de un modelo de acciones colectivas, ya que son, junto con la financiación y el “*humus cultural*”³⁷⁹, los pilares fundamentales de esta institución.

3.1. El tratamiento conjunto de dos tipos diferentes de legitimación

En el primer capítulo hemos tratado por separado los intereses propiamente grupales y los intereses pluriindividuales homogéneos, tanto por sus diferentes características, como por el diferente fundamento y tipo tutela que precisan.

Los intereses propiamente grupales requieren de una tutela colectiva por la representatividad del ente legitimado al ser intereses pertenecientes a un grupo social legalmente protegido. Esto conlleva prever que el ente legitimado pueda ser un grupo determinado o indeterminado de consumidores y usuarios, junto con la posibilidad de intervención de los otros legitimados³⁸⁰. Asimismo y en función del modelo que se adopte, la sentencia que ponga fin a la acción colectiva de cesación afectará a una pluralidad más o menos extensa de miembros del grupo titular del interés tanto positiva, como negativamente.

Los intereses pluriindividuales homogéneos, por el contrario y como hemos desarrollado anteriormente, requieren de un tutela colectiva por la desproporción entre la entidad del daño producido y los elevados costes de litigación³⁸¹. A esto cabe sumarle la posibilidad que el ente legitimado sea un grupo determinado o indeterminado de consumidores y usuarios, cosa que

³⁷⁹ Por *humus cultural* debe comprenderse desde la mentalidad de los jueces y abogados, hasta la litigación (DONDI, A. y GUISSANI, A., *Azioni collettive risarcitorie e deontologia forense: lacune del diritto interno e prospettive future*, en *Foro it.*, 2008, pp. 272 y ss. También: HAZARD, G. C. y KONIAK, S. P., *The Law and Ethics of Lawyering*, Westbury, New York y HAZARD, G. C. y DONDI, A., *Legal Ethics – A Comparative Study*, Standford, 2004; VIGORITI, V., *class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire e altro*, p.738; GUISSANI, A., *Azioni collettive risarcitorie nel proceso civile*, pp. 1332 y ss.; SILVER, C., *A Restitutionary Theory of Attorney’s Fees in Class Actions*, en *76 Cornell Law Rev.*, 1991, p. 656; LEUBSDORF, J., *Recovering Attorney’s Fees as Damages*, en *38 Rutgers Law Rev.*, 1986, pp. 438 y ss.; DAWSON, J. P., *Lawyers and Involuntary Clients: Attorney Fees from Funds* en *87 Harv. Law Rev.*, 1974, pp. 1597 y ss; SHERMAN, E. F., *Class Actions after the Class Actions Fairness Act of 2005*, en *80 Tulane Law Rev.*, 2006, 1614; DE SANTIS, A. D., *I disegni di legge italiani sulla tutela delgi interessi collettivi e il Class Actions Fair Act of 2’5*, pp. 601 y ss.; CAPONI, R., *La riforma della “class action”. Il nuovo art. 140-bis cod. cons. nell’emendamento governativo*; ID., *Il nuovo volto della class action*, en *Foro italiano*, 2009, V, p. 383; COSTANTINO, G., *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, p. 388.

³⁸⁰ OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *Intervención de terceros*, op. cit., pp. 37-39.

En materia de acciones colectivas de cesación: ARIZA COLMENAREJO, M. J., *La acción de cesación*, op. cit. pp. 127 y ss..

³⁸¹ Ver: *Capítulo II. Intereses en las acciones colectivas: intereses propiamente grupales e intereses pluriindividuales homogéneos*, 2. *Intereses pluriindividuales homogéneos*, 2.2. *Características de los intereses pluriindividuales homogéneos*, p. 73.

requiere tener en cuenta su posible intervención, así como o el efecto *erga omnes* o *ultra partes* de cosa juzgada de la sentencia que ponga fin al proceso colectivo.

Sin embargo, cabe recordar que un mismo acto puede afectar a ambos tipos de intereses, de modo que podrían generarse serios problemas respecto al efecto de cosa juzgada de la sentencia colectiva en caso que su sustantación fuera por separado³⁸². Imagínese, por ejemplo, una sentencia en la que se deniegue la pretensión de cesación de una conducta presuntamente ilícita. Con dicha acción de cesación, como ya se ha apuntado, no tan sólo se pretendería una tutela de cesación, sino también la declaración de ilicitud de la conducta. La importancia reside en el supuesto en el que no se declare ilícita la conducta, ya que condicionará de un modo directo tanto la tutela de cesación de los intereses propiamente grupales, como la tutela indemnizatoria de los intereses pluriindividuales homogéneos afectados.

En materia de Condiciones Generales de la Contratación, por ejemplo, si la cláusula no es considerada abusiva, no cabrá la estimación de las pretensiones indemnizatorias de tutela de los intereses pluriindividuales homogéneos no podrán ser estimadas. Si bien es cierto que éste se trata de un supuesto en el que las acciones colectivas de indemnización son subsidiarias a la acción colectiva de cesación, sucede exactamente lo mismo en las otras materias en las que hallamos una “doble” afectación de la conducta ilícita, observando que la declaración de ilicitud de la misma condiciona la responsabilidad del presunto sujeto infractor de la normativa imperativa. Es decir, si este sujeto ha quebrantado las disposiciones legales y, afectado, de este modo, a los intereses propiamente grupales de los consumidores y usuarios, luego cabrá ver si esta conducta ha afectado a intereses individuales de modo masivo (*intereses pluriindividuales homogéneos*). En caso que la conducta se considere lícita, por el contrario, no procederá una tutela indemnizatoria de los daños pluriindividuales homogéneos, al entender que la empresa ha actuado dentro de los límites legalmente establecidos.

En conclusión, en aquellos supuestos en los que se hayan podido ver afectado intereses pluriindividuales homogéneos e intereses propiamente grupales, la tutela de los primeros dependerá, en la mayoría de casos, de la tutela de los segundos. Por esta misma razón, la Resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2012, sobre “*Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo*”, recoge la posibilidad de ejercicio conjunto de las

³⁸² Por esta misma razón, sorprende que JUAN SÁNCHEZ defienda un tipo diferentes de reglas de legitimación para cada sub-clase de interés colectivo (JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación*, op. cit., p. 380).

acciones de cesación e indemnización³⁸³. La conexión descrita entre ambos tipos de intereses y las respectivas acciones de tutela, por ende, obligan al tratamiento conjunto de las respectivas legitimaciones, razón por la cual los sujetos que puedan iniciar ambas acciones deberán ser los mismos para que pueda proceder su acumulación.

En cambio, la acción colectiva de indemnización será completamente autónoma respecto la acción colectiva de cesación cuando el acto no sea susceptible de afectar a los intereses propiamente grupales, como sucedió, por ejemplo, en el caso español de las retenciones por las fuertes nevadas en la autopista³⁸⁴.

Dicho esto, vamos a ver, en primer lugar, el tipo de legitimación que hallamos en las acciones colectivas de cesación para la tutela los intereses propiamente grupales. Posteriormente, analizaremos la legitimación en las acciones colectivas de indemnización como tutela de los intereses pluriindividuales homogéneos; y, por último, procederá el estudio de los diferentes modelos de acciones colectivas como implícita relación entre la legitimación y la cosa juzgada.

3.2. Legitimación en las acciones colectivas de cesación como tutela de los intereses propiamente grupales: una legitimación ordinaria *sui generis*

Los derechos propiamente grupales tienen su justificación en la existencia de libertades colectivas como fruto de la evolución de la sociedad hacia prácticas más integradoras, con una tendencia a la socialización tanto económica como jurídica³⁸⁵. El resultado son unos intereses cuya titularidad, por las características de los mismos, excede a la individualidad tradicional, pues el titular de los intereses *propiamente grupales* es la totalidad de los miembros de un

³⁸³ Así lo establece el punto 14 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, sobre «Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo» (2011/2089(INI)) (2013/C 239 E/05) y el considerando 11 de la 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) (DO L 201/60).

³⁸⁴ STS de 15 de julio de 2010.

³⁸⁵ Así lo apunta: LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *La legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios*, en *Intereses colectivos y legitimación activa* (Eloísa Carbonell Porras (dir.), Rafael Cabrera Mercado (comp.)), 2014, ISBN 978-84-9059-590-9, pp. 207-238.

Véase también: RIVERO, J., *Les droits de l'homme*, en RIVERO, J., *Les Libertés publiques*, PUF, París, 1978, p. 341.

determinado colectivo. Sin embargo, la titularidad no es exclusiva³⁸⁶, ya que más allá de esta titularidad inmediata del colectivo, encontramos la titularidad que llamaremos mediata de los miembros que lo integran, en cuanto son la condición *sine qua non* para la existencia de los intereses colectivos³⁸⁷. Por ende, estas características de los intereses propiamente grupales han obligado al legislador a intervenir con una norma expresa para encajar su legitimación en el concepto tradicional de legitimación *ad causam*³⁸⁸.

Un sector de la doctrina ha entendido que los entes legalmente legitimados para solicitar la tutela jurisdiccional de la afectación de los intereses propiamente grupales lo hacen en representación o sustitución del colectivo³⁸⁹.

No obstante, la representación a la que apunta la doctrina no es en el sentido que se otorga a la misma en Derecho Civil o procesal, sino, tal y como indica GUTIÉRREZ DE CABIEDES, en un sentido sociológico o político³⁹⁰. La cuestión reside en la relación entre la titularidad de la posición jurídica legitimante y la propia legitimación. En este sentido, debe apuntarse que los intereses propiamente grupales no implican una desvinculación del sujeto legitimado que reclama la tutela jurisdiccional respecto la titularidad de una situación jurídica subyacente³⁹¹,

³⁸⁶ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Tutela, op. cit.*, pp. 191 y ss..

³⁸⁷ GUISSANI, A., *Considerazioni sull'art. 1469-sexies cod. civ.*, en *Riv. dir. priv.*, 1997, pp. 330 y ss..

³⁸⁸ PROTO PISANI, A., *Nuovi diritti e tecniche di tutela*, p. 62 y DI MAJO, A., *La tutela civile dei diritti*, pp. 35-55.

A nivel comunitario, destaca la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, transpuesta a nivel nacional por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, en el caso español, y Decreto legislativo n. 224 del 23 aprile 2001, G.U. n. 137 del 15 giugno 2001, en el caso italiano.

Ver: *II. Tipología de intereses en las acciones colectivas: concepto, naturaleza y características, 1. Intereses propiamente grupales, 1.2. Características de los intereses propiamente grupales*

³⁸⁹ Y así sigue defendiéndola gran parte de la doctrina: MONTERO AROCA, J., *Comentarios a la Ley de Procedimiento laboral*, Civitas, Madrid, 1993, t. I, p. 143; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho Procesal, op. cit.*, pp. 421 y ss.; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Comentario al artículo 16*, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A, DIÉZ-PICAZO, L., PONCE DE LEÓN, (Directores), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contatación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 692 y ss.; BUJOSA VADELL, L., *La protección jurisdiccional, op. cit.*, pp. 161 y ss; SILGUEIRO ESTAGNAN, J., *La tutela jurisdiccional, op. cit.*, pp. 123 y ss. DENTI, V., *Interessi difussi, op. cit.*, pp. 305 y ss.

Recientemente, GONZÁLEZ LLANO y GUERRERO GÓMEZ afirmaron que “Nuestro legislador ha reconocido una suerte de legitimación extraordinaria a las asociaciones de consumidores y usuarios y al Ministerio Fiscal” (GONZÁLEZ LLANO, M., y GUERRERO GÓMEZ, J. A., *Extensión de los efectos de las sentencias dictadas en acciones colectivas de consumidores y usuarios a los afectados no intervinientes*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2014).

³⁹⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Tutela, op. cit.*, p. 196.

³⁹¹ TROCKER, N, *Processo civile e Costituzione*, Milan, 1974, pp. 205 y ss.; VIGORITI, V., *Interessi collettivi, op. cit.*, p. 77; CARAVITA, B., *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, 2005, p. 282; RAPISARDA, C., *Tecniche giudiziali e stragiudiziali de protezione del consumatore Diritto europeo e diritto italiano*, en *Riv. Dir. proc.*, 1981, pp. 701 y ss.; ALMAGRO NOSETE, J., *Tutela procesal ordinaria y privilegiada*

sino que sigue existiendo una verdadera legitimación “*ad causam*”. Así lo entiende el Tribunal Constitucional español en su sentencia 47/1990, de 29 de marzo establece que “*el interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores, del que puede ser titular no sólo cada uno de ellos individualmente considerados, sino también cualquier asociación o entidad que haya asumido estatutariamente estos mismos fines*”³⁹².

Es más, como concluyó GUTIÉRREZ DE CABIEDES, considero acertado afirmar que estamos ante un supuesto en el que el ente legitimado, ya sea una persona física o jurídica, está defendiendo un derecho propio en interés también propio³⁹³. Esto es, estamos ante un supuesto de legitimación ordinaria, ya que el interés deducido es propio de quién actúa –si bien no tiene porqué ser una titularidad exclusiva³⁹⁴. En otras palabras, el hecho que el ente legitimado sea titular del interés propiamente grupal cuya tutela pretenda no significa que los miembros integrantes de este grupo o los otros entes legitimados no sean también titulares de éstos, ya que se trata de una titularidad plural otorgada *ex lege*.

La no exclusividad de la titularidad de los intereses propiamente grupales parece ser la clave para la adecuación de esta tipología de intereses en el esquema jurídico-procesal de tutela. Un claro ejemplo lo tenemos en la experiencia italiana, en la que la doctrina consideró, en un primer momento y con anterioridad al *Codice del Consumo* actual, que la asociación de consumidores y usuarios como ente legitimado estaba ejercitando, con la acción colectiva de cesación, un derecho propio³⁹⁵. También lo había entendido así el Consejo de Estado italiano, quién afirmó que los intereses propiamente grupales pertenecían a los consumidores no *uti singuli*, sino como componentes de un grupo³⁹⁶. Esta posición, por ende, entendió que los

(*jurisdicción constitucional*) de los intereses difusos, en *Revista de derecho político*, n.16m 1982-1983, pp. 93 y ss.; ID, *Nuevos horizontes del derecho a la justicia*, Madrid, 1976 p. 32, y CAPELLETTI, M., *Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, 1995, p. 12.

³⁹² STC 47/1990, de 29 de marzo, FJ. 2.

³⁹³ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Tutela*, *op. cit.*, pp. 194.

³⁹⁴ No se trata de una legitimación exclusiva de los grupos organizados como es el caso de los sindicatos (CECHELLA, C., *Coordinamento tra azione individuale e azione sindacale nel procedimento ex. art. 28 dello Statuto dei laboratori*, en *Riv. it. Dir. lav.*, 1984, I, pp. 413 y ss.).

³⁹⁵ COSTANTINO, G., *Note alle tecniche di tutela collettiva*, en *Riv. Dir. Proc.*, 2004, pp. 1009 y ss.; PUNZI, C., *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, en *Riv. Dir. Proc.*, 2002, pp. 18 y ss.; CARRATTA, A., *Brevi osservazioni sull'inibitoria a tutela dei consumatori e degli utenti*, en LANFRANCHI, L., *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, a Torino, 2001. pp. 119 y ss.; GUISSANI, A., *Inibitoria (azione) y la tutela d'interessi collettivi nella disciplina dei diritti dei consumatori*, en *Danno e Resp.*, 1998, pp. 1061 y ss..

³⁹⁶ Sez. IV, 15/12/1998, pp. 1884 y ss.

intereses propiamente grupales eran derechos propios de la asociación de consumidores y usuarios legitimada³⁹⁷.

Por otro lado, el juez administrativo italiano también consideró que la violación de estos intereses no daba lugar a una controversia individual, sino colectiva. Por esta misma razón, diferenció entre una acción inhibitoria para tratar a los daños colectivos y una acción resarcitoria para la tutela de aquellos daños personales que hubieran podido producirse³⁹⁸.

La claridad de la concepción de los intereses propiamente grupales como propios de las asociaciones de consumidores y usuarios cambió, no obstante, con la aprobación del *Codice del Consumo*, concretamente en su artículo 140.9³⁹⁹. Si bien este precepto será extensamente

³⁹⁷ GIUSSANI, A., *Considerazioni sull'art. 1469-bis Cod. Civ., op. cit.*, p. 331 y BELLELLI, A., *Comentario al copo XIV-bis C. C.: dei contratti del consumatore*, en *Nove leggi civ. com.*, 1997, pp. 1260 y ss..

³⁹⁸ CARRATA, A., *Brevi osservazioni, op. cit.*, pp. 135 y ss.

³⁹⁹ Art. 140.9 del *Codice del Consumo*: "Fatte salve le norme sulla litispendenza, sulla continenza, sulla connessione e sulla riunione dei procedimenti, le disposizioni di cui al presente articolo non precludono il diritto ad azioni individuali dei consumatori che siano danneggiate dalle medesime violazioni".

Con anterioridad y en el marco de las cláusulas abusivas (Directiva 93/13/CE) el legislador creyó oportuno añadir al remedio individual ex. art. 1469-bis c.c., un remedio general de tipo preventivo (DE SANTIS, A. D., *I provvedimenti cautelari nelle controversie collettive a tutela di consumatori e utenti*, en CARRATA, A., *I porcedimenti cautelari*, Bologna, 2013, pp. 1425 y ss.). Aunque este remedio regulado en el artículo 1469-sexies c.c. daba generalidad y efectividad a la tutela de las situaciones ilícitas en esta materia, también generaba preocupación por la individualización de los sujetos legitimados (posición sustancial accionada), así como en relación entre el juicio colectivo y el individual (DE NOVA, G., *I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni*, en *Contratti*, 1998, p. 545; PETRILLO, C., *L'azione inhibitoria a tutela dei consumatori ed utenti ex art. 1569.sexies c.c.*, pp. 143 y ss.) Especialmente crítico: ARMONE, G. M., *Comento del art. 1469-sexies*, passim; ID., *Inibitoria collettiva e clause vessatorie: prime disavventura applicative dell'art. 1469-sexies c.c.*, p. 290.

Sobre la recepción de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por parte del legislador italiano: ALPA, G., *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clause abusive*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, pp. 46 y ss.; ID., *L'applicazione della normativa sulle clause abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, pp. 1173 y ss.; Bin, M., *Clause vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, en *Contratto e impr./Europa*, 1996, pp. 431 y ss.; MAFFEIS, D., *la modifica della disciplina dei contratti del consumatore*, en *Contratti*, 2000, pp. 271 y ss.; CARBONE, V., *La tutela del consumatore: le clause abusive*, en *Corriere giur.*, 1995, pp. 248 y ss.; ID., *Giudizio negativo della CE sul non corretto recepimento della direttiva n. 93/13, id.*, 1999, pp. 515 y ss.; ID., *Si reduce il divario tra direttiva comunitaria e normativa italiana sulla tutela del consumatore, id.*, 2000, p. 428 y ss.; ID., *La corte CE condanna l'Italia: l'art. 1469-sexies non tutela il consumatore se la clausula abusiva è raccomandata ma non utilizzata, id.*, 2002, pp. 302 y ss..

En cuanto a los problemas interpretativos del artículo 1469-sexies c.c.: ALPA, G. y PATTI, S., *Clause vessatorie nei contratti del consumatore (art. 1469-bis – 1469-sexies c.c.)*, Milano, 2003; DE RENTIIS, L., *La tutela inhibitoria collettiva accordata alle associazioni rappresentative dei consumatori verso le condizioni generali di contratto connotate dal carattere dell'abusività*, en *Giur. it.*, 2003, p. 904; CONTI, R., *L'inibitoria collettiva e l'art. 1469-sexies c.c.: rapporti ancora da decifrare*, en *Corriere giur.*, 2003, p. 1198; AMADEI, D., *Tutela esecutiva e tutela inhibitoria delle associazioni dei consumatori*, en *Riv. esec. forzata*, 2003, p. 315; LIACE, G., *L'azione inhibitoria collettiva e la tutela del contraente debole*, en *Merito*, 2004 1, p. 38; y MARINUCCI, E., *Azioni collettive e azioni inhibitorie da parte delle associazioni dei consumatori*, en CHIARLONI, S. y FIORIO, P., *Consumatori e processo. La tutela collettiva degli interessi collettivi dei consumatori*, Torino, 2005, p. 125 (entre otras, y únicamente citando las más recientes).

analizado en el apartado respectivo a la regulación italiana de la legitimación para el ejercicio de este tipo de acciones, lo que nos interesa destacar es que el mero planteamiento de la posible doble titularidad llevó a la doctrina a entender la legitimación de la asociación como una legitimación extraordinaria, producto de la suma de posiciones individuales de los consumidores y usuarios – elemento, por el contrario, característico de los intereses pluriindividuales homogéneos, pero en ningún caso de los intereses aquí analizados⁴⁰⁰.

En los intereses propiamente grupales, el ente legitimado es el titular de la situación jurídica legitimante, bien porque tiene como finalidad estatutaria –y, por tanto, razón de ser– la protección del interés propiamente grupal de un determinado sector social (*titularidad inmediata*) o bien porque sea miembro del grupo jurídicamente protegido (*titularidad mediata*). Tal y como apunta SILGUEIRO ESTAGNAN, aunque sea para defender una posición contraria como es la legitimación por sustitución del ente legitimado, un buen ejemplo para comprender la legitimación para el ejercicio de la acción colectiva de cesación para la tutela de los intereses propiamente grupales es el supuesto de una actividad contaminante o un producto nocivo para la salud⁴⁰¹. En ambos casos la persona u organización que ejerciera la correspondiente acción jurisdiccional instando el cese de la actividad ilícita no lo estarían haciendo por sustitución de las acciones individuales de todos los posibles afectados o sustituyendo al grupo, sino ejerciendo la acción colectiva de cesación en defensa de un interés legítimo propio, que lo es también de los restantes miembros del colectivo afectado. En consecuencia, estaría actuando en base a una legitimación ordinaria en lo que GUTIÉRREZ DE CABIEDES llama interés legítimo supraindividual, subjetivable en esos sujetos particulares⁴⁰².

Si bien la representación social que hacen los entes legitimados en el ejercicio de acciones colectivas de cesación ha conllevado desaciertos en el análisis de la legitimación desde la mera preceptiva de la técnica jurídica, se trata de una legitimación ordinaria *sui generis*⁴⁰³. Con este adjetivo (*sui generis*) pretendo señalar que las características de los intereses propiamente

⁴⁰⁰ Así lo entendían: App. Roma 24/09/2002, *Foro. It.*, 2003, I, p. 332; Trib. Palermo 19/02/2005, *Corriere merito*, 2005, p. 885; y Trib. Roma, 2/09/1997, *Corriere merito*, 1997, I, p. 3010, con nota de LENER, G., *Clausele vessatorie e tutele inibitorie cautelare: brevi riflessioni*.

⁴⁰¹ SILGUEIRO STAGNAN, J., *La tutela jurisdiccional*, op. cit., p. 358.

⁴⁰² GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P., *Tutela*, op. cit., p. 196.

⁴⁰³ Con el calificativo de *sui generis* no pretendo adoptar la formulación que hizo BUJOSA VADELL, L. M., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, pp. 161 y ss. (concretamente, 268), siguiendo a VIGORITI, V., *Interessi collettivi*, op. cit., p. 150, ya que éste entiende que la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas de tutela de los intereses propiamente grupales es *extraordinaria*.

Resulta interesante contemplar como el propio MONTERO consideró este supuesto de legitimación extraordinaria a pesar de entender que se trata de una acción para la tutela de un derecho propio de los entes y en interés propio (MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil*, op. cit., pp. 64 y ss.).

grupales requieren, para su tutela, una legitimación que, si bien es ordinaria, debe contemplar los supuestos en los que exista una titularidad plural de estos intereses ante el ejercicio de la acción colectiva de cesación. La consiguiente legitimación plural de los entes y de los miembros del colectivo conlleva entender una legitimación ordinaria tanto si la ejerce el titular mediato (los miembros del colectivo), como el inmediato (la asociación de consumidores y usuarios).

En conclusión, la no exclusividad de la titularidad de los intereses propiamente grupales no representa una imposibilidad de encajarlos en nuestro sistema procesal. La legitimación ordinaria se postula como la institución perfecta para acoger este tipo de intereses, siempre y cuando se acepte que se trata de intereses cuya titularidad es compartida tanto por los miembros del colectivo, en términos idénticos a los comuneros⁴⁰⁴, como por los órganos supraindividuales creados con la finalidad de tutelar los intereses de este colectivo concreto.

El problema reside, por ende, en el campo de las situaciones jurídicas tutelables y en las consecuencias que la actuación procesal de cada uno de los titulares puede tener en los demás⁴⁰⁵. Y es que de un ilícito pluriofensivo se deriva una situación subjetiva única formada tanto por los perjudicados, como por las entidades legitimadas para la defensa de estos intereses propiamente grupales⁴⁰⁶. Entonces, la tarea del legislador consiste en determinar cuáles son los sujetos óptimos para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación como tutela de los intereses propiamente grupales. A dicha finalidad, deberán considerarse tanto los elementos sociológicos de los diferentes titulares, como las consecuencias de su legitimación en un sistema procesal con las garantías procesales constitucionales. Es decir, más allá de preguntarse por el carácter activo en la litigación de los distintos sujetos legitimables y su perfil económico-social, cabrá ver cuestiones tan relevantes como son la adecuación a los principios de contradicción y defensa de la legitimación de un miembro de la clase para el ejercicio de una acción colectiva de cesación o, en caso de negación de la legitimación individual para ejercicio de esta acción colectiva, la posible afectación del derecho a la tutela judicial efectiva, entre otros.

Por último, la tutela de los intereses propiamente grupales no depende de una relación jurídica preexistente entre las partes sino que es de tipo extracontractual⁴⁰⁷. Así lo entiende el

⁴⁰⁴ Entro otras, destacar las diferencias respecto el carácter mediato e inmediato de la misma, como se ha visto.

⁴⁰⁵ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Tutela, op. cit.*, p. 209.

⁴⁰⁶ PAGNI, I., *Tutela, op. cit.*, pp. 125 y ss.

⁴⁰⁷ GUISSANI, A., *Considerazioni, op. cit.*, pp. 330 y ss.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando afirma que la legitimación para el ejercicio de la acción colectiva de cesación con finalidad preventiva o prohibición de reiteración se fundamenta en un derecho de naturaleza extracontractual⁴⁰⁸.

Una vez analizada la legitimación en las acciones colectivas de cesación, es el turno de hacer lo mismo con las acciones colectivas de indemnización que, como veremos, se fundamentan en una legitimación que poco tiene que ver con lo apuntado en las precedentes líneas en relación a la acción para la tutela de los intereses propiamente grupales.

3.3. Legitimación en las acciones colectivas de indemnización como tutela de los intereses pluriindividuales homogéneos: una legitimación extraordinaria.

Con el ejercicio de este tipo de acciones, se busca la tutela de auténticos derechos individuales y privativos, aunque su tutela colectiva viene dada por su pluralidad e identidad en cuanto al origen fáctico y contenido de los mismos (*intereses pluriindividuales homogéneos*)⁴⁰⁹.

Al ser derechos privativos de cada uno de sus titulares, la legitimación *ad causam* para la tutela de la afectación o daño que pueda producirse corresponderá a cada afectado individual. No obstante, la desproporción entre la eventual indemnización que se puede obtener y los costes del proceso, hace que sea conveniente una tutela colectiva que garantice la efectividad del derecho de acceso a la jurisdicción de estos intereses⁴¹⁰.

Las características analizadas de los intereses pluriindividuales homogéneos obligan a hablar de una legitimación extraordinaria o por substitución, ya que el ente legitimado no podrá afirmar la titularidad de la relación jurídico material deducida⁴¹¹. En este sentido, el ente legitimado actuará en nombre propio y en interés de los afectados, tanto si se trata del Ministerio Fiscal, como de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, entidades extranjeras o I entidades públicas legitimadas. Por otro lado, es cierto que el consumidor individual tendrá

⁴⁰⁸ STJUE de 1/10/2002, C-167/00.

⁴⁰⁹ GUTIÉRREZ DE CABEIDES, P., *La tutela jurisdiccional*, op. cit., p. 441.

⁴¹⁰ Ver: *Capítulo II. Intereses en las acciones colectivas: intereses propiamente grupales e intereses pluriindividuales homogéneos*, 2. *Intereses pluriindividuales homogéneos*, 2.2. *Características de los intereses pluriindividuales homogéneos*, p. 73.

⁴¹¹ ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 87. A nivel jurisprudencial, destaca la STS núm. 903/2005, de 24 noviembre, en la que se recoge toda la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la legitimación como presupuesto procesal, así como la del propio Tribunal Supremo. En el mismo sentido: MONTERO AROCA, J., *La legitimación* op. cit., p. 64

una legitimación ordinaria, pero únicamente para el ejercicio de la respectiva tutela individual. En cambio, si se legitima al consumidor individual para el ejercicio de una acción colectiva indemnizatoria y se establece un efecto de cosa juzgada de la sentencia que recaiga respecto a la totalidad del colectivo, su legitimación dejará de ser ordinaria y pasará a ser extraordinaria, ya que se fundamentará en los derechos de todos o parte de los afectados, de modo que actuará en nombre propio pero en interés de éstos últimos. El único supuesto en el que podríamos hablar de una legitimación ordinaria *strictu sensu* sería cuando esta acción fuera ejercitada por la totalidad del grupo de afectados, ya que todos ellos constituirían una de las partes procesales. Sin embargo, en el momento en que faltara tan solo uno de los afectados en la constitución de la parte, el grupo pasaría a ostentar una legitimación extraordinaria, ya que estarían actuando en el proceso en interés de otro/s.

Por otro lado, cabe descartar la llamada “legitimación representativa”, ya que requerir el consentimiento de todos los afectados tanto para el ejercicio de la acción colectiva, como para todas aquellas actuaciones que correspondieran a su titular dentro del proceso colectivo impediría toda tutela colectiva. De hecho y como veremos a continuación, la experiencia italiana con la *azione di classe* es una clara muestra de la inviabilidad de la legitimación representativa para el ejercicio de la acción colectiva indemnizatoria. No obstante, esto no significa que los entes legitimados no deban cumplir con el criterio de adecuación de la representatividad respecto a la pluralidad de afectados. Precisamente, la finalidad de los requisitos legales que deberán cumplir las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, tanto nacionales como extranjeras, por ejemplo y como se analizará posteriormente, es garantizar la existencia de un nexo sujeto-objeto que legitime a la entidad para la defensa jurisdiccional de los intereses de toda la clase o colectivo de un modo justo y adecuado⁴¹². Con idéntico propósito, el legislador español estableció el requisito de la mayoría de los miembros del grupo de afectados para el ejercicio de una acción colectiva indemnizatoria en el artículo 11.2 de la LEC⁴¹³.

Resulta importante destacar como resumen de esta parte relativa al tipo de legitimación en las distintas acciones colectivas que la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas de indemnización será extraordinaria, mientras que la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación será ordinaria.

⁴¹² CAPPELLETTI, M., *La protección de intereses colectivos y de grupo en el proceso civil*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de México*, núm. 105–106, 1977, p. 76 y VIDAL FERNÁNDEZ, B., *Comentario al artículo 6 de la LEC*, en TORIBIOS FUENTES, F (Dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 74-75.

⁴¹³ Siempre que los afectados sean determinados o determinables.

Además, estos tipos de legitimación no se verán afectados por del modelo de acciones colectivas que elija el legislador, ya que el establecimiento del efecto de la sentencia que se dicte en un proceso colectivo no puede afectar a la relación que tienen los diferentes sujetos con sus respectivos intereses.

Un modelo de acciones colectivas, por otra parte, consiste en la articulación del efecto de cosa juzgada de la sentencia que ponga fin al proceso colectivo, con independencia de que la tutela sea indemnizatoria o de cesación. Es decir, el legislador puede hacer que la sentencia que recaiga obligue a la totalidad de los miembros afectados por la actividad lesiva (modelo exclusivo o de *opt-out*) o bien el efecto de cosa juzgada, tanto negativa como positivamente, puede limitarse *inter partes* (modelo inclusivo, de participación voluntaria o *opt-in*)⁴¹⁴.

Indudablemente, la cosa juzgada está directamente relacionada con la representatividad y/o constitución del sujeto legitimado para la efectiva tutela de los derechos e intereses afectados, cosa que hace indispensable tratar esta cuestión para cerrar este apartado teórico-doctrinal y antes de pasar al análisis de las diferentes experiencias estudiadas.

3.4. Legitimación y cosa juzgada: una relación intrínseca en las acciones colectivas

Para tratar la relación entre la legitimación y la cosa juzgada me parecen muy apropiada la afirmación de ARMENTA: *“el hecho de que la resolución que recaiga en el proceso colectivo pueda afectar a quienes no intervinieron en él pero que son también titulares del derecho o interés (colectivo), obliga a toda una serie de cautelas que no se orientan únicamente a encontrar una fórmula equilibrada para que la condena en ausencia no es voluntaria, sino que para que se justifique, en atención a la satisfacción de otro derecho o interés priorizado por diversas razones y para cuyo sostén se reconoce una legitimación específica y ocasionalmente exclusiva y excluyente”*⁴¹⁵.

Sin lugar a dudas, las acciones colectivas conllevan una relación intrínseca entre la legitimación y la cosa juzgada con la finalidad de conseguir, no sólo una efectividad de las mismas, sino

⁴¹⁴ Punto 21 de Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 (2013/396/UE) y, en el mismo sentido, ARMENTA DEU, T., *Acciones colectivas: Reconocimiento*, op. cit., 83 y siguientes.

⁴¹⁵ Si bien ella hace referencia a intereses supraindividuales, yo añadiría que también en los intereses pluriindividuales (ARMENTA DEU, T., *Acciones colectivas: Reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 74)

también -y como acaba de señalarse- la garantía de los derechos de cada uno de los miembros del colectivo afectado -titularidad mediata en el caso que se trata de intereses propiamente grupales, e inmediata en el caso de intereses pluriindividuales homogéneos.

RUBIO GARRIDO sintetiza la garantía del derecho de defensa de todo aquel afectado por una sentencia con carácter *erga omnes* en que: (1) éste este legitimado para el ejercicio de la misma acción cuyo ejercicio ha conllevado la sentencia que le afecta; (2) que haya conocido de un modo real y efectivo del inicio del proceso colectivo en el que se dicta dicha sentencia; y (3) el tercero debe poder instar la revisión de sentencia firme que le afecta⁴¹⁶.

En el caso de las acciones colectivas, como es sabido, podemos diferenciar dos modelos en virtud del efecto de cosa juzgada que se otorgue a la sentencia que ponga fin al proceso colectiva. Si se establece que dicha sentencia tendrá una eficacia de cosa juzgada para la totalidad de miembros del grupo afectado, estaremos ante un modelo de exclusión o *opt-out*. Por el contrario, si el efecto de cosa juzgada se limita a aquellos integrantes del grupo que hayan manifestado su voluntad de formar parte del proceso colectivo, se tratará de un modelo de inclusión, participación voluntaria *opt-in*.

Sin más demora, pasemos a ver cuáles son las características de los dos modelos y de qué modo la adopción de uno u otro modelo comporta una mayor protección del derecho de defensa de los afectados, entendido como el conocimiento del inicio del proceso colectivo y de la posibilidad efectiva de actuar en el mismo, ya sea incorporándose (*opt-in*) o reservando su pretensión para su posterior ejercicio individual (*opt-out*).

3.4.1. Modelo inclusivo, de participación voluntaria u *opt-in*

Este modelo se postula como el más garantista de los derechos de los afectados, ya que la sentencia recaída en el proceso únicamente afectará a aquellos que hayan decidido formar parte del mismo mediante consentimiento expreso en la constitución del grupo procesalmente legitimado o mediante adhesión posterior, siempre con carácter previo a la resolución del proceso. Es decir, los sujetos que se adhieren al proceso renuncian a formular cualquier tipo de reclamación posterior, ya sea ésta a título individual o colectivo. En cambio, los sujetos que

⁴¹⁶ RUBIO GARRIDO, T., *Cosa juzgada y tutela judicial efectiva*, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 16, 2002, pp. 259-391 y LACUEVA BERTOLACCI, R., *Acción ejecutiva de Consumidores y Usuarios: el art. 519 LECiv*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 124 y ss..

decidan no adherirse al proceso podrán plantear más adelante sus pretensiones tanto individual como colectivamente, sin que el proceso previo les afecte ni en ningún sentido (preclusión o sentido positivo de cosa juzgada)⁴¹⁷.

Este modelo presenta notables ventajas: en primer lugar, todos los sujetos afectados por el efecto de cosa juzgada habrán manifestado su voluntad de incorporarse al respectivo proceso colectivo⁴¹⁸; además, en el caso de las acciones colectivas de indemnización, facilita la determinación del importe de las indemnizaciones objeto del litigio, así como la adopción de medidas cautelares y el consiguiente proceso de ejecución en el supuesto que el demandado no cumpla voluntariamente con la condena impuesta, ya que todos los sujetos que integran la parte demandante estarán necesariamente determinados⁴¹⁹. Por todo ello, podemos concluir que el modelo de *opt-in* tiene mucho más en consideración la dimensión individual de la acción colectiva⁴²⁰.

No obstante, este sistema de composición de la parte demandante reprocha complejidad en el factor temporal y económico, ya que cada uno de los afectados deberá manifestar su voluntad de formar parte de la misma través de un acto más o menos complejo, cosa que, como se verá en la última parte de la presente tesis, ha representado la piedra de toque de esta institución en los sistemas que han optado por este modelo (esencialmente, Italia). Asimismo, conlleva una tutela parcial de los intereses afectados en la acción colectiva de indemnización, ya que la sentencia que recaiga no afectará a la totalidad de los miembros del colectivo, sino que la tutela será únicamente de los intereses de aquellos que hayan decidido intervenir en el proceso colectivo⁴²¹. Dicho carácter parcial conlleva un elevado riesgo de contrariedad en las sentencias en cuanto la cosa juzgada afectará exclusivamente a los adherentes, con lo que el resto de afectados puede iniciar otro proceso posterior⁴²². Para evitar algunos de los problemas que podría conllevar esta situación, la Recomendación que se analizará en la parte

⁴¹⁷ ARMENTA parece entender, contrariamente, que el modelo de *opt-in* también implica la preclusión de cualquier ulterior acción colectiva que se intente ejercitar, con independencia de que los sujetos legitimados hayan decidido formar parte del primer proceso o no (ARMENTA DEU, T., *Acciones colectivas: Reconocimiento, op. cit.*, 70).

⁴¹⁸ WALMIER, ARRUDA ALVIM, T., *A sentença e a coisa julgada*, en *Revista de Processo*, São Paulo, v. 11, n.41, pp. 177-184, 1986.

⁴¹⁹ PARDO IRANZO, V., *Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados*, en BARONA VILAR, S. (coord.), *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 417 y ss.

⁴²⁰ ARMENTA DEU, T., *idem*, p. 70.

⁴²¹ Puntos 21 y 23 de la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 (2013/396/UE).

⁴²² Es necesario apuntar que esta situación podría conllevar un *fórum shopping* en las acciones colectivas (COX, J. D., THOMAS, R. S., BAI L., *Do Differences in Pleading Standards Cause Forum Shopping in Securities Class Actions: Doctrinal and Empirical Analyses*, en *Wis. L. Rev.*, 2009).

relativa la Unión Europea, por ejemplo, establece la obligación para los Estados de llevar un Registro en el que conste la totalidad de las acciones colectivas ejercitadas, de modo que el juez pueda consultarlo⁴²³.

3.4.2. Modelo exclusivo o de opt-out

El modelo *opt-out* tiene un alcance más altruista y colectivo, cercano a remedios reguladores y propuestas de justicia social para evitar conductas futuras no deseables⁴²⁴. Sin duda, la ventaja innata en este sistema es el efecto verdaderamente disuasorio producto de la afectación a la totalidad del colectivo afectado de la decisión o resolución que ponga fin a un proceso colectivo, excepto a aquellos que hayan manifestado su voluntad expresa de reservar su pretensión para una tutela individual posterior⁴²⁵. Además, este modelo no obliga a los afectados a participar en el proceso en el caso que quieran formar parte del mismo, con lo que no se requerirá actividad alguna de los afectados que para la eficacia de una acción colectiva, sino únicamente del ente legitimado, cosa que no impide la posibilidad de intervención de éstos.

Por el contrario, las principales y lógicas críticas a este sistema se centran en la vulneración de los derechos de defensa de los sujetos indebidamente notificados del inicio proceso colectivo (artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos⁴²⁶), ya que éstos se verán igualmente afectados por la cosa juzgada de la sentencia que se dicte en el mismo. No obstante, no cabe olvidar que los intereses pluriindividuales homogéneos son

⁴²³ Puntos 35, 36 y 37 de la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 (2013/396/UE). Ver también: GIDI, A., *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, RT, São Paulo, 2007, pp. 192-213.

⁴²⁴ TARUFFO, M., *Notes on the collective protection of rights*, en AAVV, *Procesos Colectivos* (I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal), Buenos Aires, Rubinzal, 2012, pp. 24-29.

⁴²⁵ ISSACHAROFF, S., *Preclusion, Due Process, and the Right to Opt Out of Class Actions*, en *Notre Dame Law Review*, Vol. 77, 2002 y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El sistema de class actions en los Estados Unidos de America*, Comares, Granada, 2011, pp. 97-106.

⁴²⁶ Artículo 6.1 del CEDH:

“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

intereses cuyas características requieren de una tutela necesariamente colectiva, con la finalidad de contrarrestar la desproporción entre los costes de litigación y la tutela individual. Por esta misma razón, la posibilidad que en determinados casos algún sujeto se vea afectado por una sentencia de cuyo proceso no había sido previamente notificado debe ponderarse necesariamente con la pérdida de oportunidad que le ha conllevado. En este sentido, si bien la vulneración del derecho de defensa es innegable y, como tal, debería evitarse en todo caso, la poca entidad del daño individual podría convertir, en mi opinión, en irrelevante dicha vulneración. En otras palabras, la posibilidad de que el sujeto indebidamente notificado ejercita acción de tutela individual es remota, ya que correría un elevado riesgo económico para la percepción de una indemnización ínfima, en el mejor de los casos. Precisamente la alta improbabilidad de dicho ejercicio es lo que hace aceptable, des de mi punto de vista y en supuestos de daños plurales de ínfima entidad, la afectación de la sentencia colectiva a un sujeto indebidamente notificado.

Para finalizar, únicamente quiero subrayar que la evaluación de la eficacia de ambos modelos debe realizarse en el contexto social, jurídico y, sobretodo, económico del sistema jurídico en el que se pretenda instaurar, por lo que todo lo apuntado cabrá analizarse en cada sistema tutela procesal civil en el que se pretenda instaurar.

Sin más demora, veamos pues los modelos implementados en los diferentes ordenamientos jurídicos y los sujetos legitimados para el ejercicio de una acción colectiva, tanto des de una perspectiva nacional como comparada, cosa que es de gran utilidad para el desarrollo de una propuesta práctica de mejora de la regulación de las acciones colectivas.

4. La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en España

Como no podría ser de otra manera, el primer país objeto de análisis es el nacional el autor. El ordenamiento jurídico español presenta un sistema de acciones colectivas relativamente reciente, caracterizado por una deficiente técnica legislativa y una regulación poco eficiente. Desgraciadamente, todos estos rasgos son también predicables de la legitimación legalmente prevista en los procesos colectivos. No obstante, los intentos del legislador español de intentar construir un sistema de *class actions* a “la europea” resultan muy interesantes, si bien podemos afirmar que aún no ha hallado la fórmula adecuada. Prueba de ello es la reciente modificación del artículo 11.5 de la LEC que autoriza, sin precedente legislativo alguno, al

Ministerio Fiscal para el ejercicio de todas las acciones para la protección de los consumidores y usuarios.

4.1. Normativa sobre legitimación para el ejercicio de las diferentes acciones colectivas

Antes de proceder al análisis concreto de cada sujeto legitimado es preciso hacer referencia a la normativa que recoge la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas. La regulación se contiene en tres bloques normativos claramente diferenciados:

- a) A nivel procesal, en el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴²⁷.
- b) A nivel sustantivo, en el artículo 54.1 y 54.3 del TRLGDCU⁴²⁸, en virtud del artículo 24 y el artículo 37 c) del mismo cuerpo legal⁴²⁹.

⁴²⁷ Artículo 11 LEC: “1. Sin perjuicio de la legitimación 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 los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios. 2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos 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. 3. Cuando 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. 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.

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

⁴²⁸ Artículo 54.1 TRLGDCU: “1. Frente a las conductas contrarias a lo dispuesto en la presente norma en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados, estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación:

a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta norma o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

c) El Ministerio Fiscal.

- c) Y a nivel sustantivo sectorial, en el artículo 33.1 de la LCD - al que, a su vez nos remite el artículo 6 de la LGPub- y el artículo 16 de la LCGC⁴³⁰.

d) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas». 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.”

Por su parte el artículo 54.3 del mismo cuerpo legal: “3. La legitimación para el ejercicio de la acción de cesación frente al resto de conductas de empresarios contrarias a la presente norma que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios, se regirá por lo dispuesto en el artículo 11, apartados 2 y 3, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Asimismo, estarán legitimados para el ejercicio de esta acción:

a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.

b) El Ministerio Fiscal.”

⁴²⁹ Artículo 24 del TRLGDCU: “1. Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título y en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios.

Las asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en este título o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, sólo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores.

2. A efectos de lo previsto en el artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tendrán la consideración legal de asociaciones de consumidores y usuarios representativas las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica.”

Artículo 37.c) del mismo texto: “Las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico, legalmente constituidas e inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios tendrán derecho, en los términos que legal o reglamentariamente se determinen, a: c) Representar, como asociación de consumidores y usuarios, a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios.

En cuanto al ámbito objetivo de la acción de cesación prevista en Ley 39/2002, éste fue completado por: la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias; la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, para la transposición de la Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; y la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, para la transposición de la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE.

⁴³⁰ Artículo 33.1 LCD: 1. Cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 5.ª

Frente a la publicidad ilícita está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 5.ª, cualquier persona física o jurídica que resulte afectada y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo.

La acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal podrá ejercitarse, igualmente, por los legitimados conforme a lo previsto en el artículo 11.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La acción de enriquecimiento injusto sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada.

El problema inicial en materia de legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en España es detallar el sistema de relaciones entre estos tres bloques diferenciados.

2. Las acciones contempladas en el artículo 32.1, 1.ª a 4.ª, podrán ejercitarse además por las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros.

3. Ostentan legitimación activa para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 4.ª, en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios:

a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

Artículo 6 LGPub: "1. Las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Si el contenido de la publicidad incumple los requisitos legalmente exigidos en esta o cualquier otra norma específica o sectorial, a la acción de cesación prevista en esta Ley 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 correspondiera.

2. Adicionalmente, frente a la publicidad ilícita por utilizar de forma discriminatoria o vejatoria la imagen de la mujer, están legitimados para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 4.ª de la Ley de Competencia Desleal:

a) La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género.

b) El Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico.

c) Las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro.

d) El Ministerio Fiscal."

Artículo 16 LCGC: "Las acciones previstas en el artículo 12 podrán ser ejercitadas por las siguientes entidades:

1. Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros.

2. Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

3. Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.

4. El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.

5. Los colegios profesionales legalmente constituidos.

6. El Ministerio Fiscal.

7. Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas".

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.

Todas las entidades citadas en este artículo podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno, para la defensa de los intereses que representan.

c) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

4. El Ministerio Fiscal podrá ejercitar la acción de cesación en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios."

Precisamente esto es lo que voy a intentar hacer con la finalidad de determinar los artículos que recogen, en concreto, los sujetos legitimados para ejercitar este tipo de acciones.

En primer lugar, el artículo 11.2 de la LEC regula la legitimación en aquellos supuestos en los que los sujetos afectados por un hecho dañoso sean determinados o fácilmente determinables. La legitimación en este tipo de intereses llamados *colectivos* se reconoce a los grupos de afectados, junto con las asociaciones de consumidores y usuarios y las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de este colectivo.

Por otra parte, el artículo 11.3 de la LEC establece que la legitimación corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que sean representativas cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación (intereses llamados *difusos*).

Sin embargo, la pregunta que debemos formularnos es: ¿para el ejercicio qué tipo de acciones colectivas están legitimados estos sujetos? Y la respuesta es todo menos pacífica. De acuerdo con MARÍN LÓPEZ, soy de la opinión que los apartados 11.2 y 11.3 de la LEC deberían referirse fundamentalmente a las acciones colectivas indemnizatorias, en contra de la opinión doctrinal mayoritaria⁴³¹. Hay varias razones para argumentar esta posición, si bien parecen haber pasado inadvertidas por la doctrina procesalista⁴³². En primer lugar e íntimamente relacionado con el artículo 11 de la LEC, su artículo 15 no se refiere al daño abstracto consistente en la realización por un empresario de una conducta infractora de los derechos propiamente grupales de los consumidores y usuarios, sino a un daño real y efectivo de los intereses colectivos (art. 11.2 LEC) y difusos (art. 11.3 LEC)⁴³³. De este modo, el artículo 15.1 de la LEC vendría a demostrar que las acciones de los apartados 2 y 3 del artículo 11 de la misma están pensadas para la protección de los derechos de los “consumidores del producto o usuarios del servicio” que han sufrido un daño personal, patrimonial o de cualquier otra naturaleza⁴³⁴.

Además, substantivamente y como ya he apuntado, los apartados 2 y 3 del artículo 11 de la LEC se refieren a “hecho dañoso” vinculado al concepto de consumidor⁴³⁵. De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 406/2012 de 18 junio, es consumidor: *cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*. En relación con el artículo 11 de la

⁴³¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Acciones de cesación*, en REBOLLO PUIG, M. Y IZQUIERDO CARRASCO, M. (codirectores), *La defensa de los consumidores y usuarios*, lustel, 2011, p. 911.

⁴³² BUJOSA VADELL, L.M., *La protección jurisdiccional*, *op. cit.*, pg. 645.

⁴³³ MARÍN LÓPEZ, J. J., *Régimen jurídico básico*, *op. cit.*, p. 386.

⁴³⁴ GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentario al artículo 11*, *op. cit.*, pp. 165-166.

⁴³⁵ SSTJCE de 17 de marzo 1998, 11 de julio de 2002 y 20 de enero de 2005.

LEC, esta actividad empresarial deberá haber causado un daño en la esfera patrimonial o personal de un consumidor o usuario. Este daño, a su vez, se requiere solo en el caso de la llamada *clase necesariamente afectada*, es decir, cuando estemos ante una afectación de los intereses pluriindividuales homogéneos⁴³⁶.

Sin embargo, el artículo 54.3 del TRLGDCU que regula el ámbito objetivo de la acción de cesación genérica, nos remite a los apartados 2 y 3 del artículo 11 de la LEC para determinar su ámbito subjetivo⁴³⁷. Esta remisión en la regulación de las acciones colectiva de cesación al artículo 11.2 y 11.3 de la LEC se debe al hecho que ante una conducta ilícita que afecte los intereses propiamente grupales en las materias no reguladas en el TRLGDCU suele generar también daños individuales homogéneos, y de allí que, en una técnica legislativa pésima⁴³⁸, remita a los artículos 11.2 y 11.3 de la LEC con la finalidad de que la tutela de ambos intereses afectados (*propriamente grupales e individuales homogéneos*) se haga de modo simultáneo - reforzando la idoneidad del tratamiento conjunto de ambos tipos de acciones en estos supuestos. Precisamente una interpretación en este sentido apuntaría a la posición de GARNICA MARTÍN⁴³⁹, quien considera que, si vienen los casos en los que haya normativa específica la acción de cesación debería regirse exclusivamente por la misma, en los casos en los que esta guarde relación -aunque fuera indirecta- con la acción de resarcimiento de daños, la legitimación debería ampliarse en los términos del artículo 11 de la LEC.

Por otro lado, el apartado 4 del artículo 11 de la LEC se refiere expresamente a la legitimación de las entidades recogidas en el artículo 6.1.8 del mismo texto legal para el ejercicio de la acción colectiva de cesación. En concreto, estas entidad son aquellas habilitadas conforme la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, incluidas en la lista publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. C 63, de 8-3-2008⁴⁴⁰. Como veremos, los Estados Miembros han reconocido la legitimación para el ejercicio de una acción

⁴³⁶ Ver: *Capítulo II: Intereses en las acciones colectivas: intereses propiamente grupales e intereses pluriindividuales homogéneos*, 2. *Intereses pluriindividuales homogéneos*, 2.1. *Concepto*, p. 72.

⁴³⁷ Utilizo la expresión fundamentalmente y no exclusivamente ya que si bien el Proyecto de ley aprobado por el gobierno contemplaba únicamente la condena dineraria como objeto de la sentencia estimatoria de una acción colectiva (art. 223 del Proyecto; *BOCG*, Congreso de los Diputados VI Legislatura, Seria A, núm. 147-1, 13 de noviembre de 1998, pg. 60), en la redacción final y por razones desconocidas, se amplió la condena dineraria a la condena de hacer, de no hacer o de dar cosa específica o genérica (*BOCG*, Congreso de los Diputados VI Legislatura, Seria A, núm. 147-12, 27 de julio de 1999, págs. 773-830).

⁴³⁸ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentario al artículo 54*, *op. cit.*, p. 439.

⁴³⁹ MARÍN LÓPEZ, J. J., *Régimen jurídico básico*, *op. cit.*, p. 384.

⁴⁴⁰ VIDAL FENRÁNDEZ, B., *Comentario al artículo 6 de la LEC*, en TORIBIOS FUENTES, F (Dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, 2012, pp. 74 y 75.

colectiva de cesación con arreglo al artículo 2 de la Directiva 98/27/CE, y, en concreto, en el caso español, se legitima al Instituto Nacional de Consumo, las diversas Direcciones Generales de Consumo de los gobiernos autonómicos, CEACCU, AUC, OCU, UNAE, FUCI, CCU y ASGECO.

Sin embargo, esta legitimación recogida en la normativa procesal para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación es insuficiente de acuerdo con lo que establece la normativa sustantiva en materia de protección de los consumidores y usuarios. En el ámbito sustantivo general, la Ley 39/2002 de 28 de octubre⁴⁴¹, que incorpora a su vez en el ordenamiento jurídico español la Directiva 98/27, sobre acciones de cesación⁴⁴², generalizó la acción de cesación al reconocer la legitimación para el ejercicio de las mismas a las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la LGDCU de 1984, tal y como se verá en el análisis concreto de la legitimación a estas entidades.

Posteriormente, el TRLGDCU aprobado en 2007 siguió recogiendo en su artículo 54.1 la acción colectiva de cesación concreta frente a las conductas contrarias a lo dispuesto en dicha norma en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados. Por su parte, la acción de cesación subsidiaria regulada anteriormente en la DA 3ª de la LGDCU, es decir, aquella que puede ejercitarse en todas aquellas conductas contrarias al TRLGDCU pero fuera del ámbito material del artículo 54.1, pasó a recogerse en el artículo 54.3 del TRLGDCU, precepto que, como ya hemos apuntado, nos remite los apartados 2 y 3 del artículo 11 de la LEC.

De acuerdo con estos preceptos, la legitimación para el ejercicio de la acción colectiva de cesación concreta se reconoce:

- a) Al Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.
- b) A las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta norma o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

⁴⁴¹ Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

⁴⁴² Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO L 166 de 11.6.1998, p. 51). Si bien en el análisis de la posición europea se describirán, con mayor detalle, la evolución de la protección del consumidor en el ordenamiento jurídico comunitario.

- c) Al Ministerio Fiscal.
- d) A las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

Mientras que para el ejercicio de la acción colectiva de cesación llamada subsidiaria se legitima a:

- a) Las asociaciones de consumidores y usuarios de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11, apartados 2 y 3, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- b) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.
- c) El Ministerio Fiscal.

El tratamiento de la legitimación para el ejercicio de ambos tipos de acciones colectivas de cesación se realizara unitariamente, ya que ambas acciones únicamente se diferencian únicamente en cuanto a la normativa que haya infringido el sujeto con la actividad lesiva. Es decir, la legitimación de los distintos entes es idéntica con independencia de que la normativa infringida sea una de las materias descritas en el artículo 54.1 o cualquier otra, supuesto esto último que contempla el artículo 54.3 del TRLGDCU. Además, esta lista de entes legitimados tiene un carácter de *numerus clausus*⁴⁴³. Si bien un primer examen podría indicar una reducción de los entes legitimados en el caso de la acción colectiva de cesación subsidiaria, no cabe olvidar que su ámbito objetivo debe completarse con el apartado 4 del artículo 11 de la LEC en el que se recoge la legitimación de las entidades habilitadas conforme la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. En síntesis y pese a la deficiente técnica legislativa utilizada, los entes legitimados son los mismos para ambos tipos de acción colectiva de cesación.

Antes de entrar en el análisis de todos estos entes legitimados para el ejercicio de los distintos tipos de acciones colectivas, cabe hacer referencia al modelo de tutela colectiva que se ha utilizado en España.

⁴⁴³ BUSTOS LAGO, J. M., *Comentario al artículo 54, op. cit.*, pp. 670 y ss.

4.2. Modelo de acciones colectivas: un *opt-out* sin posibilidad de reserva de la pretensión

El modelo de acciones colectivas español parte de una fórmula que, como indica ARMENTA DEU, es “*ciertamente confusa y origen de no pocas discusiones*”⁴⁴⁴.

Por una parte, el artículo 221.1.2ª de la LEC relativo a las acciones colectivas de cesación dispone: “*Si, 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*”.

De acuerdo con TAPIA FERNÁNDEZ, el hecho que esta disposición únicamente contemple los casos en los que se estime la pretensión de ilicitud de una conducta, parece apuntar a una eficacia *secundum eventum litis*, eficacia que la propia autora considera poca ortodoxa por dos razones. La primera, porque representaría condicionar la eficacia de la sentencia al contenido de la misma; y la segunda, porque la contraparte debería llevar una carga excesiva, al no ser oponible a los terceros la sentencia desestimatoria, viéndose obligada a repetir la defensa en tantos procesos como afectados por la actividad ilícita hubiera, sin poder oponer la eficacia de una sentencia que le fuera favorable⁴⁴⁵. De acuerdo con la Exposición de Motivos de la LEC, parece que el legislador ha pretendido que el tribunal determine, de acuerdo con cada caso, la extensión subjetiva del efecto de cosa juzgada de la sentencia que ponga fin a un proceso colectivo, cosa característica de los países de tradición de *common law*.

Mucho más claro es, a mi entender, el artículo 222.3 de la LEC al regular la cosa juzgada material: “*La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley*”.

Tanto es así que MAGRO SERVET afirma que el “*art. 222.3 LEC despeja cualquier duda sobre el efecto expansivo de las sentencias dictadas en procesos derivados de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios y, sobre la base de la amplia legitimación*

⁴⁴⁴ ARMENTA DEU, A., *Acciones, op. cit.*, p. 71.

⁴⁴⁵ TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentario al artículo 221 de la LEC*, en CORDON MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J.J., TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 1093.

contemplada en el art. 11 LEC, admite, sin reservas, la eficacia de la cosa juzgada de la sentencia [...] a los no litigantes que sean titulares de derechos fundamentados en la legitimación del art. 11 LEC⁴⁴⁶.

El artículo 11 de la LEC recoge la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación e indemnización, por lo que las dudas se centraran en el concepto de parte y si se considerará tal el perjudicado ausente⁴⁴⁷. Más claro resulta que no nos encontramos ante un sistema centrado en la intervención y comparecencia personal de los miembros afectados para delimitar el efecto de cosa juzgada (*opt-in*). Sin embargo, tampoco existe modo alguno de reservar la pretensión para su posterior ejercicio individual (*opt-out*), por lo que, una vez dictada la sentencia que ponga fin a un proceso colectivo, todos los sujetos y situaciones favorables conexas se verán prejuzgadas por el resultado favorable o desfavorable alcanzado⁴⁴⁸.

En este sentido, estoy en desacuerdo con la doctrina que considera que no se trata de un efecto *ultra partes* de la sentencia que ponga fin al proceso colectivo, ya que si bien el artículo 221.2 podría hacer pensar que se trata del propio efecto de la tutela de cesación pretendida mediante el ejercicio de la acción colectiva respectiva, el artículo 222.3 se aplica por igual a las sentencias que pretendan una tutela colectiva cesatoria o indemnizatoria⁴⁴⁹.

Afortunadamente, la reciente jurisprudencia ha abordado el problema de la extensión subjetiva del efecto de cosa juzgada de la sentencia que ponga fin a un proceso colectivo en España. En primer lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2010, pionera en la materia, puso de manifiesto que *“el alcance de los efectos de la cosa juzgada cuando se trata del ejercicio de acciones colectivas plantea cuestiones de difícil resolución, pues, por una parte, es necesario garantizar el principio de estabilidad de las resoluciones judiciales y de seguridad jurídica, en que tiene su asiento esta institución, y, por otra, resulta evidente el propósito del legislador de que el reconocimiento de nuevas formas de legitimación para el*

⁴⁴⁶ Con independencia de que el consumidor haya sido parte en el proceso o no, esté integrado en una asociación o no lo esté, forme parte formal de un grupo de afectados o se haya mantenido completamente al margen de todo. Ver AAVV, *Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Adaptada a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre; Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, y Ley 19/2009, de 23 de noviembre*, (coord. MAGRO SERVET, V.), edición nº 4, Ed. La Ley, Madrid, Marzo 2010..

⁴⁴⁷ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y los daños con múltiples afectados*, en *Derecho del consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía*, Ministerio de Sanidad y Consumo-Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 196-198.

⁴⁴⁸ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *Comentario al artículo 15*, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en CORDON MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J.J., TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2011, 1, p. 297.

⁴⁴⁹ CORDÓN MORENO, F., *El proceso administrativo*, La Ley, Madrid, 1998, pp. 136 y ss. y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La tutela*, *op. cit.*, p. 436).

ejercicio de estas acciones no suponga una restricción a la protección de los derechos de los consumidores". Ante dicha dificultad, el Alto Tribunal entendió que es la Sentencia la que ha de determinar si los efectos de la cosa juzgada han de extenderse a los consumidores que no hayan sido parte ni comparecido en el proceso, y que en caso de no efectuarse el citado pronunciamiento, la cosa juzgada no se limita a los que hayan sido parte en el proceso sino que alcanza a todos los perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción⁴⁵⁰.

Esta afirmación, reforzada, a su vez, por la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, ha dado lugar a dos criterios jurisprudenciales contrapuestos en la práctica de las Audiencias Provinciales. El primero -y por el que me decanto- entiende que estamos ante *"un sistema de afectación personal de lo resuelto en la acción colectiva a todos los integrantes del grupo, esto es a todos los afectados, tanto en el caso de que lo resuelto sea favorable como adverso"*, de lo que se sigue los particulares *"tienen absolutamente vedado iniciar con posterioridad a la acción colectiva acciones de carácter individual que versen sobre el mismo objeto, ya que cosa juzgada y litispendencia no son más que dos aspectos de una misma cuestión separados por una perspectiva temporal"*⁴⁵¹. El segundo, por otra parte, diferencia la acción individual y la colectiva en base al diferente control realizado en uno y otro caso, destacando que mientras en la colectiva se lleva a cabo un control abstracto de validez atendiendo lo que puede entenderse como un consumidor medio y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa, en la individual el análisis parte de las circunstancias concretas del caso en particular y *"de la posición individual del consumidor accionante"*⁴⁵². Asimismo señala que *"los intereses en juego en cada una de las acciones son distintos [...] tanto más cuanto, como es el caso, no consta ni que los demandantes formen parte del elenco de los concretos intereses defendidos en el otro proceso, ni tan siquiera que hayan sido llamados a este proceso lo que, en todo caso, no puede constituirse ni en obligación ni en carga procesal con consecuencias negativas frente a su derecho individual a la tutela judicial efectiva"*⁴⁵³. Por todo ello, concluye que no existe interferencia entre una y otra acción,

⁴⁵⁰ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., Comentario a la Sentencia de 17 de junio de 2010, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 86/2011, Madrid, 2011 y MAGRO SERVET, V., *Supuestos de aplicación de la litispendencia y su relación con la cosa juzgada*, en *Práctica de Tribunales*, Editorial La Ley, 8299/2012.

⁴⁵¹ Paradigmáticamente, el AAP Barcelona de 9 de octubre de 2014.

Asimismo: SAP Barcelona núm. 7/2015, de 12 enero.

⁴⁵² SAP Granada de 23 de mayo de 2014.

Véase también: SAP Cáceres núm. 57/2013, de 13 febrero, AAP Málaga de 1 octubre 2014, SSAP núm. 484/2014, de 1 diciembre, núm. 385/2014, de 22 septiembre y núm. 191/2014, de 22 mayo y SAP Vizcaya núm. 691/2014, de 10 diciembre.

⁴⁵³ AAP Alicante de 31 de marzo de 2014.

En el mismo sentido: SSAP Asturias núm. 317/2014, de 1 diciembre, núm. 350/2014, de 19 diciembre, núm. 13/2015, de 27 enero, núm. 339/2014, de 15 diciembre núm. 329/2014, de 5 diciembre, núm.

entendiendo que no hay injerencias ni vinculación o prejuicio entre la sentencia que resuelve la acción individual que ejercita un consumidor y la colectiva de una asociación o grupo de consumidores, pese a que se dirija contra la misma entidad bancaria y la cláusula discutida sea idéntica o al menos análoga, todo lo que conduce a concluir que no hay riesgos de sentencias contradictorias⁴⁵⁴.

No obstante y como ya he anticipado anteriormente, soy de la opinión que el modelo español extiende la eficacia de cosa juzgada de la sentencia que ponga fin a un proceso colectivo a todos aquellos miembros del colectivo afectado, con independencia de que se pretenda una tutela de cesación o indemnización, sin que tengan la posibilidad de excluir su pretensión individual,⁴⁵⁵ quedando, así, múltiples cuestiones sin resolver⁴⁵⁶. Principalmente, resulta clara la vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE de los miembros de la clase ante esta imposibilidad de reserva de la pretensión y el consiguiente efecto extensivo de cosa juzgada del proceso colectivo a todo el grupo de afectados, ya que éstos no tendrán una disponibilidad sobre los derechos e intereses de los que son titulares. En otras palabras, una vez constituido el grupo como parte procesal, éste se convierte en “titular” de los intereses individuales homogéneos de todos sus miembros en cuanto a disponibilidad de los mismos, sin perjuicio de la facultad que tienen los afectados de solicitar ser reconocidos como beneficiarios de la prestación impuesta al demandado en la posterior ejecución de la sentencia (art. 519 LEC) o de intervenir en el proceso ya iniciado (art. 15.2 LEC)⁴⁵⁷.

Una vez identificado el modelo de acciones colectivas y sus respectivos problemas, pasemos a ver cuáles son las diferentes entidades legitimadas para el ejercicio de las acciones colectivas en España.

338/2014, de 15 diciembre, núm. 330/2014, de 5 diciembre, núm. 55/2015, de 23 febrero, núm. 14/2015, de 27 enero, núm. 4/2015, de 19 enero y SAP Córdoba núm. 476/2014, de 4 noviembre.

⁴⁵⁴ GONZÁLEZ LLANO, M., y GUERRERO GÓMEZ, J. A., *Extensión de los efectos*, *op. cit.*

⁴⁵⁵ GRANDE SEARA, P., *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valnecia, 2008, p. 297. No obstante, los miembros afectados podrán intervenir en el proceso colectivo y la sentencia colectiva deberá pronunciarse sobre sus pretensiones (art. 221.3 LEC). Véase: OROMI VALL-LLOVERA, S., *Intervención voluntaria*, *op. cit.*, pp. 37 y ss. y MAGRO SERVET, V., *El régimen de la publicidad e intervención en el proceso de consumidores y usuarios*, en *Práctica de Tribunales*, Nº 61, Sección Práctica Procesal, Junio 2009.

⁴⁵⁶ BUJOSA VADELL, L.M., *La protección jurisdiccional*, *op. cit.*, pp. 628-629.

⁴⁵⁷ ARMENTA DEU, T., *Acciones*, *op.cit.*, p. 103.

4.3. Entidades legitimadas para el ejercicio de la acción colectiva de cesación e indemnización (de forma separada o conjunta).

Las entidades legitimadas para ejercitar ambos tipos de acciones son: las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, el Ministerio Fiscal y los grupos de afectados, aunque éstos últimos sólo en el caso que los afectados sean determinados o fácilmente determinables⁴⁵⁸. Procedamos con el primero de estos sujetos.

4.3.1. Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios

Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios presentan requisitos distintos en función de que se pretenda la tutela de intereses determinados o fácilmente determinable e indeterminados o difícilmente determinables, subiendo el listón de exigencia en este último caso⁴⁵⁹.

En cambio, cuando los intereses afectados sean determinados o fácilmente determinables los requisitos que deberá cumplir la Asociación de Consumidores y Usuarios serán inferiores, con independencia que se pretenda el ejercicio de la acción colectiva de indemnización y de cesación, ya que serán idénticos en ambos casos.

4.3.1.1. Requisitos comunes de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios para el ejercicio de la acción de cesación e indemnización

Desde una breve perspectiva histórica que considero necesaria, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, fue la que recogió por vez primera lo que la doctrina conoce como *acceso de los consumidores a la justicia* en el ordenamiento jurídico español⁴⁶⁰. De hecho y como casi toda norma revolucionaria, fue una respuesta a los daños enormes e

⁴⁵⁸ De acuerdo con los apartados 1 y 3 del artículo 54 del TRLGDCU y el artículo 11 de la LEC.

⁴⁵⁹ Art. 11.2 de la LEC:

“Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos 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”.

⁴⁶⁰ QUINTANA CARLO, I, *La protección del consumidor en España (Aspecto comparativo con la CEE)*, AC, 1987-1, p. 809.

irreparables sufridos por un gran número de personas como consecuencia del consumo de aceite de colza desnaturalizado⁴⁶¹. En este sentido, esta ley pretende, mediante el desarrollo del artículo 51 de la CE, establecer los principios inspiradores de la legislación en materia de protección a los consumidores y usuarios⁴⁶².

Concretamente, dicho acceso a la justicia se materializa mediante el reconocimiento de la legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios para ejecutar tres tipos de acciones distintas (artículo 20.1 la LGDCU): acciones en defensa de los asociados, acciones en defensa de la asociación y acciones en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios. En cuanto a las acciones en defensa de los asociados, dichas pretensiones ya eran entonces amparables en la legislación procesal común, del mismo modo que las acciones en defensa de la asociación. No obstante, la legitimación otorgada a las organizaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de acciones en defensa de los intereses generales de este colectivo supone, tal y como afirma BARONA VILAR, una atribución expresa, novedosa y necesaria de legitimación⁴⁶³. Además, este tipo de legitimación, tal y como apuntaba PASQUAU LIAÑO, no podía encajar en una LEC de 1881 basada en el trasunto procesal de la titularidad⁴⁶⁴. Por este motivo, la vía adecuada para introducir la legitimación colectiva tenía que ser la legal, ya que cualquier intento de encaje a través de la jurisprudencia hubiera sido simplemente imposible.

Es más, si bien la LGDCU fue completada por normas especiales hasta ser derogada por el vigente TRLGDCU, a día de hoy nuestros Tribunales la consideran la ley de referencia en materia de acciones colectivas, ya que fue el desarrollo legislativo del artículo 51 de la CE y la base legal que ha permitido la evolución de las acciones colectivas en materia de consumidores y usuarios hasta la actualidad.

No obstante, es muy difícil valorar si la LGDCU hubiera sido suficiente para constituir una herramienta eficaz de protección a de los consumidores y usuarios sin su posterior desarrollo a través de leyes especiales. Personalmente, considero que la falta de litigios en esta materia hasta la promulgación de las leyes especiales solo demuestra dos cosas: en primer lugar, el carácter novedoso de la misma; y, en segundo lugar, la reticencia de los Tribunales españoles a

⁴⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 abril 1992.

⁴⁶² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y SALAS HERNÁNDEZ J., Prólogo de *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y SALAS HERNÁNDEZ J. (coord.), Civitas, 1992, pp. 9-11 y CABAÑAS GARCÍA, J. C., *La tutela judicial*, op. cit., pp. 135 y ss.

⁴⁶³ BARONA VILAR, S., *Acciones de cesación, retracción y declarativa*, *Grandes Tratados*, Editorial Aranzadi, 2000.

⁴⁶⁴ PASQUAU LIAÑO, M., *Sobre la tutela jurisdiccional civil de los intereses colectivos de los consumidores*, Directiva número 1, 1er trimestre 1990, pp. 127.

reconocer una legitimación sin precedentes fundamentada en una norma de redacción deficiente como es la LGDCU.

Junto con la LGDCU cabe destacar la LOPJ que, en su artículo 7.3, establecía: *“Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”*. La finalidad era doble: difundir lo establecido en la LGDCU en un marco más procesal; y permitir que leyes posteriores pudieran otorgar legitimación a corporaciones, asociaciones y grupos habilitándolas para la defensa de los intereses generales de consumidores y usuarios. Por ello, utiliza una redacción abierta, con ningún otro requisito para reconocer legitimación que la habilitación legal previa de corporaciones, asociaciones y grupos, buscando superar las restricciones que derivaban del aspecto subjetivo los problemas del artículo 20.1 de la LGCU. Sin embargo, no puede considerarse que el artículo 7.3 de la LOPJ contemple los intereses pluriindividuales homogéneos en el sentido que entendemos ahora. Si bien la redacción general del artículo 20.1 de la LGDCU no presenta limitación alguna en cuanto al ámbito objetivo de las acciones colectivas, la distinción entre intereses pluriindividuales homogéneos y supraindividuales no la encontramos hasta Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. En este sentido, la LGDCU y la LOPJ únicamente pretendían establecer un sistema de protección general de los consumidores y usuarios a través del desarrollo del artículo 51 CE y, a dicho fin y por vez primera en el ordenamiento jurídico español, se otorgó legitimación a las asociaciones para ejercitar una acción colectiva en defensa de dicho colectivo. Sin duda alguna el legislador busca el embrionario reconocimiento de los intereses de determinados colectivos sociales dignos de protección, más allá de los intereses individuales y públicos, intereses que ahora llamaríamos *propiamente grupales*. Por todo lo apuntado, cabe concluir que el legislador busca una tutela colectiva de los intereses generales de los consumidores y usuarios, sin contemplar los *intereses pluriindividuales homogéneos*.

Continuando con las acciones ejercitables, el actual artículo 54 del TRLGDCU, al igual que el artículo 20.1 de la LGDCU, otorga legitimación a la Asociación de Consumidores y Usuarios para el ejercicio de 3 tipos de acciones: acciones en defensa de la asociación, acciones en

defensa de los asociados y acciones en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios⁴⁶⁵.

La primera acción tiene una clara naturaleza individual en cuanto permita que la asociación, como persona que opera en el tráfico jurídico, acceda a los tribunales para la tutela de las posibles lesiones de derechos legalmente reconocidos. Este tipo de legitimación se trata de una legitimación ordinaria -ex artículo 10.1 LEC- en defensa de un derecho individual y privativo de la organización que no tiene por qué estar relacionado con el consumo de productos y servicios. El artículo 24.1 del TRLGDCU establece que estarán legitimadas para el ejercicio de este tipo de acciones todas las asociaciones válidamente constituidas, con independencia del cumplimiento de los requisitos exigidos en el Título II relativo al derecho de representación, consulta y participación y régimen jurídico de las asociaciones de consumidores y usuarios o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación⁴⁶⁶.

El segundo tipo de legitimación previsto en el artículo 54 del TRLGDCU es la que ostenta la asociación de consumidores y usuarios para el ejercicio de la acción de tutela de los intereses de sus asociados, ya sean los de uno o los de una pluralidad de éstos. Por ende, la asociación actúa, también en el presente supuesto, en defensa de los intereses individuales de sus asociados, por lo que podemos afirmar que estamos ante intereses específicos y privativos. En el caso que dicha acción se ejerza en base a los derechos privativos de una pluralidad de asociados, no se busca con ella la tutela de los intereses propiamente grupales del colectivo de consumidores y usuarios, sino a lo que llamaríamos *intereses pluriindividuales homogéneos*⁴⁶⁷.

Ahora bien, ¿ante qué tipo de legitimación estamos? *Ab initio* cabe descartar que se trate de intereses propios de la asociación como tal, ya que el precepto indica que la legitimación se otorga en base al ejercicio de acciones para la tutela de los intereses de sus asociados. La anterior LGDCU calificaba este supuesto como de representación, hecho que aún se recoge en el artículo 37.c) del TRLGDCU. La pregunta es si esta legitimación que se reconoce la asociación

⁴⁶⁵ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P., *Comentario al artículo 54 TRLGDCU*, op. cit., pp. 314-315.

⁴⁶⁶ Artículo 24 .1 del TRLGDCU:

“Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título y en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios.

Las asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en este título o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, sólo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores”,

⁴⁶⁷ STS de 3 de noviembre de 2006.

En el mismo sentido: GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P., *La tutela jurisdiccional*, op. cit., pp. 110 y ss.

de consumidores y usuarios es una legitimación por representación o por sustitución. En otras palabras, ¿está actuando la asociación por derechos ajenos y en interés ajeno (legitimación por representación) o bien en interés propio (legitimación por sustitución)?

Una vez más, me parece muy acertada la opinión de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, quién considera que no existe en este supuesto una relación jurídico-subjetiva conexa entre la Asociación de Consumidores y Usuarios y sus asociados para entender que estamos ante un supuesto de sustitución procesal⁴⁶⁸. La razón principal es que la asociación no puede disponer libremente de derechos individuales de sus asociados, como si fueran derechos propios de la asociación, por lo que cabe afirmar que existe una actuación representativa de la asociación que requerirá del consentimiento de los afectados a efectos de prueba e incluso en cuanto a las alegaciones fácticas⁴⁶⁹.

En tercer lugar y para terminar, encontramos la legitimación que el artículo 54 TRLGDCU, en relación con los artículos 24 y 37.c) del mismo texto y el artículo 11 de la LEC, otorga a las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de las acciones en defensa de los llamados *intereses generales de los consumidores y usuarios*. Cabe afirmar que el legislador ha hecho una tarea muy deficiente en la regulación de los diferentes tipos de legitimación, ya que ha tratado como igual situaciones jurídicas legitimantes muy distintas, propiciando una regulación sistemáticamente errónea.

Para empezar, la remisión que los artículos 24 y 54 del TRLGDC hacen a los artículos 11.2 y 3 de la LEC se debe a un intento de desplazar la regulación de la legitimación para el ejercicio de las acciones de la normativa sustantiva a la normativa procesal⁴⁷⁰. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, recoge toda la práctica jurisprudencial de nuestros Tribunales emanada

⁴⁶⁸ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentario al artículo 54 TRLGDCU, op. cit.*, p. 317.

En la práctica jurisprudencial, destacan las SSTs de 7 de noviembre de 2003 y 3 de noviembre de 2006, la SAP de Madrid de 21 de febrero de 1994, la SAP de Asturias de 12 de junio de 2006, la SAP de Valencia de 9 de junio de 2008 y la SJPI núm. 27 de Barcelona de 2 de noviembre de 2005. No falta tampoco el respaldo de la jurisprudencia de nuestro Tribunal garante del respeto de la constitución: SSTC 73/2004, 219/2005, 131/2009 y 219/2005. Por último, también se ha acogido este tipo de legitimación en el ámbito administrativo (STS de 20 de septiembre de 2005 y STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de febrero de 2001).

⁴⁶⁹ SAP de Madrid de 15 de septiembre de 2005

⁴⁷⁰ DE LA OLIVA SANTOS, A., DIÉZ PICAZO GIMÉNEZ y VEGAS TORRES, J., *Curso, op. cit.*, pp.421 y ss..

MARÍN LÓPEZ, J. J., *Artículo 24 del TRLGDCU*, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi - Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 356.

El mismo autor también desataca la importancia de distinguir, como se ha hecho en este trabajo, entre acción colectiva de cesación y acción colectiva de indemnización para comprender los diferentes tipos de legitimación y sus características.

a partir las leyes sectoriales. No obstante, la LEC fue más allá de una mera codificación ya que, por vez primera en el ordenamiento jurídico español, reconoció la capacidad y la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios e incluso de los grupos de afectados para reclamar los daños y perjuicios causados a consumidores y usuarios. Además, reguló la publicidad de las acciones colectivas, la intervención de los terceros en el procedimiento y estableció particularidades en materia de diligencias preliminares, sin crear un proceso especial. El legislador simplemente estableció trámites especiales al proceso ordinario y extendió los conceptos procesales tradicionales para que tuvieran cabida los intereses colectivos. De este modo, construyó los pilares de la regulación actual de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español.

Cabe subrayar que la LEC es la primera ley que regula la acción colectiva indemnizatoria en el ordenamiento jurídico español, ya que anteriormente únicamente se contemplaba la acción de cesación - prueba de ello es la SAP de Zaragoza de 1994 de 20 de Abril⁴⁷¹. Concretamente, la legitimación para el ejercicio de este tipo de acciones se recoge en los apartados 2 y 3 del artículo 11 de la LEC, apartados que también regulan la tutela colectiva de cesación y cuya distinción yace en el criterio de la determinabilidad de los intereses afectados⁴⁷². Así, por una parte, el artículo 11.2 de la LEC regula la legitimación en aquellos casos en los que los afectados por un hecho dañoso sean determinados o fácilmente determinables (*intereses colectivos*). La legitimación en dicho tipo de intereses se reconoce a los grupos de afectados, junto con las asociaciones de consumidores y usuarios y las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de este colectivo. Por otra parte, el artículo 11.3 de la LEC establece que la legitimación corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que sean representativas cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación (es decir, cuando estemos ante *intereses difusos*).

Dicho esto, la LEC debería haber contemplado en su artículo 11 una regulación que distinguiera entre las acciones colectivas de cesación y las acciones colectivas de indemnización, sin perjuicio de su posible acumulación. En su defecto, el ordenamiento jurídico actual regula la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación en una norma de derecho sustantiva como es el TRLGDCU y no unitariamente, sino en tres

⁴⁷¹ Junto con la doctrina mayoritaria, MARÍN LÓPEZ, J. J., *El ejercicio de acciones judiciales*, en RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y JAVIER SALAS HERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Civitas, 1992, p. 555.

⁴⁷² MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuando más se escribe sobre él)*, Civitas, 1994, p. 65-66.

preceptos diferentes como son el artículo 24, 37.c) y 54. Además, el artículo 54.3 que recoge la conocida como acción genérica de cesación – también colectiva- nos remite a los apartados 2 y 3 del artículo 11 de la LEC en cuanto al ámbito subjetivo de dicha acción, cuando estos dos últimos preceptos ya hemos indicado que se refieren fundamentalmente a las acciones colectivas de indemnización para la tutela de los intereses pluriindividuales homogéneos. Por último, recoge la legitimación de las entidades europeas habilitadas para el ejercicio de la acción colectiva de cesación (art. 11.4), así como la legitimación recientemente reconocida al Ministerio Fiscal para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios (art. 11.5)⁴⁷³.

Por otro lado y como hemos señalado anteriormente, los mismos apartados 2 y 3 del artículo 11 de la LEC recogen también la legitimación de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios para el ejercicio de las acciones colectivas de indemnización, con requisitos diferentes según los intereses que fundamentan la acción sean determinados o indeterminados. Asimismo, el artículo 11.2 de la LEC recoge la legitimación de los grupos de afectados para la tutela de intereses determinados o fácilmente determinables. Por último, el artículo 11.5 de la misma también recoge la legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones colectivas para la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, ya sean de cesación o de indemnización.

Así las cosas, podemos concluir que tenemos tres sujetos legitimados para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación y de indemnización, ya sea de forma conjunta o separada.

En cuanto a los requisitos que deberán cumplir las Asociaciones de Consumidores y Usuarios para poder ejercitar ambos tipos de acciones, diferenciaremos entre el carácter determinado o indeterminado de los intereses afectados, ya que para este último supuestos se han establecido requisitos más estrictos.

En el caso que sean intereses determinados o determinables, el ejercicio de las acciones colectivas de cesación en defensa de los intereses propiamente grupales requiere que las asociaciones (art. 37.c) del TRLGDCU):

- a) Sean de ámbito supraautonómico;
- b) Estén legalmente constituidas;

⁴⁷³ Como se analizará más adelante entiendo que el significado de cualquier acción permite que este ente ejercite tanto una acción colectiva de cesación para la tutela de los intereses propiamente grupales de los consumidores y usuarios, como la acción colectiva de cesación respecto los intereses pluriindividuales homogéneos.

- c) Y que estén inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

Por otra parte el artículo 11.2 de la LEC exige que las Asociaciones de Consumidores y Usuarios:

- a) Estén legalmente constituidas ;
- b) Y tengan por objeto la defensa o protección de los consumidores y usuarios.

Aunque los presupuestos exigidos puedan parecer dispares, una Asociación de Consumidores y Usuarios está legalmente constituida solo si tiene un ámbito supraautonómico y está inscrita en el REACU, por lo que los requisitos recogidos en ambos cuerpo normativos son idénticos. Además, de acuerdo con el artículo 23 del TRLGDCU, sólo se considerará que se trata de una Asociación de Consumidores y Usuarios si su finalidad es la protección de este colectivo, como prevé el artículo 11.2. Veámoslo más detalladamente.

4.3.1.1.1. *Rango supraautonómico.*

En primer lugar, la asociación deberá tener un carácter supraautonómico. El TRLGDCU diferencia, así, entre las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico e infraautonómico. Muy probablemente su origen reside en el artículo 25.1.a) de la LODA que obliga a las asociaciones que desarrollen su actividad en el ámbito territorial de más de una Comunidad Autónoma a inscribirse en el Registro Nacional de Asociaciones, requisito que también exige el artículo 30.1.a) del Reglamento de dicho Registro⁴⁷⁴. Por consiguiente, este rasgo constituye un requisito *sine qua non* no solo para el reconocimiento de la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación y de indemnización, ya que se considera que la extensión de su marco de actuación implica una mayor y más adecuada capacidad de tutela de los intereses en juego, sino también para que resulte de aplicación el título II del TRLGDCU, relativo a los derechos de representación, consulta y participación y régimen jurídico de las asociaciones de consumidores y usuarios. En otras palabras, parece que no estarán legitimadas las Asociaciones de Consumidores y Usuarios que no superen el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma. Sin embargo, de acuerdo con GUTIÉRREZ DE CABIEDES, no puede restringirse el otorgamiento de la legitimación a las asociaciones

⁴⁷⁴ Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones.

supraautonómicas, ya que la LODA es una norma procesal emanada en base a una competencia exclusiva del Estado y el aspecto material de las asociaciones es susceptible de regulación autonómica⁴⁷⁵. En este contexto, una limitación de la legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios supraautonómica conllevaría una negación de la legitimación procesal de las asociaciones infraautonómicas que estuvieran válidamente constituidas en base a la legislación autonómica. Por ende, la inaplicabilidad del título II del TRLGDCU que acarrea el incumplimiento de este requisito cabe entenderse que se refiere solamente al ámbito territorial, pero en ningún caso a la legitimación reconocida a estas entidades. Sin perjuicio de lo apuntado, la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación y de indemnización – siempre que se trate de intereses determinados, recordemos- se limita a las asociaciones que sean supraautonómicas, entendiendo que la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios infraautonómicas dependerá de lo que la ley autonómica establezca⁴⁷⁶.

4.3.1.1.2. Legalmente constituidas: finalidad de protección de los consumidores y usuarios.

La válida constitución de las asociaciones de consumidores y usuarios requiere, de acuerdo con el artículo 23 del TRLGDCU: (1) no tener ánimo lucro; (2) estar constituidas conforme a lo previsto en la legislación sobre asociaciones; (3) reunir los requisitos específicos exigidos en esta norma y sus normas de desarrollo y, en su caso, en la legislación autonómica que les resulte de aplicación; y (4) tener como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, incluyendo su información, formación y educación, bien sea con carácter general, bien en relación con bienes o servicios determinados⁴⁷⁷.

La ausencia de ánimo de lucro pretende garantizar una adecuada “representación” de los intereses propiamente grupales de los consumidores y usuarios, ya que un incentivo de

⁴⁷⁵ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P., *Comentario al artículo 54 TRLGDCU*, op. cit., pp. 312 y ss

⁴⁷⁶ Concretamente, me refiere al ejercicio de las acciones en defensa de la asociación o a sus asociados.

⁴⁷⁷ También son asociaciones de consumidores y usuarios las entidades constituidas por consumidores con arreglo a la legislación de cooperativas (artículo 23 TRLGDCU).

carácter económico podría alterar la adecuación de su representación en el proceso colectivo⁴⁷⁸.

En relación a la constitución de acuerdo con la LODA, los apartados 1 y 3 del artículo 20 de la LGDCU ya establecían la necesidad su constitución fuera de acuerdo a la Ley de Asociaciones, en términos análogos al artículo 37 del TRLGDCU⁴⁷⁹. En este sentido, los artículos 5 y siguientes de la LODA⁴⁸⁰, establecen que una asociación se constituirá mediante acuerdo de constitución

⁴⁷⁸ No refiriéndose a un tipo de legitimación, sino en el sentido americano del término *adequacy of representation*

⁴⁷⁹ Artículo 3 de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones:

“Uno. La libertad de asociación se ejercerá jurídicamente mediante acta en que conste el propósito de varias personas naturales que, con capacidad de obrar, acuerden voluntariamente servir un fin determinado y lícito según sus Estatutos.

Dos. Los Estatutos, además de las condiciones lícitas que establezcan deberán regular los siguientes extremos:

Primero. Denominación, que no podrá ser idéntica a la de otras Asociaciones ya registradas, ni tan semejante que pueda inducir a confusiones.

Segundo. Fines determinados que se propone.

Tercero. Domicilio principal y, en su caso, otros locales de la Asociación.

Cuarto. Ámbito territorial de acción previsto para la actividad.

Quinto. Órganos directivos y forma de administración.

Sexto. Procedimiento de admisión y pérdida de la cualidad de socio.

Séptimo. Derechos y deberes de los mismos.

Octavo. Patrimonio fundacional, recursos económicos previstos y límites del presupuesto anual.

Noveno. Aplicación que haya de darse al patrimonio social en caso de disolución.

Tres. Dentro del plazo de cinco días a contar desde la fecha del acta fundacional los socios fundadores deberán remitir al Gobierno Civil de la provincia, en ejemplar triplicado firmado por los mismos, copia de aquel acta con los Estatutos.

Cuatro. Cuando el patrimonio de la Asociación no sea superior a la cantidad de un millón de pesetas y el límite inicial de su presupuesto anual a la de cien mil pesetas, y la actividad social prevista no rebase los límites provinciales, corresponderá al Gobernador, previo los informes que según la índole de la Asociación sean preceptivos en cada caso, dictar por escrito resolución motivada decidiendo acerca de la licitud y determinación de los fines a que se refiere el párrafo uno de este artículo, visando los Estatutos o, en su caso, recabando las rectificaciones que fueran precisas con arreglo a las disposiciones previstas en el párrafo dos del presente artículo. Los Gobernadores civiles, no obstante, cuando se susciten dudas acerca de los extremos arriba examinados, o atendidas la naturaleza y característica de las Asociaciones, elevarán el expediente al Ministro de la Gobernación, en la forma y a los efectos prevenidos en el párrafo siguiente.

Cinco. Dentro del plazo de treinta días el Gobernador elevará al Ministerio de la Gobernación, convenientemente informado, el expediente relativo a la calificación de los fines de las Asociaciones cuando el patrimonio rebase la cifra de un millón de pesetas, o el límite presupuestario inicial sea superior a las cien mil pesetas anuales, o cuando las actividades sociales previstas rebasen el ámbito provincial. Previos los informes que según la índole de la Asociación sean preceptivos en cada caso, corresponderá al Ministro de la Gobernación dictar por sí o someter al Consejo de Ministros la pertinente resolución acerca de la licitud y determinación de los fines de la Asociación, y, en su caso, visar igualmente los Estatutos. Igual facultad corresponderá al Ministro de la Gobernación con ocasión de los recursos de alzada interpuestos contra los actos y resoluciones de los Gobernadores civiles.

Seis. Cuando la Asociación cumpla los requisitos que se establecen en los párrafos anteriores y sus fines no puedan considerarse como ilícitos o indeterminados con arreglo a lo dispuesto en el artículo primero, párrafos segundo y tercero, de la presente Ley, la autoridad gubernativa no podrá denegar el reconocimiento de la Asociación.”

⁴⁸⁰ Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

de tres o más personas físicas o jurídicas y habrá que formalizarse mediante acta fundacional en documento público o privado (artículo 6 LDA). En dicho acuerdo, deberán comprometerse a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas y comunes, ya sean de interés general o particular. Además, deberá tener unos Estatutos en los que se establezca su configuración y funcionamiento, cuya aprobación deberá constar en el acuerdo de constitución (artículo 7 LDA)⁴⁸¹.

Respecto a los requisitos a los que apunta el artículo 24 TRLGDCU, son los recogidos en los artículos 23 a 37 de la misma norma (Capítulos I y II del Título II) y pueden resumirse en la dependencia y la transparencia de la asociación de consumidores y usuarios. En cuanto a la dependencia de la Asociación, ésta abarca aquellas actividades de la Asociación para su financiación, desde la percepción de ayudas económicas, hasta a la participación en sociedades mercantiles, pasando por las comunicaciones comerciales y las actividades que lleve a cabo. Por otro lado, la Asociación deberá actuar con transparencia en los convenios, acuerdos de colaboración y publicidad que firme con otras entidades⁴⁸². A estos, cabe sumar el requisito de independencia en la actuación de la asociación frente a los operadores del mercado y los poderes públicos, así como en relación a las tareas de información, educación, asesoramiento, denuncia y representación (art. 23.1 TRLGDCU⁴⁸³)⁴⁸⁴. Es decir, la adecuada defensa de los intereses de los consumidores pasa por la no vinculación a otros operadores del mercado ni a las administraciones. Por esta misma razón y en cuanto a las subvenciones que pueda recibir por las administraciones públicas (art. 37.b TRLGDCU), deberán establecerse criterios objetivos en la concesión de las mismas como garantía de independencia⁴⁸⁵.

El último requisito para que la Asociación de Consumidores y Usuarios esté legalmente constituida es que su finalidad estatutaria sea la defensa y la protección de los consumidores.

⁴⁸¹ Para un análisis substantivo de los elementos del concepto de asociación: SALAS MURILLO, S., MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Los elementos configuradores del concepto de asociación en Derecho español*, Universidad de Zaragoza, marzo 1998: <http://zaguan.unizar.es/record/1889> (19/03/2015).

⁴⁸² GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentario al artículo 54 TRLGDCU*, op. cit., pp. 310 y ss..

⁴⁸³ Debe ponerse en relación al artículo 27 del mismo texto legal en el que se contemplan prohibiciones en la actuación de las asociaciones de los consumidores para garantizar su independencia, cuya infracción implica la exclusión de las mismas del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios (art. 35 TRLGDCU).

⁴⁸⁴ MARÍN LÓPEZ, J. J., *Artículo 33*, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi - Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 497.

⁴⁸⁵ En el mismo, la LO 1/2002 a nivel nacional y el Programa de Acción comunitaria en el ámbito de la política de los consumidores 2007-2013 (Decisión nº 1926/2006 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006).

En este sentido, el ordenamiento jurídico exige que dicha protección se refleje en los estatutos de constitución de la asociación como objeto principal de su actividad, con independencia que se trate de una defensa de carácter general o especial de los intereses de este colectivo (actual artículo 23 TRLGDCU).

Para finalizar el estudio de los requisitos comunes que deberán cumplir las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación y de indemnización, únicamente resta analizar el requisito que la finalidad de la asociación sea la protección de defensa de los consumidores y usuarios, elemento que, a su vez, está íntimamente ligado al tipo de legitimación que ostenta esta asociación respecto los intereses propiamente grupales y los pluriindividuales homogéneos⁴⁸⁶.

Empezando con los intereses propiamente grupales y la respectiva acción colectiva de cesación como tutela de los mismos, debe quedar claro, tal y como apunta la STS de 14 de abril de 2009, que la asociación de consumidores y usuarios tiene un interés específico en el ejercicio de esta acción colectiva⁴⁸⁷. En este sentido, no basta un mero interés en la legalidad, sino que se requiere un vínculo entre los fines de la asociación y el objeto de debate⁴⁸⁸. Así lo entiende MARÍN LÓPEZ cuando proclama la inexistencia de la acción pública en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, de acuerdo con lo establecido por el propio Tribunal Supremo en la STS de 2 de diciembre de 1991⁴⁸⁹. GUTIÉRREZ DE CABIEDES añade que se trata de una verdadera legitimación ordinaria en base a un interés jurídico propio no exclusivo, derivado de la relación entre la finalidad de la asociación de protección de los consumidores y la situación jurídica protegida y afectada⁴⁹⁰.

Por el contrario, la doctrina alemana apunta a la desaparición de los derechos subjetivos ante los intereses propiamente, ya que considera que su objetivo es la protección del tráfico

⁴⁸⁶ Erróneamente llamados intereses generales de los consumidores y usuarios (arts. 24, 37 y 54 TRLGDCU).

⁴⁸⁷ En esta Sentencia, el Tribunal supremo desestima la pretensión de la Asociación de Víctimas de Delitos Violentos contra del Real Decreto 613/2006, de 19 de mayo, de concesión de subvenciones a asociaciones de consumidores para el apoyo y asesoramiento de los afectados por la situación de las empresas Afinsa Bienes Tangibles, Sociedad Anónima y Forum Filatélico, Sociedad Anónima, al considerar que la estimación de la misma no conllevaría ventaja o beneficio alguno para esta asociación.

⁴⁸⁸ Así lo afirma la misma STS de 14 de abril de 2008, junto con las siguientes sentencias: STJC de Cataluña de 9 de marzo de 1994 y SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de enero de 1995 y 19 de julio de 2000.

⁴⁸⁹ MARÍN LÓPEZ, J. J., *Artículo 24, op. cit.*, p. 355.

⁴⁹⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentario al artículo 54 TRLGDCU, op. cit.*, pp. 319 y ss..

jurídico, liberándolo de las conductas contrarias a la ley⁴⁹¹. De ahí procede establecer que, al no existir derecho subjetivo, el interés protegido carece de un legitimado natural y, por esta misma razón, requiere de una atribución *ex novo* y *ex lege* de la titularidad de los derechos propiamente grupales, atribución que se ha realizado únicamente a entidades y no a personas físicas para cortar el paso a la acción popular o casi-popular⁴⁹².

Personalmente, me posiciono a favor de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, ya que no puedo compartir los argumentos que tanto la doctrina específica alemana como gran parte de la española ha apuntado⁴⁹³. En primer lugar, la posición jurídica legitimante de la que debemos partir no es del derecho individual sino el interés legítimo, ya que, como he apuntado, la jurisdicción civil prevé la tutela no tan solo de una “*posición cerrada y perfecta de ventaja*” como es el derecho subjetivo, sino también de aquellos intereses cuya afectación o injerencia está protegida por las normas imperativas. Sin duda alguna, los derechos previstos en la normativa tanto sectorial como general protege intereses propiamente grupales y, ante tal previsión, se requiere el establecimiento de una tutela de la posible lesión de los mismos. Es en este preciso punto donde el legislador legitima *ex novo* y *ex lege* a un determinado ente para el ejercicio de la acción colectiva de cesación como tutela adecuada a estos tipos de intereses. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina considera que se trata de una legitimación extraordinaria o representativa, pasando por alto la verdadera titularidad de estos intereses, así como auténtica naturaleza de dicha representación. Como he apuntado anteriormente, la representación únicamente se entiende desde el punto de vista sociológico, ya que la asociación de consumidores y usuarios, en este caso, es identificada por el legislador como titular de los intereses de los intereses propiamente grupales de este colectivo. No obstante y en base a la técnica procesal, la representatividad social del ente no conlleva necesariamente una legitimación extraordinaria. La constitución de una asociación con finalidad estatutaria de proteger a los intereses de los consumidores y usuarios genera la aparición de una persona jurídica que no solo tiene un interés legítimo propio respecto a las conductas que puedan afectar a los intereses propiamente grupales de los consumidores y usuarios, sino que es el titular inmediato del mismo. Un interés legítimo que, además y por la titularidad mediata de todos y cada uno de los consumidores y usuarios, será supraindividual. Sin embargo, ni este último rasgo ni la no

⁴⁹¹ ULMER, P, BRANDER, H. E., HENSEN, H. D. Y SCHMIDT, H, *AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 6ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 1990, p.987; GERLACH, J. W., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Tomo 1 y 2, 2ª ed., C. H. Beck, München, 1983, p. 1844; y HEINRICKS, H, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 52ª edición, C. H. Beck, München, 1993, pp. 2441-2442, entre otros .

⁴⁹² GASCÓN INCHAUSTI, F., *Comentario al artículo 16, op. cit.*, p. 683.

⁴⁹³ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Comentario al artículo 16, op. cit.*, pp. 685 y ss.

exclusividad en cuanto a la titularidad de estos intereses propiamente grupales hace que la acción colectiva de cesación que ejerce la asociación de consumidores y usuarios sea a través de una legitimación extraordinaria. La asociación está ejercitando una acción para la tutela de intereses que le son propios y en interés propio, ya que es el titular de estos intereses debido a la representatividad sociológica que el legislador le ha reconocido. De este modo, la conexión entre el sujeto y el objeto vendrá determinada por el cumplimiento de los requisitos que la ley establece.

En este caso y a pesar de ser un elemento del fondo del asunto, la legitimación recibe un tratamiento procesal *in limine litis* al estar deslindada del fondo⁴⁹⁴. Sin embargo, este deslinde no se debe a la falta de un derecho base⁴⁹⁵, sino al carácter objetivo de los requisitos que deberá cumplir la asociación para el ejercicio de la acción colectiva de cesación. Requisitos que, a su vez y para la existencia de un interés, dependen de la naturaleza supraindividual y de las características de los intereses propiamente grupales, como son su carácter indivisible y la imposibilidad de cuantificar su afectación.

Estos requisitos que hemos analizado detallada y ampliamente, persiguen garantizar la existencia de⁴⁹⁶:

- Una vinculación del ente legitimado con el sector económico en el que se produzca la afectación.
- Una incidencia real sobre el colectivo.
- Una vinculación territorial.

Por esta misma razón, la asociación de consumidores y usuarios deberá fundamentar su derecho a la tutela judicial que se pretende (art. 265.1.1 LEC) y el juez, ya sea de oficio o a instancia de parte (art. 405.º LEC), será el encargado de comprobar el cumplimiento de estos requisitos y de la consiguiente legitimación⁴⁹⁷.

Todos estos requisitos apuntados en cuanto a la constitución legal de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios serán los exigibles para éstas que puedan inscribirse en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, como indica el artículo 33.2 del TRLGDCU

⁴⁹⁴ DE LA OLIVA, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho*, op. cit., pp. 421 y ss. y MONTERO AROCA, J., *De la legitimación*, op. cit., pp. 160 y ss..

⁴⁹⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Comentario al artículo 16*, op. cit., p. 720.

⁴⁹⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Comentario al artículo 16*, op. cit., pp. 716 y ss..

⁴⁹⁷ MONTERO AROCA, J., *De la legitimación*, op. cit., p. 102.

y se analizará a continuación, junto a los establecidos reglamentariamente en cuanto a implantación territorial, número de asociados y programas de actividades a desarrollar⁴⁹⁸.

4.3.1.1.3. *Inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios.*

El artículo 20.3 LGDCU ya establecía que estas asociaciones deberían estar inscritas en un libro registro que se llevaría en el Ministerio de Sanidad y Consumo para poder gozar de cualquier beneficio contemplado en la dicha ley. Por consiguiente, parecía que esta inscripción en el libro registro era, efectivamente, un tercer requisito para considerar legitimada una asociación para el ejercicio de las acciones legalmente previstas. La pregunta es: ¿el ejercicio de las acciones colectivas para la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios es un beneficio que otorga la ley? Si la respuesta fuera afirmativa, los beneficios de dicha ley se supeditarían, asimismo, a las condiciones y requisitos que reglamentariamente se establezcan para cada tipo de beneficio.

⁴⁹⁸ El cumplimiento de los requisitos exigidos en los capítulos I y II de este título será condición indispensable para acceder a la inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. Por su parte, el Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones dispone en su artículo 7 la documentación que debe aportarse con la solicitud de inscripción al citado Registro: 1. Junto con la solicitud deberá acompañarse por duplicado ejemplar el acta fundacional, cuyo contenido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, será el siguiente:

a) Nombre y apellidos de los promotores de la asociación si son personas físicas, y la denominación o razón social si son personas jurídicas, y, en ambos casos, la nacionalidad, el domicilio y el número de identificación fiscal.

b) La voluntad de los promotores de constituir una asociación, los pactos que, en su caso, hubiesen establecido y la denominación exacta de aquélla.

c) Los estatutos aprobados, que deberán contener todos los extremos que se establecen en el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, sin perjuicio de que también puedan contener cualesquiera otras disposiciones y condiciones lícitas que los promotores consideren convenientes, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores de la asociación.

d) El lugar y fecha de otorgamiento del acta y firmas de los promotores o de sus representantes, en el caso de personas jurídicas.

e) La designación de los integrantes de los órganos provisionales de gobierno que representan a la asociación.

2. El acta fundacional deberá acompañarse, para el caso de personas jurídicas, de un certificado del acuerdo adoptado por el órgano competente, en el que aparezca la voluntad de constituir la asociación y formar parte de ella y la designación de la persona física que la representará. Para el caso de personas físicas, deberá acompañarse la acreditación de su identidad.

3. Cuando los promotores actúen a través de representante, se acompañará igualmente de la acreditación de su identidad.

El reglamento que desarrolló la presente ley no se aprobó hasta 1990⁴⁹⁹, y no tan sólo reiteraba la inscripción en el libro registro como requisito para que la asociación estuviera legitimada para ejercicio de acciones colectivas, sino que añadía que ésta debería estar *representada en el Consejo de Consumidores y Usuarios*⁵⁰⁰. Por consiguiente, el Reglamento consideraba que la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios era un *beneficio* que otorgaba la ley. Por ello y en virtud de lo establecido en la LGDCU, el legislador utilizó el Reglamento para poner límites a la legitimación colectiva prevista.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró errónea la calificación del ejercicio de acciones colectivas por parte de las asociaciones de consumidores y usuarios como "*beneficio*"⁵⁰¹. El Tribunal Constitucional añadió, además, que la inscripción de la asociación en el libro registro que se llevaría en el Ministerio de Sanidad y Consumo únicamente podía tener efectos de publicidad, pero en ningún caso dicha inscripción sería constitutiva, de acuerdo con el artículo 22.3 de la Constitución Española⁵⁰².

Tal y como apunta MARÍN LÓPEZ, el ejercicio de dichas acciones no es un *beneficio* que la ley otorga, sino que constituye parte del contenido de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE, en concreto, del acceso a la jurisdicción⁵⁰³. En este sentido, una limitación a dicho derecho debería haberse establecido en una disposición con carácter legal, en virtud del principio de jerarquía normativa del artículo 9.3 de la CE⁵⁰⁴. Por el contrario, GASCÓN INCHAUSTI considera que se trata de una facultad extraordinaria y excepcional para la tutela de intereses colectivos que puede considerarse un beneficio, argumentando que el propio Real Decreto 825/1990 lo consideró como tal⁵⁰⁵.

Por mi parte, soy de la opinión que el ejercicio de este tipo de acciones no se trata de un beneficio que la ley conceda a este tipo de asociaciones, sino simplemente de la previsión de una tutela de los intereses propiamente grupales de un colectivo cuya titularidad inmediata ostentan por su finalidad estatutaria. Es más, la protección legal de estos intereses -y su

⁴⁹⁹ Real Decreto 825/1990, de 22 de junio, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones.

⁵⁰⁰ Artículo 16.1 y 18.1 del Real Decreto 825/1990, de 22 de junio, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones.

⁵⁰¹ STC 21/1987, de 19 febrero.

⁵⁰² STC núm. 133/1992 de 2 octubre.

⁵⁰³ MARÍN LÓPEZ, J. J., *El ejercicio de acciones judiciales*, op. cit., p. 555.

⁵⁰⁴ STS núm. 1079/2006 de 3 noviembre, SAP de Madrid de 10 octubre de 2002 y SAP de Burgos núm. 347/2006 de 31 julio.

⁵⁰⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Comentario al artículo 16*, op. cit., p. 695.

consiguiente relevancia jurídica- obligaban a legitimar a sus titulares para el ejercicio de las respectivas acciones de tutela de los daños que pudieran acaecer. En suma, la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de este tipo de acciones es necesaria para una protección efectiva de estos intereses, ya que, de no haberse previsto la tutela de su posible afectación, el reconocimiento legal de estos derechos hubiera tenido un carácter meramente programático⁵⁰⁶.

No obstante, el texto literal del artículo 37.c) del TRLGDCU determina que solo las asociaciones inscritas en dicho Registro podrán ejercer las correspondientes acciones en defensa de los intereses generales, colectivos y difusos, de los consumidores y usuarios, acabando, de este modo, con el debate doctrinal sobre la necesidad de inscripción al Registro al que el propio GASCÓN INCHAUSTI apunta⁵⁰⁷.

Otra cuestión que se ha planteado en la jurisprudencia y doctrina española es el efecto que tiene la pérdida de alguno de los requisitos en la legitimación de la Asociación de Consumidores y Usuarios una vez iniciado el proceso colectivo⁵⁰⁸. El artículo 413.1 LEC establece lo siguiente: *“No se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvención, excepto si la innovación privare definitivamente de interés legítimo las pretensiones que se hubieran*

⁵⁰⁶ De hecho parte de la doctrina considero que el propio artículo 20.1 de la LGDCU tenía este carácter (PASQUAU LIAÑO, *Sobre la tutela jurisdiccional civil, op. cit.*, pp. 129-130.). Dicho carácter derivaría de la falta de concreción e inexactitud de la redacción del analizado artículo 20.1 LGDCU. Para estos autores, la aplicación de la legitimación colectiva en su ámbito objetivo habría resultado muy complicada si no hubiera habido un desarrollo del ámbito objetivo en las leyes especiales posteriores. De hecho, desde la aprobación de la LGDCU hasta la aprobación de las restantes normas especiales en la materia, únicamente encontramos una sentencia y es en el ámbito administrativo (STS de 9 marzo 1987: *la legitimación de la Organización de Consumidores y Usuarios le fue concedida por ministerio de la Ley de 26/1984 de 19 de Julio, que en su artículo 20-1.º concede a la organización facultades generales para representar a sus asociados y ejercer acciones en su defensa, la de la Asociación y la de los intereses generales de los consumidores y usuarios y obviamente en el ejercicio de acciones tendentes a la protección no sólo de los intereses de las personas de los consumidores y usuarios sino de los daños a sus personas que se produzcan a consecuencia de los agentes químicos nocivos*).

Personalmente, creo que la LGDCU es una ley pionera que configura el marco general de las acciones colectivas en materia de consumidores y usuarios. Naturalmente, con posterioridad ha sido completada por normas especiales; sin embargo, aún a día de hoy, nuestros Tribunales la consideran la ley de referencia en materia de acciones colectivas. Sin duda alguna, constituye el desarrollo legislativo del artículo 51 de la CE y la base legal que ha permitido la evolución de las acciones colectivas en materia de consumidores y usuarios hasta la actualidad.

⁵⁰⁷ Ver GASCÓN INCHAUSTI, F., *Acción colectiva, op. cit.*

Veáse también: TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 473/2010, de 15 julio 2010 y SJPI Instancia núm. 50 de Madrid núm. 308/2001, de 11 septiembre.

⁵⁰⁸ STS de 15 de julio de 2010 (FJ 2) y, entre otras, SAP de Cáceres núm. 517/2012, de 4 diciembre y SAP de Barcelona núm. 175/2005, de 29 marzo.

*deducido en la demanda o en la reconvencción, por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa*⁵⁰⁹.

Este precepto contiene el antiguo brocardo *ut lite pendente nihil innovetur* o, que es lo mismo, las innovaciones que acontezcan una vez iniciado el proceso no serán tenidas en cuenta por el tribunal. No obstante, esta regla de *perpetuatio legitimationis*, en virtud de la cual la desaparición sobrevenida de la legitimación de la parte demandante no debería ser tenida en cuenta en la sentencia, presenta múltiples excepciones⁵¹⁰.

En relación a este aspecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010 establece que " *el principio de perpetuación de la jurisdicción, del que es un reflejo el artículo 413.1 LEC, no es aplicable únicamente al objeto del proceso, sino también a aquellas condiciones de las partes necesarias para el ejercicio de la acción que no impliquen una extinción de su capacidad jurídica o de su capacidad procesal.*" En el supuesto en cuestión y al tratar la legitimación como un presupuesto procesal más, el Tribunal Supremo interpretó que la posible pérdida de uno de los requisitos de legitimación de la parte acotada durante el proceso, no determina la desaparición sobrevenida de su legitimación, sino la extinción de su capacidad jurídica o de su capacidad procesal⁵¹¹.

A mi juicio y de acuerdo con GASCÓN INCHAUSTI, considero más adecuado considerar la pérdida sobrevenida de legitimación como una desaparición sobrevenida del interés, a no ser que tenga lugar la sucesión procesal a favor de otro sujeto que mantenga el ejercicio de la acción⁵¹². En caso contrario, el demandante inicial no reuniría los requisitos que le legitiman para pretender la tutela ante el tribunal, desapareciendo, de este modo, la legitimación y, con ella, la necesidad de tutela judicial del interés.

⁵⁰⁹ CARBONELL PORRAS, E., *La pérdida sobrevenida de la legitimación: La revisión de la doctrina de la 'perpetuatio legitimationis'*, en *Revista española de derecho administrativo*, Nº 153, 2012, pp. 131-152. Véase también la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 Mayo de 2013, en la que se realiza un exhaustivo examen del concepto de *la perpetuatio legitimationis* en el ejercicio de las acciones colectivas.

⁵¹⁰ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Comentario al artículo 413*, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con DE LA OLIVA SANTOS, VEGAS TORRES Y BANACLOCHE PALAO), Civitas, Madrid, 2001, pp. 691-692; TAPIA FERNÁNDEZ, *Comentario al artículo 413*, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA Y TAPIA FERNÁNDEZ), Aranzadi, Pamplona, 2001. Vol. I., pp. 1384-1387.

⁵¹¹ Cabe decir que la distinción entre capacidad y legitimación de las entidades legitimadas en el ejercicio de acciones colectivas no es clara. La SJPI núm. 1 de Cáceres de 18 de octubre de 2011, confirmada por el AAP de Cáceres de 16 de marzo de 2012, por ejemplo: *dicha inscripción tiene un carácter constitutivo, inscripción por la cual adquiriría personalidad jurídica [...] debe denegarse la legitimación activa a dicha asociación para interponer acciones colectivas y desestimar su concreta pretensión con efectos de sentencia absolutoria en la instancia.* En el mismo sentido: SSAP de Sevilla de 7 octubre 2011, de 29 octubre de 2012 y de 22 marzo de 2013, entre otras.

⁵¹² GASCÓN INCHAUSTI, F., *Acción colectiva*, *op. cit.*, pp. 6 y 7.

4.3.1.2. Otros requisitos exigidos a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios para el ejercicio de la acción colectiva de indemnización cuando los afectados sean indeterminados

Cuando los integrantes del grupo de afectados sean determinados o fácilmente determinables, la legitimación que se reconoce a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios exigirá únicamente los requisitos apuntados anteriormente para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación y de indemnización, de acuerdo con el artículo 11.2 de la LEC. No obstante, el artículo 11.3 de la LEC prevé la legitimación de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios para el ejercicio las acciones colectivas en aquellos casos en los que los integrantes del grupo de afectados sean indeterminados o de difícil determinación (los llamados *intereses difusos*), exigiendo, junto con los requisitos analizados, que la Asociación de Consumidores y Usuarios sea, además, *representativa*. De acuerdo con el artículo 24.2 del TRLGDCU y en relación al artículo 38.1 del mismo texto legal⁵¹³, se considerará representativa la asociación que forme parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, siempre que se trate de una asociación de ámbito estatal⁵¹⁴. Cuando, por el contrario, ésta tuviera un alcance autonómico, entonces la legislación específica de cada comunidad autónoma determinara dicha representatividad exigida⁵¹⁵.

El Consejo de Consumidores y Usuarios es el órgano nacional de consulta y representación institucional de este colectivo a través las asociaciones que lo integran, de acuerdo con el artículo 38 del TRLGDCU. Para formar parte del CCU se requiere que la Asociación de Consumidores y Usuarios esté inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios. Es decir, ésta deberá, en primer lugar, cumplir con todos los requisitos apuntados en el apartado anterior para formar parte del Registro Estatal de Asociaciones de

⁵¹³ 2. A efectos de lo previsto en el artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tendrán la consideración legal de asociaciones de consumidores y usuarios representativas las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica.

1. Como órgano nacional de consulta y representación institucional de los consumidores y usuarios a través de sus organizaciones, el Consejo de Consumidores y Usuarios integrará las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico que, atendiendo a su implantación territorial, número de socios, trayectoria en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios y programas de actividades a desarrollar, sean más representativas.

⁵¹⁴ Para formar parte del mismo, se atenderá a la implantación territorial, número de socios, trayectoria en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios y programas de actividades a desarrollar (art. 38.1 TRLGDCU)

⁵¹⁵ Art. 17 LECC, art. 17 LECUM y art. 53 LCUA.

Consumidores y Usuarios, junto con los presupuestos específicos para el acceso al Consejo de Consumidores y Usuarios que recoge el art. 3.7 del RD 894/2005⁵¹⁶. Para acceder al Consejo de Consumidores y Usuarios la Asociación deberá tener (a) una determinada representación territorial demostrable a partir de los informes de las autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre la representatividad de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios supraautonómicas; (b) una afiliación no inferior a 10.000 socios individuales; (c) una trayectoria en la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, tanto en cuanto a la participación en el Sistema Arbitral de Consumo, el ejercicio de acciones colectivas, el establecimiento de un sistema de servicios y la organización de actividades informativas; y (d) el desarrollo de programas que contengan actuaciones concretas de información, defensa y protección de los derechos de los consumidores y usuarios.

Por otra parte, el Tribunal Supremo determinó el carácter nulo del requisito que establecía el artículo 3.6 del mismo Real Decreto respecto a la necesidad que la inscripción de las Asociaciones de Consumidores al REACU tuviera una antigüedad de 5 años por entender que se trataba de un requisito excesivo, aunque consideró que la inscripción en el REACU era

⁵¹⁶ Artículo 3.7 del RD. 895/2005:

“Según el baremo que concrete la orden de convocatoria del proceso selectivo, para la valoración de la representatividad de las asociaciones solicitantes se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

a) La implantación territorial, para lo que se considerarán los informes sobre representatividad de las asociaciones de consumidores y usuarios integradas en las de ámbito supraautonómico, presentados a estos efectos por las autoridades de consumo de las comunidades autónomas y de las ciudades con Estatuto de Autonomía, conforme a su legislación específica y en sus respectivos ámbitos territoriales.

b) El número de socios individuales, que no puede ser inferior a 10.000.

c) La trayectoria en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios, que podrá acreditarse en los términos que determine la convocatoria mediante criterios como la presencia en órganos de representación y consulta de los consumidores y usuarios, la participación en el Sistema Arbitral de Consumo, el ejercicio de acciones judiciales en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios, el mantenimiento de servicios de consultas y reclamaciones de los consumidores y usuarios, la realización de actividades informativas y formativas en consonancia con los fines atribuidos a estas entidades en el artículo 23.1 del texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, o la disposición de un volumen mínimo de recursos propios no procedentes de financiación pública.

d) Los programas de actividades a desarrollar que tengan por finalidad la realización de actuaciones concretas de información, defensa y protección de los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios, no contemplados en el párrafo anterior, y que sean relevantes por su número, repercusión social o importancia efectiva para los consumidores.

Las solicitudes de asociaciones u organizaciones no inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios no serán admitidas a trámite.

El Instituto Nacional del Consumo podrá auditar, en cualquier momento y en la forma que se estime pertinente, el cumplimiento de la veracidad de los datos aportados para la valoración de la representatividad de las asociaciones solicitantes. En el caso de comprobarse la no veracidad de los datos aportados por la correspondiente asociación en la fecha de la solicitud y durante el mandato del Consejo de Consumidores y Usuarios, se procederá a su exclusión del mismo.”

necesaria y aceptable, ya que, como argumenta GASCÓN INCHAUSTI, permite la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios y cualquier asociación puede acceder al mismo ⁵¹⁷.

Una vez vistos los requisitos exigibles a la Asociaciones de Consumidores y Usuarios para el ejercicio de las acciones colectivas, es el momento de centrarnos en el Ministerio Fiscal como otro ente legitimado para la tutela tanto de los intereses propiamente grupales, como de los intereses pluriindividuales homogéneos.

4.3.2. El Ministerio Fiscal

Otro sujeto legitimado para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación y de indemnización es el Ministerio Fiscal. Hasta la reciente Ley 3/2014, de 27 de marzo⁵¹⁸, su legitimación se contemplaba exclusivamente en los artículos 54.1.c) y 54.3.b) del TRLGDCU y en el artículo 11.4 de la LEC. Es decir, se preveía su legitimación únicamente para ejercer la acción colectiva de cesación. Sin embargo, dicha ley introdujo el apartado 5 del artículo 11 de la LEC, en virtud del cual: *el Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios*. En este sentido, ahora podrá velar por protección de los intereses propiamente grupales y de los pluriindividuales homogéneos de este colectivo social.

En primer lugar me centraré en la tutela de los intereses propiamente grupales, concretamente, en la legitimación para el ejercicio de la acción colectiva de cesación.

El Ministerio fiscal es un órgano previsto en el artículo 124 de la Constitución Española que, dotado de personalidad jurídica propia y autonomía funcional en el ámbito de los tribunales, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social, ya sea de oficio o a petición de los interesados

De lo descrito se deriva que el fundamento de la legitimación que el TRLGDCU y ahora la LEC le otorga en cuanto a la protección de los consumidores y usuarios reside en el *interés social* que

⁵¹⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Comentario al artículo 16, op. cit.*, pp. 695 y ss.

⁵¹⁸ 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.

este colectivo representa (art. 435 LOPJ y los arts. 1, 3.7 y 16 del EOMF)⁵¹⁹. Por ende, cuando ejercite una acción colectiva de cesación para la tutela de los intereses propiamente grupales lo hará en virtud de su posición de garante de los intereses de un determinado colectivo social y a través de una legitimación ordinaria. Tal y como defiende GUTIÉRREZ DE CABIEDES, el reconocimiento de legitimación a este ente público conlleva que la tutela de los intereses adopte también el mismo carácter, cosa únicamente aceptable siempre que sea complementaria a la legitimación reconocida a otros órganos⁵²⁰.

Otra cuestión interesante es si el Ministerio Fiscal actuará de oficio en el ejercicio de la tutela de los intereses propiamente grupales o a instancia de parte, a raíz de lo previsto en el artículo 5 del EOMF respecto a la necesaria actuación del Ministerio Fiscal a partir de la recepción de la denuncia⁵²¹. Naturalmente, este último precepto está pensado para las infracciones que realicen los ciudadanos de la normativa penal, por lo que su aplicación de un modo análogo a la normativa civil no está libre de problemas. Principalmente, se plantean dudas sobre la obligación de actuación del Ministerio Fiscal ante la denuncia de la infracción de la normativa imperativa. No obstante, la falta de uso de esta legitimación por parte del Ministerio Fiscal ha impedido que los Tribunales interpretaran este precepto y concretaran en vía jurisprudencia el papel que ha de jugar este ente en la tutela de los intereses generales de los consumidores y usuarios. De hecho, el supuesto por excelencia es el *Caso Gas Natural Andalucía, S. A.*, en el que el MF ejerció una acción colectiva de cesación frente a cláusulas abusivas que la empresa había incluido en los contratos con los consumidores⁵²².

En cuanto a la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas de indemnización, la reciente modificación que recoge el artículo 11.5 de la LEC legitima al Ministerio Fiscal para el ejercicio de cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios⁵²³. En este sentido y de igual modo que ostenta legitimación para el ejercicio de la acción colectiva

⁵¹⁹ Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Véase: MONTÓN GARCÍA, L., *Acciones colectivas y acciones de cesación*, Instituto Nacional del Consumo (INC), Madrid, 2004, p. 98; ACOSTA ESTÉVEZ, J. B., *Tutela procesal*, op. cit., p. 202; LLAMAS POMBO, E., *Comentario de los artículos 10.ter y 10.quáter LGDCU*, en LLAMAS POMBO, E. (coord.), *Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, La Ley, Madrid, 2005, p. 378 y BUSTOS LAGO, J.M., *El control abstracto de las condiciones generales de los contratos*, en *AJA*, núm. 360, 1998, p. 4.

⁵²⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentario al artículo 54 TRLGDCU*, op. cit., p. 442.

⁵²¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Comentario al artículo 16*, op. cit., pp. 16 y ss.

⁵²² El iter jurisdiccional lo inició la SJPI nº1 de Córdoba de 28 de julio de 2003 y, con posterioridad, su dictamen estimatorio de la pretensión fue confirmado por la SAP de Córdoba de 25 de febrero de 2004 y el ATS de 25 de septiembre de 2007.

⁵²³ 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.

de cesación, podrá ejercer la acción colectiva indemnizatoria, con independencia de si se trata de intereses colectivos o difusos (en la nomenclatura de la Ley).

A mi parecer, la legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de ambos tipos de acciones colectivas es el último intento del legislador español para convertir las acciones colectivas en una institución efectiva de tutela de los intereses afectados en los daños masivos. De hecho, esta previsión legal precede y casi diría que es consecuencia de la interpretación restrictiva de la legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones colectivas de indemnización que se hace en el AAP de A Coruña núm. 18/2013⁵²⁴. Concretamente, el Ministerio Fiscal pretendía el ejercicio acumulado de la acción de cesación de una determinada práctica abusiva, la acción de nulidad de los contratos celebrados como consecuencia de la misma y la respectiva acción resarcitoria derivada de la declaración de nulidad⁵²⁵. No obstante, la Audiencia Provincial literalmente estableció: *“Quiérase o no, el legislador, en opción de política legislativa, únicamente ha concedido la legitimación al MF 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 (apartado 4º del art. 11 de la LEC). La claridad del precepto no admite duda alguna, el Derecho procesal vigente concede legitimación al MF únicamente para la acción de cesación, no para las acciones resarcitorias e indemnizatorias previstas en el art. 12.2 de la Ley 7/98, de 13 de abril”*.

La respuesta del legislador no tardó en llegar con la extensión de la legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de toda acción que pretenda la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios. Más allá de cuestiones tan relevantes como la preparación de los miembros integrantes del Ministerio Fiscal en esta materia o, como plantea CORDÓN MORENO⁵²⁶, el encaje de su legitimación en el proceso civil, se abren muchos interrogantes respecto a la articulación del proceso colectivo iniciado por este ente. A mi juicio, cabe pensar en un proceso con idénticas características al que pueda iniciar la Asociación de Consumidores y Usuarios representativa, de tal modo que los afectados podrán intervenir en el proceso y plantear sus propias pretensiones. Sin embargo, no comparto la opinión de CORDÓN MORENO respecto a la posibilidad de que consumidores individualmente afectados puedan reservar su pretensión, ya que, como he expuesto, esta posibilidad no se prevé en ningún artículo de la LEC⁵²⁷.

⁵²⁴ CORDÓN MORENO, F., *El Ministerio Fiscal y las acciones*, op. cit., pp. 27-32.

⁵²⁵ Véase: ARIZA COLMENAREJO, M. J., *La acción de cesación*, op. cit., pp.152-163.

⁵²⁶ CORDÓN MORENO, F., *El Ministerio Fiscal*, op. cit., p. 32.

⁵²⁷ Ídem.

En cuanto al tipo de legitimación y en base a lo ya apuntado, el Ministerio Fiscal ostenta una legitimación ordinaria cuando ejercita acciones colectivas de cesación al tratarse de intereses propiamente grupales cuya titularidad se determina *ex lege* por la finalidad estatutaria de éste ente. MONTERO AROCA, entre otros, considera que ante el ejercicio de estas acciones por parte del Ministerio Fiscal, no se está protegiendo el interés público, sino un interés propiamente grupal del colectivo afectado⁵²⁸. Por ende y a mi parecer erróneamente, entiende que se trata de una legitimación extraordinaria, a pesar de tratarse de una titularidad otorgada *ex lege* a este ente que actuara, por consiguiente, en nombre propio e interés propio⁵²⁹.

Por el contrario, la legitimación será representativa o extraordinaria ante la solicitud de una tutela indemnizatoria de los intereses pluriindividuales homogéneos afectados, ya que actuará en nombre propio pero en base a intereses ajenos.

Como acabamos de ver, las modificaciones recientes han catapultado al Ministerio Fiscal a un nivel en el que puede ejercitar ambos tipos de acciones sin limitación alguna. Veamos que sucede cuando son los consumidores los que pretenden esta forma de tutela colectiva.

4.3.3. Los grupos de afectados

La LEC legitima para el ejercicio de ambos tipos de acciones a los grupos de afectados, aunque sólo cuando los afectados por una actividad ilícita estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables (art. 11.2 LEC). En este sentido, considera que la determinabilidad permitirá la notificación y la consiguiente participación de los mismos en el proceso en defensa de sus intereses. Sin embargo, no tuvo en cuenta aquellos casos en los que los afectados residen en países diferentes o cuyo número es tal que la notificación efectiva a los mismos y la consiguiente participación en el proceso es prácticamente imposible, con independencia de su carácter determinable. En este supuesto, cabría hablar de una afectación del derecho de audiencia y defensa del artículo 6.1 CEDH y 24 CE.

⁵²⁸ MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, pp. 443 y ss y ROMERO NAVARRO, R., *Comentario del art. 11 LECiv*, en XIOL RÍOS, J. A., *Enjuiciamiento Civil, Comentarios y jurisprudencia*, T. I, Sepin, Madrid, 2008.

Véase: MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios*, en BARONA VILAR, S. (coord.), *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 133-146.

⁵²⁹ MONTERO AROCA, J., *De la legitimación*, *op. cit.*, p. 79.

En cuanto a los tipos de acciones colectiva ejercitables por el grupo de afectados, si bien uno podría considerar, por su disposición sistemática, que éstos únicamente pueden ejercitar acciones colectivas de indemnización, la remisión que el artículo 54.3 del TRLGDCU hace para establecer el ámbito subjetivo de las acciones colectivas de cesación al artículo 11.2 y 11.3 de la LEC demuestra lo contrario. Tal y como he apuntado anteriormente, dicha remisión parece buscar el ejercicio conjunto de ambos tipos de acciones en aquellos supuestos en los que se afecte tanto a intereses propiamente grupales, como pluriindividuales homogéneos. El único requisito para que puedan iniciar el proceso colectivo - más allá de la determinabilidad de los intereses en los que se fundamenten las respectivas acciones- será la constitución del grupo mediante mayoría, entendida como la presencia en la constitución de la parte procesal de más del 50% de los consumidores afectados. El legislador busca, mediante un criterio objetivo como es la mayoría, la protección de todos los miembros de la clase, especialmente de aquellos que no constituyen el grupo procesal.

Ante la ausencia de mayoría, el grupo no tendrá legitimación y, por consiguiente, sus miembros podrán proseguir con la tutela de sus intereses únicamente a nivel individual⁵³⁰. Sin embargo, la regulación de la exigencia de mayoría en la constitución del grupo de afectados se lleva a cabo en el artículo 6.1.7º de la LEC relativo a la capacidad para ser parte. Por esta misma razón, la generalidad de la doctrina considera que este requisito no forma parte de la legitimación, sino que se trata de un presupuesto procesal⁵³¹.

⁵³⁰ “Su apreciación imposibilita el análisis de la cuestión de fondo debatida y puede ser apreciada ya de oficio (art. 9 Ley de Enjuiciamiento Civil) en el momento de admisión a trámite de la demanda, de la contestación o de la reconvencción, en el acto de audiencia previa si se trata de un juicio ordinario (art. 418 de la LEC) o en el momento del juicio en el verbal (art. 443 nº 2 y 3 LEC , o como cuestión incidental por hechos acaecidos tras la audiencia previa (art. 391 nº 1 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o al dictar sentencia en la instancia e incluso en vía del recurso, ya a instancia de parte, si es el actor lo hará saber en el acto de audiencia previa (art. 418 nº 1 LEC) o en el de juicio si es un juicio verbal (art. 443 nº 3 LEC), y si es el demandado al contestar a la demanda de forma escrita en el juicio ordinario (art. 405 LEC) o en el acto de juicio si es el juicio verbal (art. 443 nº 2 LEC)” (Auto nº 129/2009 de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 15 de junio de 2009). En cuanto a las consecuencias: “las consecuencias en función del momento de su apreciación o a la parte a la que le afecte, así si lo es en fase de admisión a trámite de la demanda determinará su inadmisión o si lo fuera en el de la contestación o de la reconvencción, la declaración de rebeldía del demandado, si se planteara en acto de audiencia previa si se trata de un juicio ordinario (art. 418 de la LEC) o en el momento del juicio en el juicio verbal (art. 443 nº 2 y 3 LEC), y afecta al actor conllevaría el sobreseimiento del proceso (art. 418 de la LEC), mientras que si es afecta a la parte demandada da lugar a la declaración de su rebeldía, lo mismo si se resuelve como cuestión incidental (art 391 y ss. de la LEC), o al dictar sentencia, imposibilitando al juzgador entrar en el análisis de la cuestión de fondo debatida, estando para el supuesto de que concurre en la persona del actor ante una sentencia absolutoria en la instancia que dejaría imprejuzada la acción.” (Auto del Juzgado de Primera Instancia de La Coruña de 18 septiembre 2012).

⁵³¹ DE LA OLIVA, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Curso de Derecho*, op. cit., pp. 421 y ss. y MONTERO AROCA, J., *De la legitimación*, op. cit., pp. 160 y ss..

No obstante, soy de la opinión que la exigencia de mayoría es un requisito atenuante a la legitimación del grupo de afectados en el ejercicio de las respectivas acciones colectivas, ya que si se tratara de un presupuesto procesal, estimada su falta en la contestación a la demanda o tras el intento de conciliación en la audiencia previa, se extinguiría la posibilidad de subsanación de este defecto⁵³².

En este sentido y de acuerdo con DE LA OLIVA, este requisito de la legitimación es un supuesto en el que no se requiere entrar en el fondo del asunto, sino que se deberá acreditar al inicio del proceso mediante un principio de prueba que genere la apariencia de que el grupo está legitimado, con independencia de que la sentencia pueda apreciar la falta de legitimación en base al fondo. En caso de que no se aportara el documento en el que consten los consumidores afectados y aquéllos que constituyen la parte procesal, el juez dictará el sobreseimiento del proceso, sin perjuicio de la posibilidad de interposición de una demanda posterior cuando se pueda acreditar que el grupo está compuesto por la mayoría de afectados.

Dicho eso, un ulterior problema reside en la posibilidad de pérdida de la mayoría durante el proceso por reserva de la pretensión por parte de alguno o algunos de los miembros del grupo. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español no se permite reservar la pretensión individual una vez se ha constituido el grupo de afectados como parte procesal, por lo que esta situación no puede darse. En otras palabras, una vez el grupo está constituido por una mayoría de afectados, ninguno de estos podrá reservar su pretensión para el ejercicio individual de su acción.

Por último y sin ánimo de repetir lo ya apuntado anteriormente, me gustaría concluir recordando que el grupo de afectados ostentará una legitimación ordinaria en el ejercicio de la acción colectiva de cesación, ya que su titularidad ha venido determinada *ex lege*, junto con la de los demás entes legitimados. En cambio, respecto a la acción colectiva de indemnización, la legitimación será representativa ya que, si bien el grupo actuará en nombre e interés propio de la mayoría de afectados que constituyan la parte procesal, también lo hará en interés ajeno respecto aquellos miembros del grupo que no formen parte de la mayoría. En el supuesto que la parte procesal estuviera compuesta por la totalidad de afectados, entonces el grupo estaría ejercitando la acción colectiva de cesación en base a una legitimación ordinaria, ya que todos los titulares de los derechos que fundamentan la pretensión estarían en el proceso colectivo. En estos casos que normalmente se caracterizaran por un número bajo de afectados

⁵³² Artículos 405.3 y 418.1 LEC, respectivamente.

perfectamente determinable, podría procederse mediante la figura del litisconsorcio, evitando todos los problemas y complicaciones que plantea la acción colectiva.

4.4. Entidades legitimadas exclusivamente para el ejercicio de la acción colectiva de cesación

El artículo 54 del TRLGDC establece dos entidades que únicamente estarán legitimadas para el ejercicio de la acción colectiva de cesación:

- a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios;
- b) Y las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea.

Empecemos pues, con el análisis de la legitimación del primer grupo de entes.

4.4.1. El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

El Instituto Nacional de Consumo es un organismo autónomo de naturaleza pública y con personalidad jurídica diferenciada del Ministerio de Sanidad y Consumo, del que depende orgánicamente a través de la Dirección General de Consumo⁵³³. Además de éste, se legitima también a los órganos o entidades correspondientes de la Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de protección de los consumidores y usuarios, ya que las competencias en esta materia están compartidas entre el Estado y las Comunidades

⁵³³ Disposición final quinta Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

Corresponde la Subdirección General de Coordinación, Calidad del Consumo y Cooperación institucional, "la preparación de acciones judiciales en defensa de los intereses generales de los consumidores, de conformidad con lo previsto en la legislación vigente" [letra d) del artículo 6 del RD 1087/2003, de 29 de agosto, en la redacción que le ha dado Disposición final quinta Real Decreto 200/2012, de 23 de enero.

Autónomas (artículo 39 y 40 LCU)⁵³⁴. Si bien esta legitimación ya se preveía en el art. 10 quater.1 de la LGDCU, se fundamenta, básicamente y como apunta BUSTOS LAGO, en el cumplimiento del artículo 3.a) de la Directiva 1998/27/CE (actualmente recogida en la Directiva 2009/2002/CE) que habilita a los *organismo públicos independientes específicamente encargados de la protección de los intereses propiamente grupales*⁵³⁵; así como en la experiencia positiva de la legitimación de este tipo de entidades para la protección de los intereses de los consumidores y usuarios⁵³⁶. Para ser más exactos y de acuerdo con GASCÓN INCHAUSTI⁵³⁷, quien ostenta la legitimación a efectos prácticos es la Comunidad Autónoma o la Corporación Local, a no ser que los organismos mencionados por la ley tengan personalidad jurídica autónoma.

Es importante destacar que la legitimación prevista en las normas apuntadas tiene un carácter estrictamente procesal y, por consiguiente, no afectará la capacidad de autoorganización de la Comunidad Autónoma o Corporación Local que seguirá teniendo autonomía en decidir si interponer la respectiva demanda.

No obstante, tanto si el organismo tiene personalidad jurídica autónoma como si depende de un ente superior que ostente la misma, la legitimación en estos casos será ordinaria, ya que la relación entre la finalidad institucional y el ámbito competencial sectorial de estos entes y los intereses propiamente grupales de los consumidores y usuarios, desemboca en una relación subjetiva-objetiva que, si bien trasciende los tradicionales límites de la titularidad exclusiva de un derechos subjetivo, no deja de tratarse de una pretensión fundada en un derecho propio y en interés propio. GUTIÉRREZ DE CABIEDES alega que esta legitimación deriva del hecho que estos órganos velan por el control público en el cumplimiento de la normativa de consumo y son los receptores de reclamaciones y peticiones de mediación y arbitraje en esta materia, posición que faculta una interposición óptima de una acción de cesación para la tutela de los intereses propiamente grupales afectados. Por esta misma razón, no se requerirá que se trate de organismos cuya única finalidad sea la defensa de los consumidores, ya que es prácticamente imposible exigir tal grado de especialización en el caso de las Corporaciones

⁵³⁴ VEGA VEGA, J. A., *Artículo 32, op. cit.*, pp. 918 y ss..

⁵³⁵ BUSTOS LAGO, J. M., *Comentario artículo 54 TRLGDC, op. cit.*, p. 679.

⁵³⁶ CARRASCO PERERA, A. y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Acciones civiles de cesación y competencias administrativas ejecutivas. El ejemplo de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición*, en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2008-2, nº 21, p. 63.

⁵³⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Comentario al artículo 16, op. cit.*, p. 701.

locales; sino que bastará que la defensa de los consumidores y usuarios esté, de un modo efectivo, entre las competencias de esos órganos⁵³⁸.

El ejemplo paradigmático y casi exclusivo del ejercicio de la acción colectiva de cesación por estos órganos, en concreto del INC, lo encontramos en la SAP de Madrid, de 8 de septiembre de 2005, en relación a la cesación y prohibición de reiteración del uso de las cláusulas de redondeo al alza en el tiempo consumido en los contratos de aparcamiento de vehículos, por considerarse éstas abusivas.

4.4.2. Las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea

El último sujeto legitimado exclusivamente para el ejercicio de la acción colectiva de cesación como tutela de los intereses propiamente grupales son las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea. En este sentido, los Estados miembros han reconocido legitimación para el ejercicio de una acción de cesación al Instituto Nacional de Consumo, las diversas Direcciones Generales de Consumo de los gobiernos autonómicos, la Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios, la Asociación de Usuarios de la Comunicación, la Organización de Consumidores y Usuarios, la Unión Cívica Nacional de Consumidores y Amas de España, la Federación de Usuarios Consumidores Independientes, el Consejo de Consumidores y Usuarios CCU y la Asociación General de Consumidores, con arreglo al artículo 2 de la Directiva 98/27/CE (actualmente se recoge en la Directiva 2009/22/CE).

Para que se les reconozca su legitimación, sin embargo, estas entidades deberán cumplir dos presupuestos objetivos: (1) ostentar la protección de los intereses de los consumidores y usuarios como finalidad estatutaria; y, además, (2) estar incluidas en lista publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. C 63, de 8-3-2008⁵³⁹. La inclusión en la lista se realizará mediante solicitud directa al Ministerio de Justicia que, a su vez, transmitirá dicha notificación a la Comisión Europea⁵⁴⁰. Sin embargo, dicha inclusión únicamente es un requisito para que se

⁵³⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Comentario al artículo 16, op. cit.*, p. 701.

⁵³⁹ VIDAL FERNÁNDEZ, B., *Comentario al artículo 6 de la LEC, op. cit.*, pp. 74 y 75.

⁵⁴⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentario al artículo 55 TRLGDCU*, en CÁMARA LAPUENTE, S., (Director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 449.

reconozca capacidad procesal a la entidad extranjera, tal y como establece el artículo 6.1.8 de la LEC. Tal y como señala DE LA OLIVA, la capacidad para ser parte se determina “*en función del proceso, pero no de éste o aquél, sino del proceso en abstracto o, cuando menos, de un tipo de procesos genérico*”⁵⁴¹.

La legitimación de estas entidades, por el contrario, yacerá en el primer requisito relativo a la finalidad estatutaria en relación a los intereses cuya tutela se pretenda. La legitimación, en este sentido, se predicará del objeto de la constitución de las entidades mencionadas. De hecho, el propio artículo 4 de la Directiva 97/27/CE alude a esta distinción, reforzando la interpretación aquí defendida de la legitimación ordinaria de estas entidades, de igual naturaleza que la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios anteriormente descritas⁵⁴². Además, las entidades habilitadas pueden tener tanto una naturaleza pública (como sucede en el caso inglés e irlandés con el *Director General of Fair Trading* y el *Director of Consumer Affairs*, ambos órganos integrantes del poder ejecutivo⁵⁴³), como privada (v. gr. Las asociaciones de consumidores y usuarios habilitadas a tal finalidad en Francia, Luxemburgo, Holanda, Portugal y la propia España). Desafortunadamente, no hay experiencia jurisprudencial en cuánto a la utilización de esta legitimación por parte de las entidades habilitadas a nivel comunitario para la tutela de los intereses propiamente grupales.

Hasta aquí hemos estudiado todos los sujetos que la normativa general, es decir, el TRLGDCU y la LEC, legitima para el ejercicio de la acción colectiva de cesación y de indemnización. No obstante, este análisis resultaría incompleto si no tuviéramos en cuenta la regulación sectorial que contempla el ejercicio de este tipo de acciones, ya que, por el criterio de especialidad, es la que resulta de aplicación ante materias tan importantes como son la Competencia Desleal, la Publicidad y las Condiciones Generales de la Contratación. De hecho, éstas son las tres materias que regula la normativa sectorial en derecho español y, por consiguiente, el objeto de la concisa exposición que sigue.

⁵⁴¹ DE LA OLIVA SANTOS, A., DIÉZ PICAZO GIMÉNEZ, I. y VIDAL TORRES, J., p. 40.

⁵⁴² Ver: *Capítulo III. La legitimación en las acciones colectivas, 3. La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas: tipología y modelos, 3.2. Legitimación en las acciones colectivas de cesación como tutela de los intereses propiamente grupales: una legitimación ordinaria sui generis*, p. 126.

⁵⁴³ BUSTOS LAGO, J. M., *Comentario artículo 54 TRLGDC*, op. cit., p. 682.

4.5. Particularidades de la legitimación en las materias sectoriales

En las siguientes líneas me centraré en la exposición de las particularidades y diferencias que hallamos en la regulación de la legitimación en las normas sectoriales apuntadas. Este análisis empezará por la legitimación en materia de condiciones generales de la contratación para, posteriormente, centrarse en la legitimación para el ejercicio de las acciones previstas en materia de competencia desleal y publicidad.

4.5.1. Condiciones generales de la contratación

Sin más preámbulos, la primera de las leyes especiales es la LCGC cuyo artículo 16 recoge la legitimación para el ejercicio de las acciones en esta materia. Se trata de una lista con carácter *numerus clausus*, por lo que no podrá ostentar legitimación ningún ente que no conste en la misma. Para empezar, las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesiones y agricultores estarán legitimadas para el ejercicio de acciones colectivas de cesación⁵⁴⁴, aunque sea sólo en defensa de sus asociados. En este sentido, será de aplicación todo lo apuntado anteriormente respecto la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios respecto sus asociados, ya que también se trata de una legitimación representativa.

En segundo lugar, se legitima a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas y cuya función social sea la protección de este colectivo. El artículo 7.2 de la Directiva 93/13 DIRECTIVA 93/13/CEE DEL CONSEJO de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y el art. 3 de la Directiva 98/27/CE relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores obligaban al legislador español a establecer una legitimación a este tipo de entidades, al establecer que existía un interés legítimo en la protección de los consumidores⁵⁴⁵. De hecho, se trata de una concreción de un poder general concreto, preexistente y suficiente como el contenido en los artículos 24, 27 y 54 del TRLGDCU, a cuyo análisis me remito. La finalidad es evitar la creación de asociaciones *ad hoc* formadas por

⁵⁴⁴ Con esta expresión me refiero a todas las acciones de carácter colectivo apuntadas en el apartado precedente relativo a las modalidades de tutela de los intereses propiamente grupales.

⁵⁴⁵ CÁMARA LAPUENTE, S., *¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?*, en AAVV, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, DIÉZ-PICAZO, L. (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 765-807.

afectados. Sin embargo, se dejan fuera las personas naturales, las fundaciones, los sindicatos, las cooperativas, las cofradías de pescadores o entidades gestoras de la propiedad intelectual, todos ellos entes que podrían verse afectados por una infracción plural de la normativa imperativa en esta materia. RIBA TREPAT considera que esta limitación es una restricción contraria a la Directiva cuya transposición se pretendía con la LCFC y a los artículos 4 y 24 de la CE, ya que se limita la legitimación al cumplimiento de meros criterios formales por encima del interés legítimo que pudieran tener los distintos entes⁵⁴⁶. No obstante, no coincido con la autora, ya que estos criterios formales buscan asegurar la representatividad del ente legitimado, representatividad que, su vez, constituye la garantía de los derechos de los afectados ante la eficacia *erga omnes* de la sentencia que ponga fin al proceso colectivo⁵⁴⁷. Cabe decir, en este sentido, que no se trata de una representatividad procesal estrictamente hablando, sino de una representatividad social del ente respecto al colectivo cuyos intereses estén legalmente protegidos. Esto se puede observar, concretamente, en la exigencia de la protección de los consumidores y usuarios como finalidad estatutaria de la Asociación de Consumidores y Usuarios para el ejercicio de la acción colectiva de cesación.

Ejemplos de ejercicio de una acción de este tipo por parte de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios legitimadas en esta materia son: SSAP de Madrid de 15 de septiembre de 2006 relativa a las cláusulas abusivas incluidas en las condiciones generales de la contratación de los billetes de avión y de 30 de diciembre de 2008, respecto la plataforma Canal Satélite Digital, las SSAP de Barcelona de 13 de julio de 2005 y de 22 de marzo de 2010, junto con el Auto de la misma de 25 de enero de 2000⁵⁴⁸.

En cuanto a los Colegios Profesionales, el artículo 16 de la LCGC les legitima tanto para el ejercicio de las acciones de cesación para a tutela de los intereses de sus miembros, como para la relativa a los intereses propiamente grupales, de allí su especificación respecto a las corporaciones profesionales también legitimadas⁵⁴⁹. En opinión de RIBA TEPAT, esta legitimación está justificada porque se *“proyecta más allá de la agregación de los intereses individuales de los miembros y se aproxima al ámbito del interés público”*⁵⁵⁰. A mi parecer,

⁵⁴⁶ RIBA TREPAT, C., *Comentario al artículo 16 de la LCGC, op. cit.*, p. 148.

⁵⁴⁷ CORDON MORENO, *Aspectos, op. cit.*, p. 14. En opinión de GASCÓN INCHAUSTI, se trata de una legitimación en abstracto y de forma general y absoluta (GASCÓN INCHAUSTI, F., *Comentario al artículo 16, op. cit.*, p. 687).

⁵⁴⁸ Otras sentencias anteriores también relevantes en cuanto a la legitimación materia de cláusulas abusivas son: SJPI de Madrid de 24 de noviembre de 2003, SSAP de Madrid de 10 de octubre de 2002 y 21 de febrero de 2005 y SAP de las Islas Baleares de 17 de marzo de 2003. En un sentido contrario, la SAP de Barcelona de 23 de marzo de 2006 y su Auto de 5 de septiembre del mismo año.

⁵⁴⁹ STC 89/1989, FJ. 5.

⁵⁵⁰ RIBA TREPAT, C., *Comentario al artículo 16 de la LCGC, op. cit.*, p. 149.

resulta igualmente justificada esta legitimación que en el caso de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, el INC y sus homólogos de divisiones infraestatales, Cámaras de Comercio, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas en el ámbito comunitario y no por aproximarse los intereses a un interés de tipo público, sino porque dichos órganos son titulares compartidos de los intereses propiamente grupales, tal y como indica su finalidad estatutaria o función institucional. De hecho, reitero que los intereses propiamente grupales y los intereses públicos son dos realidades muy distintas diferenciadas por el concepto de interés legítimo⁵⁵¹.

También se legitima para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, consideraras por la doctrina como corporaciones públicas sectoriales de base privada⁵⁵². En este supuesto hay una confluencia de los intereses propiamente grupales de los comerciantes – finalidad principal de estas corporaciones-, con intereses que se consideran propios de la Administración, como es el control del modo en el que se ejercen las actividades de los comerciantes (la llamada *autogestión*).

Finalmente, el artículo 16 de la LCGC legitima al Ministerio Fiscal, al Instituto Nacional del Consumo, a los órganos respectivos de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales y a las entidades habilitadas en el ámbito comunitario para el ejercicio de la acción colectiva de cesación en términos análogos a la normativa de ámbito general, a cuyo examen me remito.

Respecto la llamada “*acción de devolución de cantidades*” prevista en el artículo 12 de la LCGC, si bien es considerada una acción colectiva indemnizatoria, únicamente podrá ser ejercitada por las entidades legitimadas para el ejercicio de la acción colectiva de cesación, ya que es accesoria de ésta última⁵⁵³. Esto resulta un tanto paradójico ya que la tutela debería corresponder en exclusiva a los sujetos directamente afectados o, en los supuestos en los que exista una desproporción entre la cantidad indemnizatoria a percibir y los costes del proceso colectivo, podría optarse por una legitimación a un ente representativo de los mismos que tuviera, estatutaria o institucionalmente, la finalidad de tutelar sus intereses.

En virtud del artículo 519 LEC, la estimación de la pretensión en caso de ejercicio conjunto de las acciones apuntadas conllevará una condena genérica o abstracta que deberá necesariamente precisarse en ejecución, teniendo en cuenta que, en la mayoría de casos, se

⁵⁵¹ Ver: *Capítulo I. Capítulo I: Naturaleza y clasificación de los intereses en las acciones colectivas, 1. La naturaleza de los intereses colectivos, p. 22.*

De hecho, la misma RIBA TREPAT parece apuntar la dificultad de asociar ambos tipos de intereses (RIBA TREPAT, C., *Comentario al artículo 16 de la LCGC, op. cit.*, p. 150).

⁵⁵² GARCÍA DE ENTERRIA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2013, pp. 396-402.

⁵⁵³ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Comentario al artículo 16, op. cit.*, p. 689.

desconocerá la identidad de las personas beneficiarias, así como la cuantía exacta de la indemnización⁵⁵⁴. No obstante y de acuerdo con el artículo 219 de la LEC, la sentencia que estime dicha pretensión deberá cuantificar exactamente su importe o fijar claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar liquidación de forma que ésta consista en una pura operación aritmética, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia⁵⁵⁵.

4.5.2. Competencia desleal y publicidad

En materia de competencia desleal y publicidad, encontramos la Ley de Competencia Desleal modificada por la Ley 29/2009 que establece un régimen jurídico unitario sobre la deslealtad de los actos de engaño y agresivos⁵⁵⁶. El concurso que podía surgir en estos supuestos entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal hacían necesario, y así lo recoge la jurisprudencia, la introducción de mecanismos de coordinación. En especial, cabe destacar el art. 18 de la LCD que considera desleal toda publicidad ilícita⁵⁵⁷. En ese sentido, se modifica la Ley General de Publicidad, con objeto de disponer de un mismo cuerpo de acciones y remedios contra todas las prácticas comerciales que perjudiquen los intereses económicos de los consumidores y usuarios. Sin embargo, no se deroga la regulación específica de la publicidad, ni la legitimación especial que la Ley General de Publicidad recoge frente a la publicidad ilícita por utilizar de forma vejatoria o discriminatoria la imagen de la mujer (art. 6 LGPub), herramienta procesal frente a la publicidad que atenta contra la dignidad de la persona o vulnera los derechos y valores reconocidos en la Constitución⁵⁵⁸. Tal y como indica VEGA VEGA⁵⁵⁹, el bien protegido en esta normativa es la competencia como institución que protege, a la vez, un interés legítimo de los consumidores y un interés general⁵⁶⁰.

⁵⁵⁴ PARDO IRANZO, V., *Acción ejecutiva*, op. cit., pp. 417 y ss..

⁵⁵⁵ ARIAS LOZANO, D., *La llamada "condena con reserva"*, *Estudio del artículo 360 de la Ley de enjuiciamiento civil*, en *Revista General de Derecho*, núm. 625 y 626, 1996, pp. 11141-11172.

⁵⁵⁶ Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

⁵⁵⁷ Para TATO PLAZA y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, entienden que cualquier acto de publicidad ilícita puede revestir la naturaleza de acto desleal si reúne los requisitos establecidos en la propia ley para tipificarlos como tal, por lo que este artículo resulta innecesario (TATO PLAZA, A. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., *La reforma de la Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 253 y ss.).

⁵⁵⁸ Exposición de motivos Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

⁵⁵⁹ VEGA VEGA, J. A., *Artículo 32*, op. cit., p. 892.

⁵⁶⁰ STS de 31 de enero de 2010.

A partir de lo apuntado, cabe diferenciar, de una parte, entre una legitimación para el ejercicio individual de las acciones declarativa, de cesación, remoción, rectificación e incluso resarcimiento y, de otra, una acción para el ejercicio colectivo de las mismas acciones, a excepción de la de resarcimiento⁵⁶¹.

Por último y en relación a la acción de daños y perjuicios en materia de competencia desleal, el artículo 11.2 de la LEC reconoce legitimación para su ejercicio a las entidades habilitadas a nivel comunitario. VEGA VEGA considera que esta la legitimación se extiende a los grupos de consumidores y a las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios en materia de competencia desleal⁵⁶². De acuerdo con este autor, soy de la opinión que el legislador se refiere a todas éstas cuando utiliza dicha expresión, si bien la imprecisa técnica legislativa genera numerosas dudas, ya que el artículo 11.4 del mismo texto legal recoge la legitimación de estas entidades para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación y nada dice respecto las acciones colectivas indemnizatorias.

En cuanto a la legitimación para el ejercicio individual de las acciones declarativa, de cesación, remoción, rectificación e incluso resarcimiento en materia de competencia desleal, están legitimadas las personas físicas que participan en el mercado y cuyos intereses económicos han resultado directamente afectados o amenazados (art. 33.1 LDC). No obstante, el reconocimiento de esta legitimación no implica que los consumidores individuales puedan ejercitar colectivamente estas acciones. El legislador ha considerado insuficiente la titularidad mediata que ostentan estos sujetos respecto a los intereses que fundamentan las acciones declarativa, de cesación, remoción, rectificación e incluso resarcimiento en materia de competencia desleal, en cuanto el sujeto individual no es representativo y, por consiguiente, no puede garantizar la protección de la totalidad de los miembros del grupo debido al efecto *erga omnes* de la sentencia que ponga fin al proceso colectivo. Es más, todas estas acciones de ejercicio individual están pensadas básicamente para el sujeto (normalmente empresa) competidor en el mercado. Así, se trata de la tutela de un derecho personal de las restantes empresas ante la infracción de la normativa imperativa por parte de un competidor.

De acuerdo con la STS de 20 de enero de 2009, por participación en el mercado se entenderá tanto la participación efectiva, como la meramente preparatoria, entendida como aquellos

De acuerdo con: KELSEN, H., *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, Porrúa, México, 1987, pp. 539-570.

⁵⁶¹ La acción de resarcimiento presenta particularidades y se tratará en la parte relativa a las acciones colectivas de indemnización, ya que es un supuesto en el que se tutelan intereses pluriindividuales homogéneos.

⁵⁶² Siempre que cumplan los requisitos apuntados en las precedentes líneas.

actos directos o indirectos dotados de trascendencia externa y que se lleven a cabo con fines concurrenciales, sin necesidad de que se opere en un establecimiento abierto al público⁵⁶³, utilizando, por tanto, un criterio interpretativo amplio⁵⁶⁴. Para considerar que los intereses económicos del sujeto individual están directamente perjudicados o amenazados, dichos intereses deberán estar dentro de la actividad económica o con finalidad competitiva⁵⁶⁵. Además, por amenaza se entenderá el peligro de lesión manifestada de forma unívoca, debiendo ser un riesgo posible⁵⁶⁶. A estos requisitos se la suma la necesidad que la actividad no haya cesado y que su participación en el sector económico determinado sea legal⁵⁶⁷.

En relación a la legitimación para el ejercicio de las respectivas acciones en materia de publicidad ilícita, el artículo 33.1 legitima a los afectados por el acto o a aquellos cuyo interés se haya visto afectado por el acto publicitario ilícito. En esta materia, por consiguiente, encontramos una rebaja de los requisitos respecto a la Competencia Desleal, ya que para el ejercicio de una acción para la tutela de los intereses propiamente grupales no se requerirá que la persona física participe en el mercado, ni la afectación de intereses económicos, sino que bastará que sus intereses resulten indirectamente afectados en el sentido de perjudicados negativamente por la publicidad ilícita.

Asimismo, el artículo 6.2 de la LGPub sigue recogiendo la legitimación especial de la Delegación del Gobierno por la Violencia de Género, el Instituto de la Mujer, las Asociaciones Feministas y el Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción declarativa de deslealtad, acción de cesación o de prohibición de reiteración futura, acción de remoción de los efectos producidos y acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas ante aquella publicidad ilícita que sea discriminatoria o vejatoria de la imagen de la mujer.

La legitimación para el ejercicio colectivo de las acciones declarativa, de cesación, remoción y rectificación se otorga, a su vez, a las Asociaciones y Corporaciones profesionales, así como a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, a las entidades habilitadas en el marco comunitario, al Ministerio Fiscal y al Instituto Nacional del Consumo y los entes análogos de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales (apartados 3 y 4 del artículo 33 LCD).

Si bien me remito a todo lo apuntado anteriormente respecto cada uno de estos entes, cabe subrayar un aspecto que considero importante. En cuanto a las Asociaciones y Corporaciones

⁵⁶³ STS de 14 de julio de 1994 y 18 de agosto de 2006.

⁵⁶⁴ SAP de Madrid de 11 de mayo de 2005 y SAP de Valladolid de 9 de febrero de 2005.

⁵⁶⁵ STS de 19 de enero de 2009 y SAP de Madrid de 26 de septiembre de 2006.

⁵⁶⁶ SSTS de 3 de enero de 2005, 21 de octubre de 2005 y 14 de julio de 2003.

⁵⁶⁷ SAP de Valencia de 27 de mayo de 2005 y SAP de Madrid de 10 de junio de 2004, respectivamente.

locales, su legitimación se podrá fundar tanto en la representación de los intereses de sus miembros como en la ordinaria de los intereses propiamente grupales de los consumidores y usuarios. Asimismo, el concepto de “intereses de los miembros de la asociación” se interpretará en sentido amplio, tal y como realiza la propia LGPub, y su afectación deberá ser de forma patrimonial⁵⁶⁸. Además, en estos supuestos habrá una inversión de la carga probatoria de acuerdo con el artículo 217.4 LEC⁵⁶⁹, de tal modo que las Asociaciones y Corporaciones locales únicamente deberán aportar indicios de la ilicitud de la conducta y será el demandado quien deberá desvirtuar la presunción *iuris tantum* mediante prueba suficiente.

Como se ha podido ver, el legislador ha optado por pasar dicho control al ordenamiento jurídico civil a través de la litigación de los afectados por la infracción de la normativa imperativa en estos ámbitos sectoriales, ya sean estos los consumidores, los competidores o cualquier persona afectada negativamente por el acto ilícito, aunque hubiera podido establecerse un sistema de control administrativo en estas materias⁵⁷⁰. Estamos, en definitiva, ante una fuga del derecho administrativo hacia el derecho civil en un intento del Estado de conseguir un mayor cumplimiento por parte de las empresas de las normas rectoras⁵⁷¹.

4.6. La financiación de las acciones colectivas en España

Una vez estudiados todos los requisitos que deberán cumplir los distintos sujetos para poder ejercitar las diferentes acciones colectivas, considero necesario acabar el análisis español apuntando todas las posibilidades de financiación de la tutela colectiva que el ordenamiento jurídico español permite⁵⁷².

A lo que respecta a la financiación pública que representa el derecho a la justicia gratuita, el ejercicio de las acciones colectivas por parte de los grupos de afectados plantea muchas dudas en cuanto al goce de dicho beneficio, en cuanto el grupo de afectados puede estar compuesto por sujetos cuyos recursos económicos y financieros sean muy dispares. En este sentido, a la pregunta de si procederá el beneficio de justicia gratuita del grupo cuando alguno de sus

⁵⁶⁸ SAP de la Rioja de 30 de diciembre de 2004.

⁵⁶⁹ ORMAZABAL SANCHEZ, G., *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

⁵⁷⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Comentario al artículo 16*, op. cit., p. 686, citando a su vez a HEINRICKS, H, en PALANDT, *Bürgerliches*, op. cit., p. 2442.

⁵⁷¹ VEGA VEGA, J. A., *Artículo 32*, op. cit., p. 928.

⁵⁷² La profesora ARIZA COLMENAREJO destaca también la importancia de la financiación: ARIZA COLMENAREJO, M. J., *La acción de cesación*, op. cit., pp. 183-188.

integrantes cumpla los requisitos de los artículos 2 y 3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita⁵⁷³, cabe responder que dicha ley no prevé que los grupos de

⁵⁷³ El artículo 2 de la LAJG recoge el ámbito personal de aplicación del siguiente modo:

“En los términos y con el alcance previstos en esta ley y en los tratados y convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita:

a) Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

b) Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en todo caso.

c) Las siguientes personas jurídicas cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar:

1.º Asociaciones de utilidad pública, previstas en el artículo 32 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

2.º Fundaciones inscritas en el Registro Público correspondiente.

d) En el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales.

Asimismo, el derecho a la asistencia jurídica gratuita se reconoce a los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social para los litigios que sobre esta materia se sustancien ante el orden contencioso-administrativo.

e) En el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo.

f) En los litigios transfronterizos en materia civil y mercantil, las personas físicas contempladas en el Capítulo VIII de esta ley, en los términos que en él se establecen.

g) Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita, que se les prestará de inmediato, a las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas, así como a los menores de edad y las personas con discapacidad psíquica cuando sean víctimas de situaciones de abuso o maltrato.

Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fuera el agresor.

A los efectos de la concesión del beneficio de justicia gratuita, la condición de víctima se adquirirá cuando se formule denuncia o querrela, o se inicie un procedimiento penal, por alguno de los delitos a que se refiere este apartado, y se mantendrá mientras permanezca en vigor el procedimiento penal o cuando, tras su finalización, se hubiere dictado sentencia condenatoria. El beneficio de justicia gratuita se perderá en caso de sentencia absolutoria firme o archivo firme del procedimiento penal, sin la obligación de abonar el coste de las prestaciones disfrutadas gratuitamente hasta ese momento.

h) Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita a quienes a causa de un accidente acrediten secuelas permanentes que les impidan totalmente la realización de las tareas de su ocupación laboral o profesional habitual y requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, cuando el objeto del litigio sea la reclamación de indemnización por los daños personales y morales sufridos.”

El artículo 3 de la LAJG, por su parte establece los requisitos básicos para que se conceda este beneficio:

“1. Se reconocerá el derecho de asistencia jurídica gratuita a aquellas personas físicas que careciendo de patrimonio suficiente cuenten con unos recursos e ingresos económicos brutos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, que no superen los siguientes umbrales:

a) Dos veces el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas no integradas en ninguna unidad familiar.

b) Dos veces y media el indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas integradas en alguna de las modalidades de unidad familiar con menos de cuatro miembros.

c) El triple de dicho indicador cuando se trate de unidades familiares integradas por cuatro o más miembros.

2. Constituyen modalidades de unidad familiar:

afectados puedan gozar del beneficio de la justicia gratuita. Por ende, cabría entender que deben ser los propios afectados quienes financien la acción colectiva, con el consiguiente efecto disuasorio que ha conllevado que desde la aprobación de la LEC en el año 2000 no hayamos observado una sola acción colectiva iniciada por un grupo de consumidores afectados. No obstante, una interpretación teleológica de la norma implicaría reconocer el beneficio de justicia gratuita cuando todos los consumidores afectados que compongan la mayoría cumplan con los requisitos para que se les reconozca tal beneficio. Más dudas sugieren los supuestos en los que alguno de estos componentes no cumpla con tales presupuestos legalmente establecidos.

Por otra parte, las asociaciones de consumidores y usuarios gozarán del beneficio de justicia gratuita recogido en la Disposición Adicional 2ª de la LAJG, si cumplen determinados presupuestos recogidos en el TRLGDCU y la Orden SCO/453/2008, de 14 de febrero. En primer lugar y de acuerdo con el artículo 2.2 del TRLGDCU, los productos adquiridos por los consumidores afectados deberán tratarse de productos de uso común, actualmente recogidos en el Anexo I del Real Decreto 1507/2000 mediante una lista con carácter de *numerus clausus*⁵⁷⁴.

En segundo lugar, se podrá solicitar tanto si se ejercen acciones colectivas de cesación, de indemnización o en representación de sus asociados, ya que bastara que la acción que ejercite la asociación trascienda el interés particular, de acuerdo con la STC 219/2007.

a) La integrada por los cónyuges no separados legalmente y, si los hubiere, los hijos menores con excepción de los que se hallaren emancipados.

b) La formada por el padre o la madre y los hijos que reúnan los requisitos a que se refiere la regla anterior.

3. Los medios económicos podrán, sin embargo, ser valorados individualmente, cuando el solicitante acredite la existencia de intereses familiares contrapuestos en el litigio para el que se solicita la asistencia.

4. El derecho a la asistencia jurídica gratuita solo podrá reconocerse a quienes litiguen en defensa de derechos o intereses propios, o ajenos cuando tengan fundamento en una representación legal. En este último caso, los requisitos para la obtención del beneficio vendrán referidos al representado.

5. Se reconocerá el derecho de asistencia jurídica gratuita a las personas jurídicas mencionadas en el apartado c) del artículo anterior, cuando careciendo de patrimonio suficiente el resultado contable de la entidad en cómputo anual fuese inferior a la cantidad equivalente al triple del indicador público de renta de efectos múltiples.”

⁵⁷⁴ Tal y como apunta la SAP de 21 de septiembre de 1994. Asimismo, se contiene en el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 2, apartado 2, y 11, apartados 2 y 5, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes. Actualizado posteriormente por Orden SCO/453/2008, de 14 de febrero, por la que se modifica el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera.

Además, la Asociación de Consumidores y Usuarios únicamente podrá beneficiarse de la justicia gratuita si está inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, como indica el artículo 33.1 del TRLGDCU.

Este derecho de justicia gratuita no impedirá que la Asociación de Consumidores y Usuarios pueda ser condenada en costas, con independencia de su comportamiento y a pesar de que la doctrina anterior únicamente entendía aceptable dicha condena en caso de comportamiento temerario por parte de la asociación⁵⁷⁵. No obstante, las SSTs de 20 de noviembre de 1996 y 31 de enero de 1998 negaron esta teoría al entender que el beneficio de justicia gratuita no eximía a la asociación de pagar las costas procesales en aquellos casos en los que se condenara a la misma al abono de éstas, aplicándose las normas generales de condena en costas⁵⁷⁶.

En síntesis, por norma general la Asociación de Consumidores y Usuarios tendrá derecho a la asistencia jurídica gratuita si bien debe tenerse en cuenta que los gastos de un proceso colectivo pueden ser muy elevados y es precisamente el Estado quién deberá financiarlo.

Por esta misma razón y para evitar la ineffectividad de todo el sistema de tutela colectiva provocada tanto por la falta de previsión de financiación del ejercicio de la acción colectiva por parte del legislador, como por la insostenibilidad de la financiación pública, es necesario cuestionarnos la licitud del pacto de *quota litis* en nuestro ordenamiento jurídico, ya que no ha sido solo la principal vía de financiación, sino también la principal razón del éxito de las acciones colectivas (*class actions*) en Estados Unidos, como veremos posteriormente.

La regulación del pacto de *quota litis* en España se recoge en dos normas: el artículo 44.3 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por el Real Decreto 658/2001 de 22 de diciembre y el consiguiente artículo 16 del Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por el Consejo General de la Abogacía Española el 27 de setiembre de 2002, si bien este último fue suspendido de vigencia y eficacia por acuerdo del Pleno del Consejo General de la Abogacía Española de 10 de diciembre de 2002 y acuerdo del Pleno del CGAE de fecha 21 de julio de 2010 por las razones que apuntaremos más adelante.

En primer lugar y de acuerdo el artículo 44.3 del EGAE, por *quota litis* se entiende “*el acuerdo entre el abogado y su cliente, previo a la terminación del asunto, en virtud del cual éste se compromete a pagarle únicamente un porcentaje del resultado del asunto,*

⁵⁷⁵ BACHMAIER WINTER, L., *La asistencia jurídica gratuita*, Comares, Granada, 1997, p. 160.

⁵⁷⁶ Artículos 394 y ss. de la LEC.

independientemente de que consista en una suma de dinero o cualquier otro beneficio, bien o valor que consiga el cliente por ese asunto”.

En relación a esta tipología de pactos el mismo artículo establece que: *“Se prohíbe en todo caso la cuota litis en sentido estricto [...]”*. El Código deontológico de los abogados europeos que aprobó en 1988 el Consejo de la Abogacía Europea, por su parte, establece que el Abogado no puede fijar sus honorarios en base a un pacto de *quota litis*, en términos idénticos al EGAE⁵⁷⁷. Además, añade que no se considerará pacto de *quota litis* *“el acuerdo que prevea la determinación de los honorarios en función del resultado del asunto encomendado al Abogado, siempre que dicho valor se fije de conformidad a un baremo oficial de honorarios o si es aprobado o admitido por una autoridad competente que tenga jurisdicción sobre el Abogado”*⁵⁷⁸.

Como podemos observar, los términos utilizados en el Estatuto General de la Abogacía Española son muy parecidos al contenido del Código deontológico de los abogados europeos que aprobó en 1988 el Consejo de la Abogacía Europea. La principal diferencia yace en el hecho que la normativa española prohíbe que pueda no cobrarse después de haber llevado a cabo el servicio letrado. En otras palabras, se prohíben aquellos honorarios que se basen únicamente en el pacto de *quota litis*, mientras que la normativa europea lo permite, tal y como sucede, por ejemplo, en el Reino Unido en relación al pacto *no win, no fee* o *no cure, no pay*.

El origen de la prohibición de este tipo de pactos proviene del Derecho Romano y tanto el Fuero Juzgo, como las Partidas demuestran que la nulidad del pacto de *quota litis* tiene un fuerte arraigo histórico-doctrinal⁵⁷⁹.

⁵⁷⁷ Apartado 3 del CDAE: “3.3.1. El Abogado no puede fijar sus honorarios en base a un pacto “de cuota litis”. 3.3.2. Por pacto “de cuota litis” se entiende el acuerdo entre el Abogado y su cliente concertado antes de la conclusión definitiva de un asunto en el que tenga intereses el cliente y en virtud del cual el cliente se compromete a pagar al Abogado únicamente una parte del resultado, sea éste una cantidad de dinero o cualquier otro beneficio que consiga el cliente a la conclusión del asunto. 3.3.3. No se considerará pacto de “cuota litis” el acuerdo que prevea la determinación de los honorarios en función del resultado del asunto encomendado al Abogado, siempre que dicho valor se fije de conformidad a un baremo oficial de honorarios o si es aprobado o admitido por una autoridad competente que tenga jurisdicción sobre el Abogado.”

⁵⁷⁸ Apartado 3.3 del Código deontológico de los abogados europeos.

⁵⁷⁹ Tal y como apunta AGUDO RUIZ, tanto las *Insistuciones* (12.7.11), como el *Digesto* (17.1.6.7), contemplan dicha prohibición (AGUDO RUIZ, A., *Abogacía y abogados. Un estudio histórico-jurídico*, Universidad de La Rioja, Logroño, 1997, pp. 294 y ss.). Siguiendo con el mismo autor, el Fuero Juzgo establece que *“El danno y el provecho del pleyto deven pertenezzer á aquel que metió el personero”* (Fuero Juzgo, edición facsimilar, Madrid, RAE, 1971, p. 31) y las Partidas, *“Otrosí defendemos que ningunt abogado non sea osado de facer postura con el dueño del pleyto de rescebir cierta parte de*

No obstante, la aprobación del Código Deónico de la Abogacía Española conllevó la aprobación de determinadas Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y, posteriormente, de los Tribunales jurisdiccionales de distintos órdenes que flexibilizaron dicha prohibición. Concretamente, la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 26 de septiembre de 2002 afirmó que la limitación establecida en el artículo 16 de dicha norma - en términos idénticos al artículo 44.3 del EGAE - era contraria al artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que prohibía *“todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio (...)”*⁵⁸⁰. La razón yace en que la prohibición es *“una decisión colectiva que tiene por objeto y efecto la fijación de honorarios mínimos de los abogados, impidiendo la determinación de los mismos mediante el acuerdo libre entre abogado y cliente”*, cosa que *“perjudica particularmente la entrada en el mercado de abundantes abogados que empiezan su carrera profesional y que, por ello, podrían estar más dispuestos, en general, que los abogados de solvencia profesional acreditada, a cobrar unos honorarios profesionales que no cubrieran sus costes cuando no ganasen los casos a ellos confiados”*⁵⁸¹.

Aunque posteriormente dicha resolución fue anulada por la Sentencia de la Audiencia Nacional (Cont. Admin. Sec. 4ª) de 25 de junio de 2005, al entender la identidad de contenido del artículo 16 del CDAE y el 44 EGAE y al ser esta última una regulación de honorarios aprobada por normativa estatal no sujeta a la LDC ni al control del TDC, el Consejo General de la Abogacía Española suspendió el artículo 16 del CDAE. En este sentido, de poco sirvió la STS

aquella cosa sobre que es la contienda” (Las Siete Partidas, ed. de la Real Academia de la Historia, Madrid, ImprentaReal, 1807, II, pp. 440-441).

Dentro de la doctrina civil, el pacto de *quota litis* fue inicialmente considerado contrario a la moral e incumplir así uno de los límites impuestos por el artículo 1.255 del Código Civil (MARTOS CALABRÚS, M.ª A., *El pacto de quota litis*, en *Actualidad Civil*, 33, 1999, pp. 1003-1030). En sentido idéntico: SSTs de 12 de noviembre de 1956 y 10 de febrero de 1962.

⁵⁸⁰ Esta redacción se conserva en la actual Ley 15/2007, de 3 de julio.

⁵⁸¹ Las posiciones doctrinales especializadas fueron polarizadas. Mientras MAZÓN COSTA y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO estuvieron a favor de la resolución del TDC (MAZÓN COSTA, J. L., *Cuota litis*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 552, 2002, pp. 5-6 y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Honorarios profesionales de los Abogados*, en *Aranzadi Civil*, XI /II, 2004, pp. 1990-1993.); GÓMEZ AMIGO, CAÑABATE POZO, MEDINA HERNANDEZ y CRESPO DE LARA adoptaron posiciones total o parcialmente contrarias (GÓMEZ AMIGO, L. Y CAÑABATE POZO, R., *Prohibición del pacto de “cuota litis” y Derecho de la competencia*, en *Aranzadi Social*, XII /III, 2002, pp. 3157-3163; MEDINA HERNÁNDEZ, O., *Ejercicio de la abogacía, pacto de “cuota litis” y defensa de la competencia. (Consideraciones en torno a la RTDC – pleno– de 26 de septiembre de 2002)*», en *Anales de la Facultad de Derecho* (Univ. de La Laguna), 20, 2003, pp. 63-84; y CRESPO DE LARA, P., *La Justicia no es un mercado*, en *Abogacía Española*, 24, 2003, p. 15-16. , respectivamente).

(Cont. Admin.) de 3 de marzo de 2003 cuando interpretó que *“la mínima restricción a la libre competencia que supone la prohibición del pacto de cuota litis en sentido estricto halla suficiente respaldo legal en que su admisión no es que atentase a la dignidad de la Abogacía, sino que sobre todo desdibujaría el concepto mismo de tal actividad profesional y no respetaría debidamente los derechos de los particulares, que en determinadas circunstancias podrían verse abocados a constituirse en meros instrumentos de la conducta empresarial de los abogados”*⁵⁸².

Tampoco resulta muy esclarecedora la práctica jurisprudencial posterior. Por un lado encontramos sentencias como la de la Audiencia Provincial de Alicante de 18 de septiembre de 2003, Audiencia Provincial de Zaragoza 42/2004, de 27 de enero, Audiencia Provincial de Vizcaya o Audiencia Provincial de Asturias 114/2995, de 29 de marzo y 86/2006, de 2 de marzo consideran que el cobro de los honorarios exclusivamente mediante pacto de *cuota litis* *«pone en riesgo la independencia y la libertad del abogado que deja de ser defensor para convertirse en socio de su cliente en pos de un resultado material, lo que, además de adular la función de la defensa, provoca el desamparo o discriminación de los ciudadanos que han de reivindicar derechos de escasa entidad patrimonial o cuya tutela resulta dificultosa, y además supone perjuicio para los restantes abogados que ven vulnerada la competencia a través de conductas desleales»*⁵⁸³.

Por el otro, la SAP Madrid 460/2004, de 24 de marzo, por ejemplo, considera en su Fundamento Jurídico quinto que *“en la jurisprudencia civil, al menos en la más moderna, no es posible encontrar pronunciamientos en que apoyar la nulidad pretendida»* y menos cuando *“nuestro vigente Código Civil y el espíritu de nuestro ordenamiento jurídico permiten la libertad de pacto en todas las relaciones jurídicas, incluidas las de arrendamiento de servicios como las que prestan los profesionales de la abogacía”*.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Civil, Sec. 1.ª), núm. 357/2004, de 13 de mayo razona (FD 4.º) que *“la prohibición de los pactos de cuota litis (...) no aparece en texto legal alguno, siendo establecida únicamente en el citado precepto [art. 56.1] del Estatuto de la Abogacía”*; de modo que una eventual sanción estatutaria *“tendría una trascendencia exclusivamente limitada al ámbito corporativo, circunstancia que impide entender que en el*

⁵⁸² Comparten razonamiento las SSTs (Cont.-Adm.), de 1 de junio de 2003 y 17 de diciembre de 2003, sobre nuevas impugnaciones del EGAE. También la SAP Alicante 481/2003, de 18 de septiembre, confirma la ilegalidad de un pacto de *cuota litis*.

⁵⁸³ En el mismo sentido: SAP Barcelona 496/2005, de 15 de septiembre y SAP Valencia 207/2006, de 31 de marzo.

caso que nos ocupa los litigantes hubiesen llegado a establecer una cláusula o condición contraria a las Leyes, a la moral o al orden público”⁵⁸⁴. Según con BERCOVITZ y LÓPEZ DE LA PEÑA, esta última sentencia ha dado vía libre al pacto de *quota litis* al determinar su definitiva y total validez civil⁵⁸⁵.

De acuerdo con RODRÍGUEZ-TOUBES⁵⁸⁶, soy de la opinión que la jurisprudencia acaecida a partir de esta última sentencia permite afirmar el pacto de *quota litis* es válido si no es abusivo, sin perjuicio de la sanción disciplinaria que podrá imponerse en el caso que los honorarios de los abogados resulten inexistentes o excesivos por su única vinculación al resultado del proceso⁵⁸⁷.

Por todo lo apuntado, el pacto de *quota litis* puede articularse también ante el ejercicio de las acciones colectivas, aunque no como única vía de financiación, sino como porcentaje o tasa de éxito a percibir por el abogado ante la estimación de la pretensión de sus clientes. En este sentido, abogado y clientes deberán fijar necesariamente y de antemano los honorarios del primero, junto con tasa de éxito.

4.7. Precisiones finales: la falta de legitimación del consumidor individual para el ejercicio de la acción colectiva de cesación

Una vez analizados todos los sujetos legitimados para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación, quiero finalizar este análisis de la regulación de la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español, exponiendo, muy brevemente, dos puntos que, a mi parecer, resultan relevantes.

⁵⁸⁴ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, K., *El pacto de "quota litis" en la deontología de los abogados*, en *Anuario de filosofía del derecho*, Nº 25, 2008-2009, pp. 79-110.

⁵⁸⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Vía libre al pacto de cuota litis*, en *Aranzadi Civil*, XIII /II, 2004, pp. 1940-1942 y LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J. F., *Validez del pacto de cuota litis. Comentario a la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo núm. 357/2004 de 13 de mayo de 2004*, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 6, 2004, pp. 183-185, respectivamente.

⁵⁸⁶ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, K., *El pacto*, *op. cit.*, p. 87.

⁵⁸⁷ En el mismo sentido, APARISI considera que la tendencia actual es hacia la permisividad del pacto de *quota litis* (APARISI MIRALLES, Á., *Ética y deontología para juristas*, EUNSA, Pamplona, 2006, p. 312), al ser ya una práctica habitual, como afirma TÁRRAGA POVEDA, J., *El pacto de "cuota litis" en el proceso laboral*, en *Aranzadi Social*, XIII /V, 2003, pp. 1037-1058.

Asimismo, la propia suspensión de la vigencia del artículo 16 del Código Deontológico refuerza esta idea.

El primero de ellos es la ausencia de reconocimiento de legitimación a los consumidores individuales para la tutela de los intereses propiamente grupales. BUJOSA VADELL apunta que esta denegación de justicia se debe a que no hay una afección real en la esfera jurídica propia del consumidor individual⁵⁸⁸. Sin embargo, soy de la opinión que este consumidor individual es titular mediato de los intereses propiamente grupales y, en este sentido, el legislador podría haber decidido legitimar al mismo para el ejercicio de la acción colectiva de cesación. La razón de la denegación de legitimación al consumidor individual para ejercicio de esta acción radica, sin embargo y a mi parecer, en el carácter indivisible del objeto y en el efecto de cosa juzgada extensible a la totalidad de los miembros de la clase, aspectos que plantean interesantes problemas sobre el derecho de audiencia y defensa (art. 24 CE), como se ha expuesto al tratar el modelo de acciones colectivas español.

Por último y directamente relacionado con lo apuntado anteriormente, debemos preguntarnos si el consumidor individual, si bien no puede ejercitar una acción colectiva de cesación, puede intervenir en el procedimiento iniciado por los otros legitimados⁵⁸⁹. La respuesta es negativa ya que el ordenamiento jurídico no ha reconocido la titularidad mediata de estos sujetos como socialmente representativa de la colectividad de la que forman parte. El propio artículo 15.4 de la LEC establece que la intervención de los consumidores individuales en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios no se permitirá en los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación. Sin embargo y en virtud del artículo 13 de la LEC, se permitirá su intervención sólo si, junto a la acción colectiva de cesación, se acumula una acción resarcitoria, ya que el ordenamiento jurídico legitima al consumidor para la intervención en el proceso resultante del ejercicio de esta última⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ BUJOSA VADELL, L.M., *La protección jurisdiccional*, op. cit., p. 637.

⁵⁸⁹ Para un análisis extenso y detallado véase la siguiente monografía: OROMI VALL-LLOVERA, S., *Intervención voluntaria*, op. cit., pp. 37 y ss.

⁵⁹⁰ SAP Madrid 25 de enero de 2006

SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Intervención procesal*, en *Nueva enciclopedia Jurídica*, T. XIII, Seix, Barcelona, 1968, p. 463. Jurisprudencialmente, destacan la STS de 9 de octubre de 2003 y las SAP de Jaén de 26 de julio de 1996 y SAP de Las Palmas de 18 de junio de 1998.

5. La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en otras experiencias de Derecho Comparado

A continuación, estudiaremos la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación en Italia, Estados Unidos y Brasil, a nivel nacional, y en la Unión Europea, como ente supranacional. Esto nos permitirá ver cuál ha sido la opción escogida por el legislador en la regulación de esta institución clave para proteger los intereses colectivos, destacando tanto los puntos negativos como positivos de su puesta en práctica en los tribunales.

La selección de los países cuya regulación de la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas pasará a describir no ha sido ni mucho menos arbitraria. En primer lugar, Italia es uno de los países europeos que tiene un desarrollo mayor de la tutela colectiva. En este sentido, representa un sistema alternativo de regulación de los llamados “intereses colectivos”, especialmente en cuanto a los intereses pluriindividuales homogéneos y su nueva regulación de la *azione di classe* del artículo 140-bis del Codice del Consumo. En relación a los intereses propiamente grupales, la regulación italiana propone interesantes cuestiones en base a la legitimación de los distintos legitimables, así como a otros elementos como son, sin ánimo exhaustivo, el efecto *secundum eventum litis* o la propia distinción entre intereses propiamente grupales y pluriindividuales homogéneos.

En un análisis de estas características, sin embargo, no podía faltar la perspectiva comunitaria en cuanto a la protección de los consumidores y usuarios. Más aún cuando la protección de este colectivo es una competencia nacional cedida por los Estados Miembros a la Unión Europea, razón por la cual el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron 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 y la Comisión Europea aprobó la reciente Recomendación de 10 de junio de 2013 sobre el recurso colectivo europeo⁵⁹¹. Cabe destacar también que gran parte de regulación tuitiva de los intereses de este colectivo en la mayoría de países de la UE son fruto de las respectivas Directivas europeas⁵⁹².

Otro elemento imprescindible en este análisis, es la legitimación para el ejercicio de las diferentes acciones colectivas en el ordenamiento estadounidense, no tan solo por tratarse de

⁵⁹¹ 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) (DO L 201/60).

⁵⁹² COROMINAS BACH, S., *Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (la Recomendación de 11 de junio de 2013)*, en *Revista Europea de Derecho Procesal*, Iustel, 2014.

un sistema de *common law* - que ya de por sí plantea un punto de vista diferente de esta institución tradicional de este sistema-, sino especialmente porque el concepto de recurso colectivo o acción colectiva para la tutela de estos intereses tiene su origen en las *class actions* americanas, cuya influencia ha llegado a los sistemas de *civil law*. En este sentido, es una institución foránea que, si bien ha sido objeto de estudio tanto por la doctrina como por la misma Unión Europea en su tarea legislativa⁵⁹³, la mayoría de veces se ha tratado de modo fraccionado o excesivamente limitado al Derecho⁵⁹⁴. En este sentido, considero imprescindible analizar las *class actions* desde un punto de vista económico ya que soy de la opinión que su éxito únicamente puede comprenderse en un análisis de ésta índole en relación a la técnica procesal utilizada⁵⁹⁵.

Por último, Brasil se presenta como un ejemplo aparentemente eficaz de la adopción de las *class actions* en un sistema de *civil law*⁵⁹⁶. Este modelo se centra en una legitimación exclusiva del Ministerio Público y en un efecto *secundum eventum litis* de la sentencia que ponga fin al proceso colectivo con la finalidad de conseguir una tutela de los intereses afectados en los daños masivos, evitando la vulneración de los derechos constitucionales de los miembros afectados que no participen en el proceso. Como veremos, el sujeto afectado queda completamente al margen de esta tutela colectiva.

5.1. La experiencia italiana

En el estudio de la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en el Derecho italiano, diferenciaremos sistemáticamente entre el ejercicio de la acción colectiva de cesación y la acción colectiva de indemnización, ya que no tan solo no se contempla la posibilidad de

⁵⁹³ Consulta Pública “Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo” (SEC(2011)0173). Respuestas disponibles en: http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/dgs_consultations/ca/replies_collective_redress_consultation_en.htm (13/03/2015).

Doctrinalmente, destaca la obra de LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, op. cit..

⁵⁹⁴ PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las “acciones colectivas”*, op. cit., pp. 263-342.

⁵⁹⁵ Clara muestra de ello es la reciente monografía: BACKHAUS, J. G., CASSONE, A. y RAMELLO, G. B., *The Law and Economics of Class Actions in Europe, Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012.

⁵⁹⁶ Hasta tal punto que incluso WALMIER ARRUDA ALVIM se pregunta si están acercándose al sistema de *common law* (WALMIER ARRUDA ALVIM, T., *Em direção ao common law?*, en MENDES, DE CASTRO A. G. y WALMIER, ARRUDA ALVIM, T. (Org.), *O Processo em perspectiva: Jornadas Brasileiras de Direito Processual: Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013).

acumulación de ambas acciones, sino que ni siquiera están legitimados los mismos sujetos para que pueda proceder su ejercicio conjunto.

En concreto, el ordenamiento jurídico italiano presenta una regulación que, si bien es parecida a la española, plantea interesantes particularidades y debates doctrinales de otra índole. En la legislación italiana en materia de consumidores y usuarios encontramos dos grupos distintos de normas⁵⁹⁷:

- a) Un primer grupo de normas relativas a conductas que establecen obligaciones para el productor en su actividad, cuyo incumplimiento comporta un ilícito no necesariamente dañoso para los consumidores y usuarios individuales, sino una lesión de los intereses propiamente grupales de los mismos. Como ejemplos de materias pertenecientes a este primer grupo, encontramos la publicidad engañosa en el etiquetado de productos y aquellas otras materias en las que se establece una determinada norma de conducta para los entes que operan en el mercado. Concretamente, estas obligaciones están recogidas en los artículos 5, 6, 7, 9, 10, 11, 15, 16, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 29, 30, 31, 39, 58, 59, 60, 85, 86, 87, 88, 194, 105, 117 y 118 del *Codice del Consumo* y se confiere la acción colectiva de cesación para sancionar la violación de la norma de conducta, evitando así el acaecimiento del daño.

- b) Un segundo grupo de normas reconoce que la violación de determinados derechos y la adopción de determinadas prácticas comerciales puede producir un daño al consumidor individual. El caso paradigmático de este bloque es la responsabilidad por productos defectuosos y muestra del reconocimiento y protección de estos daños son los artículos 33, 34, 35, 36, 42, 47, 48, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 64, 65, 66, 67, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 114, 116, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134 y 135 del *Código del Consumo*. A dicho efecto, se establece la innovadora *azione di classe* como acción colectiva indemnizatoria que busca la tutela de una pluralidad de daños homogéneos, sin perjuicio de la acción individual indemnizatoria.

Como podemos ver, esta distinción encaja perfectamente en la clasificación que desde un inicio hemos mantenido en este trabajo entre intereses propiamente grupales y los intereses pluriindividuales homogéneos, intereses estos últimos que no dejan de ser intereses

⁵⁹⁷ DE SANTIS, A. D., *La tutela giurisdizionale*, op. cit., p. 484.

individuales que requieren de una tutela colectiva por las características de la afectación. Naturalmente, se trata de intereses jurídicos diversos y, por esta misma razón y en una técnica legislativa adecuada a la distinción descrita, el legislador italiano ha establecido dos tipos de legitimación diferentes.

5.1.1. *La legitimación para el ejercicio de la acción colectiva de cesación*

Respecto al primer grupo de normas que son las que nos interesan en esta sede, el artículo 139 del Codice del Consumo⁵⁹⁸, junto con el artículo 37 del mismo texto⁵⁹⁹, legitima para el ejercicio de la acción colectiva de cesación a las asociaciones de los consumidores y usuarios que sean representativas de acuerdo con el artículo 137, a las asociaciones de profesionales también representativas o a las cámaras de comercio, industria, artesanía y agricultura.

⁵⁹⁸ Art. 139 c. cons.: “1. Le associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco di cui all'art. 137 sono legittimate ad agire, ai sensi dell'art. 140, a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti. Oltre a quanto disposto dall'art. 2, le dette associazioni sono legittimate ad agire nelle ipotesi di violazione degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle materie disciplinate dal presente codice, nonché dalle seguenti disposizioni legislative:

a) legge 6 agosto 1990, n. 223, e successive modificazioni, ivi comprese quelle di cui al testo unico della radiotelevisione, di cui al decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e legge 30 aprile 1998, n. 122, concernenti l'esercizio delle attività televisive;

b) decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 541, come modificato dal decreto legislativo 18 febbraio 1997, n. 44, e legge 14 ottobre 1999, n. 362, concernente la pubblicità dei medicinali per uso umano.

2. Gli organismi pubblici indipendenti nazionali e le organizzazioni riconosciuti in altro Stato dell'Unione europea ed inseriti nell'elenco degli enti legittimati a proporre azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, possono agire, ai sensi del presente articolo e secondo le modalità di cui all'art. 140, nei confronti di atti o comportamenti lesivi per i consumatori del proprio Paese, posti in essere in tutto o in parte sul territorio dello Stato.”

⁵⁹⁹ Art. 37 c. cons.: “1. Le associazioni rappresentative dei consumatori, di cui all'articolo 137, le associazioni rappresentative dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano, o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività ai sensi del presente capo.

2. L'inibitoria può essere concessa, quando ricorrono giusti motivi di urgenza, ai sensi degli articoli 669-bis e seguenti del codice di procedura civile.

3. Il giudice può ordinare che il provvedimento sia pubblicato in uno o più giornali, di cui uno almeno a diffusione nazionale.

4. Per quanto non previsto dal presente articolo, alle azioni inibitorie esercitate dalle associazioni dei consumatori di cui al comma 1, si applicano le disposizioni dell'articolo 140.”

De acuerdo con el artículo 37, por ende, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios únicamente podrán ejercitar este tipo de acciones si cumplen los requisitos del artículo 137 del Código del Consumo. Veamos entonces, cuales son estos requisitos⁶⁰⁰:

- En primer lugar, se exige que la Asociación hay sido constituida mediante acto público o escritura privada autenticada; que no tenga ánimo de lucro; que tenga una antigüedad de tres años; y que en sus estatutos conste la protección de los consumidores y usuarios como finalidad exclusiva. Estos requisitos son prácticamente idénticos a los establecidos en la regulación española, tanto en el TRLGDCU, como en la legislación sectorial, aunque la exclusividad de la finalidad estatutaria no es

⁶⁰⁰ Art. 137 c. cons: "1. Presso il Ministero delle attivita' produttive e' istituito l'elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale.

2. L'iscrizione nell'elenco e' subordinata al possesso, da comprovare con la presentazione di documentazione conforme alle prescrizioni e alle procedure stabilite con decreto del Ministro delle attivita' produttive, dei seguenti requisiti:

a) avvenuta costituzione, per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, da almeno tre anni e possesso di uno statuto che sancisca un ordinamento a base democratica e preveda come scopo esclusivo la tutela dei consumatori e degli utenti, senza fine di lucro;

b) tenuta di un elenco degli iscritti, aggiornato annualmente con l'indicazione delle quote versate direttamente all'associazione per gli scopi statuari;

c) numero di iscritti non inferiore allo 0,5 per mille della popolazione nazionale e presenza sul territorio di almeno cinque regioni o province autonome, con un numero di iscritti non inferiore allo 0,2 per mille degli abitanti di ciascuna di esse, da certificare con dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorieta' resa dal legale rappresentante dell'associazione con le modalita' di cui agli articoli 46 e seguenti del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445;

d) elaborazione di un bilancio annuale delle entrate e delle uscite con indicazione delle quote versate dagli associati e tenuta dei libri contabili, conformemente alle norme vigenti in materia di contabilita' delle associazioni non riconosciute;

e) svolgimento di un'attivita' continuativa nei tre anni precedenti;

f) non avere i suoi rappresentanti legali subito alcuna condanna, passata in giudicato, in relazione all'attivita' dell'associazione medesima, e non rivestire i medesimi rappresentanti la qualifica di imprenditori o di amministratori di imprese di produzione e servizi in qualsiasi forma costituite, per gli stessi settori in cui opera l'associazione.

3. Alle associazioni dei consumatori e degli utenti e' preclusa ogni attivita' di promozione o pubblicita' commerciale avente per oggetto beni o servizi prodotti da terzi ed ogni connessione di interessi con imprese di produzione o di distribuzione.

4. Il Ministero delle attivita' produttive provvede annualmente all'aggiornamento dell'elenco.

5. All'elenco di cui al presente articolo possono iscriversi anche le associazioni dei consumatori e degli utenti operanti esclusivamente nei territori ove risiedono minoranze linguistiche costituzionalmente riconosciute, in possesso dei requisiti di cui al comma 2, lettere a), b), d), e) e f), nonche' con un numero di iscritti non inferiore allo 0,5 per mille degli abitanti della regione o provincia autonoma di riferimento, da certificare con dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorieta' resa dal legale rappresentante dell'associazione con le modalita' di cui agli articoli 46 e seguenti del citato testo unico, di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 445 del 2000.

6. Il Ministero delle attivita' produttive comunica alla Commissione europea l'elenco di cui al comma 1, comprensivo anche degli enti di cui all'articolo 139, comma 2, nonche' i relativi aggiornamenti al fine dell'iscrizione nell'elenco degli enti legittimati a proporre azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori istituito presso la stessa Commissione europea."

indispensable en España⁶⁰¹. Además, destaca el presupuesto de 3 años de antigüedad desde la constitución de la asociación, años en los que la asociación debe haber tenido una actividad continuada. Tal y como indica RIBA TREPAT, esta ulterior exigencia pretende evitar la creación de asociaciones *ad hoc* por parte de los grupos de afectados por una conducta concreta contraria a la normativa imperativa⁶⁰².

- En segundo lugar y para asegurar la transparencia de la asociación, ésta deberá tener un registro anual en el que consten todos sus asociados y sus cuotas respectivas destinadas a la consecución de los fines estatutarios. En relación al mismo concepto, se exige el desarrollo de un presupuesto anual de ingresos y gastos, indicando las tasas pagadas por sus miembros y la contabilidad de conformidad con las normas aplicables.
- Tampoco faltan requisitos relativos a la independencia de la asociación, tales como la imposibilidad que sus representantes hayan sido condenados en relación a la actividad de la asociación, así como la imposibilidad de que éstos sean empresarios o administradores de empresas que operen en el mismo sector económico que la asociación.
- Pasando a sus asociados, su número no puede ser inferior al 0,5 por mil de la población y, del mismo modo que se requería el carácter supraautonómico de la asociación de consumidores y usuarios para el ejercicio de la acción colectiva de cesación en la normativa española, el Código de Consumo exige la presencia de la asociación en al menos cinco regiones o provincias autónomas, indicando que el número de asociados no puede ser inferior al 0,2 por mil de los habitantes de cada una de ellas. En este sentido, se sube el listón respecto al ordenamiento jurídico español, al establecer límites relativos al número de asociados para garantizar la representatividad social de los entes legitimados⁶⁰³. Por el contrario, también se otorga legitimación a aquellas asociaciones de consumidores y usuarios que operen exclusivamente en un territorio donde residan las minorías lingüísticas

⁶⁰¹ Ver: *Capítulo III. La legitimación en las acciones colectivas, 4. La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en España, 4.3. Entidades legitimadas para el ejercicio de la acción colectiva de cesación e indemnización (de forma separada o conjunta), p. 150.*

⁶⁰² RIBA TREPAT, C., *Comentario al artículo 16 de la LCGC, op. cit.*, p. 148.

⁶⁰³ GASCÓN INCHAUSTI frente los requisitos parecidos de acceso al Consejo de Consumidores y Usuarios en la experiencia española, es un límite rechazable (GASCÓN INCHAUSTI, F., *Comentario al artículo 16, op. cit.*, pp.698 y ss.).

constitucionalmente reconocidas, siempre que cumplan con todos los otros requisitos apuntados.

Una vez analizados los presupuestos a cumplir por las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de las acciones de tutela de los intereses propiamente grupales, conviene determinar el tipo de legitimación que se les reconoce. En este punto, la doctrina italiana mayormente coincide con la posición defendida por este autor, en cuanto considera que la asociación tutela una posición jurídica subjetiva propia⁶⁰⁴. En este sentido, COSTANTINO considera los intereses de los consumidores y usuarios un interés propio de la asociación de consumidores y usuarios, ya que ésta tiene la titularidad inmediata de los mismos⁶⁰⁵. En cuanto a las asociaciones de profesionales también representativas u a las cámaras de comercio, industria, artesanía y agricultura, me remito, en cuanto a tipo de legitimación, a lo expuesto en el estudio de la experiencia española, pues cabe aplicar lo desarrollado en tal sede ya que es idéntica⁶⁰⁶.

Dicho esto y analizando el concepto de pluriofensividad, DE SANTIS afirma que ésta será completa cuando la actividad ilícita, además de afectar los intereses propiamente grupales hasta ahora analizados, vulnere posiciones individuales de los consumidores y usuarios (art. 140 bis c. consumo), cosa que nos lleva al segundo grupo de normas⁶⁰⁷. También en este supuesto, la legitimación para el ejercicio de la acción colectiva de cesación la seguirán teniendo las asociaciones de consumidores y usuarios en los términos descritos, junto con los entes restantes.

La cuestión se plantea en relación a la posibilidad que el consumidor individual pueda ejercer esta acción colectiva de cesación. Sin duda, este supuesto resultaría revolucionario ya que implicaría reconocer su legitimación colectiva en base a la titularidad mediata del mismo. El artículo 140.9 del *Código del Consumo* establece que el ejercicio colectivo de la acción de cesación hasta aquí analizada no precluirá el derecho a la acción individual del consumidor cuando resulte perjudicado por la misma conducta ilícita, sin perjuicio de las normas relativas a

⁶⁰⁴ CONSOLO, C. y DE CRISTOFARO, M., *Clausole abusive e proceso*, en *Corr. Giur.*, 1997, p. 478; GIUSSANI, A., *Considerazioni sull'art 1469-sexies cod. civ.*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 328; PAGNI, I., *Tutela individuale*, *op. cit.*, pp. 133 y ss.; PONTIROLI, L., *La tutela dei consumatori di servizi bancari: considerazioni critiche sulla recente giurisprudenza inhibitoria*, en *Riv. dir. priv.*, 2004, pp. 581 y ss.; TRISTORIO LIUZZI, G., *I meccanismi processuali di tutela del consumatore*, pp. 344 y ss.

⁶⁰⁵ COSTANTINO, G., *Note sulle tecniche di tutela collettiva*, pp. 1009 y ss.

⁶⁰⁶Ver: *Capítulo III. La legitimación en las acciones colectivas, 3. La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas: tipología y modelos*, p. 123.

⁶⁰⁷ DE SANTIS, A. D., *La tutela giurisdizionale*, *op. cit.*, p. 451 y PAGNI, I., *Tutela*, *op. cit.*, pp. 135 y ss..

la litispendencia, contingencia, conexión y acumulación de acciones⁶⁰⁸. No obstante y como es sabido, la litispendencia únicamente se aplicará ante una identidad subjetiva inicialmente inoponible entre el consumidor individual y los demás entes legitimados⁶⁰⁹. Por ende, cabe entender que esta referencia a litispendencia se debe al reconocimiento de la legitimación del consumidor individual para el ejercicio la acción colectiva de cesación. Esta legitimación estaría fundada en el artículo 24 de la Constitución Italiana, ya que la acción inhibitoria tutela posiciones jurídicas que no podrían ser tuteladas con otros instrumentos⁶¹⁰. Sin embargo, el proceso civil limita el ejercicio de la acción colectiva de cesación por parte del consumidor individual a aquellos supuestos en los que la infracción de las normas de conducta le haya generadoun daño directo, ya que, si se permitiera al consumidor iniciar una acción colectiva de cesación sin daño personal, estaríamos hablando de un reconocimiento de tutela de una posición sustancial asimilable al mero interés en la legalidad. Es decir, la titularidad mediata descrita no es suficiente para poder reconocer la existencia de un interés legítimo y la consiguiente indemnización⁶¹¹.

La presunta legitimación al consumidor individual, junto con la de los entes apuntados cabe plantear la posibilidad de concurso de acciones, la intervención del sujeto individual en el proceso colectivo e incluso el litisconsorcio unitario⁶¹².

El concurso de acciones se puede plantear en dos supuestos:

⁶⁰⁸ 9. Fatte salve le norme sulla litispendenza, sulla continenza, sulla connessione e sulla riunione dei procedimenti, le disposizioni di cui al presente articolo non precludono il diritto ad azioni individuali dei consumatori che siano danneggiati dalle medesime violazioni.

⁶⁰⁹ WALMIER, ARRUDA ALVIM, T., *Litispendência em ações coletivas* en DUARTE, B. E. y DUARTE, R. P. (Org.), *Processo civil: aspectos relevantes, v. 2: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior*, Método, São Paulo, 2007, pp. 567-583.

⁶¹⁰ RAPISARDA, C. y TARUFFO, M., *Inhibitoria (azione)*, en *Enc. giur. it.*, XVI, Roma, 1988, pp. 7 y ss.; RAPISARDA, C., *Profili della tutela civil inhibitoria*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 150 y ss..

⁶¹¹ Otros autores que contemplan la posibilidad de legitimar al consumidor individual para el ejercicio de la acción colectiva de cesación: FRIGNANI, A., *Inhibitoria (azione)*, en *Enc. del dir.*, vol. XXI, 1974, pp. 559 y ss.; ID, *L'azione inhibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni fipro dal core de un civilista)*, en *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 999; GIUSSANI, A., *Inhibitoria (azione)*, *postilla de aggiornamento*, en *Enc. giur. Treconci*, XVII, Roma, 1998; LIBERTINI, M., *La tutela civile inhibitoria*, en *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene, Napoli, 1989, pp. 315 y ss.; ID, *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inhibitoria e risarcimento del danno*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pp. 385 y ss.; LIEBMAN, E. T., *Disciplina dell'inibitoria nell proceso per violazione di brevetti o de mavoli*, en *Riv. dir. proc.*, 1962, pp. 564 y ss.; MICHELI, G. A., *L'azione preventiva*, en *Riv. dir. proc.*, 1959, pp. 21 y ss; y MONTESANO, L., *Problema attuali su limiti e contenesti (anche non patrimoniali) delle inhibitorie, normali e urgente*, en *Riv.trim.dir.proc.*, 1995, p. 775.

⁶¹² Si entendemos que se trata de intereses propiamente grupales cuyo objeto es indivisible (TRISORIO LIUZZI, G., *I meccanismi processuali di tutela del consumatore*, en *Il giusto processo civile*, 2007, p. 347). Por, COSTANTINO considera que si se trata de una posición plurisubjetiva se regirá por el artículo 1306 c. c. (COSTANTINO, V. G., *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, en *Dir. giur.*, 1974, pp. 223 y ss.).

- a) Ante el ejercicio de acciones inhibitorias colectivas por la asociación y el consumidor individual por la afectación de intereses propiamente grupales e intereses pluriindividuales homogéneos, respectivamente, cosa que se solucionaría, sin ulteriores problemas, a través de la tramitación conjunta, ya que habría identidad subjetiva y objetiva, de *petitum* y *causa petendi*. Además, los sujetos podrían intervenir en base a los artículos 40 y 274 del c.p.c.⁶¹³.
- b) Ante el ejercicio de la acción colectiva de cesación por parte de la asociación y por parte del consumidor individual por la vulneración de la normativa imperativa que, a su vez, afecta los intereses pluriindividuales homogéneos de los consumidores y usuarios.

En este segundo caso, DE SANTIS argumenta que podría plantearse el ejercicio conjunto de ambas acciones por identidad de *petitum* y *causa petendi*⁶¹⁴. Si bien la STJUE de 1 de octubre de 2002 considera que ejercicio de la acción colectiva de cesación por parte de la asociación de consumidores y usuarios y los restantes entes siempre se fundamentara en una responsabilidad de tipo aquilina o extracontractual, respecto al fundamento de la legitimación del consumidor individual para el ejercicio de las mismas acciones cabe distinguir entre aquellas conductas ilícitas no contractuales pluriofensivas (como por ejemplo las prácticas comerciales ilícitas) y las conductas ilícitas contractuales pluriofensivas (v. gr. las cláusulas abusivas). En el caso que los intereses afectados se fundamenten en una relación extracontractual, asociación y consumidor individual tendrán el mismo núcleo de hechos constitutivos en lo que se considera conexión propia. Sin embargo, ello no será así cuando se trate de intereses contractuales, a no ser que las cláusulas que utilice la empresa fueran generales e indistintas, supuesto en el que también sería admisible una conexión propia por identidad de *causa petendi*⁶¹⁵.

⁶¹³ Jurisprudencialmente: Trib. Roma 23 de mayo de 2008; Trib. Rimini 13 de noviembre de 2003, *Guida al dir.*, 2004, p. 40; Trib. Bari 25 de marzo de 2002, *Foro. It.*, 2002, I, p. 2827 y Tib. Torre Annunziata, sez. dist. C. Stabia, de 26 de noviembre de 2004, *Merito*, 2005, 2, p. 23.

Doctrinalmente: TARZIA, G., *La tutela inibitoria contro le clausole vessatorie*, en *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 637; MONTESANO, L., *Tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori e dei concessionari di servizi di pubblica utilità nelle normative sulle clausole abusive e sulla autorità di regolazione*, en *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 7; PUNZI, C., *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 667.

⁶¹⁴ DE SANTIS, A. D., *La tutela giurisdizionale*, op. cit., p. 496.

⁶¹⁵ DE SANTIS, A. D., *I disegni di legge italiani sulla tutela degli interessi collettivi e il Class Action Fair Act of 2005*, en *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2006, p. 612 y PETRILLO, C., *La tutela degli interessi collettivi e dei diritti individuali omogeni nel processo societari*, en *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 141 y ss.. Véase también: Cass. 23 julio 2005, n. 15535, en *Mass. Giust. civ.*, 2005, 7/8, en el que la asociación de consumidores y usuarios pretendía la tutela de los intereses pertenecientes al segundo grupo de normas.

Junto con el ejercicio conjunto, cabría igualmente la intervención del consumidor individual en la causa colectiva por las mismas razones apuntadas. Además, si se tratara de la intervención, el consumidor individual podría pedir únicamente la declaración de ilicitud de la conducta, acción merodeclarativa que no puede valerse como forma de tutela colectiva única ya que no busca cesación de la conducta⁶¹⁶.

Si bien, como acabamos de ver, la acción colectiva de cesación ejercitada por parte del consumidor individual podría tener encaje en el sistema italiano, su obstáculo principal lo constituye la eficacia de la sentencia colectiva. En concreto, el hecho de si ésta última es susceptible de producir efecto a terceros cuando estos son titulares de posiciones jurídicas dependientes⁶¹⁷. Sin embargo, en el presente caso las posiciones jurídicas no son solo dependientes, sino idénticas, debido a la cotitularidad que ostenta tanto la asociación de consumidores y usuarios y el consumidor individual⁶¹⁸, por lo que la sentencia producirá una eficacia directa⁶¹⁹.

La clave radica en la relación entre los tres sujetos: asociación de consumidores y usuarios (u otra entidad de las apuntadas legitimada), empresa productora del daño y consumidor. Si el origen de ambas acciones es un mismo comportamiento ofensivo, existirá una clara dependencia⁶²⁰, así como prejudicialidad – con la consiguiente eficacia refleja de la cosa juzgada⁶²¹.

⁶¹⁶ App. Torino, 1 de marzo de 2005, *Contratti*, 2005, p. 1121 y Trib. Torino 19 febrero 2003, *Giur. it.*, 2003, 30, p. 959. También: PALMIERI, A., en la nota a Trib. Palermo 29 de mayo de 2006, *Foro. It.*, 2006, I, 2544; MARINUCCI, E., *Azioni collettive e azioni, op. cit.*, pp. 148 y ss. y CARRATTA, A., *Brevi osservazioni sull'inibitoria a tutela di consumatori e utenti*, en LANFRANCHI, L., *Giusto processo civile e processi decisori sommari*, Torino, 2001, pp. 137 y ss..

⁶¹⁷ CARNELLUTTI, F., *Efficacia diretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1948, p. 429; ALLORIO, E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, pp. 67 y ss.; LIEBMAN, E. T., *Efficacia ed autorità della sentenza*, Giuffrè, Milano, 1935, pp. 100 y ss.; FABBRINI, F., *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1974, pp. 115 y ss.; MONTESANO, L., *Tutela giurisdizionale, op. cit.*, p. 230; PROTO PISANI, A., *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, en *Foro. It.*, 1985, I, p. 2385; TROCKER, N., *L'intervento per ordine del giudice*, Milano, 1984, p. 399; LUISO, F. P., *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso i terzi*, Milano, 1981, p. 101 y ss.; CARPI, F., *Efficacia ultra partes della sentenza civile*, Giuffrè, Milano, 1974; BETTI, E., *Diritto processuale civile italiano*, 2ª ed., Roma, 1936, p. 611.

⁶¹⁸ La exigencia de afectación personal del consumidor es exclusivamente para reconocer la legitimación del sujeto, ya que el sujeto es el titular mediato de los intereses generales de los consumidores y usuarios.

⁶¹⁹ ALLORIO, E., *La cosa giudicata, op. cit.*, p. 120.

⁶²⁰ MARINUCCI, *Azioni collettive, op. cit.*, pp. 151 y ss. y MENCHINI, S., *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive, Le azioni seriali*, en *Quaderni de «Il giusto processo» civile*, 2008, pp. 92 y ss.

⁶²¹ DE SANTIS, A. D., *La tutela giurisdizionale, op. cit.*, p. 504 y CHIARLONI, S., *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 397.

El problema se plantea cuando la sentencia desestima la pretensión o, en otras palabras, cuando los efectos del proceso colectivo son negativos, ya que ello produce una preclusión cuando quiere volver a discutirse lo previamente discutido. En este caso estaríamos planteando que una acción colectiva de cesación ejercitada por un consumidor individual podría conllevar la imposibilidad de consecución de una tutela de unos intereses compartidos por una pluralidad de sujetos que no han tenido la posibilidad de ejercitar sus derechos de defensa y contradicción en el proceso. Ni que decir tiene que esto genera graves problemas respecto el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por esta misma razón, la única solución constitucional sería plantear un efecto *secundum eventum litis* del proceso colectivo, de tal modo que la sentencia colectiva únicamente afectara al resto de cotitulares de los intereses propiamente grupales en el caso que el resultado fuera favorable⁶²². No obstante, el efecto *secundum eventum litis* únicamente se prevé en la legislación italiana respecto a los concreditors solidarios (art. 1306 c.c.), a falta de un principio de representatividad adecuada como sucede en la *class action*⁶²³.

Aunque en el supuesto que estamos analizando existe una identidad de *causa petendi*, la pretensión debe ser idéntica y satisfacer a todos los acreedores para poder entender que se trata de una obligación solidaria⁶²⁴. Éste último requisito lo complica todo, ya que si bien la acción colectiva de cesación busca una misma prestación, la necesidad de que el consumidor haya sido afectado por la conducta ilícita hace que esta se pueda ejercer de manera conjunta con la acción de indemnización, acción no ejercitable por la asociación de consumidores y usuarios⁶²⁵. Además, la prestación en las obligaciones solidarias no suele ser una condena de entrega de un bien o de dinero⁶²⁶.

⁶²² TOMMASEO, F., *Commento all'art. 1469-sexies c.c.*, en ALPA, G.-PATTI, S., *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, *Commentario agli articoli 1469-bis-1469 sexies del Codice Civile*, tomo I, Milano, 1997, pp. 785 y ss; BELLELLI, A., *La tutela inibitoria*, en *Commentario al Capo XIV-bis del Codice civile: dei contratti dei consumatori*, en *Nove leggi civ. Comm.*, 1997, pp. 950 y ss y LIBERTINI, M., *Prime riflessioni sull'azione inibitoria dell'uso di clausole vessatorie (art. 1469-sexies c.c.)*, en *CIE*, 1996, p. 558.

⁶²³ BUSNELLI, F. D., *La cosa giudicata nell'obbligazioni solidali*, en *Riv. trim. Dir. e proc. civ.*, 1974, pp. 393 y ss; ID., *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974; ATTARDI, A., *Sui limiti di efficacia dell'art. 1306 c.c.*, en *Riv. dir. proc.*, 1953, II, pp. 52 y ss; RUBINO, D., *Delle obbligazioni*, en *Commentario del código civile*, Bologna-Roma, 1968, pp. 130 y ss.; DI MAJO, A., *Obbligazioni solidali*, en *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 301; MAZZONI, C. M., *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, en *Trattato di diritto privato*, Torino, 1992, I, pp. 142 y ss; BIANCA, C. M., *Diritto civile*. IV, Milano, 2001; GNANI, A., *Obbligazione solidale (diritto civile)* en *Il diritto. Enc giur de IL SOle24ore X*, Milano, 2007, pp. 208 y ss.; y DE SANTIS, A. D., *La tutela giurisdizionale*, *op. cit.*, p. 509.

⁶²⁴ BIANCA, C. M., *Diritto*, *op. cit.*, p. 706.

⁶²⁵ TRISORIO LUIZZI, G., *I meccanismi processuali di tutela del consumatore*, *op. cit.*, pp. 357 y ss.

⁶²⁶ COSTANTINO, G., *Brevi note sulla*, *op. cit.*, p. 236.

La conclusión es simple: o bien se trata de un error del legislador en el artículo 140.9 *Código del Consumo* al permitir la presunta legitimación del consumidor individual para el ejercicio de una acción colectiva de cesación o bien estamos ante un precepto que requiere de la previsión de un efecto *secundum eventum litis* para que sea constitucionalmente aceptable.

5.1.2. *La legitimación para el ejercicio de la acción colectiva de indemnización (azione di classe)*

En este apartado, a diferencia del anterior, nos centraremos en la legitimación para la tutela colectiva de la afectación plural de derechos individuales del consumidor a partir de determinadas prácticas comerciales ilícitas⁶²⁷. En otras palabras, analizaremos aquellos sujetos legitimados para el ejercicio de la acción colectiva de indemnización ante supuestos de daños masivos.

Antes, sin embargo, cabe señalar que el régimen anterior al *Codice del Consumo* actualmente vigente legitimaba a las mismas asociaciones legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación⁶²⁸. La identidad de los sujetos legitimados buscaba, al igual que sucede en el ámbito comunitario y como hemos visto en el derecho español⁶²⁹, la tutela conjunta de aquellos supuestos en los que una misma actividad haya afectado a intereses propiamente grupales y a intereses pluriindividuales homogéneos. Además, se articuló un modelo de acciones colectivas de inclusión o *opt-in*, de modo que la sentencia que ponía fin al proceso colectivo únicamente afectaría a aquellos consumidores afectados que voluntariamente decidieran incorporarse al proceso en los términos de los artículos 40 y 274 del *Código de Procedura Civile*.

No obstante y ante la ineffectividad de las acciones colectivas bajo ese régimen jurídico, el legislador italiano decidió optar, con la aprobación del *Codice del Consum* y concretamente en su artículo 140-bis, por un sistema de acción colectiva indemnizatoria que se caracteriza por: (1) legitimar colectivamente del consumidor individual afectado por la conducta pluriofensiva y

⁶²⁷ CAPONI, R., *The collective redress action in the Italian legal system*, en *ZZP-Int*, 13 (2009).

⁶²⁸ CONSOLO, C., *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dell' "opt-in" anziché quella danese dell' "opt-out" e il filtro (L'inutil precauzione)*, en *Corr. Giur.*, I, 2008, pp. 1 y ss.; CARRATA, A., *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, en *Rivista di diritto processuale* n. 3/2008, pp. 727 y ss.; DE SANTIS, A. D., *L'azione risarcitoria collettiva*, pp. 152 y ss.; MARINUCCI, E., *Azioni collettive, op. cit.*, pp. 235 y ss..

⁶²⁹ Ver: *Capítulo III. La legitimación en las acciones colectivas, 3. La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas: tipología y modelos, 3.1. El tratamiento conjunto de dos tipos diferentes de legitimación*, p. 123.

titular de un derecho homogéneo respecto de los otros miembros; (2) limitar la tutela colectiva al consumo, de acuerdo con los artículos 1, 2, 3 y 12 del c. cons.⁶³⁰, de tal modo su ámbito de aplicación subjetivo se limita a los consumidores y usuarios, es decir, a la persona física que actúa con finalidad aliena a su actividad empresarial o profesionalmente desarrollada⁶³¹. Esto no impide que pueda ejercitarse contra la Administración cuando se trate de un perjuicio provocado por servicios públicos o de utilidad pública, si bien en el caso que la acción colectiva sea de cesación se atribuye competencia únicamente a el juez administrativo⁶³²; (3) mantener

⁶³⁰ MENCHINI, S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, disponible en <http://www.foroitaliano.it/wp-content/uploads/2015/02/quaderno-n-2.pdf> (19/03/2015), pp. 41 y ss.; RUFFINI, G., *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140-bis del codice del consumo*, en *Riv. Dir. Proc.*, 2008, p. 707; COSTANTINO, G., *La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole sulla tutela collettiva*, en *Foro. It.*, 2007, V., pp. 140 y ss.

⁶³¹ App. Milano 3 de mayo de 2011, *Foro it.*, 2011, I, p. 3413. Doctrinalmente: GATT, L., *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, en *Capo XIV.bis del Codice civile: dei contratti del consumatore (artt.1469-bis 1469-sexies). Commentario*, Padova, 2001, p. 121; ZENO-ZENCOVICH, V., *Consumatore (tutela del)*, en *Enc. Giur. Treccani*, VIII, Roma, 1998, p. 1.; ALPA, G., y CHINÉ, G., *Consumatore (protezione del) nel diritto civile* en el *Dig. Disc. Prov. Sez. Civ.*, XV, Torino, 1997, p. 541; ASTONE, F., *sub art. 1469-bis*, en *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 2007, p. 106; CIAN G., *Il nuovo capo XIV.bis (Titolo II, Libro V) del codice civile sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, en *Studium iuris*, 1996, p. 414; PRINCIGALLI, A. M., *Il consumatore e l'operatore commerciale*, en *Le vendite aggressive*, Napoli, 1995, p. 55; GABRIELLI, E., *Sulla nozione di consumatore*, en *Riv. Trim. Dir. e proc. civ.*, 2003, p. 1149; PATTI S., *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive: prime considerazioni*, en *Contratto e impresa*, 1993, pp. 71 y ss.; ZENO-ZENCOVICH, V., *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, en *Giur. it.*, 1993, IV, pp. 57 y ss.; ALPA, G., *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova, 1996, pp. 125 y ss.; ROPPO, V. y NAPOLITANO, E., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti conclusi tra imprese e consumatori*, en *Foro it.*, 1996, V pp. 277 y ss.; ID., *Clausole abusive*, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. VI, 1994, pp. 1 y ss.; PATRONI GRIFFI, L., *Clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori*, en *Rass. Dir. Civ.*, 1995, pp. 346 y ss.; PARDOLESI, R., *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, en *Foro. It.*, 1994, pp. 137 y ss.; ID., *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pp. 523 y ss.; ALPA, G., *Contratti standard dei consumatori: una proposta di direttiva comunitaria* en *Contratto e impresa*, 1991, pp. 88 y ss. También: Cass. 10 mayo de 2010, n. 11284, *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Procedimento civile*, n. 192; Cass. 8 de junio de 2007, n. 13377, id., Rep. 2008, voce *Contratto in genere*, n. 376; Cass. 18 agosto 2011, n. 17351, en *Corriere giuridico*, 2012, p. 214; Trib. Milano 21 diciembre 2009, en *Foro it.*, 2010, I, 1627 con nota de BECHI, F y PALMIERI, Trib. Roma 23 mayo 2008, id, 2008, I, 2674.

⁶³² Cons. Stato 15 diciembre 1998, n. 1884, *Foro it.*, 1998, III, p. 74 con nota de A. PALMIERI; Trib. Palermo 10 de enero de 200, *Foro it.*, 2000, I, 2052, Trib. Palermo-Monreale, 4 julio 2000, *Dano e Resp.*, 2001, p. 181, con nota de A. PALMIERI; Trib. Torino 20 noviembre 2006, en *Foro it.*, 2007, I, 1298. Doctrinalmente; MONTESANO, L., *Tutela giurisdizionale*, op. cit., pp. 3 y ss; GRECO A., *Applicazione del código del consumo all'utente utlizzatore di servizi pubblici*, en *Resp. civ.*, 2008, p. 2686; IEVA, L., *Associazioni dei consumatori, interessi collettivi e servizi pubblici*, en *Corriere giur.*, 2002, p. 261; GASPERINI CESARI, V., *La tutela degli interessi superindividuali (con particolare riferimento all'interesse dei consumatori e degli utenti di pubblici servizi)*, en *Dir. economi*, 2002, p. 317; ORICCHIO, A., *Tutela del consumatore e servizi pubblici*, Milano, 2001, pp. 71 y ss.; PIZZA, P., *Controversie sui servizi pubblici; l'azione inibitoria collettiva e la giurisdizione*, en *Giornale dir. amm.*, 2000, p. 983; CONTI, R., *Inibitoria cautelare e controllo di vessatorietà nei pubblici servizi*, en *Corriere giur.*, 2000, p. 772; TULUMELLO, G., *Clausole abusive e servizi pubblici*, en *Danno e resp.*, 2000, p. 557; CONTI, R., *Controversi nei servizi pubblici: l'azione inibitoria collettiva fra problemi di giurisdizione e poteri del giudice*, en *Corriere giur.*,

un sistema de *opt-in* a partir de la apertura de la fase de adhesión, después de la aceptación de la acción colectiva indemnizatoria y la respectiva notificación efectiva a los afectados;(4) imposibilitar la intervención en el proceso colectivo; (5) establecer de un juicio de admisibilidad basado en la *commonality* y *adequacy of representation* de las *class actions* norteamericanas⁶³³, en la que el juez se limita a comprobar que el sujeto que ejercita la acción colectiva indemnizatoria cumple con los requisitos establecidos en el artículo 140-bis del *Código del Consumo*.

Una vez apuntadas las características de la *azione di classe*, nuestra finalidad primordial es partir de éstas para el estudio de la legitimación que ostentan los consumidores individuales afectados por una conducta ilícita⁶³⁴.

En primer lugar, cabe decir que el artículo 140-bis del *Código del Consumo* no otorga ningún derecho que previamente no hubiera tenido el consumidor, sino que un instrumento procesal complementario a la tutela individual. En este sentido, cada componente de la clase es titular de la legitimación *ad agire* en base a un derecho propio que ejercería en nombre propio. Además, el sistema de *opt-in* que se recoge, permite que el consumidor individual pueda delegar, mediante mandato, la tutela de su derecho a una asociación de consumidores y usuarios o comité *ad hoc*, que actuara en base a un derecho ajeno y en nombre ajeno (en la llamada *legitimación representativa*, con todo lo que conlleva)⁶³⁵. Incluso podría darse el caso que cada consumidor individual cediera la tutela de sus intereses en procesos diferentes a la asociación⁶³⁶. Sin embargo, no se prevé ni una transacción colectiva, ni un sistema *ad hoc* en

1999, p. 588; PALMIERI, A., *Consumatori, servizi pubblici e clausole vessatorie: tutela immediata e riequilibrio giudiziale dei contratti*, en *Danno e resp.*, 1998, p. 922.

⁶³³ GIUSSANI, A., *Studi sulle class action*, Padova, 1996, pp. 111 y ss; RUTHERGLEN, G., *Notice, scope and preclusion in Title VII class actions*, en *69 Virginia L. Rev.*, 1983, pp. 1 y ss; NEWBERG, H. B., y CONTE, A., *Newberg on class actions*, Saint Paul, 2002, I, 2.10 y ss. y 2.64 y ss.; WRIGHT, C. y MILLER, A., *Federal Practice and Procedure*, West Publishing Cop., St. Paul, 2013, p. 461; KONIAK, S. P., *Feasting While The Widow Weeps: Georgine v. Amchem Products, Inc*, en *Cornell Law Review*, 80, no. 4, 1995, p. 1045; MILLER, A. R., *Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality and the "Class Action Problem"*, en *Harvard Law Review*, 92, 1979, pp. 664 y ss; HENSLER, D. R., *Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Actions and Other Large Scale Litigation*, en *11 Duke journal comp. int. Law*, 2001, pp. 179 y ss.

⁶³⁴ Asimismo y si bien no se tratará explícitamente en el presente estudio, resulta muy interesante la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de acciones colectivas.

Véase: CAPONI, R., *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: risvolti in tema di class action*, texto provisional del convenio que tuvo lugar en Firenze el 14 de abril de 2010 "*Class action: prime valutazioni e prospettive applicative*".

⁶³⁵ Trib. Roma 11 abril 2011, *Foro it.*, 2011, I, 3424; Trib. Torino 25 mayo 2010, *Danno e resp.*, 2011, 67; PUNZI, C., *L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti*, en *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 258.

⁶³⁶ DE SANTIS, A. D., *Profili dell'azione di classe a tutela di consumatori e utenti*, en *Giusto proc. civ.*, 2010, p. 1065.

relación a las costas procesales⁶³⁷. Además, esta Asociación no debe cumplir con el requisito de inscripción en la lista del Ministerio (art. 137 del *Código del Consumo*), sino que simplemente debe tener la forma de asociación o comité, con la finalidad de fomentar la formación espontánea de organizaciones para la tutela de los intereses de una colectividad⁶³⁸. De este modo, puede tratarse de una persona física o jurídica, privada o pública y, una vez finalizado el proceso colectivo, podrá extinguirse al haber alcanzado el presupuesto objetivo por el que se creó⁶³⁹.

Hasta día de hoy, se han planteado varios problemas en relación a esta tarea de representación de la asociación. El primero, como se predica de las anteriores líneas, se origina ante la imposibilidad de la asociación de hacer valer en su nombre propio intereses ajenos⁶⁴⁰, debido a la legitimación de tipo representativo descrita. Por esta misma razón, al establecer el mandato, el consumidor debe adjuntar el poder de disposición del derecho sustancial que se haga valer⁶⁴¹. Además, no es una legitimación en la que el ente representante y los representados compitan, sino que una substituye al otro⁶⁴².

Dicho esto, el elemento más importante de este sistema de *opt-in* que ha establecido el legislador italiano es precisamente la adhesión a la *azione di classe* iniciada. La finalidad de la adhesión es garantizar la extensión de la eficacia de la decisión a un amplio número de individuos, aunque los adherentes no adquieren la calidad de parte, por lo que no tiene los poderes y prerrogativas inherentes a la misma⁶⁴³. Esto conlleva que la naturaleza de la

⁶³⁷ En relación a la transacción: MULLENIX, L., *Class Action Settlements negli Stati Uniti*, en *Studi Urbinati*, Vol. 59, núm. 3, 2009; ANDREWS, N., *Controversie collettive, transazione e conciliazione collettiva in Inghilterra*, en *Revista dos Tribunais*, 2009; GITTI, G., y GIUSSANI, A., *La conciliazione collettiva nell'art. 140-bis cod. cons., dall l. n. 244 de 25 dicembre 2007 alla l. n. 99 de 23 luglio 2009, alla luce della disciplina transitoria*, en *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 639; ID., *Azioni collettive risarcitorie nel proceso civile*, Bologna, 2008, pp. 138 y ss; ID., *La transazione collettiva per i danni futuri: economia processuale, conflitti d'interesse e deterrenza delle condotte illecite nella disciplina delle "class actions"*, en *Foro it.*, 1998, IV, p. 175; ID., *Studi Sulle class actions, op. cit.*, pp. 307 y ss; DE SANTIS, A. D., *La proposta dell'impresa soccombente e le forme della conciliazione*, en *Azione collettiva risarcitoria (art. 140-bis cod. consumo)*, *Foro it.*, 2008, V, pp. 205 y ss..

Respecto la financiación: ANDREWS, N., *La Multi Party Litigation in Inghilterra: attuali progetti e proposte di riforma*, en *Riv. trim. Dir. e. proc. civ.*, 2009, pp. 637 y ss.

⁶³⁸ DE SANTIS, A. D., *La tutela giurisdizionale, op. cit.*, p. 575.

⁶³⁹ CASS. 22 junio 2006, n. 14453, *Foro it.*, Rep. 2006, voce Comitato, n. 1.

⁶⁴⁰ Trib. Torino 28 abril 2011, *Foro it.*, 2011, I, 1888 y Trib. Torino 7 abril 2011, *Corriere giur.*, 2011, p. 118, con nota di E. MARINUCCI, *Il difficile decollo dell'azione di classe*; Trib. Roma 11 abril 2011, *Foro it.*, 2011, I, 3324; Trib. Torino 25 de mayo de 2010, *Danno e resp.*, 2010, 67.

⁶⁴¹ Trib. Torino de 28 de abril de 2001 *Foro it.*, 2011, I, 1888 y Trib. Torino 7 abril 2011, *Corriere giur.*, 2011, p. 118, con nota di E. MARINUCCI, *Il difficile decollo dell'azione di classe*. También: Cass. 14 junio de 2010, n. 14215, *Dir. familia*, 2011, 119; 20 noviembre 2009, n. 24546, *Foro it.*, 2010, I, 1838; 16 noviembre 2009, n. 24179, *Mass. Giur. it.*, 2009.

⁶⁴² Cass, 11 enero 2002, n. 314, *Foro it.*, Rep. 2002, voce Procedimento civile.

⁶⁴³ MONTELEONE, G., *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Cedam, Padova, 1978, pp. 187 y ss..

adhesión sea dudosa⁶⁴⁴, y se considere un modelo de *opt-in sui generis*⁶⁴⁵. Efectivamente, se trata de un sistema de *opt-in*, ya que los consumidores no se verán afectados por el proceso colectivo si no se han adherido antes al proceso colectivo. La intención, por ende, es ampliar el objeto del proceso colectivo cuantitativamente para equilibrar las posiciones de ambas partes y permitir el acceso a la jurisdicción de los intereses legalmente protegidos que han sufrido algún perjuicio⁶⁴⁶.

La defensa técnica o asistencia letrada no es preceptiva para adherirse al proceso colectivo iniciado, aunque se permite que se persone el abogado para la defensa de los intereses del adherente en el proceso⁶⁴⁷. Tal y como ya se ha apuntado⁶⁴⁸, no se considerará al adherente como parte en el proceso en el sentido formal, si bien renuncia al ejercicio de cualquier otra acción resarcitoria o restitutoria individual derivada del mismo título, de forma que el demandado podrá presentar excepción en cualquier otro proceso fundamentando su derecho en dicho título⁶⁴⁹. En otras palabras, produce un efecto muy parecido a la litispendencia o cosa

⁶⁴⁴ CONSOLO, C., *È legge una disposizione*, op. cit., pp 1 y ss.; CAPONI, R., *Litisconsorzio aggregato. L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, en *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 2008, p. 827.

⁶⁴⁵ PUNZI, C., *L'azione di*, op. cit., p. 256; VIGORITI, V., *A proposito del Libro Verde sulla tutela collettiva risarcitoria in Europa. Le prospettive italiane*, en www.judicium.it, 2009; GIUSSANI, A., *Azioni collettive*, op. cit., pp. 45 y ss; VIGORITTI, V., *Impossibile la class action in Italia? Attualità del pensiero di Mauro Cappelletti*, en *Resp. civ. e prev.*, 2006, pp. 38 y ss; RESCIGNO, P., *Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, en *Giur. It.*, 2000, p. 2228; CONSOLO, C., *Class action fuori dagli USA? (un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, en *Riv. dir. civ.*, 1993, pp. 609 y ss; CONSOLO C. y ZUFFI, B., *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. Lineamenti processuali*, CEDAM, Padova, 2012, p. 132. Des del punto de vista del Common Law: MULHERON, R. P., *The class action in common law legal systems: comparative perspective*, Portland, 2006, pp. 252 y ss.

⁶⁴⁶ CAPONI, R., *Variabilità dell'oggetto del processo (nell'azione collettiva risarcitoria)*, en *Rivista di diritto processuale civile*, 2009, pp. 47-52; ÍDEM., *Verso la determinazione giudiziale dell'oggetto del processo (nell'azione collettiva risarcitoria)*, en *La conciliazione collettiva*, a cura di Gregorio Gitti e Andrea Giussani, Milano, 2009; y GIORGETTI, M., *Il principio di variabilità nell'oggetto del giudizio*, CUEM, Torino, 2006, pp. 91 y ss. y 149 y ss.

⁶⁴⁷ SALETTI, A., *La soppressione dell'albo dei procuratori legali*, en *Riv. Dir. Proc.*, 2009, pp. 1053; MURRA, R., *Parti e difensori*, en *Dig. Disc. Prov. Sez. Civ.*, XIII, Torino, 1995, pp. 262 y ss; GRASSO, E., *Note sul difensore nel proceso civile*, en *Giur. it.*, 1986, IV, 192; PUNZI, C., *Note sul ministero del difensore nel proceso civile*, en *Studi in onore di Segni*, IV, Milano, 1967, pp. 145 y ss; MANDRIOLI, C., *La rappresentanza nel proceso civile*, Torino, 1959, pp. 383 y ss.; CARNELUTTI, F., *Figura giuridica del difensore*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1949, I, pp. 65 y ss..

⁶⁴⁸ CONSOLO, C. y ZUFFI, B., *L'azione*, op. cit., p. 135; SANTANGELI, F. y PARISI, P., *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recent modofiche all'art. 140 .bis cod. cons.*, en *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010, pp. 207 y ss.; DONZELLI, R., *L'azione di clase a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, pp. 285 y ss.; CANALE, G., *Il convitato di pietra ovvero l'aderente nell'azione di clase*, en *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1304; CAPONI, R., *La riforma della class action. Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. con. Nell'emendamento governativo*, en www.judicium.it (6 de mayo de 2009).

⁶⁴⁹ REDENTI, E., *Sui trasferimenti delle azioni civil*, en *Scritti e discorsi di mezzo secolo*, Milano, 1963, p. 102; SATTA, S., *Comentario al código di procedura civile*, Tomo IV, Milano, 1966, p. 420; GIUSSANI, A., *Le dichiarazioni di renuncia nel giudizio di cognizione*, en *Riv. trim. Dir. e proc. Col.* 1997, py. 834 y ss., ID.,

juzgada, si bien este efecto no operará en el caso que el proceso en el que se haya adherido el consumidor se extinga, intervenga causa de cesación de la materia contenciosa o haya transacción⁶⁵⁰.

En cuanto al actor, este se convierte en un representante procesal voluntario cuando ejercita la acción colectiva indemnizatoria, ya que el 140-bis habla de conflicto de intereses⁶⁵¹. Sin embargo, no hay aceptación del mandato y el representante no recibe contraprestación alguna. Además, se entiende que esta representación perdurará también en el caso que se presente recurso contra la sentencia que ponga fin al proceso colectivo, ya que en caso contrario se produciría una fragmentación de la clase y de la propia efectividad de la tutela. Por esta misma razón, no se podrá revocar la tutela ya que podría conllevar conductas oportunistas en fases avanzadas del proceso como, por ejemplo, que de la prueba practicada resulta claro que no se estimará la pretensión⁶⁵². Lógicamente, la actitud racional sería revocar la tutela para conservar su pretensión individual y ejercerla mediante la correspondiente acción con posterioridad.

Por el contrario, se requerirá ulterior consenso de cada uno de los adherentes para la renuncia, transacción y aplicación⁶⁵³.

En definitiva, se trata de una nueva institución mediante la cual el consumidor se adhiere a la clase sin necesidad de demostrar relación alguna con el promotor, quién solo tiene la obligación de defender los intereses pluriindividuales homogéneos adecuadamente. No obstante, esta ausencia de relación entre ambos sujetos deja casi sin contenido el requisito de aceptación de la acción colectiva relativo a capacidad del actor de defender los intereses de la clase, ya que se desconocerán si las características de los daños del actor y los adherentes son

Le dichiarazioni di renuncia nel giudizio di cognizione, Milano, 1999, pp. 40 y ss. En jurisprudencia: Cass. 13 marzo 1999, n. 2268, *Giust. civ.*, 1999, I, 2689, con nota di C. ASPRELLA.

⁶⁵⁰ CAPONI, R., *La riforma della class action*, *op. cit.*

⁶⁵¹ CARNELLUTI, F., *Rappresentanza processuale volontaria*, en *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 633; MANDRIOLI, C., *La rappresentanza*, *op. cit.*, pp. 168 y ss.; DI BLASI, F. U., *Rappresentanza in giudizio (dir. vigente)*, en *Noviss., dig. it.*, XIV, Torino, 1967, pp. 859 y ss.

⁶⁵² MENCHINI, S. y MOTTO, A., *Art 140-bis*, en *Nuove leggi civili commentate*, 2011, p. 1413. También CONSOLO, C. y ZUFFI, B., *L'azione di classe*, *op. cit.*, pp. 148 y ss. En contra de esta posición: CAPONI, R., *La riforma*, *op. cit.* y CANALE G., *Il convitato*, *op. cit.*, p. 1311.

⁶⁵³ Destaca el artículo: CAPONI, R., *Tra class action e conciliazione*, en *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, Nº. 6, 2008.

Con todo, la idea de CAPPELLETTI respecto al *ideological plaintiff* parece no adecuarse al 140-bis del c. cons.

parecidas y, por consiguiente, si el actor está capacitado para defender adecuadamente los intereses de la clase⁶⁵⁴.

Una vez efectuada la publicidad y notificación del inicio del proceso, el acto de adhesión debe depositarse en el tribunal en el plazo previsto en el apartado 9 del 140 bis del c. cons., que deberá fijar el juez y que en ningún caso podrá ser superior a 120 días⁶⁵⁵. Éste acto deberá contener *l'elezione di domicilio* que normalmente será el del tribunal, el del actor o el del ente que representa al actor; más importante aún, deberán reflejarse los elementos constitutivos del derecho que se haga valer; y la documentación probatoria respectiva (si bien podría aportarse con posterioridad hasta que finalice el plazo de adhesión establecido).

La ausencia de los elementos constitutivos del derechos que se haga valer podría complicar la admisibilidad de la acción colectiva, aunque si la admisibilidad va precedida de un análisis caso por caso de cada adhesión esto es más improbable que si se establece que solo debe continuar el proceso colectivo en los casos comunes⁶⁵⁶.

Por otro lado, el acto de adhesión no puede requerir instrucción de ningún tipo. De hecho, el adherente no puede contestar o replicar la defensa, ni pedir medios de prueba y menos modificar la demanda, sino que todas estas tareas corresponderán al actor-representante. Sin embargo, en caso que el demandado quiera evitar que prosiga el proceso colectivo y sobre todo en aquellos casos en los que haya un gran número de adherentes, resultará tan sencillo como presentar reconvenición basando sus alegaciones en las relaciones individuales de su persona con cada uno de los adherentes. Si bien el actor puede y debe responder a la reconvenición e incluso utilizar las acciones de los adherentes, lo cierto es que a partir de un determinado volumen esta tarea podrá resultar ingestionable, hasta tal punto que se considere que no defienden adecuadamente los intereses de la clase, debiéndose entonces inadmitir la demanda (art. 140-bis 11 c. cons)⁶⁵⁷. Una alternativa sería concebir la acción de clase como de condena con reserva de las excepciones, de tal modo que el actor únicamente respondería de su relación con el demandado y de las cuestiones comunes, pero no de

⁶⁵⁴ DE SANTIS, A. D., *La tutela giurisdizionale*, op. cit., p. 629.

⁶⁵⁵ Cass, sez. Un., 39 luglio 2008, n. 20604, Foro it., 2009, I, 1130, con nota di A. D. DE SANTIS.

Ver también: MARTINO, R., *Termine nel processo civile*, en *Il diritto. Enciclopedia Giuridica del Sole 24 ore*, XV, Milano, 2007, pp. 583 y ss.; PICARDI, N. y MARTINO, R., *Termini (dir. proc. civ.)* en *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994, pp. 1 y ss.; GROSSI, D., *Termine (dir. proc. civ.)*, en *Enc. Dor.*, Milano, 1992, XLIV, pp 234 y ss.; BALBI, C. E., *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983, pp. 1 y ss..

⁶⁵⁶ CONSOLO, C. y ZUFFI, B., *L'azione*, op. cit., p. 141.

⁶⁵⁷ DE SANTIS, A. D., *La tutela giurisdizionale*, op. cit., p. 639.

aquellas excepciones que el demandado oponga a los adherentes individuales⁶⁵⁸. En este supuesto, la inadmisión de la acción colectiva indemnizatoria por las excepciones que el demandado hubiera presentado frente al actor no impediría el ejercicio individual o colectivo de las acciones de los adherentes⁶⁵⁹.

No obstante, la reserva de excepciones únicamente se admite o bien cuando la prueba de los hechos constitutivos del ilícito sean particularmente unívocos -ya sea porque se fundan en un documento de crédito o porque los hechos no son discutidos en la reconvencción-; o bien cuando las excepciones del demandado sean infundadas y tengan la única finalidad de evitar la continuación de la acción colectiva⁶⁶⁰.

Sin duda alguna, en el presente supuesto el demandado pueda utilizar la reconvencción y las excepciones para paralizar la acción y, además, existe una desigualdad de partes intrínseca, por lo que parece que procedería la condena con reserva de excepciones. Sin embargo, ésta debe estar necesariamente prevista por el legislador caso por caso y la *azione di classe* no es uno de ellos⁶⁶¹.

Los problemas no acaban aquí. Imagínese que una vez dictada la sentencia con reserva de las excepciones, el demandado presente oposición a la ejecución basada bien en la insuficiencia de hechos alegados por el adherente, bien en la errónea calificación como homogéneos de los intereses o en la existencia hechos extintivos, modificativos o impeditivos de este derecho. Pues bien el artículo 140-bis apartado 12 establece la casación como única instancia ante una oposición de este tipo.

Tampoco son pocos los problemas en cuanto a la cosa juzgada. Como apunta DE SANTIS, si bien ésta tendrá efectos plenos en cuanto al actor, tanto en su vertiente positiva como

⁶⁵⁸ SCARSELLI, G., *Condanna con riserva*, en *Enc. Giur. Treccani*, VII, Roma, 1996, VII, pp. 1 y ss; CHIOVENDA, G., *Azioni sommarie, La sentenza di condanna con riserva*, en *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, p. 122.

⁶⁵⁹ CHIOVENDA, G., *Principios, op. cit.*, p. 917; ANDRIOLI, V., *Diritto processuale civile*, I, Jovene, Napoli, 1979, p. 996; LIEBMAN, E. T., *Giudicato (diritto processuale civile)*, en *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, p. 12; CERINO CANOVA, A., *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, Torino, 1980, pp. 116 y ss.; CONSOLO C., *Domanda giudiziale*, en *Dig. civ.*, VII, Torino, 1991, pp. 55 y ss.; MENCHINI, S., *Regiudicata civile*, en *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1998, p. 429; ID., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1983, pp. 9 y ss.; PROTO PISANI, A., *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, en *Riv. Dir. Proc.*, 1990, pp. 387 y ss.

⁶⁶⁰ PROTO PISANI, A., *La tutela sommaria*, en *Foro it.*, 2007, p. 373; ANDRIOLI, V., *Diritto, op. cit.*, p. 359; SCARSELLI, G., *Condanna, op. cit.*, pp. 471 y ss.; COSTANTINO, G., *Commento all'art. 30 l. 27 luglio 178, n. 392*, en *Nuove leggi civ.*, 1978, pp. 1077 y ss; LIEBMAN, E. T., *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, Società Editrice del "Foro Italiano", 1931, pp. 27 y ss; BIZZARRI, D., *Il documento notarile guarentigiato*, Torino, 1932, pp. 11 y ss.; Corte cost. 21 de marzo de 1969, n. 37; 6 marzo de 1974, n. 53.

⁶⁶¹ PROTO PISANI, *La tutela, op. cit.*, p. 371

negativa, se abren interrogantes que plantean una graduación en cuanto al adherente, ya que habrá un pronunciamiento de liquidación en la sentencia. ¿Qué pasaría si el consumidor adherente es titular de un crédito superior al dictado a la sentencia?

Con todo lo apuntado, simplemente quiero demostrar que la condena con reserva de excepciones es, a día de hoy y por todas las razones señaladas, inaceptable cuando estamos hablando del ejercicio de la acción colectiva indemnizatoria (*azione di classe*).

5.1.3. *La financiación para el ejercicio de las acciones colectivas en Italia*

El pertenecer a la Unión Europea conlleva que el ordenamiento jurídico italiano coincida en muchos aspectos con lo anteriormente expuesto en relación a la financiación de las acciones colectivas en España, tanto en relación al régimen de justicia gratuita como financiación pública, como respecto a los pactos de *quota litis*. Por esta misma razón, a continuación únicamente me detendré en aquellos rasgos que sean diferentes, además de apuntar su regulación legal, ya que no hay previsiones especiales que contemplen una financiación para el ejercicio de las acciones colectivas. En este sentido y al igual que en el caso español, se aplicaran las reglas generales del proceso civil, tanto en cuanto a costas (*quien pierde paga o loser pays*), como al pago de los gastos que correrá por cuenta de cada parte.

Sin más demora y empezando por el beneficio de justicia gratuita, el consumidor individual legitimado para el ejercicio de la *azione di classe* podrá tener dicho beneficio siempre que cumpla los requisitos económicos establecidos en el artículo 76 del *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia*, DPR 115/2002⁶⁶². Las

⁶⁶² Modificado por las leyes 25/2005 de *Modifiche al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115* y 134/2001 de *Modifiche alla legge 30 luglio 1990, n. 217, recante istituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti*.

Dicho artículo 76 establece: "Condizioni per l'ammissione: 1. *Puo' essere ammesso al patrocinio chi e' titolare di un reddito imponibile ai fini dell'imposta personale sul reddito, risultante dall'ultima dichiarazione, non superiore a euro 9.296,22.* 2. *Salvo quanto previsto dall'articolo 92, se l'interessato convive con il coniuge o con altri familiari, il reddito e' costituito dalla somma dei redditi conseguiti nel medesimo periodo da ogni componente della famiglia, compreso l'istante.* 3. *Ai fini della determinazione dei limiti di reddito, si tiene conto anche dei redditi che per legge sono esenti dall'imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF) o che sono soggetti a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta, ovvero ad imposta sostitutiva.* 4. *Si tiene conto del solo reddito personale quando sono oggetto della causa diritti della personalita', ovvero nei processi in cui gli interessi del richiedente sono in conflitto con quelli degli altri componenti il nucleo familiare con lui conviventi.* 4-bis. *Per i soggetti gia' condannati con sentenza definitiva per i reati di cui agli articoli 416-bis del codice penale, 291-quater*

cuantías salariales mínimas que permitirán acogerse a este derecho además, por su parte, son actualizadas prácticamente cada año para adecuarse a las situaciones económicas cambiantes⁶⁶³.

El artículo 119 del *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia* parece hacer extensivo el beneficio de justicia gratuita a aquellas a las organizaciones o asociaciones que no tengan ánimo de lucro y no ejercen actividad económica alguna⁶⁶⁴. Por ende, cabe entender que la Asociación de Consumidores y Usuarios que ejerciera una acción colectiva de cesación podría acogerse a este derecho. Sin embargo, cuando el consumidor individual ceda, a través de mandato, el ejercicio de la acción colectiva de indemnización a un comité o asociación, entiendo que la concesión de éste beneficio económico dependerá de la existencia de ánimo de lucro del mandado. Tal y como apuntan SPINZO y PALOMBARINI, el reconocimiento de la justicia gratuita a las organizaciones y asociaciones hubiera requerido un desarrollo normativo mucho más amplio⁶⁶⁵.

En cuanto a la financiación privada, SILVESTRI diferencia entre los pactos de *quota litis* y el *third-party funding* o financiación por parte de terceros⁶⁶⁶. De acuerdo con el artículo 45 del *Códice di Deontologia*, los pactos de *quota litis* únicamente serán válidos si se trata de una *success fee* o tasa de éxito, entendida como porcentaje - dentro del legalmente establecido-

del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, e 74, comma 1, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonche' per i reati commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attivita' delle associazioni previste dallo stesso articolo, ai soli fini del presente decreto, il reddito si ritiene superiore ai limiti previsti. (20) 4-ter. La persona offesa dai reati di cui agli articoli ((572, 583-bis,)) 609-bis, 609-quater ((, 609-octies e 612-bis)), nonche', ove commessi in danno di minori, dai reati di cui agli articoli 600, 600-bis, 600-ter, 600-quinquies, 601, 602, 609-quinquies e 609-undecies del codice penale, puo' essere ammessa al patrocinio anche in deroga ai limiti di reddito previsti dal presente decreto".

⁶⁶³ Decreto 1° aprile 2014 - Adeguamento limite reddito per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato: "L'importo di euro 10.766,33, indicato nell'art. 76, comma 1, del D.P.R. n. 115/02, così come adeguato con decreto del 2 luglio 2012, è aggiornato in euro 11.369,24. Il presente decreto verrà inviato agli organi di controllo e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana".

⁶⁶⁴ ART. 119 (L) (Equiparazione dello straniero e dell'apolide) 1. Il trattamento previsto per il cittadino italiano è assicurato, altresì, allo straniero regolarmente soggiornante sul territorio nazionale al momento del sorgere del rapporto o del fatto oggetto del processo da instaurare e all'apolide, nonché ad enti o associazioni che non perseguono scopi di lucro e non esercitano attività economica.

⁶⁶⁵ PALOMBARINI, S. y SPINZO, A., *Manuale pratico sul patrocinio a spese dello stato*, Legale, 2012, pp. 227 y ss.

⁶⁶⁶ SILVESTRI, E., *Cultural Dimensions of Group Litigation*, en *International Association of Procedural Law Moscow Conference*, ITALY, 2012, disponible en <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Cultural%20Dimensions%20of%20Class%20Actions%20Silvestri.pdf> (19/03/2015).

del total a percibir por la parte en caso de concederle la pretensión⁶⁶⁷. La admisión de los pactos de *quota litis* en Italia únicamente ha sido posible gracias a la nueva redacción que la Ley de 4 de agosto de 2006, n. 248, ya que inicialmente estaban rotundamente prohibidos (art. 2.333 del Código Civil italiano)⁶⁶⁸.

La financiación por parte de terceros, por otra parte, permanece, en palabras de SILVESTRI, en un “twilight”⁶⁶⁹, es decir, en la penumbra de toda regulación, aunque soy de la opinión que su utilización conllevaría una reacción inmediata en forma de medidas limitativas acordes con las apuntadas en materia de *contingency fees* o pactos de *quota litis*.

Si bien son muchas las cuestiones que sugiere el sistema italiano establecido para la el ejercicio de las acciones colectivas de indemnización, tan solo espero haber tratado sucintamente las que plantean mayores problemas e interés en cuanto al objeto del presente trabajo.

A continuación y desde una perspectiva supranacional, vamos a observar la regulación de la Unión Europea de la tutela colectiva.

5.2. La perspectiva comunitaria: la Unión Europea

El análisis de la legitimación en las acciones colectivas requiere analizar la experiencia comunitaria. Antes, sin embargo, es importante subrayar que la regulación comunitaria de la acción colectiva de cesación y de la acción colectiva de indemnización se encuentra en fases muy diferentes, posiblemente por las consecuencias que podría conllevar cada acción en su modalidad colectiva.

En relación a las acciones colectivas de cesación, hallamos 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; y, respecto a las acciones colectivas de indemnización, hallamos la reciente y no

⁶⁶⁷ El artículo 45 del *Código di Deontologia* establece que: “Se permite al abogado pactar con el cliente una retribución en función de la consecución de los objetivos perseguidos, sin perjuicio de la prohibición del artículo 1.261 del Código Civil y siempre que la retribución sea proporcionada a la actividad desarrollada”.

⁶⁶⁸ La redacción del artículo 2.333 del CC pasó a ser: “son nulos, si no se redactan de forma escrita, los pactos celebrados entre los abogados y los pasantes habilitados con sus clientes que establezcan retribuciones profesionales”.

Véase también: GOLDSTEIN BOLOCAN, M., *Professional Legal Ethics: A Comparative Perspective*, Washington, Central European and Eurasian Law Initiative, 2002. DOI: 10.2139/ssrn.321700, pp. 59 y ss.

⁶⁶⁹ SILVESTRI, E., *Cultural*, op. cit., p. 7.

vinculante Recomendación de la Comisión Europea de 10 de junio de 2013 sobre el recurso colectivo europeo⁶⁷⁰. Pasemos en primer lugar, a analizar la legitimación que se prevé en la Directiva 98/27/CE de 19 de mayo de 1998.

5.2.1. La legitimación en las acciones colectivas de cesación: la Directiva 98/27/CE

La Directiva 98/27/CE regula por vez primera las acciones colectivas de cesación para poner fin a las infracciones de la normativa imperativa que sean perjudiciales para los intereses colectivos de los consumidores y usuarios⁶⁷¹. En los años siguientes y con la introducción de las nuevas tecnologías en materia de consumo y de la nueva regulación del mercado interior, las Directivas sectoriales introdujeron cambios en la regulación de las acciones colectivas⁶⁷². Más tarde y con el objetivo de proporcionar mayor claridad y racionalidad en la materia, todos estos cambios fueron codificados por la Directiva 2009/22/CE⁶⁷³. De este modo y como se ha descrito, la regulación comunitaria de las acciones de cesación está recogida en Directivas que, como tal, van destinadas a los Estados Miembros⁶⁷⁴, y aunque estos pueden elegir la forma y el medio para su cumplimiento⁶⁷⁵, son vinculantes.

⁶⁷⁰ 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) (DO L 201/60).

⁶⁷¹ Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

⁶⁷² Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DO L 171 de 7.7.1999); Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (DO L 178 de 17.7.2000); Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE (DO L 271 de 9.10.2002); Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE, y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 (DO L 149 de 11.6.2005); Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DO L 376 de 27.12.2006).

⁶⁷³ Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

⁶⁷⁴ Tal y como recoge el artículo 4 del TUE y como ha interpretado por el TJCE en los Casos *Von Colson y Kamann contra Land Nordrhein-Westfalen* (pp. 1897) y *Marleasing SA contra La Comercial Internacional de Alimentacion SA* (pp. 41351).

⁶⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1977, *Enka BV contra Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen Arnhem* y Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 1976, *Jean Noël Royer*. En cuanto al efecto directo de las directivas: Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de

El artículo 3 de la Directiva sobre acciones de cesación para la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios recoge los requisitos que deberán reunir los entes para su legitimación en el proceso colectivo. En particular, estos se concretan en (1) la constitución del ente de acuerdo con a la legislación de un Estado miembro; y (2) la posesión un interés legítimo en hacer que se respeten las normas de protección de los consumidores y usuarios. Además, se establece explícitamente la legitimación de los organismos públicos independientes específicamente encargados de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios, en los Estados miembros en los que existan tales organismos; y/o las organizaciones cuya finalidad consista en la protección de los mismos, según los criterios que establezca la legislación nacional.

Como vemos, la normativa europea establece unas disposiciones de mínimos que los diferentes Estados Europeos han adoptado, si bien el legislador comunitario deja a la legislación nacional el establecimiento de los requisitos de constitución de las entidades, como la determinar la finalidad estatutaria de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, por lo que me remito a lo anteriormente expuesto tanto en la experiencia española, como en la italiana al respecto.

Por otra parte, la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 (2013/396/UE) va un poco más allá y establece que las entidades legitimadas deberán ser aquellas que: (1) no tengan ánimo de lucro, (2) tengan una relación con los intereses de los sujetos afectados por la acción empresarial generadora del daño masivo; (3) estén previamente designadas; y (4) tengan capacidad financiera y legal suficiente para defender los intereses de sus representados⁶⁷⁶.

La necesidad de ausencia de ánimo de lucro y la obligación de capacidad financiera y legal de estas entidades pretende evitar problemas de adecuación de la representación. Es decir, intenta ahuyentar todo posible incentivo económico como elemento manipulador en la tarea de protección de los intereses de los consumidores y usuarios. El requerimiento de designación previa de dichas entidades, por su parte, trata de proporcionar seguridad jurídica a los afectados que deban recurrir a las entidades legitimadas para el inicio de la acción colectiva.

1970, *Franz Grad contra Finanzamt Traunstein*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, *SpA SACE contra ministerio de finanzas de la República Italiana*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 1974, *Yvonne van Duyn contra Home Office*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de noviembre de 1978, *Knud Oluf Delkvist contra Anklagemyndighede*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 1979, *Procedimiento penal entablado contra Tullio Ratti* y Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de julio de 1981, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH y Rewe-Markt Steffen contra Hauptzollamt Kiel*.

⁶⁷⁶ Punto 4 de la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 (2013/396/UE).

En cuanto a la relación exigida entre la entidad legitimada y los intereses afectados, la Recomendación pretende conseguir un triple objetivo. Por un lado, garantizar el uso no abusivo del recurso colectivo; por el otro, asegurar la efectividad de la tutela colectiva mediante la especialización y el conocimiento sobre las materias en cuestión de estas entidades; y, por último, cumplir con la representatividad efectiva del ente legitimado respecto los consumidores afectados.

Dicho todo esto, tan solo pretendo reiterar que, una vez más, todas estas entidades estarían actuando en el proceso en virtud de unos intereses cuya titularidad inmediata ostentan, a pesar de su carácter supraindividual. Por esta misma razón, se trataría en todo caso de una legitimación ordinaria. Además y por la propia naturaleza de la acción de cesación, la afectación *erga omnes* de la resolución impide la adhesión de los consumidores afectados y la reserva de la pretensión particular para una posterior tutela individual de la misma.

No obstante, la Recomendación de 11 de junio de 2013 pretende extender la acción colectiva de cesación para la tutela de los *intereses pluriindividuales homogéneos* cuya afectación no se produjo exclusivamente en un determinado momento temporal, sino que sigue produciéndose continuamente (los llamados “daños continuados”). La adecuación a esta tipología de supuestos implica contemplar la posibilidad de acumular la acción de cesación a la acción de indemnización para que los sujetos legitimados puedan solicitar, conjuntamente, la cesación de la conducta lesiva y la reparación de los daños individuales producidos. Por consiguiente y a diferencia de la Directiva 2009/22/CE que únicamente se refería a la acción colectiva de cesación como tutela de los intereses propiamente grupales, la Recomendación pretende recoger la posibilidad de ejercicio conjunto de las acciones colectivas de cesación e indemnización⁶⁷⁷. Cuando se ejerciten conjuntamente ambas acciones y en función del modelo de tutela colectiva escogido, entiendo que los afectados podrán adherirse al proceso (*opt-in*) o reservar su pretensión para una tutela individual posterior de sus intereses afectados (*opt-out*), con independencia del sujeto legitimado.

Sin más demora, pasemos a ver la legitimación que se prevé a nivel comunitario para el ejercicio de las acciones colectivas de indemnización, aunque es importante tener presente que todo lo que se expondrá a continuación está recogido en una Recomendación de la

⁶⁷⁷ Así lo establece el punto 14 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, sobre «Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo» (2011/2089(INI)) (2013/C 239 E/05) y el considerando 11 de la 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) (DO L 201/60).

Comisión, acto típico de la Unión Europea que destaca por su carácter no vinculante para los Estados Miembros, de acuerdo con el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

5.2.2. La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas de indemnización: Recomendación de la Comisión Europea de 10 de junio de 2013

La Recomendación de 11 de junio de 2013 quiere hacer extensiva la legitimación de las entidades que cumplan los requisitos que hemos analizado en relación al ejercicio de las acciones colectivas de cesación a las acciones colectivas de indemnización, por lo que será de aplicación todo lo apuntado en el apartado anterior.

Sin embargo y como novedad en el ordenamiento jurídico comunitario, la Recomendación también legitima a los grupos de afectados para el ejercicio de las acciones colectivas de indemnización⁶⁷⁸. Ante la existencia de *intereses pluriindividuales homogéneos*, por ende, los mismos afectados estarán legitimados mediante la adopción de una forma grupal⁶⁷⁹. El tipo de legitimación que la Recomendación reconoce a los propios sujetos afectados para el ejercicio de la acción colectiva de cesación por un daño masivo es ordinaria, ya que los actuaran en nombre propio y en interés propio. No obstante, el carácter embrionario de esta regulación obliga a esperar a la regulación de la legitimación para este tipo de acciones. Por ejemplo, existe una gran incertidumbre en la llamada admisibilidad o *certification* de una acción colectiva indemnizatoria ya que en esta institución procesal exclusiva de las acciones colectivas y de clara influencia estadounidense, el juez comprueba, de oficio y en la etapa más temprana posible, el cumplimiento de los requisitos de capacidad y legitimación de la partes para el ejercicio de la acción colectiva en cuestión, requisitos que, a su vez y en el caso de los ordenamientos jurídicos de civil, deberán estar detallados previa y legalmente⁶⁸⁰. No obstante y a pesar de la voluntad de adoptar la *certification* en el modelo europeo de acciones colectivas, la Recomendación de 11 de junio de 2013 no ha establecido los parámetros que

⁶⁷⁸ VOET, S., *European Collective Redress: A Status Quaestionis*, en *International Journal of Procedural Law*, vol. 4, 2014, 01, pp. 97-128 y SILVESTRI, E., *Towards a Common Framework of Collective Redress in Europe ? An Update on the Latest Initiatives of the European Commission*, en *Russian Law Journal*, Vol. 1, No 1 (2013).

⁶⁷⁹ Se trata, como se ha tenido ocasión de comprobar anteriormente, de aquellos intereses que comparten los miembros de determinado colectivo y que se han visto afectados de un modo igual o similar por una misma actividad empresarial ilícito, ALMAGRO NOSETE, J., *Protección procesal de los intereses colectivos o difusos en la ley de enjuiciamiento civil*, en *Actualidad Civil*, Nº 1, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 Ene. 2004, p. 5, tomo 1.

⁶⁸⁰ Puntos 8 y 9 de la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 (2013/396/UE).

deberá comprobar el juez en este juicio de admisibilidad de la acción colectiva. La incerteza en dicha fase procesal, especialmente respecto a los presupuestos subjetivos que deberán cumplir los grupos de afectados para el ejercicio de una acción colectiva, exige un ulterior desarrollo normativo para evitar una posible arbitrariedad del órgano judicial en este tipo de procesos.

Sin embargo, es importante destacar, ya a estas alturas, que la legitimación de los afectados se limita exclusivamente a la acción colectiva de indemnización, ya que la Directiva 98/22/CE analizada limitó la legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación a las entidades representativas que reúnan los requisitos anteriormente descritos⁶⁸¹.

En cuanto al modelo de acciones colectivas, el legislador comunitario se ha decantado por un modelo de *opt-in*, de modo que la sentencia que estime o desestime la acción colectiva indemnizatoria sólo afectará a aquellos consumidores que hubieran prestado antes su consentimiento para formar parte del proceso respectivo.

5.2.3. Financiación de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico comunitario

En relación a la financiación de este tipo de procesos, la Recomendación de la Comisión Europea de 11 de junio de 2013 dedica varios apartados a las costas, los honorarios de los abogados y la financiación.

En primer lugar, las costas procesales se regirán por el principio característico de la tradición jurídica de los Estados Comunitarios de “quien pierde, paga”, en contraposición al sistema procesal estadounidense en el que cada parte debe pagar los honorarios de sus respectivos abogados⁶⁸². No obstante, parte de la doctrina estadounidense percibe este principio de “quien pierde, paga” como un impedimento económico en la tutela individual de indemnizaciones sustancialmente pequeñas (daños masivos, por ejemplo)⁶⁸³. Las acciones colectivas, en este sentido y tal y como ya he apuntado, vendrían a ser la garantía para la tutela efectiva de esta tipología de daños.

⁶⁸¹ Adicionalmente o en sustitución de las entidades privadas legitimadas, la Recomendación contempla también la posibilidad de que las autoridades o tribunales puedan crear entidades *ad hoc* para la defensa de determinados intereses o que se legitime a autoridades públicas para tal función.

⁶⁸² Considerando 2 y 16 de la Recomendación de 11 de junio de 2013.

⁶⁸³ WILLETT, L. A., *U.S.-style Class Actions in Europe: A Growing Threat?*, Junio 2005, disponible en <http://www.thefederation.org/documents/Risks%20w-o%20Borders.doc> (19/03/2015).

En relación a los honorarios de los abogados, se prohíben los honorarios condicionales o *contingency fees*, elemento intrínseco en el sistema norteamericano y que consiste en el cálculo de los honorarios en base a la indemnización final. La finalidad de dicha prohibición es evitar un abuso del modelo de acciones colectivas pretendido y, de este modo, reservarlo únicamente para aquellos casos que tengan una importancia económica suficiente, preservando el principio de reparación íntegra del daño⁶⁸⁴. Por otro lado, también se busca evitar conflictos de intereses entre los abogados y la clase o grupo representado, ya que un incentivo económico como las *contingency fees* pueden jugar un papel muy importante en el momento de decidir aceptar una transacción o no. Imagínese, por ejemplo, una propuesta de transacción en la que la entidad demandada propone una indemnización que, si bien es inferior a la que pudiera obtenerse de seguir con el proceso, evita asumir el riesgo de un fallo desestimatorio de la pretensión. En dicho caso, el abogado y la clase podrían tener intereses distintos en atención a las dos variables riesgo-cuantía.

Pese a esta opción, conviene recordar la importancia de *las contingency fees* en las *class actions* norteamericanas como clave del éxito de esta institución, tal y como ha demostrado el modelo holandés recientemente adoptado a su imagen y semejanza⁶⁸⁵. Las *contingency fees* implicarían, en tal sentido, un mayor interés y dedicación de los abogados en su tarea representativa de daños masivamente afectados que conllevaría, a la vez, un mayor uso de las acciones colectivas⁶⁸⁶.

Por último, el modelo comunitario de acciones colectivas quiere conseguir una transparencia y neutralidad en la financiación de este tipo de acciones. Para la consecución de esta finalidad se establecen dos principios básicos: la necesidad de suficiencia de recursos de la clase y, en caso de no ser así y subsidiariamente, la posibilidad de financiación por parte de terceros que no tengan interés propio en el desarrollo final del proceso⁶⁸⁷.

La capacidad financiera y legal de las entidades representativas para defender los intereses de sus representados es un requisito para la legitimación de las mismas en el proceso colectivo⁶⁸⁸. En el supuesto de insuficiencia financiera, no obstante, los Estados que prohíben los honorarios condicionales (*contingency fees*) han optado por permitir la financiación del ejercicio de la acción colectiva por entes privados terceros, con el fin de evitar las situaciones

⁶⁸⁴ Punto 30 de la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 (2013/396/UE).

⁶⁸⁵ HENSLER, D. R., *The Future of Mass Litigation: Global Class Actions and Third-Party Litigation Funding* en *George Washington Law Review*, Volumen 79, núm. 306, 2011, pp. 311-323.

⁶⁸⁶ HENSLER, D. R., *The Future*, op. cit., p. 320.

⁶⁸⁷ Punto 32 de la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 (2013/396/UE).

⁶⁸⁸ Punto 4.c) de la de la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 (2013/396/UE).

de “no-justiciabilidad” que pudiera conllevar la desproporción económica intrínseca en los daños masivos. El resultado es una financiación externa de los honorarios y las otras costas procesales en una acción colectiva a cambio de un porcentaje del 25 al 40 por ciento de la totalidad de la indemnización por daños⁶⁸⁹.

Más allá de la lógica infracción del principio de reintegración íntegra del daño, la financiación externa por entes privados o *third-party litigation funding* puede generar graves problemas cuando la entidad financiadora tiene un interés propio y contrario al de los afectados en la resolución de la acción colectiva financiada. El conflicto de intereses resultante podría desembocar, sin lugar a dudas, en una falta de adecuación de la representación de los intereses afectados, en beneficio de los intereses de la entidad financiera y en consonancia con los problemas de agencia que presentan las *contingency fees*, como se verá más ampliamente en el siguiente análisis relativo a las *class actions* norteamericanas⁶⁹⁰.

5.3. Las *class actions* norteamericanas

En el ordenamiento jurídico de Estados Unidos, paradigma del sistema de *common law*, es dónde hallamos el único supuesto de éxito de tutela colectiva a través de las llamadas *class actions* que, a su vez, son el mecanismo de *private enforcement* o de regulación del mercado a través de la litigación.

Los países europeos continentales, por su parte, se caracterizan por un enfoque de regulación pública. Es decir, la regulación del mercado se persigue a través de la actuación de distintos organismos públicos de control. Sin embargo, esta dicotomía inicial se ha diluido ya que los sistemas de *civil law* se han planteado la posible idoneidad de un sistema de tutela colectiva para contrarrestar los efectos adversos de la liberalización y desregulación del mercado actual. El mecanismo elegido, concretamente, son las acciones colectivas para la tutela de los daños

⁶⁸⁹ El caso que puede servir de ejemplo es Australia. Véase: MORABITO, V., *An empirical study of Australia's class action regimes: first report: class action facts and figures 2*, 2009, disponible en http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Australia_Empirical_Morabito_2009_Dec.pdf (19/03/2015) y *Multiplex Funds Mgmt. Ltd. v P Dawson Nominees Pty Ltd.*, 2007, 244 ALR, núm. 600, disponible en <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/FCAFC/2007/200.html> (19/03/2015).

⁶⁹⁰ HENSLER, D. R., *The Future*, *op. cit.*, p. 325.

masivos, tal y como recoge la estudiada Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013⁶⁹¹.

De acuerdo con este último acto normativo, si bien las *class actions* presentan rasgos atípicos y, por ende, foráneos a los sistemas europeos de *civil law*, la comprensión de su funcionamiento y articulación puede resultar clave para establecer un modelo eficaz de legitimación acorde a los principios jurídicos y garantías del ordenamiento jurídico español, cuyos intentos de establecer una tutela colectiva hasta el momento han resultado inefectivos.

Por todo esto, a continuación haré un breve análisis de las *class actions*, aunque me centraré exclusivamente en aquellos aspectos que no hayan sido ampliamente tratados por la doctrina especializada en esta materia⁶⁹², a la que me remito pues su análisis excedería con mucho el

⁶⁹¹ ISSACHAROFF, S. Y MILLER, G. P., *Will aggregate litigation come to Europe?*, en BACKHAUS, J. G., CASSONE, A. y RAMELLO, G. B., *The Law and Economics of Class Actions in Europe, Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, p. 37.

⁶⁹² Dentro de la doctrina española destacan las obras monográficas de: PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las "acciones colectivas"*, *op. cit.*, pp. 265-345 y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, COMARES, Granada, 2011, pp. 82 y siguientes, especialmente.

Además de los siguientes artículos: BUJOSA VADELL, L. M., *El procedimiento de las acciones de grupo (class actions) en los Estados Unidos de América*, en *Justicia: revista de derecho procesal*, ISSN 0211-7754, Nº 1, 1994, pp. 67-124.

CUCHILLO FOIX, M., *Les "Class Actions" com a mecanismes de protecció dels drets econòmics i socials en l'ordenament dels Estats Units*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1991; SERRA DOMÍNGUEZ, A., *La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en el ámbito del Derecho de consumo*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Vol. 2, 2014 (Volumen II), pp. 3285-3312; MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Las acciones colectivas de consumo en la Unión Europea*, en *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango: Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños* (coord. por Juan Luis Gómez Colomer, Silvia Barona Vilar, María Pía Calderón Cuadrado; Juan Montero Aroca (hom.)), 2012, pp. 1317-1336; GUILLÉN CARAMÉS, J., *Reflexiones acerca de las acciones colectivas y la protección de los consumidores*, ARMENTA DEU, T., *Cosa juzgada y acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español* y COROMINAS BACH, S., *La legitimación en la futura regulación europea de las acciones colectivas de consumo*, en *Intereses colectivos y legitimación activa* (Eloísa Carbonell Porras (dir.), Rafael Cabrera Mercado (comp.)) 2014, pp. 459-478, 163-186 y 525-548, respectivamente; BOTANA GARCÍA, G. A., *Protección de los consumidores: La tutela colectiva en la protección de consumidores*, en *Revista de la contratación electrónica*, Núm. 46, 2004, pp. 65-84; GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

En materias más concretas, cabe subrayar dentro de la doctrina española: GASCÓN INCHAUSTI, F., *Eficacia en España de sentencias y transacciones derivadas del ejercicio de una class action en Estados Unidos*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, I, Nº. 16, 2012 (Ejemplar dedicado a: La protección de bienes jurídicos globales, coord. por Carlos Espósito Massicci, Francisco José Garcimartín Alférez), pp. 261-290; CORDÓN MORENO, F., *Acciones colectivas para la defensa de los derechos de los consumidores: ejecución de sentencia y deber de la entidad condenada de entregar el listado de todos los clientes afectados*, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº. 9, 2014 (Ejemplar dedicado a: LA LEY 3/2014, por la que se modifica la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), pp. 187-188; FERRERES COMELLA, A. Y LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A., *Las limitaciones del sistema de tutela colectiva de intereses individuales homogéneos dispuesto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. Una propuesta inicial de sistemas alternativos de resolución de conflictos*, en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, Nº. Extra 1, 2012, pp. 111-120; CARBALLO PIÑEIRO, L.,

objeto del presente trabajo⁶⁹³. Particularmente, me dispongo a tratar aquellos aspectos del sistema norteamericano que considero más relevantes para el establecimiento de un modelo de legitimación de las acciones colectivas para España, sin perder de vista la experiencia italiana.

De este modo, el siguiente estudio se iniciará con la evolución de los requisitos contenidos en la Regla 23 de las FRCP, tanto desde una perspectiva legal como jurisprudencial. Proseguiré con un análisis de las características propias de las *class actions*, para terminar con un breve pero importantísimo examen de los elementos particulares y exclusivos del sistema de *common law*, que inciden de forma decisiva en la eficacia de la tutela colectiva norteamericana.

Protección de inversores, acciones colectivas y Derecho internacional privado, en *Revista de derecho de sociedades*, Nº 37, 2011, pp. 207-226.

A nivel internacional destacan: LAROCHE-GISSEROT, F., *Preuve et réparation du préjudice dans les actions de groupe (class actions): l'exemple américain*, en *Leçons du droit civil : mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 517-529; KLONOFF, R. H., *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell*, Thomson/West, 2007; PASSAIA, D. A., *Acesso à justiça por meio da tutela coletiva de direitos: necessidade do Código de processo Coletivo*, en *Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás*, Nº. 3, 2012, pp. 237-258; CAPONI, R., *Tra class action e conciliazione*, en *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, Nº. 6, 2008, pp. 785-820; BENATTI, F., *La fuga verso l'arbitrato: la crisi (ir)reversibile della class action statunitense*, en *Rassegna di diritto civile*, Nº. 2, 2014, pp. 500-517; KOCH, H., *Europäischer kollektiver Rechtsschutz vs. amerikanische "class action": Die gebändigte Sammelklage in Europa?*, en *WUW : Wirtschaft und wettbewerb = Concurrence et marché = Competition and trade regulation*, Vol. 63, Nº. 11, 2013, pp. 1059-1070; SCHAEFER, H. B., *The Bundling of Similar Interests in Litigation. The Incentives for Class Action and Legal Actions taken by Associations*, en *European journal of law and economics*, Vol. 9, Nº 3, 2000, pp. 183-214; BARRA CARACCILO, F., *L'esperienza delle class action e i diritti identici: un primo bilancio e l'impatto con i mercati finanziari*, en *Contratto e impresa*, Vol. 28, Nº. 1, 2012, pp. 1-8; MADDAUS, S., *Keine Effektivität einer Europäischen class action ohne "amerikanische Verhältnisse" bei deren Finanzierung*, en *ZEuP : Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, Nº. 1, 2012, pp. 99-116; STIGGELBOUT, M., *The Recognition in England and Wales of United States Judgments in Class Actions*, en *Harvard international law journal*, Vol. 52, Nº 2, 2011, pp. 433-501; PEREIRA CAMPOS, S., *Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos / class action en América*, en *Revista uruguaya de derecho procesal*, Nº. 2, 2011, Pp. 897-930; MORENO CRUZ, P. A., *Usos de la locución "adecuada representación" y la operatividad de la federal plaintiff class action estadounidense*, en *Revista de Derecho Privado*, Nº. 21, 2011; VIGORITI, V., *Giustizia e futuro: conciliazione e class action*, en *Contratto e impresa*, Vol. 26, Nº. 1, 2010, pp. 1-7.

⁶⁹³ Dentro de todas las obras apuntadas, quiero destacar el tratamiento monográfico del profesor LÓPEZ SÁNCHEZ (LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El sistema*, op. cit.) y el artículo del profesor BUJOSA VADELL (BUJOSA VADELL, L. M., *El procedimiento de las acciones de grupo (class actions) en los Estados Unidos de América*, en *Justicia: revista de derecho procesal*, ISSN 0211-7754, Nº 1, 1994, pp. 67-124.).

5.3.1. *La Rule 23 de las Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)*

Originariamente, tanto las Reglas Federales del Proceso Civil, como las reglas propias de cada Estado norteamericano diferenciaban distintos tipos de *class actions*: *true class action*, *hybrid class action* y *spurious class actions*⁶⁹⁴. La primera se refería a aquella *class action* con cuyo ejercicio se buscaba la tutela colectiva de los intereses de todos los afectados y se considera que éste era el único tratamiento jurisdiccional posible de esta afectación, no se preveía la posibilidad de exclusión de la pretensión individual. Por ende, la sentencia que recayera ante el ejercicio de una *class action* de este tipo afectaba a la totalidad de la clase.

La *hybrid* y *spurious class action*, por el contrario, pretendían, respectivamente, una tutela colectiva de todos los derechos relacionados con un mismo bien o de aquellas pretensiones diferentes pero que tuvieran cuestiones de hecho y de derecho comunes. Para estos supuestos, el legislador norteamericano articuló un sistema de *opt-in*, de tal modo que la eficacia de cosa juzgada de la sentencia que pusiera fin al proceso únicamente afectaba a aquellos miembros de la clase que hubieran manifestado su voluntad de incorporación al proceso colectivo.

El legislador norteamericano vio que este sistema de inclusión no tan solo constituía un impedimento para la efectividad de la tutela colectiva de los intereses del grupo afectado, sino que además no había diferencia alguna con el litisconsorcio⁶⁹⁵. Por consiguiente, en 1966 se hizo extensivo el sistema establecido hasta entonces en la *true class action* a la *hybrid* y *spurious class action*, con la particularidad de permitir la reserva de la pretensión individual, configurándose de este modo lo que hoy conocemos como sistema de *opt-out* o de exclusión. Asimismo y como demuestra la jurisprudencia posterior, la reforma de las FRCP trajo consigo

⁶⁹⁴ NEWBERG diferencia entre: (1) aquellos Estados que no tienen una regulación legal, sino que la acción se rige por el *common law*, de tal modo que los tribunales tienen en cuenta la normativa federal (Mississippi y Virginia); aquellos otros Estados que si bien siguen aplicando necesariamente la regulación federal, cuentan con una cláusula general en la que se expresa el carácter subsidiario del remedio y la necesidad d una adecuación de la representación (California, Nebraska, South Carolina y Wisconsin); (3) aquellos Estados que tienen una regulación de la *class action* en los términos de la inicial regla de 1938 (Alaska, Georgia, Louisiana, New Mexico, North Carolina, Rhode Island, West Virginia, Puerto Rico); y (4) aquellos Estados que han regulado la acción colectiva pero tomando como referencia la norma federal de 1966, que son la mayoría (NEWBERG, H. B. y CONTE, A., *Newberg on Class Actions*, 4th ed., Thomson Reuters, 2011).

⁶⁹⁵ Ya sea este un litisconsorcio necesario, como podía interpretarse la *true class action*, un litisconsorcio voluntario (*hybrid class action*) o la mera intervención de terceros (*spurious class action*) (KALVEN, H y ROSENFELD, M, *The Contemporary Function of the Class Suit*, en *U. Chi. L. Rev.*, núm. 8, 1941, pp. 701-707).

ulteriores modificaciones que resultarían claves para la eficacia de tutela colectiva, como son el reconocimiento de amplias potestades al juez en el control de la *class action* o el establecimiento de las condiciones para la aceptación de una posible transacción colectiva (*class settlement*)⁶⁹⁶.

El sistema producto de estas modificaciones y aún vigente en la actualidad impide que existan sujetos legitimados *ex ante* a la presentación de la demanda, de tal modo que la legitimación o *standing to sue* deberá predicarse, necesariamente, de las circunstancias que presente cada supuesto en relación con los requisitos que el juez analizará en el juicio de admisibilidad de la acción colectiva (la llamada *certification*)⁶⁹⁷. En éste, el juez determinará, en primer lugar, la viabilidad de la *class action*, junto con la idoneidad del procedimiento⁶⁹⁸. Se determinará, además, el tipo de *class action*, diferenciándose entre: *monetary class action* (Rule 23 (b) (1) y (2)) y *voluntary class action* (Rule 23 (b) (3)).

Las *monetary class action* engloban, por una parte, aquellas acciones declarativas o constitutivas cuya tutela colectiva busca evitar resoluciones contradictorias o aquellos casos en los que el fondo común fuera susceptible de agotarse (Rule 23 (b) (1))⁶⁹⁹; y, por otra, la acción de cesación o inhibitoria cuya admisibilidad o *certification* únicamente requerirá que la conducta haya generado una repercusión negativa sobre algún miembro del grupo, bastando la simple amenaza o riesgo de afectación (Rule 23 (b) (2)). En ambos casos, sin embargo, no se contempla posibilidad de reserva de la pretensión ya que, de acuerdo con CARBALLO PIÑEIRO, el interés se predica del grupo⁷⁰⁰.

En cuanto a la *voluntary class action*, ésta se refiere exclusivamente a la acción colectiva de indemnización, para cuya certificación se exigirá el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, requisitos cuya apreciación va unida a una amplia discrecionalidad judicial. En otras palabras, se establece una amplitud en la legitimación hasta tal punto que un miembro del grupo de afectados puede litigar en beneficio y en representación de todo ellos, siempre

⁶⁹⁶ KAPLAN, B., *Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendements of the Federal Rules of Civil Procedure (I)*, en *Harv. L. Rev.*, Vol. 81, 1967, pp. 356-416.

⁶⁹⁷ Si bien se trataran detalladamente en el siguiente apartado, únicamente quiero apuntar que se trata de los requisitos contenidos en la Rule 23.a y b de la FRCP, mayoremente conocidas como: *Typicality*, *Commonality*, *Numerosity* y *Adequacy of representantion*. (Véase: 5.3. *Las class actions norteamericanas*, 5.3.2. *Los requisitos de la Rule 23.a y b para la certificación de una class action*).

⁶⁹⁸ CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y trasplante de las class actions en Europa*, DE CONFLICTU LEGUM, Estudios de Derecho internacional privado, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2009, p. 33.

⁶⁹⁹ COFFEE, J. C., *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action*, en *Colum. L. Rev.*, Vol. 95, 1995, pp. 1343 y ss..

⁷⁰⁰ CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones*, *op. cit.*, p. 36.

que cumpla con los presupuestos del artículo 23 (a) y (b) de la FRCP que pasaremos a analizar a continuación⁷⁰¹.

Respecto los requisitos exigibles para la certificación de una *class action*, el artículo 23 (a) de las FRCP establece:

“ (a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;

(2) there are questions of law or fact common to the class;

(3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and

(4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.”

De acuerdo con el mismo, los requisitos que deberá controlar el juez son: *numerosity, commonality, typicality* y *adequacy of representation*.

La *numerosity* se refiere a la imposibilidad que el grupo de afectados pueda acumular sus acciones, es decir, no se podrá admitir una *class action* si los daños producidos pueden tutelarse a través de una figura de tipo litisconsorcial. Este análisis que deberá llevar a cabo el juez en relación a la “numerosidad” de la clase, se ha llamado el test de superioridad o *superiority test*⁷⁰².

La *commonality*, por otra parte, se refiere a la existencia de cuestiones comunes de hecho y derecho entre las afectaciones sufridas por los miembros del grupo o clase. Dicho requisito se verificará en *predominance analysis* que realizará el juez, si bien de acuerdo con el artículo 23

⁷⁰¹ Cuando hablo de representación, no me refiero a un sentido procesal del término en cuanto a la legitimación, sino en un sentido sociocultural.

Sobre la legitimidad de tutela colectiva de los miembros del grupo por parte del ejercicio de una *class action* por un solo individuo, véase: YEAZELL, S. C., *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, New Haven and London, Yale University Press, 1987, pp. 15 y ss.

También pueden iniciar este tipo de acciones entidades gubernamentales o asociaciones, entes que han jugado un papel muy importante en la protección de los intereses colectivos y difusos en casos como *Sierra Club v. Morton* (*Sierra Club v. Morton*, 510 F.2d 813, 827) (5th Cir. 1975) y *Lujan v. Defenders of Wildlife* (*Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. at 566. 78) (1992). Ver: GIDI, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, pp. 83-84).

⁷⁰² CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones*, op. cit., p. 59.

(b) (3) de las FRCP, su cumplimiento no dependerá tanto de la cantidad como de la calidad de las cuestiones comunes entre los intereses afectados⁷⁰³.

En cuanto a la *typicality* y directamente relacionado con la *adequacy of representation*, se exigirá que las acciones ejercitadas por los representantes de la clase sean las mismas que utilizaría la clase para la tutela de sus derechos, con la finalidad de evitar que estos sujetos actúen con un interés distinto al de la clase. Precisamente con la finalidad de evitar conflictos de intereses entre los representantes y/o los abogados y el grupo de afectados, en la *adequacy of representation* o adecuación de la representatividad el juez tendrá la facultad de dividir la clase en subgrupo o establecer condiciones para garantizar que el representante proteja de un modo justo y adecuado los intereses de la clase⁷⁰⁴.

Un último requisito es la necesidad de determinación de la clase, aunque no consta *ex profeso* en la Rule 23 (a) de las FRCP. Sin embargo, esta determinación no debe equipararse al requisito de grupo determinado o no del ordenamiento jurídico español en el que se diferencia entre intereses colectivos y difusos en base a la posibilidad de determinar los afectados en un sentido nominal y exacto⁷⁰⁵. El sistema norteamericano simplemente exige la posibilidad de delimitar el colectivo afectado por la conducta ilícita que pueda haber llevado a cabo el operador económico⁷⁰⁶. Es decir, determinar se traduce en conocer el colectivo afectado por la actividad ilícita, sin tener en cuenta la determinabilidad concreta de sus integrantes. En caso que no pueda identificarse el colectivo afectado, la clase no podrá certificarse. Tampoco procederá la *certification* de la *class action* si existen dificultades insalvables en cuanto a la cuantificación y administración de las indemnizaciones a percibir por los afectados, aunque no individualmente, sino como grupo propiamente dicho.

⁷⁰³ Rule 23.b.1 de las FRCP:

(3) *the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:*

(A) *the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;*
(B) *the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;*

(C) *the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum;*
and

(D) *the likely difficulties in managing a class action.*

⁷⁰⁴ SILVESTRI, E., *The Difficult Art of Legal Transplants: The Case of Class Actions*, en *Revista de Processo*, núm. 35, 2010, pp. 99 y ss..

⁷⁰⁵ CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones*, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

⁷⁰⁶ PARKER, D. L., *Standing to Litigate "Abstract Social Interests" in the United States and Italy: Reexamining Injury in Fact*, en *Colum. J. Transnat. L.*, Vol. 33, 1995, pp. 259-318.

Dicho esto, los Tribunales estadounidenses han llevado a cabo un “*light touch review*” de estos requisitos en los múltiples casos presentados. Al no requerirse un cumplimiento estricto de todos los presupuestos, se ha producido un uso abusivo, ya que se han utilizado las *class actions* por interés económico de los abogados, quienes han visto en esta institución una posible vía de ingresos sin parangón⁷⁰⁷. La amplitud de la legitimación ha permitido que los letrados buscaran a los afectados para incitarles al ejercicio de la correspondiente acción colectiva. Lo cierto es que, en la práctica, la totalidad de afectados está siendo representada realmente por los propios abogados a cambio de un porcentaje del total de la indemnización en caso que se estime su pretensión. Ante esta última posibilidad, las empresas, a su vez, buscan transacciones o *settlements* para evitar proceder con la *class action* arriesgarse al pago de una suma mucho más elevada, ya que cabe recordar que proseguiría a través del jurado. Además, una sentencia condenatoria afectaría la reputación de las empresas.

Si bien esto será analizado detalladamente más adelante al ser, a mi parecer, una de las características más importantes de esta institución, en esta sede sólo quiero señalar que la “facilidad” de conseguir la *certificación* de la acción colectiva y la posterior utilización de ésta como elemento de presión contra el demandado para llegar a un *settlement* ha conllevado un abuso de la *class action*, considerándose una buena idea mal aplicada⁷⁰⁸. De continuar con el proceso colectivo, muchos de estos supuestos “certificados” de *class action* no proseguirían, ya que no podrían superar el nivel de prueba exigido. Sin embargo y a pesar de la comprobación del *settlement* que realiza el juez, la transacción no deja de ser un acuerdo entre las partes cuya igualdad y no el *standard of proof* es lo que controlará el juez.

Otro problema añadido y no menos importante es la posibilidad de elegir el derecho estatal aplicable (*forum shopping*)⁷⁰⁹. En este sentido, en 2005 se aprobó el *Class Actions Fairness Act* que extendía la jurisdicción federal y, de este modo, reducía los supuestos en los que las partes podrían elegir el derecho estatal aplicable.

Con todo, la principal solución al uso abusivo descrito de las *class actions* es el *scrupulous scrutiny* o “escrutinio estricto” de los requisitos establecidos en la Rule 23 de las FRCP,

⁷⁰⁷ Ejemplos de ello son los casos *Mullarkey (Mullarkey v. Holsum Bakery Inc, US DC Ariz 120 FRD 118 at 121.)* (1988) y *Ungor (Ungar et al. v. Dunkin’ Donuts Inc, 531 F2d 1211 at 1224)* (3d Cir. 1976).

Véase también: *In re: Wirebound Boxes antitrust litigation, 128 FRD 268 at 271–272* (D.Minn.1989); *Bogosian v. Gulf Oil Co, 561 F2d 534 at 555– 556* (3d Cir.1977); y *Re: Foundry Resins Antitrust Litigation, 242 FRD 393 at 409* (S.D. Ohio 2007).

A nivel doctrinal y en el mismo sentido: CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones, op. cit.*, p. 57.

⁷⁰⁸ SILVESTRI, E., *The Difficult, op. cit.*, p 108.

⁷⁰⁹ Idem.

recogido en sentencias recientes como *Visa Check*⁷¹⁰, *Re: Catfish*⁷¹¹, *Eison*⁷¹², *AmChem*⁷¹³, *Blades v. Monsanto*⁷¹⁴, *Re: New Motor vehicles* y *RE: Hydrogen Peroxide*⁷¹⁵. Si bien es cierto que estos casos se centran en materia de competencia desleal, la sentencia *Dukes*, no obstante, parece hacer extensivo su contenido al resto de materias⁷¹⁶.

Este cambio, como veremos a continuación, resulta muy interesante en cuanto a la salvaguarda de las garantías procesales de los afectados⁷¹⁷. Precisamente la afectación de los derechos fundamentales de los integrantes del grupo ha sido la piedra de toque en la incorporación de un sistema parecido a las *class actions* de los sistemas de *civil law*, razón por la cual debo entrar en su análisis para poder establecer una legitimación para las acciones colectivas en el ordenamiento español.

Respecto a la *commonality* o cuestiones comunes de hecho y derecho, el *scrupulous scrutiny* requiere un carácter predominante de éstas por encima de las particularidades de cada caso individual. Cuando existan diferencias entre cuestiones relevantes de hecho y derecho, se procederá a la inadmisibilidad de la *class action*⁷¹⁸. Además, en el caso de infracción de normas

⁷¹⁰ *Re: Visa Check Master Money Antitrust Litigation*, 280 F3d 124 at 130 (2d Cir. 2001).

⁷¹¹ *Re: Catfish Antitrust Litigation*, 826 F Supp 1019 at 1040–1042 (N.D. Miss. 1993).

⁷¹² *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 US 156 at 177 (1974). Ver también: *Re: Potash Antitrust Litigation*, 159 FRD 682 at 688–68 5 (D.Minn.1995).

⁷¹³ *AmChem Products Inc v. Windsor*, 521 US 591 at 614 (1997).

Cabe destacar, además, los siguientes casos : *In re: Initial Public Offerings Securities Litigation*, 471 F 3d 24 at 39–41 (2d Cir. 2006); *General Tel. Co of Southwest v. Falcon*, 457 US 147 at 160 (1982); y, más recientemente, *In re: Live Concert Antitrust Litigation*, 247 FRD 98 at 107(C.D. Cal. 2007). *Idem* pp. 57 y 78.

⁷¹⁴ *Blades et al. v. Monsanto Company et al.*, 400 F 3d 562 (8th Cir. 2005).

Vid. *Collective Buyers League v. F & F Investments*, 48 FRD 7 at 1112 (N.D.Ill.1969); también, *mutatis mutandis*, *Sommers v. Abraham Lincoln Federal Savings and Loans Association*, 66 FRD 581 at 590–591 (1975).

Doctrinalmente, cabe destacar los siguientes comentarios a las estas sentencias: KAPLAN, B., *Continuing work*, *op. cit.*, pp. 389-390; NEWBERG, H. B y CONTE, A., *Newberg*, *op. cit.*, sección 4:24, p. 155; y NAGAREDA, R. A., *Common answers for class certification*, en *Vanderbilt Public Law Research Paper*, Núm. 1033, 2010, pp. 4-16.

⁷¹⁵ *In Re: New Motor Vehicles Canadian Antitrust Litigation*, 522 F3d 6 at 18–20 (1st Cir. 2008) y *In Re: Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation*, 552 F3d 305- 312 (3d Cir. 2008).

⁷¹⁶ *WalMart Stores Inc v. Dukes et al.*, 131 S Ct 2541 at 2547 (2011).

⁷¹⁷ ANDREANGELI, A., *A View from across the Atlantic: Recent Developments in the Case Law of the US Federal Courts on Class Certification in Antitrust Cases*, en Rodger, B. L. (ed), *Competition Law: Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU*, Kluwer Law International, International Competition Law Series, Volume 56, 2014, pp. 223-254.

Vid. también MULHERON, R. P., *The Class Action in Common Law Legal Systems*, Hart, 2004, pp. 47 y ss.; HODGES, C., *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems*, Oxford U. Press, Oxford, 2008 pp. 191–194.

⁷¹⁸ Caso *WalMart Stores Inc v. Dukes et al.*, 131 S Ct 2541 at 2547 (2011).

imperativas, se requerirá que las alegaciones fácticas constituyan indicios suficientes para comprender su efectivo quebrantamiento⁷¹⁹.

En cuanto a la adecuación de la representatividad y *typicality*, las sentencias se han centrado en los problemas que genera la presencia de intereses propios del representante, ya sea éste miembro del grupo afectado o bien se haya establecido un *class counsel*⁷²⁰. El *lead counsel* o *class counsel* es la firma de abogados o el abogado individual que el juez considera apto para representar a los miembros ausentes de la clase afectada. Los requisitos para su designación se recogen en la Rule 23 (g) de las FRCP y se centran en la capacidad de representación que tiene el *class counsel*⁷²¹.

Volviendo a la *typicality* y ante la ausencia de *class counsel*, el escrutinio estricto exige que el actor sea parte de la clase y tenga los mismos intereses y sufra el mismo daño que los miembros de la misma⁷²². Normalmente esto se traduce, además, en una exigencia de una acción que no sea única del actor, sino comuna de todos los afectados y basada en la misma conducta ilícita⁷²³.

Por otro lado, la adecuación de la representatividad se postula como un requerimiento de experiencia previa del actor que pretenda el inicio de un proceso colectivo y, en concreto, de sus respectivos abogados⁷²⁴, ya que el papel de estos últimos es tan importante que incluso se ha planteado que éstos pasen a ser los actores en la totalidad de supuestos⁷²⁵.

⁷¹⁹ *Bell Atlantic Corp v. Twombly*, 127 S. Ct 1955 at 1965–1966 (2007).

⁷²⁰ HELVESTON, M. N., *Promoting justice through public interest advocacy in class actions*, en *BF. L. Rev.*, núm. 60, 2012, pp. 749 -778; también TIDMARSH, J., *Rethinking adequacy of representation*, en *Tx. L. Rev.*, núm. 97, 2009, pp. 1137-1158.

Jurisprudencialmente, cabe subrayar las siguientes sentencias: *Kirkpatrick v. JC Bradford & Co*, 827 F2d 718 at 727 (11th Cir. 1987), *Dolgow v. Anderson*, 43 FRD 472 at 494 (E.D.N.Y. 1968) ; *Re: Catfish Antitrust Litigation*, 826 F Supp 1019 a 1037–138; *Lewis v. NFL*, 146 FRD 5 at 10 (D.D.C. 1992). Todas ellas comentadas por: SCOTT, N. C., *Don't Forget Me! The Client in a Class Action Lawsuit*, en *Geo. J Legal Ethics*, núm. 15, 2001, pp. 561-574.

A nivel Europeo: EU COMMISSION, *Staff Working document, Public Consultation: Toward a coherent European approach to collective redress*, SEC(2011) 173 final, párrafos 21–22.

⁷²¹ El juez se centra básicamente en la experiencia previa de los abogados en *class actions*, además de la capacidad de representación adecuada de la clase en el caso particular, gozando de amplia discrecionalidad: “any other matter pertinent to counsel’s ability to fairly and adequately represent the interests of the class.”

⁷²² *General Telephone Co of Southwest v. Falcon*, 457 US 147 at 156 (1982). Ver también: *Re: Catfish Antitrust Litigation*, 826 F Supp 1019 at 1034 (N.D. Miss. 1993).

⁷²³ Un ejemplo claro es el caso *Catfish (op. cit)* o *In Re: NASDAQ*, 169 FRD 493 at 510–511 (S.D.N.Y. 1996).

⁷²⁴ *Eisen v. Carlisle & Jacqueline*, 391 F2d 551 at 562 (2d Cir. 1968) y *Larson v. AT & T*, 681 F3d 109 at 131–132 (3d Cir. 2012).

⁷²⁵ BURNS, J. W., *Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions*, en *Hast. L. J.*, Vol. 42, 1990, pp. 181-183; YEAZELL, S. C., *From, op. cit.*, p- 250.

Con todo y con la finalidad de evitar conductas abusivas, es evidente que el *scrupulous scrutiny* ha conllevado mayores salvaguardas del justo proceso⁷²⁶, al mismo tiempo que ha limitado las *class actions* a aquellos casos en los que existan verdaderas razones de interés público⁷²⁷.

Tanto es así que representa un serio ejemplo para limitar el uso abusivo de la tutela colectiva por parte de los abogados, una de las principales preocupaciones en cuanto a la adopción de un sistema de *class actions* por parte de los países con un sistema de *civil law*⁷²⁸. Asimismo, los requisitos de adecuación de la representación persiguen una mayor garantía de los derechos de los afectados.

Sin embargo, soy de la opinión, junto con autores como SILVESTRI y HODGES, que estas limitaciones acaecidas en el marco de la *certification* de las *class actions* resultan insuficientes para importar este modelo de tutela colectiva a los sistemas de *civil law*, por las razones que apuntaré a continuación.

5.3.2. *Características propias de las class actions como sistema de tutela colectiva*

Una vez vistos los requisitos de constitución de una *class action*, es el momento de analizar aquellos rasgos distintivos que se predicen exclusivamente de este sistema de tutela colectiva. En este sentido, limitarse al análisis anterior sería tener en cuenta sólo los árboles, prescindiendo del bosque cuando es, a mi parecer, la razón clave del éxito de las *class actions*. Concretamente, estas características se centran en la finalidad de las acciones colectivas y el papel de los abogados como tercer pilar de este sistema de tutela colectiva, junto con la reparación de los daños a los intereses pluriindividuales homogéneos y la no reiteración de la conducta lesiva (*deterrence*).

⁷²⁶ *General Tel. Co of Southwest v. Falcon*, 457 US 147 at 160.

⁷²⁷ COFFEE, J. C., *Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for the Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions*, en *Colum L. Rev.*, núm. 86, 1986, pp. 669-679. Ver también: *Blum v. Stenson*, 465 US 886 at 900.

⁷²⁸ ANDREANGELI, A., *Collective Redress in EU Competition Law: An Open Question with Many Possible Solutions*, en *W Comp*, núm. 35, 2012, pp. 529-556.

5.3.2.1. El carácter regulativo o *deterrence*

Para comprender la finalidad de las *class actions* o *deterrence* es necesario empezar este último apartado exponiendo uno de los supuestos en los que el juez norteamericano no considera viable la *class action*: cuando los costes del proceso judicial sean superiores a la indemnización que pudieran percibir los afectados.

Esto nos permite observar que si bien el sistema norteamericano parece articularse para conseguir una tutela de los daños masivos (*mass torts*⁷²⁹), la *class action* no se plantea como un mecanismo procesal para la tutela de los *interés pluriindividuales homogéneos*, sino que éstos son un medio para la consecución de una finalidad de *deterrence* o reguladora del comportamiento de las empresas en el mercado, ya que ya que considera jurídicamente irrelevantes y, por ende, inaceptables aquellos daños cuya entidad no sea significativa - teniendo en cuenta los elevados costes procesales derivados del ejercicio de una *class action*⁷³⁰. En otras palabras, el Estado busca que los particulares inicien la litigación con el objetivo de evitar la reiteración de conductas contrarias a la normativa imperativa, por lo que podemos decir que las *class actions*, tienen una doble finalidad⁷³¹. Por una parte y como medio, constituyen una tutela colectiva indemnizatoria de los intereses pluriindividuales homogéneos legalmente protegidos (*club rights*⁷³²); y, por otra e fin último, buscan la protección del interés público consistente en el respeto de las disposiciones legales imperativas por parte de la empresa productora del daño (*deterrence*)⁷³³.

Las *class actions*, en consecuencia, se podrían considerar como una tutela colectiva de los intereses individuales de los afectados en los daños masivos con la finalidad principal de paliar

⁷²⁹ HENSLER, D., DOMBEY-MOORE, B., GIDDENS, B., GROSS, J., MOLLER E. K. y PACE, N. M., *Class action dilemmas*, RAND, Santa Monica, 2000, pp. 99 y ss..

⁷³⁰ HODGES, C., *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems*, Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 138-145.

⁷³¹ SCHERER, F. M., *Class actions in the U.S. experience: an economist's perception*, en BACKHAUS, J. G., CASSONE, A. y RAMELLO, G. B., *The Law and Economics of Class Actions in Europe, Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, p. 27.

⁷³² CORNES, R. y SANDLER, T., *The Theory of Externalities, Public Goods and Club Goods*, Cambridge university Press, Cambridge, 1996.

⁷³³ ARMENTA DEU, T., *Las acciones*, op. cit., pp. 28.

CASSONE A., y RAMELLO G. B., *The law and economics of class action litigation: setting the research agenda*, en BACKHAUS, J. G., CASSONE, A. y RAMELLO, G. B., *The Law and Economics of Class Actions in Europe, Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, p. 103

las imperfecciones del sistema económico-legal⁷³⁴. En este sentido, buscan equilibrar el poder entre los diferentes actores sociales como son las empresas y los consumidores⁷³⁵.

Sin embargo, la entidad del daño causado por las empresas a los consumidores individuales no resulta suficiente para que dicho sistema sea eficaz, ya que la entidad de la afectación suele ser muy baja en los daños masivos en comparación con los costes de un proceso de estas características y disuade a los sujetos individualmente afectados del ejercicio de la respectiva acción de tutela. La cuestión es muy simple: ¿cómo hacer que los afectados ejerciten una acción de tutela colectiva?

La respuesta a esta cuestión pasa por el establecimiento de un incentivo económico para los abogados, aspecto que procederemos a analizar a continuación.

5.3.2.2. Los abogados: la clave para la eficacia del sistema de *class actions*

El punto clave para el éxito de las acciones colectivas radica en la confluencia de tres elementos: quién las organizará, quién las financiará y quién las iniciará, como resumen ISSACHAROFF y MILLER⁷³⁶.

Tal y como hemos apuntados, no es habitual que los sujetos inicien individualmente una *class action* por el elevadísimo riesgo económico que conlleva una acción de este tipo, ya que tanto si es estimatoria como desestimatoria, deberán, como mínimo, abonar los honorarios de sus respectivos abogados, entre otras costas. Es más, la cuantía que puede recibir el sujeto individual será proporcionalmente insignificante, en la mayoría de los casos.

Sabedor de esto, el legislador norteamericano valoró permitir unos incentivos económicos en el sistema de *class actions* para hacer que un sujeto privado –afectado o no- corriera dicho riesgo a cambio de la posibilidad de obtener una importante cantidad económica en caso de

⁷³⁴ RODHE, D. L., *Access to Justice*, Oxford University Press, Oxford and New York, 2004; PORRINI, D. y RAMELLO, G. B., *Class Actions and Financial Markets: Insights from Law and Economics*, en *Journal of Financial Economic Policy*, 3 (2), 2011, pp. 140-160.

⁷³⁵ HENSLER, D. R., DOMBEY-MOORE, B., GIDDENS, E., GROSS, J., MOLLER, E. y PACE, M., *Class Action Dilemmas, Pursuing Public Goals for Private Gain*, Rand Publishing, Santa Monica, 2000; y SILVER, C., *Class Actions- Representative Proceedings*, en BOUCKAERT, B. y DE GEEST, G., *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 2000, p. 195.

⁷³⁶ ISSACHAROFF, S. Y MILLER, G. P., *Will aggregate*, *op. cit.*, p. 66.

estimación de las pretensiones ejercitadas. El problema, sin embargo, era que dicho sujeto debería abonar los honorarios de los abogados en todo caso. Así se llegó a la solución de que estos sujetos fueran los propios abogados como defensa letrada del actor o como *class council*, y su incentivo económico fuera una parte de la indemnización total, los llamados costes esperados (*contingency fees*)⁷³⁷.

No hay duda alguna que la percepción por parte de los abogados de un 14 a un 30% de la indemnización final constituye un incentivo muy sustancial para que éstos sean los que organicen, financien y presenten la acción colectiva, como demuestra la experiencia⁷³⁸. Tal y como dice HODGES, resulta evidente que el éxito de un mecanismo colectivo yace en la financiación⁷³⁹.

No obstante, estos incentivos económicos han propiciado también que se cree un terreno óptimo para aquellos despachos de abogados emprendedores que ven la *class action* como un medio para conseguir elevados beneficios. La consecuencia es, efectivamente y como habrá deducido ya el lector, un uso abusivo de esta institución y más cuando el carácter laxo de la Rule 23 que acabamos de ver y el *light touch review* que hacía el juez, no suponen obstáculo alguno para que la *class action* se convierta en una “transacción chantajista” (*blackmail settlement*) para las empresas. En otras palabras, los abogados han intentado que todo daño pluriindividual accediera a los Tribunales como una *class action*, ya que, una vez superada la fase de *certification* sin demasiada dificultad, el riesgo de estimación de la pretensión y de la mala reputación que puede suponer la posible sentencia estimatoria, coaccione a la empresa a llegar a una transacción o *settlement*. De hecho, tal y como apunta SILVESTRI, éste es el método normal de terminación de las *class actions* en 88% de las veces⁷⁴⁰.

Por todo esto, soy de la opinión que con el *Class Action Fairness Act* de 2005 y el reciente *scrupulous scrutiny*, el legislador y los Tribunales – respectivamente- pretenden limitar la utilización de las *class actions* a aquellos supuestos en los que realmente existan daños

⁷³⁷ PORRINI, D. y RAMELLO, G. B., *Class Action for Financial Losses: Deterrence Effects from Ex Post Regulation*, Working paper, Università del Piemonte Orientale, Aslessandria, 2005.

⁷³⁸ CALABRESI, H. G., *Class actions in the U. S. experience: the legal perspective*, en BACKHAUS, J. G., CASSONE, A. y RAMELLO, G. B., *The Law and Economics of Class Actions in Europe, Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, pp.11 y ss.

⁷³⁹ HODGES, C., *Fast, Effective and Low Cost Redress: How Do Public and Private Enforcement and ADR Compare?*, en Rodger, B. J. (ed), *Competition Law: Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU*, Kluwer Law International, International Competition Law Series, Volume 56, 2014, pp. 255-290. El autor destaca el siguiente document: *Litigation funding in relation to the establishment of a European mechanism of collective redress. BEUC position* (BEUC, 2012).

⁷⁴⁰ SILVESTRI, E., *The difficult*, op. cit., p. 110; WHITE, L. J., *Private Antitrust Litigation: New Evidence, New Learning*, Mit press, Cambridge, 1988, pp. 10 y 11.

masivos (*mass torts*). Asimismo, se ha subido el nivel de exigencia de la *commonality*, es decir, se requiere un mayor carácter homogéneo de los diferentes daños, tanto respecto a los hechos, como a los derechos⁷⁴¹.

Por otro lado, la carga de la prueba que antes correspondía al demandado, ahora pasa al demandante, quién deberá probar la existencia de cada uno de los requisitos exigidos por la Regla 23 de la FRCP. En este sentido, la certificación pasa a ser un acto “en contra” de la admisibilidad de la acción colectiva o, lo que es lo mismo, los requisitos de la Rule 23 dejan de ser un mínimo para aceptar la acción colectiva y se convierten en auténticas piedras de toque para la certificación de la *class action*⁷⁴².

Sin embargo y más allá de la limitación a la efectividad de la institución que todo esto puede conllevar⁷⁴³, considero que dicha limitación no se hace tanto para establecer una tutela adecuada y que garantice los derechos fundamentales de los afectados⁷⁴⁴, sino porque esta forma de tutela colectiva ha producido unos costes sistémicos muy superiores a los beneficios que se han obtenido⁷⁴⁵. Es decir, las *class actions* han resultado ineficaces como herramienta para contrarrestar los perjuicios económicos que causan las empresas con sus actividades ilícitas, ya que, no tan solo no tienen un efecto regulativo (*deterrence*), sino que, una vez ponderados éstos perjuicios con los costes del proceso para la administración y las consiguientes indemnizaciones, el resultado es negativo. Veámoslo.

En primer lugar, las empresas que se han visto condenadas por un proceso de estas características normalmente incrementan los precios para contrarrestar los efectos negativos que conllevan la indemnización y los posibles *punitive damages*⁷⁴⁶. Un supuesto paradigmático es el comportamiento de los productores de tabaco norteamericano ante las múltiples acciones colectivas a las que han tenido que hacer frente. Estas compañías no tan solo han podido subir los precios de éste producto debido a su demanda inelástica, sino que además

⁷⁴¹ *Castano v. American Tobacco Co.*, 84 F.3d 734, 743 (5th Cir. 1996), en el que se considera que los miembros de la clase fueron expuestos a la nicotina a través de diferentes productos y durante distintos lapsos temporales. Además, el conocimiento de los efectos nocivos difiere de consumidor a consumidor, así como las razones para empezar a fumar.

⁷⁴² *Miles v. Merill Lynch (In re Initial Public Offering Securities Litigation)*, 471 F.3d 24 (2d. Cir 2006).

⁷⁴³ HODGES, C., *Fast, op. cit.*, p. 277.

⁷⁴⁴ Public Law 109-2, 119 Stat. 4 (febrero 2005).

⁷⁴⁵ Tal y como apunta HODGES, C., *The Reform, op. cit.*, p. 138, un análisis del gobierno de Estados Unidos concluyó que la litigación excesiva en materia de daños había supuesto un gasto de 87 billones por al a economía nacional (US COUNCIL OF ECONOMIC ADVISERS, *An Economic Analysis of the US Tort Liability System*, 2002).

⁷⁴⁶ SMITH, R., *The Incredible Electrical Conspiracy*, Part I, en *Fortune*, 63(4), 1961, pp. 132-180; Part II, en *Fortune*, 63(5), 1961, pp. 158-224.

han incrementado los niveles de nicotina de un 10 a un 11% desde 1998 para conseguir una mayor adicción de los nuevos fumadores⁷⁴⁷.

Respecto a la compensación de los daños causados, la realidad es que los abogados se llevan la mayor parte de la indemnización, estableciéndose, por el tanto restante, un sistema de cupones descuento para que los afectados puedan adquirir un producto cuyo precio el empresario habrá incrementado previamente para no tener pérdidas económicas. Además, en el caso que se trata de una indemnización económica, éstas suelen ser cantidades ridículas y eso en el supuesto que se dicte una sentencia colectiva, cosa que sucede con un 5,4% de las *class actions* presentadas.

Los resultados son mucho más preocupantes en el caso que haya una transacción colectiva (*class settlement*), ya que el 20.3% de la cantidad indemnizatoria va a parar a los abogados⁷⁴⁸, un 20.3% que representa, estadísticamente, un 10% más de la cuantía que deberán repartirse todos los afectados⁷⁴⁹.

Como acabamos de ver, las particularidades propias del sistema de tutela colectiva son realmente importantes para comprender la finalidad y el funcionamiento de las *class actions*, así como su efectividad. Sin embargo, el estudio de las *class action* sería incompleto si no tenemos en cuenta los distintos elementos procesales propios del sistema de *common law* que inciden en esta institución.

5.3.3. Aspectos importantes del sistema procesal norteamericano que inciden en las class actions.

Las *class actions* como tutela colectiva se articulan a partir de la normativa procesal vigente en Estados Unidos. Al tratarse de un sistema de *common law*, es importante destacar aquellas particularidades que tienen una verdadera importancia en el marco de una acción colectiva. Concretamente, destacaremos: el Discovery, la notificación adecuada a la clase, la discrecionalidad judicial y el jurado.

⁷⁴⁷ GLADWELL, M., *The Formula: Enron, Intelligence and the Perils of Too Much Information*, en *The New Yorker*, January 8, 2007.

⁷⁴⁸ Ibid. p. 14.

⁷⁴⁹ SCHERER, F. M., *Class actions*, op. cit., p. 30.

5.3.3.1. El Discovery

El discovery es un instrumento de naturaleza anglosajona mediante el cual se actúan los deberes de información y exhibición que pesan sobre las partes y los terceros⁷⁵⁰. Estos deberes son realmente muy amplios con la finalidad de averiguar todos los datos que puedan hacer viable la pretensión o la defensa⁷⁵¹, cosa que a su vez propicia un alto índice de acuerdos al dar una clara idea a las partes de las oportunidades de estimación de sus respectivas pretensiones procesales⁷⁵². A dicho efecto y una vez presentada la demanda, se abre una fase procesal para que pueda llevarse a cabo⁷⁵³.

En las *class actions* el discovery juega un papel esencial para que pueda determinarse y localizarse quienes componen la clase de un modo efectivo, ya que permite al demandante examinar toda la información contenida en los archivos del demandado.

Por el contrario, el demandado verá limitado su derecho al discovery en las *class actions* para evitar toda coacción a los miembros de la clase e impedir que la falta de respuesta de los afectados ante las consiguientes peticiones se entienda como falta de interés en el caso, cosa que conllevaría la necesaria desestimación de la *class action* por parte del juez⁷⁵⁴.

En un sentido análogo, aunque que el demandante utilice el Discovery como medio para conseguir una *class action* previamente inexistente (la llamada *fishing expedition*), se prevé la posibilidad de imputar todos los costes de este acto al actor y limitarlo a cuestiones discutidas en la *certification*⁷⁵⁵. En otras palabras, el Discovery no puede convertirse en un intento por parte de los abogados de detectar la existencia de elementos de hecho y de derecho para poder proseguir con una *class action*, cuando realmente ésta no proceda.

⁷⁵⁰ CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones*, op. cit., p- 155 y ss.. Asimismo, véase: FRIEDNETHAL, J. H., KANE, M. K. y MILLER, A., *Civil Procedure*, St. Paul, Minnesota, 1999, p- 38 y BURKE, J., *Jowitt's Dictionary of English Law*, London, Vol. 1, 1977, pp. 622-624.

⁷⁵¹ Las Federal Rules of Civil Procedure reconocen dichos deberes en las Rules: 26(a) (1) y (5); 30;31; 33; 34;y 35.

⁷⁵² FRIEDNETHAL, J. H., KANE, M. K. y MILLER, A., *Civil*, op. cit., pp. 386-287; JAMES, F., HAZARD, G. C. y LEUBSDORF, *Civil Procedure*, New York, 2001, pp. 287-288.

⁷⁵³ Para un análisis comparado de esta institución véase: PEREIRA PUIGVERT, S., *La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

⁷⁵⁴ NOTE, *Developments in the Law. Class Actions*, en *Harv. L. Rev.*, 1976, pp. 1440-1441

⁷⁵⁵ Ídem.

5.3.3.2. La notificación adecuada a la clase

En cuanto a la notificación adecuada a la clase, este requisito se prevé en la Rule 23 (c)(2), artículo que diferencia entre una tutela de cesación o de indemnización⁷⁵⁶. Cuando se esté ejerciendo una acción colectiva de cesación, no se requerirá notificación alguna, entendiendo que para la garantía del debido proceso basta la adecuación de la defensa⁷⁵⁷. En cambio, si la acción ejercitada es indemnizatoria, se requerirá “la mejor notificación”, concepto de notificación que el juez deberá determinar caso por caso a tenor de las particularidades que se presenten⁷⁵⁸.

La notificación puede hacerse a través de un medio de difusión o bien a título individual. En el caso que se requiera notificación individual, ésta incluirá: (1) todas las características de la *class action* (tipo de acción, definición de la clase certificada y las cuestiones de hecho y de derecho); (2) el derecho de exclusión *-opt-out-* que ostenta el notificado (tiempo y motivos de exclusión); (3) la posibilidad de intervención en la *class action*; y (4) la eficacia *erga omnes* de la sentencia que recaiga en caso de no realizar la reserva de la pretensión⁷⁵⁹.

Sin lugar a dudas, la exigencia de una notificación individual en los términos descritos y asegurando su total efectividad, en cuanto a extensión a todos los afectados supondría una garantía de los derechos fundamental de defensa de los afectados, principal piedra de toque en los estudios para la introducción de un sistema de tutela colectiva en los países de *civil law*.

No obstante y de acuerdo con CARBALLO PIÑEIRO, este tipo de notificación constituye una limitación enorme debido a los elevados costes que conlleva, resultando una barrera infranqueable en aquellos casos en los que la entidad del daño individual sea ínfima⁷⁶⁰. Según

⁷⁵⁶ SILVESTRI, E., *The Difficult*, *op. cit.*, pp. 11 y ss..

⁷⁵⁷ CARBALLO PIÑEIRO hace referencia al caso *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32 (1940) como ejemplo (CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones*, *op. cit.*, p. 142)

⁷⁵⁸ CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones*, *op. cit.*, p. 144.

⁷⁵⁹ El efecto de cosa juzgada únicamente afectará a aquellos miembros nacionales de Estados Unidos, siempre que hayan sido adecuadamente representados en el proceso de la *class action* (CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones*, *op. cit.*, p. 228 y NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, Bosch, Barcelona, 2006, p. 92-118).

Además, el ordenamiento norteamericano distingue entre *claim preclusion* y *issue preclusion*, que vendría a ser el equivalente a la preclusión o efecto negativo de la cosa juzgada y efecto positivo de la misma, respectivamente (TARUFFO, M., *Collateral EStoppel e giudicato sulle questioni*, en *Riv.dir.proc.*, 1971, pp. 651-687, *Riv.dir.proc.*, 1972, pp. 272-300). En el caso de las acciones colectivas, se producirán ambos tipos de *preclusion* siempre que los miembros de la clase hayan sido efectivamente notificados y no hayan ejercitado su derecho de *opt-out* (CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones*, *op. cit.*, p. 231).

⁷⁶⁰ CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones*, *op. cit.*, p. 152.

HODGES, la reciente experiencia Inglesa demuestra que el requerimiento de una notificación con todas las garantías y, en especial, su elevado coste, supone reservar, a la práctica, el ejercicio de las acciones colectivas a aquellos supuestos en los que la indemnización a percibir sea muy elevada, ya que los abogados cobrarán un porcentaje a partir de la misma (*contingency fees*)⁷⁶¹. Además, los abogados únicamente se arriesgaran a sufragar los costes de esta notificación cuando tengan una garantía de la ilicitud de la conducta, de tal modo que se requerirá sentencia previa o acto administrativo en la que se declare tal ilicitud (*consecutive class action*)⁷⁶².

Más allá de la posibilidad o no del ejercicio de una acción colectiva consecutiva -cosa que dependerá de cada Estado al ser una opción de política legislativa-, todo lo apuntado nos permite ver el problema económico que representa una notificación garantista y su incidencia en todo el sistema consiguiente.

5.3.3.3. La discrecionalidad judicial

El juez paradigmático estadounidense no es un juez de carrera como en los sistemas de *civil law*, sino que adquiere su posición a partir de la experiencia letrada. Asimismo, el sistema norteamericano no piensa en un juez que únicamente aplique la ley, sino que el juez goza de amplia discrecionalidad en todo el proceso, como experto en la práctica del derecho. Discrecionalidad que, en las *class actions*, se traduce en amplias capacidades de dirección y administración. En este sentido y como ya se ha apuntado, el juez deberá analizar los requisitos de la Rule 23 (a) y (b) y valorar su cumplimiento a tenor de las circunstancias de cada

En la doctrina estadounidense, destaca BUSCHKIN, I. T., *The Viability of Class Action Lawsuits in a Globalized Economy-Permitting Foreign Claimants to be Members of Class Actions Lawsuits in the U.S. Federal Courts*, en *Cornell Law Review*, Vol. 90, 2005, pp. 1574-1577.

Asimismo, un claro ejemplo de lo apuntado se recoge en la sentencia: *Miner v. Gillette*, 87 III, 2d 7, 428 N.E. 2d 478 (1981).

⁷⁶¹ HODGES, C., *Fast, op. cit.*, pp. 275 y ss..

Para el informe en el que se centra el autor: DEPARTMENT FOR BUSINESS INNOVATION & SKILLS, *Impact Assessment. Private Actions in Competition Law: A Consultation on Options for Reform*, 2012, ('the Impact Assessment'), at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31529/12-743-private-actions-in-competition-law-impact-assessment.pdf (19/03/2015).

⁷⁶² HODGES, C., *Fast, Effective, op. cit.*, p. 281.

Tal y como afirmó el organismo de Consumo Europeo en 2012: “*sin la financiación adecuada, ningún mecanismo de tutela colectiva funcionará a la práctica*” (*Litigation funding in relation to the establishment of a European mechanism of collective redress*. BEUC position (BEUC, 2012), disponible en: <http://www.beuc.org/publications/2012-00074-01-e.pdf> (19/03/2015).

caso. Asimismo y siempre que lo considere necesario, podrá dividir la clase en subgrupos e incluso establecer condiciones a la *certificación* de la acción colectiva. Por si fuera poco, en el supuesto que las partes lleguen a una transacción o *settlement*, el juez será el encargado de comprobar el carácter justo (*fairness*) de la misma. Todas estas facultades son muy positivas para conseguir un buen funcionamiento tanto de las *class actions*, como de cualquier otro sistema de tutela colectiva, aunque no suficiente para evitar los posibles abusos.

5.3.3.4. El papel del jurado en las acciones colectivas

En el supuesto que no se alcance una transacción o *settlement*, el proceso de *class action* proseguirá a través de la institución del jurado compuesto por ciudadanos que, sin lugar a dudas, podrían verse afectados por actos parecidos en un futuro⁷⁶³. El hecho que las *class actions* se tramiten por jurado conlleva que el tanto a pagar por la empresa sea mucho mayor que si lo estableciera un juez profesional, ya que el jurado lo determinará pensando en evitar la reiteración de la conducta y la afectación de los intereses de sus integrantes, sin tener en cuenta los límites que supone la entidad del daño real producido. Con la finalidad de alcanzar el consiguiente efecto regulativo, la condena a la empresa no se limitará al pago de la indemnización por el daño causado, sino que se irá más allá mediante los llamados *daños punitivos*, hasta tal punto que puede llegar a triplicarse dicha suma en supuestos, por ejemplo, de competencia desleal⁷⁶⁴.

En síntesis a este apartado, las *class actions* no son una simple institución procesal introducida en el ordenamiento jurídico norteamericano que ha resultado ser exitosa, sino que todo lo apuntado anteriormente nos permite ver que es el resultado de una evolución casi darwiniana del sistema estadounidense. Por ende, la legitimación o *standing to sue* (en terminología anglosajona) que se predica de este sistema de *common law* poco tiene que ver con la *legittimazione ad agire* italiano o *ad causam*, como la conocemos en el ordenamiento jurídico español. El *standing to sue* que se predica de lo expuesto en las líneas precedentes resulta del todo incompatible con los principio de legalidad y seguridad jurídica que imperan en los sistemas de *civil law*, ya que, en éstos, la ley deberá preestablecer tanto el ámbito subjetivo como objetivo de las acciones para la tutela de los intereses protegidos por el ordenamiento

⁷⁶³ SILVESTRI, E., *The Difficult*, *op. cit.*, pp. 110 y ss..

⁷⁶⁴ HODGES, C., *The Reform*, *op. cit.*, p. 133.

jurídico y el juez, limitarse simplemente a la aplicación de la ley bajo los principios de oficialidad y dispositivo, símbolos distintivos del proceso civil de los sistemas “civilistas”⁷⁶⁵. Tanto es así, que la legitimación se convierte en una comprobación del cumplimiento de requisitos objetivos de legitimación de la parte actora en el caso de las acciones colectivas en los ordenamientos jurídicos español e italiano.

Dicho esto y para acabar este tercer capítulo, es el momento de analizar el sistema de *civil law* brasileño, pionero en la incorporación de una tutela colectiva que ha dado resultados esperanzadores.

5.4. La tutela colectiva en Brasil

El estudio del ordenamiento jurídico brasileño viene justificado no tan solo por el hecho de haber sido el primer sistema de *civil law* en incorporar las acciones colectivas en el proceso civil, sino por el tratamiento de la legitimación y la protección de los intereses de los miembros ausentes, el principal obstáculo que encontramos en el planteamiento de un sistema de acciones colectivas en los sistemas de derecho continental⁷⁶⁶. Por esta misma razón, resulta imprescindible analizar la regulación brasileña de las acciones colectivas para determinar

⁷⁶⁵ En cuanto a estos principios, resulta realmente interesante el reciente artículo de ORMAZABAL SÁNCHEZ en relación a los consumidores y usuarios: *Cuando Luxemburgo declaró la guerra al principio dispositivo: el deber judicial de reconocer al consumidor el derecho a la reducción del precio que no pidió en la demanda*, en *La Ley Unión Europea*, mes 11, 2014, pp. 39-45).

También cabe destacar: SANZ HERMIDA, A. M., *Sentencia de 4 de Abril de 2008: Diligencias para mejor proveer: no son formalidades esenciales del juicio, sino un instrumento que el proceso pone al alcance del órgano jurisdiccional para formar su convicción, por lo que son ajenas al impulso de parte y al principio dispositivo. A través de esta actuación procesal el órgano jurisdiccional no puede investigar la realidad procesal -sea subjetiva u objetiva- supliendo la inactividad, pasividad, negligencia, error o impericia de las partes- pues incurriría en un ejercicio abusivo de este medio procesal*, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 80, 2009, pp. 507-519; FERNÁNDEZ MATA, A., PÉREZ HEREDIA, B., PÉREZ BAÑUELOS, V. M. y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. R., *Principios dispositivo y de aportación de parte*, en ABEL LLUCH, X. A. y PICÓ I JUNOY, J., *Los poderes del juez civil en materia probatoria: seminario de estudio de la Escuela Judicial*, 2003, pp. 17-40; VIVER I PI-SUNYER, C., *Por favor, no disparen contra el pianista: mito y realidad del (mal llamado) principio dispositivo*, en *Revista española de derecho constitucional*, Nº 84, 2008, pp. 339-358; CHIZZINI, A., *Contraddittorio, principio dispositivo e poteri del giudice nelle trasformazione del diritto processuale civile*, en *Jus: Rivista di Scienze Giuridiche*, Vol. 59, Nº. 3, 2012, pp. 461-482; AMPUERO HUNTER, I., *El principio dispositivo y los poderes del juez*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº. 35, 2010, pp. 149-188.

⁷⁶⁶ WALMIER, ARRUDA ALVIM, T., *Goals of civil justice (Brazilian National Report)*, en *Revista de Processo*, v. 37, p. 367-380, 2012 y ÍDEM., *Civil procedural systems: pro and contra (Brazilian National Report)*, en *Revista de Processo*, v. 37, pp. 381-398, 2012.

aquellos elementos que pueden resultar de interés para la tercera parte de la presente tesis relativa a la propuesta de modelo de acciones colectivas en España⁷⁶⁷.

5.4.1. *La regulación del sistema de acciones colectivas brasileño*

El artículo 113, numeral 38 de la Constitución de la República de 1934 constituye el primer intento de articular una tutela colectiva, aunque fuera en forma de acción popular: “*cualquier ciudadano será parte legítima para demandar la declaración de nulidad o anulación de actos lesivos del patrimonio de la Unión, de los Estados o de los Municipios*”. Esta acción colectiva fue suprimida en 1937, aunque posteriormente reintroducida en 1946, reglamentada por la Ley 4717 de 10 de junio de 1965⁷⁶⁸.

La Constitución de la República de 1988 siguió contemplando la acción popular en términos idénticos en su artículo 5, fracción XXIII⁷⁶⁹, aunque, con anterioridad, la Ley 7397 de 29 de julio de 1985 había regulado la acción civil pública para daños causados al medio ambiente, a los consumidores y a bienes y derechos de valor artístico, paisajístico, turístico o estético⁷⁷⁰. De hecho, esta última ley es, aún a día de hoy, uno de los pilares del sistema de tutela colectiva brasileño, junto con el Código de Defensa del Consumidor de 11 de septiembre de 1990⁷⁷¹.

La finalidad de ambas normas apuntadas es mejorar el acceso a la justicia de los consumidores y usuarios y equilibrar la falta de poder de los individuos frente a las compañías y el gobierno,

⁷⁶⁷ Para una análisis general del proceso civil brasileño véase: WALMIER, ARRUDA ALVIM, T., *An outline of Brazilian Civil Procedure*, en *Revista de Processo*, v. 34, pp. 243-254, 2009, junto con su más reciente artículo: ÍDEM. *Aspectos generales del Proyecto de Código Procesal Civil Brasileño*, en *Revista Derecho Privado*, v. 2, pp. 19-24, 2013.

Asimismo y a nivel sustantivo: WALMIER, ARRUDA ALVIM, T., *O novo Código de Processo Civil*, en *Revista Jurídica Consulex*, v. 14, pp. 28-29, 2010.

⁷⁶⁸ Para un análisis más profundo de todo el recorrido de la acción colectiva brasileña hasta día de hoy: WALMIER, ARRUDA ALVIM, T. y GRINOVER, PELLEGRINI, A. (Org.); BENJAMIN, Antonio Herman (Org.) ; VIGORITI, Vincenzo (Org.), *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*, Revista dos Tribunais, São Paulo 2014.

⁷⁶⁹ OVALLE FAVELLA, J., *La legitimación en las acciones colectivas*, en AAVV., *Procesos colectivos Class Actions*, I Conferencia Internacional de la IAPL y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Buenos Aires, Argentina, 6-9 junio de 2012, p. 139; GONÇALVES DE CASTRO MENDES, A., *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, Revista dos tribunais, Sao Paulo, 2009, p. 190.

⁷⁷⁰ GONÇALVES DE CASTRO MENDES, A., *Ações*, op. cit., p. 192-193.

⁷⁷¹ BARBOSA MOREIRA, J. C., *La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)*, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 2 de 1992, p. 23 y WALMIER, ARRUDA ALVIM, T., *Código do Consumidor comentado*, RT, Saõ Paulo, 1995.

especialmente ante las *small claims*⁷⁷². La posición de la doctrina al respecto fue dispar, al igual que sucedió con la revisión de la Rule 23 de las FRCP de Estados Unidos en 1966⁷⁷³. En este caso, las principales críticas se centraban en considerar las acciones colectivas como un privilegio⁷⁷⁴, aunque mayormente erguían razones técnicas y filosóficas ante el miedo de

⁷⁷² Tal y como apunta GUIDI, muchos casos prácticos ilustran la importancia de las acciones colectivas en pretensiones de mínima cuantía (*small claims class actions*) en los Estados Unidos (GUIDI A., *Las acciones colectivas*, op. cit., p. 24).

Véase: *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156, 186, 94 S. Ct. 2140, 2156, 1974); *Phillips Petroleum v. Shutts*, 472 U.S. 797, 105 S. Ct. 2965, 1985; *In re Hotel Telephone Charges*, 500 F.2d 82 (9th Cir. 1974); *Deposit Guaranty National Bank v. Roper*, 445 U.S. 326, 100 S. Ct. 1166, 1980; *Hawaii v. Standard Oil Co.*, 405 U.S. 251, 266, 92 S. Ct. 885, 893, 1972; *Illinois v. Harper & Row Publishers, Inc.*, 301 F.Supp. 484 (N.D. Ill. 1969); *Dolgow v. Anderson*, 43 F.R.D 472 (E.D.N.Y 1968); *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 617, 1997).

En la doctrina estadounidense destacan: KALVEN, H. y ROSENFELD, M., *The Contemporary Function*, op. cit., p. 684; WEINSTEIN, J., *Revision of Procedure: Some Problems in Class Actions*, en *Buff. L. Rev.*, núm. 9, 1960, pp. 433 y 435; FRANKEL, M., *Amended Rule 23 from a Judge's Point of View*, en *Antitrust L. J.*, núm. 32, 1966, pp. 295 y 299; FORD, T., *Federal Rule 23: A Device for Aiding the Small Claimant*, en *B. C. Indus. & Com. L. Rev.*, núm. 10, 1969, p. 501; POMERANTZ, A., *New Developments in Class Actions Has Their Death Knell Been Sounded?*, en *Bus. Law.*, núm. 25, 1970, p. 1259; IDEM, *Dialogue on Class Actions*, en *Bus. Law.*, núm. 28, 1973, pp. 109, 111 y 112; HOMBURGER, A., *State Class Actions and the Federal Rule*, en *Colum. L. Rev.*, núm. 71, 1971, pp. 609, 610 y 639-643; FREEMAN, L., *Class Actions from the Plaintiff's Viewpoint*, en *J. Air L. & Com.*, núm. 38, 1972, p. 401; NEWBERG, H. y CONTE, A., *Newberg*, op. cit., pp. 1-17, 1-20, 4-1664-1167 y passim; COOPER, A. J., *An Introduction to Class Action Procedure in the United States*, en *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 2001.

Internacionalmente, destacan: GIUSSANI, A., *Le 'Mass Tort Class Action' negli Stati Uniti*, en *Riv. Cri. Dir. Priv.*, 1989, p. 331; KOJIMA, T., *Judicial Administration in Multi-District Mass Litigation*, en KOJIMA, T., *Perspectives on Civil Justice and ADR: Japan and the USA*, 1990, p. 47; CALAIS-AULOY, J., *Les délits a grande échelle en droit civil français*, en *Revue Internationale de Droit Comparé [R. I. D. C.]*, núm. 46, 1994, p. 379; KOCH, H., *Mass Torts in German Law*, en *German National Reports in Civil Law Matters for the XIVth International Congress of Comparative Law* (Erik Jayme ed., 1994), p. 67; NOMI, Y., *Mass Torts in Japanese Law*, en *Japanese Reports for the XIVth International Congress of Comparative Law*, 1994; PONZANELLI, G., *Mass Torts in the Italian System*, en *Italian National Reports to the XIVth International Congress of Comparative Law*, 1994; FLEMING, J., *Mass Torts*, en *Am. J. Comp. L.*, XLII, 1994, p. 507.

Aun así, parte de la doctrina norteamericana no ven suficientemente justificada la necesidad de las acciones colectivas para estos supuestos: HILL, S. M., *Small Claimant Class Actions: Deterrence and Due Process Examined*, en *Am. J. of Trial Advoc.*, núm. 19, 1995, p. 147; AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *Report and Recommendations of the Special Committee on Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure*, 1972; HANDLER, M., *The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Antitrust Suit The Twenty-Third Annual Antitrust Review*, en *Colum. L. Rev.*, núm. 71, 1971, p. 1; LANDERS, J., *Of Legalized Blackmail and Legalized Theft: Consumer Class Actions and the Substance-Procedure Dilemma*, en *Cal. L. Rev.*, núm. 47 S., 1974, p. 842; LABOWITZ, E. S., *Class Actions in the Federal System and in California: Shattering the Impossible Dream*, en *Buff. L. Rev.*, núm. 23, 1974, pp. 601 y 632-634; FAULK, R., *Armageddon Through Aggregation? The Use and Abuse of Class Actions in International Dispute Resolution*, Class Action Litigation Report, mayo 25 de 2001.

⁷⁷³ Compárese: POMERANTZ, A., *New Developments*, op. cit., p. 1259 con HANDLER, M., *The Shift*, op. cit., p. 1.

Véase también: MILLER, A., *Of Frankenstein*, op. cit., p. 664.

⁷⁷⁴ BOTELHO DE MESQUITA, J. I., *Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor*, en *Revista do Advogado*, nº 33, 1990, p. 80; idem, *A coisa julgada no Código do Consumidor*, en *Código de Processo Civil. 20 anos de vigência* (Cruz e Tucci ed., 1995).

cambiar el *status quo* imperante, ya que no cabe duda que este instrumento procesal utilizado de manera eficiente podía transformar la realidad social, política y económica⁷⁷⁵.

No hay duda alguna que la acción colectiva es un instrumento de poderosos efectos en manos de una sociedad democrática, como demuestran las distintas medidas provisionales propuestas por el gobierno con la finalidad de limitar aspectos tan importantes como la legitimación para su ejercicio o la eficacia territorial de la sentencia que recaiga en el proceso colectivo respectivo⁷⁷⁶. Sin perjuicio de los intentos tanto de empresas como del propio gobierno, de sabotearla con la finalidad de evitar la responsabilidad derivada de sus actos, ha sido necesario el transcurso de una generación para que esta institución empezara a funcionar de manera eficiente, como todo cambio revolucionario⁷⁷⁷. Tal y como opina GIDI⁷⁷⁸, los casos que ha habido hasta ahora apuntan a una tendencia positiva del sistema de tutela colectiva articulado, si bien no hay estudios empíricos que lo demuestren⁷⁷⁹. Tanto es así, que el mismo autor considera que “*a largo plazo las acciones colectivas pueden llegar a ser uno de los más exitosos trasplantes legales en la historia jurídica brasileña desde los tiempos coloniales*”⁷⁸⁰.

Hecho estos breves apuntes, tan solo recordar que, tal y como indica CRUZ AREHART⁷⁸¹, la regulación esencial de la tutela colectiva en Brasil está compuesta por el artículo 21 de la LACP y el artículo 87 y siguiente del CDC, cuerpos normativos que serán el objeto de estudio a continuación para determinar el sistema de acciones colectivas (*opt-in* u *opt-out*), la tipología

⁷⁷⁵ COOPER, E., *Class-Action Advice in the Form of Questions*, en *Duke. J. Comp. & Int'l L.*, núm. 11, 2001.

⁷⁷⁶ Medida provisória n. 1.570/1997; Lei n. 9.494/1997; Medida Provisória n. 1.798- 1/1999

⁷⁷⁷ KAPLAN, B., *Some Preliminary Observations Concerning Rule 23*, en *F. R. D.*, núm. 43, 1968, pp. 39 y 52); TARUFFO, M., *Intervento*, en *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976), p. 336.

⁷⁷⁸ GIDI, A., *Las acciones*, *op. cit.*, p. 27.

En sentido análogo: WALMIER, ARRUDA ALVIM, T. *Apontamentos sobre as ações coletivas*, en WAMBIER, L. R. y WALMIER, ARRUDA ALVIM, T. (Org.), *Processo Coletivo e Processo Civil Estrangeiro e Comparado*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, pp. 267-283.

⁷⁷⁹ El desdén por la investigación empírica es típico de los sistemas de derecho civil. Véase: CAPPALLI, R., *The Style and Substance of Civil Procedure Reform: Comparison of the United States and Italy*, en *Loy. L. A. Int'l & Comp. L. J.*, núm. 16, 1994, pp. 861, esp. 883.

En fuerte contraste, la reforma legal estadounidense a menudo está apoyada en sólidos estudios empíricos. Véase: WILLGING, T. et al., *Empirical Study of Class Action in Four Federal District Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules*, 1996; TIDMARSH, J., *Mass Tort Settlement Class Actions. Five Case Studies*, 1998; HENSLER, D. et al., *Class Actions Dilemmas*, *op. cit.*; MASS TORT WORKING GROUP, *Report on Mass Tort Litigation*, 187 F.R.D. 293, 324 (1999); ADMINISTRATIVE OFFICE OF THE US COURTS, *Working Papers of the Advisory Committee on Civil Rules on Proposed Amendments to Civil Rule 23*, 1997, cuatro volúmenes; GIBSON, S. E., *Case Studies on Mass Tort Limited Fund, Class Action Settlements and Bankruptcy Reorganizations*, 2000.

⁷⁸⁰ GIDI, A., *Las acciones*, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁸¹ CRUZ ARENHART, S., *O processo coletivo no direito brasileiro atual*, AAVV., *Procesos colectivos Class Actions*, I Conferencia Internacional de la IAPL y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Buenos Aires, Argentina, 6-9 junio de 2012, p. 479 y ss..

de intereses, la legitimación y la financiación en la tutela colectiva del ordenamiento jurídico brasileño.

5.4.2. *Un sistema de tutela colectiva diferente*

En primer lugar, el legislador brasileño ha diferenciado entre *intereses propiamente grupales* e *intereses pluriindividuales homogéneos*, estableciendo una cosa juzgada distinta para cada tipo de intereses⁷⁸². En cuanto a los intereses propiamente grupales, la sentencia que ponga fin al proceso colectivo que tutele los mismos tendrá un efecto de cosa juzgada *erga omnes*, excepto aquellos supuestos en los que la pretensión se desestime por insuficiencia probatoria (art. 103. 1 CDC)⁷⁸³.

Por el contrario, cuando se trate de un proceso para la tutela de intereses pluriindividuales homogéneos, el efecto positivo de cosa juzgada de la sentencia que recaiga se extenderá *in utilibus* a las pretensiones individuales ligadas a la debatida en la acción colectiva, en lo que se conoce como *secundum eventum litis* (Art. 103, fracción 3 del CDC)⁷⁸⁴. No obstante, si el afectado ha intervenido en el proceso colectivo en virtud del artículo 94 CDC (en relación con

⁷⁸² No obstante y como se verá en el siguiente apartado, ha distinguido dos subtipos de intereses propiamente grupales a tenor de su determinabilidad.

⁷⁸³ GIDI, A., *Las acciones*, *op. cit.*, 104.

Asimismo: AZAMBUJA, C., *Rumo a uma nova coisa julgada*, Livraria do Advogado, Porto alegre, 1994; ROCHA BRAGA, R., *A coisa julgada nas demandas coletivas*, Lumen Juris Rj. Quitanda Literária RJ, Rio de Janeiro, 2000; DA SILVA, J. A., *Ação popular constitucional*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, p. 273; DE CAMARGO MANCUSO, R., *Ação Popular*, RT, São Paulo, 1994, p. 204; ALVIM, ARRUDA, T., et al., *Código do Consumidor comentado*, 2. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, p. 464; WAMBIER, L., *Liquidação de sentença*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 277; GIDI, A., *Cosa julgada e litispendência em ações coletivas*, Saraiva, São Paulo, 1995, pp. 131-135; LEME MACHADO, P. A., *Ação civil pública e tombamento*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, p. 46.

⁷⁸⁴ Sobre la modulación de la *res iudicata* en Brasil destacan los artículos: WALMIER, ARRUDA ALVIM, T. y MEDINA, J. M. G., *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003; ÍDEM., *Flexibilização ou relativização da coisa julgada*, en *Prática Jurídica*, Brasília, DF, v. 3, n.33, pp. 48-49, 2004 y ÍDEM., *What is covered by res judicata in Brazilian Civil Procedural Law: the current law and perspectives of change*, en *Zeitschrift fur Zivilprozess International*, v. 17, p. 393-404, 2012; ÍDEM., *O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança*, en *Revista de Processo*, v. 39, pp. 75-89, 2014.

En el derecho norteamericano, por su parte, un efecto similar de la cosa juzgada puede encontrarse en juicios de accionistas en representación de una empresa (*shareholder derivative suits*) y en juicios de accionistas contra deliberaciones de los dirigentes de la compañía (*shareholders suits against Company board deliberations*).

Doctrinalmente: WRIGHT, C. y MILLER, A., *Federal*, *op. cit.*, § 1840.

Véase también los siguientes casos: *Bernhard v. Bank of America*, 122 P.2d 892, 1942; *Blonder-Tongue Lab. v. University of Ill. Found.*, 402 U.S. 313, 1971; *Parklane Hosiery Co. v. Shore*, 439 U.S. 322, 1979; *Zdanok v. Glidden Co.*, 327 F.2d 944 (2nd Cir. 1964).

el artículo 103, fracción 2 del mismo Código), el efecto de cosa juzgada le afectara del mismo modo que si se tratara de una sentencia que pusiera fin a un proceso individual, es decir, tanto positiva, como negativamente (*pro et contra*).

La razón tanto de esta disparidad, como de esta última excepción descrita, radica en la finalidad de protección de los derechos de los miembros ausentes en el proceso, principal problema de las *class actions* estadounidenses. Como ya hemos apuntado anteriormente, el establecimiento de un sistema de *opt-out* requiere de una notificación eficaz en todo caso, ya que, de no serlo, una persona podría verse afectada negativamente por una resolución en cuyo proceso no pudo participar ejercitando su derecho fundamental de defensa, contradiciendo, por ende, el artículo 6.1 del CEDH. Por el contrario, el sistema de *opt-in* merma, la mayoría de veces, la finalidad de las acciones colectivas, ya que conlleva una tutela parcial de los daños producidos y requiere de la participación de todos los afectados para conseguirla.

En Brasil, la solución del legislador ha sido descartar el efecto de cosa juzgada negativa o preclusión ante el ejercicio de las acciones colectivas indemnizatorias, forma de tutela paradigmática de los daños a intereses pluriindividuales homogéneos. De esta manera, todos los afectados podrán ejercitar, si lo desean, una acción individual para la tutela de su afectación con independencia del ejercicio de la acción colectiva, a la vez que ésta última garantiza el acceso a la jurisdicción de la totalidad de los intereses afectados en caso que las cuantías sean tan ínfimas que supongan una barrera para el inicio de una tutela individual (art. 5, fracción 35 de la Constitución de la República).

En el caso de acciones colectivas de cesación, forma de tutela por antonomasia de los intereses propiamente grupales, la eficacia *erga omnes* de la sentencia estimatoria es producto del propio tipo de tutela que se pretende con el ejercicio de este tipo de acciones. En este sentido, ante el ejercicio de una acción colectiva de cesación por publicidad engañosa, por ejemplo, la estimación de la pretensión implicará que los afectados únicamente deban demostrar la relación de causalidad y la entidad de los daños para percibir la indemnización del daño a sus intereses pluriindividuales homogéneos. En cambio, la preclusión producto de una sentencia desestimatoria de la pretensión inhibitoria o de cesación únicamente afectará al sujeto legitimado que haya ejercitado la acción, pudiendo los sujetos restantes solicitar la cesación de una conducta presuntamente ilícita a título individual.

Con todo, la notificación pierde la importancia que tiene, por ejemplo, en España, Italia o Estado Unidos, ya que de ella no dependerá la tutela efectiva y se garantizan por otras vías los

derechos de los miembros del colectivo afectado⁷⁸⁵. En otras palabras, el sujeto no deberá ser debidamente notificado para que intervenga en el proceso (*opt-in*) o reserve su pretensión (*opt-out*). Por esta misma razón, en el ordenamiento jurídico brasileño únicamente se prevé la notificación en el ejercicio de la acción colectiva para la tutela de daños pluriindividuales homogéneos, notificación que consistirá en la publicación del inicio de un proceso colectivo en un periódico oficial, según el artículo 99 CDC, si bien, como apunta GIDI, la lectura de los mismos por parte de los ciudadanos no es habitual⁷⁸⁶.

Antes de proceder con la legitimación, resulta interesante ver, brevemente, la tipología de intereses que diferencia el ordenamiento jurídico brasileño de tutela colectiva, ya que no solo refuerza la distinción que hicimos en la primera parte de este trabajo de investigación, sino que es imprescindible para comprender la tipología de acción que podrán ejercitar los sujetos legitimados.

⁷⁸⁵ Los miembros del Consejo Consultivo que elaboraron la ley brasileña claramente desearon evitar las consecuencias del caso americano *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156, 1974) donde, en una rara demostración de insensibilidad social, la Suprema Corte de los Estados Unidos hizo a las acciones colectivas por montos pequeños más difícil de ser presentadas. La Legislatura brasileña, para facilitar el acceso a la justicia, optó por el extremo opuesto. Mientras la Suprema Corte de los Estados Unidos cerró las puertas del tribunal para ejercitar acciones colectivas de pequeños montos, el legislador brasileño abrió las puertas a estos procedimientos sin la participación de la gente que intentaban beneficiar. Sólo se puede esperar que ambos sistemas finalmente lleguen a una solución intermedia sensible a este importante problema, tal como las que se encuentran en Canadá y Australia.

Véase: GIDI, A., *A class action*, *op. cit.*, pp. 181-183. La gran mayoría de los juristas estadounidenses han expresado insatisfacción con el caso *Eisen* (MARCUS, R. L., REDISH, M. H. y SHERMAN, E. F., *Civil Procedure. A Modern Approach*, West Group, St. Paul, 2002, pp. 285 y 286; DAM, K., *Class Action Notice: Who Needs It?*, en *Sup. Ct. Rev.*, 1974, p. 97; WRIGHT, C. y MILLER, A., *Federal*, *op. cit.*, pp. 201-206). Abundantes críticas se dieron también para la Court of Appeals por su opinión en el caso. La necesidad de un sistema flexible de notificación fue sugerido varios años antes de la sentencia de *Eisen* (FORD, T., *Federal Rule*, *op. cit.*, pp. 501, 511 y 512; POMERANTZ, A., *New Developments*, *op. cit.*, pp. 1259 y 1263-1266; COMMENT, *Adequate Representation, Notice and the New Class Action Rule: Effectuating Remedies Provided by the Securities Laws*, en *U. Pa. L. Rev.*, núm. 116, 1968, p. 889; COMMENT, *Constitutional and Statutory Requirements of Notice under Rule 23(c)(2)*, en *B. C. Indus. and Com. L. Rev.*, núm. 10, 1969, p. 571; MILLER, A., *Problems of Giving Notice in Class Actions*, en *FRD*, núm. 58, 1973, pp. 299, 319 y 320.

⁷⁸⁶ GIDI, A., *Las acciones*, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

5.4.3. *Tipología de intereses en las acciones colectivas brasileñas*

El artículo 88 del CDC distingue entre intereses difusos, intereses colectivos e intereses pluriindividuales, fracciones I, II y III, respectivamente⁷⁸⁷. Tal y como he anticipado anteriormente, la distinción entre intereses difusos e intereses colectivos yace en la determinabilidad de los intereses afectados, determinabilidad que el legislador brasileño consideró íntimamente ligada a la existencia de una relación jurídica de base. Por ende, cuando se trate de intereses transindividuales, indivisibles y unidos por una relación jurídica de base, estaremos ante intereses colectivos y podrán determinarse todos los afectados. Por otro lado, cuando dichos intereses sean transindividuales, indivisibles pero únicamente ligados por hechos, serán intereses difusos y no podrán determinarse los afectados⁷⁸⁸.

Fíjese que en ambos supuestos, sin embargo, la lesión o satisfacción de uno de los intereses implica la lesión o satisfacción de todos⁷⁸⁹. Por esta misma razón y de acuerdo con el Código Modelo de Procesos Colectivos, art I, fracción I, la distinción importante es entre intereses transindividuales (propia mente grupales) e intereses pluriindividuales homogéneos⁷⁹⁰, ya que las diferencias entre los intereses difusos y colectivos no son sustanciales⁷⁹¹. En cuanto a los intereses plurindividuales homogéneos y como ya hemos definido reiteradamente, se trata de intereses individuales, divisibles y de origen común⁷⁹². Otra nomenclatura utilizada, es “derechos de grupo esencialmente colectivos” para referirse a la protección de los derechos propiamente grupales (*o true group rights*) y “derechos de grupo accidentalmente colectivos” en relación a la protección colectiva de derechos individuales (derechos pluriindividuales homogéneos o *spurious group rights*)⁷⁹³.

Asimismo, es importante remarcar que todos los artículos apuntados del Código de Defensa del Consumidor no tan solo se refieren al consumo exclusivamente, sino que se hace extensivo

⁷⁸⁷ Ley Federal número 8078. El anteproyecto de Código de Defensa del Consumidor fue elaborado por una comisión coordinado por Ada Pellegrini, compuesta por Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe y Zalmo Denari (GONÇALVES DE CASTRO MENDES, *op. cit.*, p. 196).

⁷⁸⁸ GIDI, A., *Las acciones*, *op. cit.*, pp. 38 y ss..

⁷⁸⁹ BARBLOSA MOREIRA, J. C., *La iniciativa*, *op. cit.*, p. 235.

⁷⁹⁰ BARBOS MOREIRA, J. C., *Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos*, en *Temas de direito procesual (Tercera Série)*, Saraiva, Sao Paulo, 1984, p. 196.

⁷⁹¹ LANDONI SOSA, A., y PEREIRA CAMPOS, S., *Tutela de los intereses colectiva y difusos en Uruguay*, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 1 de 2002, p. 72; GIANNINI, L. J., *La tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos*, Platense, Buenos Aires, 2007, p. 61

⁷⁹² PELLEGRINI GRINOVER, A., *Significato sociale, político e giuridico della tutela degli interessi diffusi*, en *Revista di Diritto Processuale*, núm. 1, enero-febrero de 1999, p. 21.

⁷⁹³ KAPLAN, B., *Continuing Work*, *op. cit.*, pp. 356, 395 y note 150.

a todas las materias, de igual modo que el artículo 21 de la LACP, de acuerdo con la modificación del mismo establecida el artículo 117 de la Ley 8078/90.

Para terminar este apartado, únicamente resta hacer referencia a lo que GIDI llama la “necesidad de flexibilizar los derechos de grupo”⁷⁹⁴. En base al brocardo *in iure civil omnis definitio periculosa est* (“toda definición es peligrosa en derecho civil”), la definición legal de los distintos derechos colectivos conlleva un límite al tipo de situaciones jurídico-fácticas que pueden acceder a la jurisdicción a través de la tutela colectiva. Sin embargo, estas definiciones, por un lado, minimizan la necesidad de un análisis casuístico de las cuestiones comunes de hecho y de derecho en las acciones colectivas en la acetación de la acción colectiva (*commonality* y *predominance*)⁷⁹⁵; y, por el otro, evitan el conservadurismo de los tribunales ante este nuevo tipo de tutela⁷⁹⁶.

Vistos los diferentes tipos de intereses y/o derechos, veamos quiénes son los entes legitimados para el ejercicio de las acciones colectivas para la tutela de sus afectaciones.

5.4.4. Legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas

El artículo 82 del CDC establece que los entes legitimados para el ejercicio de las acciones colectivas serán: el Ministerio Público, las Entidades públicas en los 3 niveles administrativos cuya finalidad sea la defensa de los consumidores y las Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

Esta pluralidad de entes legitimados sigue la idea de CAPPELLETTI, quién consideraba que no existe un único ente óptimo para el ejercicio de las acciones colectivas, sino que la mejor

⁷⁹⁴ GIDI, A., *Las acciones*, op. cit., p. 64.

⁷⁹⁵ Ante las muchas definiciones contradictorias en España, los derechos difusos son llamados sarcásticamente “derechos confusos y profusos”. Véase: OLIVA SANTOS, A. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Editorial Universitaria Ramon Areces, Madrid, 2000, p. 596.

En Italia, por su parte, Vilone llamó a los derechos difusos un personaggio assolutamente misterioso (VILONE, M., *La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso (considerazione sul sistema statunitense)*”, en *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato* (A. Gambaro ed., 1976), pp. 71 y 73.

⁷⁹⁶ HERMAN BENJAMIN, A., *Group Action and Consumer Protection in Brazil*, en *Group Actions and Consumer Protection* (BOURGOIGNIE, T., ed.) 1992, pp. 141 y 149; WATANABE, K., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Forense Universitaria, Saõ Paulo, 1999, p. 711.

Aun así, han acaecido problemas para establecer las cuestiones comunes en diferentes supuestos (WATANABE, K., *Código*, op. cit., pp. 729-731).

opción es una combinación de las asociaciones privadas, el gobierno y el sujeto individual para compensar los problemas que presentan todos⁷⁹⁷.

Dentro de los entes legitimados, el Ministerio Público es el más importante y, no tan solo porque haya jugado un papel protagonista en la protección de los derechos de grupo en Brasil⁷⁹⁸, sino porque deberá ser notificado de la aceptación de cualquier acción colectiva e invitado a intervenir como observador, en base al interés social que institucionalmente representa. De acuerdo con el artículo 127 de la Constitución de la República, el Ministerio Público es el encargado de velar por el orden público, el régimen democrático, los intereses sociales y los intereses individuales disponibles, aunque no podrá ser representante o consultor de las administraciones públicas en aras a su independencia. Por ende, resulta lógico que este órgano pueda ejercitar la acción colectiva e intervenir en toda acción colectiva, incluso si se trata de proteger intereses pluriindividuales homogéneos, cuando éstos últimos tengan relevancia pública, como, por ejemplo, las condiciones insalubres de los trabajadores, las cuotas escolares abusivas o los reajustes de los planes de salud⁷⁹⁹. Tanto es así, que el

⁷⁹⁷ CAPPELLETTI, M., *Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study*, en *Access to Justice. Promising Institutions* (CAPPELLETTI & WEISNER ed.) 1979, t. II, pp. 856 y 861-865; *Ídem*, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 283-287 y 297-299.

En el mismo sentido: PISANI, P., *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario*, en *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Denti, V., ed.) 1976, pp. 263 y 274-279; BARBOSA MOREIRA, J. I., *A legitimação para a defesa dos 'interesses difusos' no direito brasileiro*, en *Temas de Direito Processual. Terceira Série*, 1984, pp. 184 y 185; CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., *Finding an Appropriate Compromise: A Comparative Study of Individualistic Models and Group Rights in Civil Procedure*, en *Effectiveness of Judicial protection and Constitutional Order. The General Reports for the VIIIth International Congress on Procedural Law. Würzburg* (Habscheid, W., ed.) 1983, p. 117; KOJIMA, T., *Protection of Diffuse, Fragmented and Collective Interests in Civil Litigation*, en *Perspectives on Civil Justice and ADR: Japan and the U. S. A*, núm. 3, 1990, pp. 3 y 4.

⁷⁹⁸ La mayoría de las acciones colectivas presentadas en Brasil son promovidas por el Ministerio Público como actor. En todas las otras ocasiones el Ministerio Público es necesariamente notificado, e interviene en la acción en defensa de la legalidad (*custos legis*).

Véase: BENJAMIN, A. H., *A implementação da legislação ambiental: o papel do Ministério Público, em Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão* (Benjamin, A. H., ed.) 1993, pp. 360 y 371; *ídem.*, *Group Action and Consumer Protection in Brazil*, en *Group Actions and Consumer Protection* (BOURGOIGNIE, T., ed.) 1992, pp. 141 y 153; FERRAZ, A., *Ação civil pública, inquérito civil e Ministério Público*, en *Ação civil pública. 15 anos* (Édis Milaré ed., 2001), p. 84; NERY, N., *O Ministério Público e as ações coletivas*, en *Ação civil pública. Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação* (Édis Milaré ed., 1995), p. 356; FINDLEY, R., *Polution Control in Brazil*, en *Ecology L. Q.*, núm. 15, 1988, pp. 1 y 66; CARNEIRO, P., *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública – Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*, Editora Forense, 1999.

⁷⁹⁹ En base al artículo 5.1 de la LACP y 92 CDC.

Ministerio Público ha sido el ente que ha iniciado los procesos colectivos en esta materia en un 90% de los casos, jugando un papel esencial en una sociedad apática y desengañada⁸⁰⁰.

Tampoco cabe pasar dos aspectos del Ministerio Público por alto: en primer lugar, este órgano participó en la creación de la propia ley⁸⁰¹; y, en segundo lugar, la propia experiencia norteamericano intentó legitimar al Ministerio Público para las *small claims*⁸⁰², pero no se aprobó por los intereses económicos de los abogados y empresas⁸⁰³.

Por último, cabe destacar la independencia del Ministerio Público de todos los poderes restantes, cosa que impide que su actuación se vea condicionada por cuestiones políticas o judiciales. De este modo, el Fiscal únicamente buscara el cumplimiento de la ley y tutela de los intereses que ésta proteja.

Otro ente legitimado son las Asociaciones de consumidores y usuarios y las entidades públicas. La regulación brasileña exige que la finalidad estatutaria o institucional de ambos entes sea la protección de los intereses de los consumidores y usuarios, en aras a garantizar la *adequacy of representation* o representatividad⁸⁰⁴. Si bien es cierto que el éxito de las *class actions* se debe, como acabamos de ver en el análisis de la tutela colectiva norteamericana, a una llamada “regulación débil” en cuanto a discrecional⁸⁰⁵, la falta de confianza en los jueces por parte del legislador brasileño y las características del propio sistema de *civil law* hacen imposible

⁸⁰⁰ GONÇALVES DE CASTRO MENDES, A., *Informe nacional de Brasil*, 2012, p. 1. En el extremo opuesto, la sociedad americana: CAPPELLETTI, M., *The Judicial*, op. cit., pp. 296 y 297; GREVE, M., *The Non-Reformation of Administrative Law: Standing to Sue and Public Interest Litigation in West German Environmental Law*, en *Cornell Int'l L. J.*, núm. 22, 1989, pp. 197 y 236-239; TOCQUEVILLE, A., *Democracy in America* (Harvey Mansfield & Delba Winthrop eds., 2000).

⁸⁰¹ Las acciones colectivas en Brasil son identificadas estrechamente con el Ministerio Público (*Ação civil pública. Lei 7.347/1985. 15 anos* (Édis Milaré ed., 2001), p. 19).

⁸⁰² S. 3475, 95th Cong., Cong. Rec. 27859 (daily ed. August 25, 1978), p. 124; H. R. 5103, 96th Cong. (1979).

Veáse también: UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, *Bill commentary. The Case for Comprehensive Revision of Federal Class Damage Procedure*, 1979, pp. 36-40; BERRY, S., *Ending Substance's Indenture to Procedure: The Imperative for Comprehensive Revision of the Class Damage Action*, en *Colum. L. Rev.*, núm. 80, 1980, p. 299; WEISS, P. L., NOTE, *Reforming Federal Class Action Procedure: An Analysis of the Justice Department Proposal*, en *Harv. J. on Legis.*, núm. 16, 1979, p. 543; MILLER, A., *Of Frankenstein*, op. cit., pp. 664 y 684-963.

⁸⁰³ Sin embargo, tanto el Ministerio Público como las Asociaciones de Consumidores y Usuarios están legitimadas para el ejercicio de una tutela de cesación (WRIGHT, M. y KANE, M., *Federal Practice and Procedure: Civil*, núm. 7B, 2a. ed., 1986, pp. 63-67; WRIGHT, M. y COOPER, E. H., *Federal Practice and Procedure: Jurisdiction*, núm. 13A, 2a. ed., § 3531.11, 1984; NEWBERG, H., Y CONTE, A., *Newberg, op. cit.*, pp. 3-174 y 3-175) o de daños en caso derivados de *antitrust* (15 U.S.C.A. 15c15h (West, 2000)).

⁸⁰⁴ NERY, N. y NERY, R., *Código de Processo Civil comentado*, 1997, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 1137; ARRUDA ALVIM et al., *Código do Consumidor comentado*, RT, São Paulo, 1995, pp. 381 y 382.

⁸⁰⁵ CAPPELLETTI, M., *The Judicial Process*, op. cit., p. 304; COMMENT, *Adequate Representation*, op. cit., p. 889; COMMENT, *The Importance of Being Adequate: Due Process Requirements in Class Actions Under Federal Rule 23*, en *U. Pa. L. Rev.*, núm. 123, 1975, p. 1217.

articular una discrecionalidad de este tipo y más cuando la posible falta de representatividad resultaría contraria al debido proceso⁸⁰⁶. En este sentido, la legitimación *ad causam* pasa a ser genérica, de modo que el juez únicamente deberá comprobar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley⁸⁰⁷. Veámoslos.

Empezando con las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, que vendrían a ser un procurador general privado⁸⁰⁸, si bien es cierto que los intereses públicos deberían ser representados por entidades públicas⁸⁰⁹, los conocimientos y recursos limitados que tienen estas últimas no aseguran una representación adecuada⁸¹⁰. Por esta razón, las Asociaciones cuya finalidad sea la protección de los intereses de los consumidores y usuarios actuarán como un representante transindividual⁸¹¹, ya que tienen una mejor posición para la tutela de los intereses afectados, no tan solo respecto los propios miembros del colectivo, sino también respecto a las entidades públicas⁸¹². No obstante, la legitimación de estas Asociaciones de Consumidores y Usuarios se limita a aquéllas que tengan un año de antigüedad, junto con la necesidad de que su finalidad estatutaria sea la protección de tal colectivo⁸¹³. Al no requerir

⁸⁰⁶ GIDI, A., *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras. Uma Proposta*, en *RePro*, núm. 108, 2002, p. 61.

⁸⁰⁷ GIDI, A., *Las acciones*, *op. cit.*, p. 87.

⁸⁰⁸ CAPPELLETTI, M., *Governmental*, *op. cit.*, pp. 773-775

La frase "procurador general privado" fue primero usada por el juez Frank en *Associated Industries, Inc. v. Ickes*, 134 F.2d 694, 704 (2d Cir. 1943) (Frank J.), vacated 320 U.S. 707 (1943).

Véase también: JAFFE, L., *The Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hohfeldian or Ideological Plaintiff*, en *U. Pa. L. Rev.*, núm. 116, 1968, p. 1033.

⁸⁰⁹ *Gouriet v. Union of Post Office Workers* [1977] 3 WLR 300.

En el mismo sentido: JACOB, J., *The Fabric of the English Civil Justice*, Hamlyn Lectures, London, 1987, p. 81; HARLOW, C. Y RAWLINGS, R., *Pressure Through Law*, Routledge, London, 1992, pp. 144 y 145; JOLOWICZ, J. A., *On Civil Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, pp 133-142; LANGER, V., *Public Interest in Civil Law, Socialist Law, and Common Law Systems: The Role of the Public Prosecutor*, en *Am. J. Comp. L.*, núm. 36, 1988, p. 279.

⁸¹⁰ CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., *Finding an*, *op. cit.*, pp. 117 y 130; AFIALO, A., *Towards a 'Common Law' of Europe: Effective Judicial Protection, National Procedural Autonomy, and Standing to Litigate Diffuse Interests in the European Union*, en *Suffolk Transnat'l L. J.*, núm. 22, 2000, pp. 349 y 371-376; LEAL, M., *Ações coletivas: história, teoria e prática*, Sérgio A. Fabris, Porto Alegre, 1998, p. 131.

⁸¹¹ ANTUNES, L., *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, pp. 26 y 27; CRESTI, M., *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*, Milano, 1992, p. 59; DE CAMARGO MANCUSO, R., *Ação civil pública*, Sao Paulo, 2004, p. 101; BARBOSA MOREIRA, J. C., *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*, en *Revista de Processo*, núm. 61, 1991, pp. 187 y 191; MILARÉ, É., *A ação civil pública em defesa do ambiente*, en *Ação civil pública. Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação* (Édis Milaré ed., 1995), pp. 193, 248 y 249; ARAÚJO FILHO, L., *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, Forense, Rio de Janeiro, 2000, pp. 95-97; DE CAMARGO MANCUSO, R., *Ação civil*, *op. cit.*, pp. 50-61; FIDÉLIS DOS SANTOS, E., *Mandado de segurança individual e coletivo. Legitimação e interesse*, en *Ajuris*, núm. 28, 1995, pp. 25 y 33; MAZZILLI, H., *A defesa dos interesses difusos em juízo*, Saraiva, São Paulo, 2001, p. 223.

⁸¹² KOCH, H., *Group and Representative Actions in West Germany Procedure*, en *German National Reports in Civil Law Matters for the XIIIth Congress of Comparative in Montréal*, 1990, pp. 27 y 34.

⁸¹³ GIDI, A., *Coisa julgada*, *op. cit.*, p. 128; WATANABE, K., *Código Brasileiro*, *op. cit.*, p. 724.

presupuestos formales como, por ejemplo, el reconocimiento por parte del gobierno, permitirá la creación de Asociaciones *ad hoc*⁸¹⁴.

Sin embargo, esta legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios no está libre de problemas. Por una parte, no todas las asociaciones de consumidores representaran intereses sociales de un modo legítimo, ya que pueden existir intereses personales o motivos políticos. Asimismo, unos requisitos formales tan mínimos para su legitimación, pueden hacer que un mero acuerdo de dos personas se convierta en un acto constitutivo de una asociación legitimada para el ejercicio de las acciones colectivas⁸¹⁵. Para evitar estos abusos, el legislador brasileño prevé castigos a las malas conductas⁸¹⁶, si bien los litigios de mala fe son muy reducidos. Además, se requiere acuerdo de la asamblea general de la asociación cuando la acción colectiva se dirija contra el Gobierno⁸¹⁷.

También están legitimadas a las entidades públicas de los diferentes niveles administrativos que tengan como finalidad institucional la protección de los consumidores y usuarios. En este sentido, encontramos la defensoría pública, ente de naturaleza pública cuya finalidad es la asesoría jurídica y defensa de los necesitados, de acuerdo con los artículos 5, fracción LXXIV y 134 de la Constitución de la República. En este sentido, el artículo 5, fracción 3 de la LACP prevé la expresa legitimación de esta institución, tanto si la acción se ejercita como principal, como si es cautelar⁸¹⁸.

Llegados a este punto, la gran pregunta que surge es: ¿está legitimado el afectado, como sujeto individual, para el ejercicio de una acción colectiva?

OVALLE FAVELA y GONÇALVES DE CASTRO MENDES consideran que tanto el artículo 5, fracción 35, como su fracción 73, legitiman al ciudadano para el ejercicio de una acción popular dirigida a anular actos lesivos del patrimonio histórico, cultural o público, de la moralidad

⁸¹⁴ Artículo 81 párrafo I.

⁸¹⁵ Otra vía podría ser supeditar la legitimación al a acreditación por parte del Gobierno, siempre que no puede ser éste último el demandado en una acción colectiva, cosa que obliga a descartar esta opción en el ordenamiento brasileño. En todo caso, los criterio deberían ser objetivos y las asociaciones acreditadas deberían ser incluidas en una lista temporal y renovable. No obstante, debe tenerse cuidado con establecer requisitos muy limitativos, ya que podrían conllevar que la asociaciones se alejara de sus finalidades y cobrara "vida propia" (CAPPELLETTI, M., *The Judicial Process, op. cit.*, pp. 297 y 298).

⁸¹⁶ GIDI, A., *Las acciones, op. cit.*, p. 85.

⁸¹⁷ Si bien se ha llegado a considerar que este requisito es contrario a la igualdad (Medida Provisória n. 1,798-1, de 11 de fevereiro de 1999).

⁸¹⁸ GONÇALVES DE CASTRO MENDES, A., *Informe, op. cit.*, p.2.

administrativa y del medio ambiente, en lo que llama “*infastabilidade de la prestação jurisdiccional*”⁸¹⁹.

GUIDI, sin embargo, considera que la acción popular está muy limitada⁸²⁰, razón por la cual no cabe considerarse al sujeto individual afectado como legitimado⁸²¹. Asimismo, apunta que la legitimación de los individuales no es viable por el mero hecho que éstos no pueden representar a la clase o grupo en un proceso que, a su vez, está orientado a la protección del demandado⁸²².

Por último y en cuanto a la certificación de la acción colectiva⁸²³, en el ordenamiento jurídico brasileño ésta no se realizará *ope iudicis* como en USA⁸²⁴, sino *ope lege*, de acuerdo con el artículo 82 CDC y los artículos 4 y 5 de la LACP. Es decir, el juez no deberá comprobar la *tipicality*, ni la *numerosity* o la *adecuacy of representation* caso por caso, sino que deberá determinar si la asociación cumple con los requisitos objetivos establecido en la ley y estudiados en la líneas precedentes para cada uno de los entes legitimados. No obstante, PELLEGRINI GRINOVER considera que hubiese sido más adecuado seguir el proyecto inicial de CDC, dónde se preveía un control casuístico por parte del juez, característica no contraria los sistemas de *civil law*, según la autora⁸²⁵.

Únicamente resta por analizar la financiación de las acciones colectivas en la experiencia brasileña, cosa que pasaremos a hacer acto seguido.

⁸¹⁹ Íbidem, p. 9.

⁸²⁰ La Ley de la Acción Popular da a los ciudadanos brasileños legitimación para demandar sólo por la violación de derechos políticos (nulidad de actos públicos que violan el patrimonio público, el medio ambiente, derechos históricos o de valor cultural o de moralidad en la administración pública).

⁸²¹ SASSANI, B., *Définition d'intérêt collectif justifiant les différentes action en justice des organisations de consommateurs dans les États membres de la Communauté Européenne*, en *Roma e America*, núm. 5, 1998, pp. 121, 147 y 148

⁸²² CAPPELLETTI, M., *Formazioni sociali*, *op. cit.*, p. 361; idem, *La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (métamorphoses de la procédure civile)*, en *R. I. D. C.*, núm. 27, 1975, pp. 571 y 576; idem, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, en *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976), pp. 191, 210-220; BARBOSA MOREIRA, J. C., *A proteção jurídica dos interesses coletivos*, en *Temas de Direito Processual. Terceira série*, 1984, p. 176.

⁸²³ PARKER, D. L., *Standing to Litigate*, *op. cit.*, pp. 259 y 296.

⁸²⁴ GONÇALVES DE CASTRO MENDES, A., *Informe*, *op. cit.*, p. 14.

⁸²⁵ PELLEGRINI GRINOVER, A., *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre legitimação e coisa julgada*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, núm. 1 2002, p. 14 y ss..

5.4.5. *Costas y financiación en las acciones colectivas brasileñas*

El legislador brasileño ha establecido, en el artículo 87 CDC, una excepción a la *fee shifting rule* o la regla mediante la cual el pago de los honorarios de la parte ganadora lo realizará la parte perdedora, al entender que ésta última representa un obstáculo en el acceso a la jurisdicción de los intereses colectivos afectados. Esta excepción se concreta en la exención del representante de los intereses afectados de incurrir en el pago de los gastos de la otra parte, a no ser que haya mala fe, así como en no tener que adelantar el pago de las costas, peritos, gastos u honorarios⁸²⁶.

En cuanto a los acuerdos o transacciones, el ordenamiento jurídico brasileño únicamente los permite sobre el plazo para cumplir ciertas obligaciones o la forma de satisfacerlas⁸²⁷, pero no sobre el contenido de la reparación de los derechos e intereses afectados, al considerar que éstos son indisponibles⁸²⁸. A estos acuerdos se les llama “*compromisso de ajustamento de conduta*” y se refieren exclusivamente a aquellas condenas de prevención o compensación del ilícito⁸²⁹. Además, los únicos entes que podrán realizar estos acuerdos son las entidades de derecho público, quienes se han visto con la obligaciones de disciplinarse de forma interna al respecto, como por ejemplo hace el Ministerio Público en la Resolución 87 de abril de 2010, en

⁸²⁶ En los Estados Unidos los abogados de grupo (*class attorneys*) pueden éticamente adelantar estos gastos y financiar el litigio colectivo, de acuerdo con la Regla 1.8(e) de las American Bar Association Model Rules of Professional Conduct, 1983. Así lo refleja el caso: *Rand v. Monsanto Co.*, 926 F.2d 596 (7th Cir.1991).

⁸²⁷ CRUZ ARENHART, S., *O processo coletivo*, op. cit., p. 481.

⁸²⁸ DE CAMARGO MANCUSO, R., *Ação civil*, op. cit., pp. 316 y ss..

⁸²⁹ La mayoría de los juristas brasileños niegan que los representantes en las acciones colectivas de Brasil tengan amplio poder para negociar acuerdos colectivos (VIEIRA, F., *A transação na esfera de tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta*, en *Ação civil pública* (Édis Milaré ed., 2001), p. 220; FINK, D., *Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta*, en *Ação civil pública* (Édis Milaré ed., 2001), p. 113; SAMPAIO, F., *Negócio jurídico e direitos difusos*, Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 1999, pp. 101-120; PIZZOL, P., *Liquidação nas ações coletivas*, Lejus, São Paulo, 1998, p. 211; MAZZILLI, H., *O inquérito civil*, Saraiva, São Paulo, 2000, pp. 361, 362, 375, 376, y 392-394; GIDI, A., *Coisa julgada*, op. cit., pp. 44-46; CARNEIRO, P., *A proteção dos direitos difusos a través do compromisso de ajustamento de conduta*, en *Livro de Estudos Jurídicos*, núm. 6, 1993, p. 234; DE CAMARGO MANCUSO, R., *Ação civil*, op. cit., pp. 225-238; MAZZILLI, H., *A defesa dos interesses*, op. cit., pp. 283-303; MILARÉ, É., *A ação civil*, op. cit., pp. 193 y 225-229.

su artículo 20 dónde establece la necesidad de que dicho *compromisso* sea revisado por la Comisión de Coordinación y Revisión, como órgano superior de control⁸³⁰.

Por último y para aquellos supuestos en los que la condena de prevención o compensación del ilícito sea pecuniaria, la LACP de 1985 creó el Fondo Especial en Protección de los Derechos Difusos, órgano de carácter administrativo vigilado por el Ministerio de justicia⁸³¹. En concreto, este Fondo será el que percibirá la cuantía derivada de la condena con la finalidad de restaurar el daño producido o, en su defecto, realizar actividades para la protección de los intereses propiamente grupales afectados. Cuando estemos ante intereses pluriindividuales homogéneos, por el contrario, el Fondo únicamente se hará con la indemnización cuando los sujetos individualmente legitimados para el ejercicio de la ejecución no la hayan solicitado en el plazo de un año⁸³².

Hasta aquí esta segunda parte dedicada al estudio de la legitimación en las diferentes experiencias, tanto desde un punto de vista nacional, como internacional. Todo lo visto nos permite sacar relevantes conclusiones en cuanto a la legitimación que debería establecerse en un sistema de acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español, extensible también al ordenamiento jurídico italiano y a otros ordenamientos europeos. De la articulación de los diferentes puntos estudiados (modelo de acciones colectivas, sujetos legitimados y financiación), junto con una necesaria perspectiva económica, podemos construir un modelo de legitimación óptimo, tarea que realizaremos en la siguiente y última parte del presente trabajo de investigación que lleva por título: *Un modelo de legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español teniendo en cuenta la experiencia italiana*.

⁸³⁰ En cuanto al futuro de las acciones colectivas en Brasil: WALMIER, ARRUDA ALVIM, T. y WAMBIER, L. R., *Anotações sobre as ações coletivas no Brasil - presente e futuro*, en *Revista jurídica* (Porto Alegre. 1953), v. 58, pp. 11-26, 2010.

⁸³¹ Concretamente, por un comité mixto compuesto por empleado del Gobierno y ciudadanos (MACEDO, R., *Propostas para a reformulação da Lei que Criou o Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados*, en *Ação civil pública* (Édis Milaré ed., 2001), pp. 752 y 753.)

⁸³² CRUZ ARENHART, S., *O processo coletivo*, op. cit., p. 486.

Capítulo IV: Un modelo de legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español teniendo en cuenta la experiencia italiana

En esta última parte del trabajo y a partir de las diferentes experiencias analizadas, me dispongo a establecer un modelo de legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación e/o indemnización acorde con los principios inherentes en los sistemas de *civil law* europeos. Tal y como apunta ROGER, sin embargo, no existe un modelo ideal de acciones colectivas que sea aplicable a todos los sistemas jurídicos, sino que cada modelo deberá configurarse a partir de cuatro variables o aspectos: cultura y moral, política, derecho y economía e instituciones⁸³³. Así las cosas, pretendo establecer las normas procesales que establezcan una legitimación óptima para la tutela colectiva en España, teniendo en cuenta la experiencia italiana, país cuyo ordenamiento jurídico tuve el placer de analizar *in situ* bajo la dirección de la profesora Elisabetta Silvestri⁸³⁴.

La exposición de este modelo se dividirá en tres elementos que considero primordiales para la efectividad de la legitimación en todo sistema de acciones colectivas⁸³⁵.

En primer lugar, procederé al estudio de las ventajas y desventajas que presentan el sistema inclusivo (*opt-in*) y el de exclusión (*opt-out*) en un modelo de acciones colectivas, ya que, sin lugar a dudas, optar por uno u otro de estos sistemas incide directamente en la consecución de los objetivos que se pretenden con la tutela colectiva.

⁸³³ RODGER, B. J., *Private Enforcement Context and Project Background*, en RODGER, B. J. (ed), *Competition Law: Comparative Private enforcement and Collective Redress across the EU*, International Competition Law Series, Volume, 56, Kluwer Law International, 2014, p. 18. Ver también: FOER, A. A. y CUNEO J. W. (eds), *The International Handbook of Private Enforcement of Competition Law in Part IV the Future of Private Enforcement*, Edward Elgar, 2010. El propio GUTIÉRREZ DE CABIEDES se refiere a la importancia de los elementos culturales y psicológicos (GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentario al artículo 54 TRLGDCU, op. cit.*, p. 423).

⁸³⁴ Aunque la finalidad es establecer un modelo español de legitimación, partiremos del análisis comparado realizado que comparte parte del objeto de estudio del profesor CAPONI, en su trabajo relativo a los modelos de acciones colectivas de Alemania e Italia (CAPONI, R., *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 1229).

⁸³⁵ Más allá de la protección del derecho de la competencia (JONES, C. A., *Deterrence and compensation in new competition regimes: the role of private enforcement*, en *New Competition Jurisdictions: Shaping Policies and Building Institutions* (WHISH, R. y TOWNLEY, C. eds.), Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 179-181), nuestro ordenamiento busca esencialmente la reparación de los daños a los intereses pluriindividuales homogéneos.

En segundo lugar, se realizará un análisis de los diferentes sujetos a los que podría otorgarse legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación e indemnización, teniendo en cuenta las diferentes experiencias aportadas por los ordenamientos jurídicos estudiados en la segunda parte de la presente tesis doctoral.

Y para terminar la propuesta de modelo no sería completa sin tener en cuenta la financiación de las acciones colectivas ya que, sin duda alguna, es el plato estrella para la consecución de la eficacia de esta institución. El establecimiento de un modelo de acciones colectivas sin una previsión de financiación para el ejercicio de este tipo de acciones resulta completamente teórico y estéril, tal y como demuestra la cruda realidad de países como España e Italia, en los que los diferentes sistemas de tutela colectiva establecidos han sido, como hemos visto, testimoniales, en la práctica jurisprudencial. Por este motivo, el último apartado de esta investigación se centrará en la financiación de las acciones colectivas, al ser un elemento relacionado con la legitimación, concretamente, en cuanto a la capacidad financiera de los sujetos cuya legitimación se reconoce y es que, a mi parecer, en este punto reside clave del éxito de este tipo de tutela⁸³⁶.

1. Cuestiones previas

Antes de acometer dicha tarea, es importante realizar un análisis previo de tres aspectos que, considero imprescindibles para el posterior intento de articulación de un modelo de acciones colectivas para España:

- la necesidad de reconocer la legitimación a los mismos entes para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación e indemnización;
- la imprescindible perspectiva económica para el establecimiento de un sistema de acciones colectivas;
- y la imposibilidad de importación *per se* del sistema norteamericano de *class actions*.

Sin más demora, pasemos a ver el primero de estos tres.

⁸³⁶ ISSACHAROFF, S. Y MILLER, G. P., *Will aggregate*, *op. cit.*, p. 66.

1.1. La necesidad de reconocer legitimación a los mismos entes para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación e indemnización

La posibilidad de ejercicio conjunto de la acción colectiva de cesación e indemnización ha sido analizada en el tercer capítulo de la tesis relativo a la legitimación para el ejercicio de las acciones colectiva en España e Italia, entre otras experiencias de derecho comparado. En el caso español, dicha posibilidad se limita a los grupos de consumidores constituidos por la mayoría de afectados ante intereses determinados o determinables (*intereses colectivos*); a las asociaciones de consumidores y usuarios representativas cuando se trate de intereses indeterminables o de difícil determinación (*intereses difusos*); y al Ministerio Fiscal, sea cual sea el tipo de interés afectado. El ordenamiento jurídico italiano, en cambio, no tan solo no contempla la posibilidad de acumulación de ambas acciones, sino que ni siquiera están legitimados los mismos sujetos para que pueda proceder su ejercicio conjunto, cuando ésta parece ser la tutela idónea en aquellos supuestos en lo que una actividad ilícita afecte tanto a interés propiamente grupales de los consumidores y usuarios, como a sus intereses pluriindividuales homogéneos. Tanto es así que la 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, recoge la posibilidad de ejercicio conjunto de las acciones de cesación e indemnización⁸³⁷. El ejercicio conjunto, sin embargo, procederá únicamente en aquellos casos en los que, como ya he apuntado, la actividad empresarial ilícita haya afectado tanto a intereses propiamente grupales como a los intereses pluriindividuales homogéneos de los consumidores y usuarios. Es decir, el proceso en el que se ejercite una acción colectiva de cesación como tutela de los intereses propiamente grupales, deberá contemplar la posibilidad de acumulación de la acción colectiva indemnizatoria para restaurar los daños individuales que puede haber generado la actividad ilícita.

Si bien las posibles diferencias en cuanto a los entes legitimados para el ejercicio de ambas acciones no conllevarían ningún problema cuando éstas se ejercitaran por separado, una legitimación diferente para su ejercicio podría constituir una barrera infranqueable para la

⁸³⁷ Así lo establece el punto 14 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, sobre «Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo» (2011/2089(INI)) (2013/C 239 E/05) y el considerando 11 de la 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) (DO L 201/60).

tutela conjunta de ambos tipos de intereses por parte de un mismo ente. En concreto, los mayores problemas se presentarían en relación a la tutela de los *intereses pluriindividuales homogéneos*, intereses cuyo acceso a la jurisdicción ya es de por sí complicado, debido a las características que presentan.

La solución pasa, así, por establecer una legitimación común para la tutela de los intereses propiamente grupales e intereses plurindividuales homogéneos. En otras palabras, los entes legitimados para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación e indemnización deberán ser los mismos, para que pueda proceder su acumulación en aquellos casos en los que se precise, como, por ejemplo, en los daños masivos provocados a partir de la infracción de una norma imperativa.

Ahora bien, esta solución obliga a establecer unas garantías procesales muy superiores respecto al ejercicio único o por separado de la acción colectiva de cesación, ya que, mientras la acción colectiva de cesación busca la tutela de *intereses propiamente grupales* pertenecientes a la colectividad, la acción colectiva indemnizatoria tutela intereses privados de todos los afectados y, por esta misma razón, requiere de notificación efectiva a todos y cada uno de ellos, informándoles del inicio del proceso y de los derechos que tienen en el mismo. Para ser más concretos, la forma de tutela que cada tipo de intereses exige conlleva diferencias en cuanto al efecto de cosa juzgada. Veámoslo.

La sentencia que ponga fin a una acción colectiva de cesación para la tutela de intereses propiamente grupales no impedirá que, si se desestima la pretensión, un sujeto diferente del actor pueda volver a ejercitar una acción del mismo tipo, ya sea individual o colectivamente⁸³⁸. En el caso de estimación de la pretensión, en cambio, el efecto de cosa juzgada positiva se extenderá a todos los miembros del colectivo afectado, ya que la condena de hacer (*facere*) o de no hacer (*non facere*) conlleva una eficacia *erga omnes* intrínseca, en lo que la doctrina ha considerado – erróneamente- un supuesto de *secundum eventum litis*⁸³⁹.

El ejercicio de la acción colectiva de indemnización, por su parte, deberá ir acompañado de elementos tuitivos de los derechos de todos los afectados, por el posible efecto *erga omnes pro et contra* de la sentencia que recaiga. Es decir, el efecto de cosa juzgada de la sentencia que ponga fin a una acción colectiva indemnizatoria tanto beneficiará a los afectados cuando sea estimatoria, como impedirá que estos puedan ejercitar sus respectivas acciones

⁸³⁸ CARBALLO PIÑEIRO considera que únicamente se permitirá el ejercicio individual de esta acción de cesación (CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones*, op. cit, p. 227 y ss.).

⁸³⁹ CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones*, op. cit., p. 36.

individuales en el supuesto en que se desestime la pretensión colectiva. Naturalmente, la extensión de cosa juzgada será más o menos extensa en función del tipo de sistema de acciones colectivas que se elija (*opt-in* u *opt-out*), como precisaré más adelante.

No obstante, antes de proceder al estudio y elección del sistema óptimo para el ejercicio de las acciones colectivas en España, cabe dejar claro que la acción colectiva de indemnización exige mayores requisitos derivados de la protección del derecho a la tutela judicial efectiva de los miembros de la clase, ya que estamos ante intereses privativos de cada uno de los afectados cuya tutela colectiva deberá garantizar el conocimiento del ejercicio de la acción colectiva y sus derechos en el respectivo proceso para que, posteriormente, la sentencia que recaiga pueda tener un efecto de cosa juzgada. En este sentido, la preservación de los derechos procesales de los titulares condicionará desde la elección de un modelo inclusivo o exclusivo de acciones colectivas, hasta la adecuación de la representatividad de los sujetos legitimados o el efecto de cosa juzgada de la sentencia que ponga fin al proceso colectivo. Por todo lo apuntado y más allá del diferente tipo de legitimación que presentan las acciones colectivas de cesación y de indemnización, el punto de partida y eje para el establecimiento de los entes legitimados debe ser el ejercicio de las acciones colectivas indemnizatorias, debido a la posibilidad de ejercicio conjunto de ambas acciones. En otras palabras, la necesidad de la tutela conjunta de los intereses propiamente grupales y pluriindividuales homogéneos exige que se establezca una legitimación común, para cuya determinación deberá tenerse en cuenta las mayores garantías que se exigen en el supuesto de la tutela indemnizatoria de los derechos e intereses individuales de los afectados. Así las cosas, la propuesta de los entes legitimados que se desarrollará en las siguientes páginas, debe partir de la acción colectiva de indemnización como tutela de los intereses pluriindividuales homogéneos, para ser igualmente aplicable al ejercicio de la acción colectiva de cesación que tutele los intereses propiamente grupales.

Por consiguiente, la finalidad es posibilitar el ejercicio conjunto de los dos tipos de acciones ante la afectación de ambos tipos de intereses (*propiamente grupales* y *pluriindividuales homogéneos*), sin perjuicio de su ejercicio separado cuando se afecte a un solo tipo de dichos intereses o así lo decidan las partes.

1.2. La imprescindible perspectiva económica para el establecimiento de un sistema de acciones colectivas: el caso finlandés.

La eficacia de un modelo de tutela colectiva no reside exclusivamente en la adecuación y corrección en el aspecto meramente legal del mismo. En otras palabras, el otorgamiento de legitimación a la persona física o jurídica que ostente una mejor posición para el ejercicio de las acciones colectivas no basta para conseguir una protección de los consumidores y usuarios u otros colectivos cuyos intereses pretendan protegerse, sino que deberán tenerse en cuenta los elementos e incentivos económicos que se generan alrededor de una sistema de tutela colectiva⁸⁴⁰.

De igual modo, resulta insuficiente la elección de un modelo de inclusión o de exclusión sin una perspectiva económica, ya que no cabe olvidar que el contexto en el que pretenden insertarse las acciones colectivas es un mercado cada vez menos regulado, liderado por un capitalismo extremo y en el que, lógicamente, las empresas buscaran el mayor beneficio posible. Es más, las acciones colectivas surgen con la necesidad de hacer responsables a los diferentes operadores económicos, tanto en Europa como en Estados Unidos⁸⁴¹. Una responsabilidad que puede traducirse, en la práctica, en importantes cuantías económicas cuyo pago las empresas intentarían evitar a toda costa.

Por otra parte, los consumidores afectados por las conductas ilícitas de las empresas no iniciarían, en general y como se analizará detalladamente más adelante, una tutela individual de sus intereses debido a la desproporción característica entre la entidad de la indemnización y los riesgos económicos que conlleva un proceso judicial, incrementados por la regla “*loser pays*” que caracteriza nuestro sistema de costas⁸⁴². En suma, el ejercicio colectivo de este tipo de pretensiones encuentra grandes obstáculos económicos, junto con elementos culturales y psicológicos, que, si no se observan y ponderan adecuadamente, pueden hacer que el

⁸⁴⁰ Si bien y como se verá, la idoneidad de la legitimación reside en una pluralidad de legitimados que ostenten objetivamente un interés estatutario o institucional para la tutela de los intereses afectados.

⁸⁴¹ En Estados Unidos, esta responsabilidad aquiliana de las *class actions* confluye con una finalidad de *deterrence* y el necesario enriquecimiento incentivador de los abogados mediante las *contingency fees* para que éstos inicien este tipo de procedimientos y se tutela tanto los intereses pluriindividuales homogéneos, como el interés público consistente en la no reiteración de la conducta ilícita.

⁸⁴² ISSACHAROFF, S. Y MILLER, G. P., *Will aggregate*, *op. cit.*, p. 37.

Asimismo, véase: BURCH, T., *Necessity never made a good bargain: when consumer arbitration agreements prohibit class relief*, en *Florida State University Law Review*, 31, 2004, pp. 1027. 23 y 25; y RESNIK, J., *Money matters: Judicial Markey Interventions Creating Subsidies and Awarding Fees and Costs in Individual and Aggregate Litigation*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 148, 2000, pp. 2127 y ss..

reconocimiento de legitimación a un determinado sujeto sea irrelevante para la consecución de una efectividad de la tutela colectiva⁸⁴³.

De todo lo apuntado se predica la necesidad de contemplar el fenómeno de las acciones colectivas desde una óptica económica, en concreto en el establecimiento de un modelo de legitimación, de modo que su ejercicio no solo sea procesalmente adecuado, sino económicamente funcional. Además, esta perspectiva jurídico-económica debe adoptarse desde la identificación inicial de las necesidades para la implementación de las acciones colectivas, hasta el establecimiento de la cosa juzgada que, a su vez, está íntimamente ligada con la legitimación⁸⁴⁴.

Con la finalidad de poner un ejemplo de las consecuencias de no tener en cuenta la perspectiva económica, expondré el supuesto de la reciente implementación de la acción colectiva de consumo en Finlandia⁸⁴⁵.

La regulación finlandesa de las acciones colectivas no ha sido objeto de estudio en la segunda parte del trabajo relativa a la legitimación en las diferentes experiencias tanto por la falta de éxito de su sistema de acciones colectivas, como por compartir rasgos con la tutela colectiva articulada en el ordenamiento español, a diferencia de la *azione di classe* del ordenamiento jurídico italiano. Además, la evolución legal del ordenamiento jurídico finlandés no comparte semejanza alguna con el español, algo que si sucede con Italia.

Sin embargo, la falta de estudios económicos previos a la aprobación de su sistema de acciones colectivas resulta paradigmática, evidente y muy conveniente para ilustrar, en este punto, la importancia de la perspectiva económica en la adopción de la institución objeto de análisis. Falta de estudios que, por el contrario, no resultan tan palpable en los ordenamientos jurídicos analizados, aunque seguramente su respectiva regulación de las acciones colectivas no fue precedida de un análisis económico adecuado, como demuestra su no ejercicio⁸⁴⁶.

Con todo y lejos de pretender analizar este sistema de *collective redress* de Finlandia, me centraré en el proceso de elaboración de la Ley que finalmente consideró oportuno establecer un sistema de *opt-in* o inclusión de tutela colectiva en materia de consumo en el que el

⁸⁴³ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentario al artículo 54 TRLGDCU*, op. cit., p. 423 y CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones*, op. cit., p. 53 y ss..

⁸⁴⁴ GIDI, A., *Las acciones colectivas*, op. cit., pp. 95 y ss..

⁸⁴⁵ Ryhmäkannelaki, 13.2.2007, basada en la propuesta del Gobierno 154/2006 y que entró en vigor el 1 de enero de 2008.

⁸⁴⁶ En el caso de USA, el análisis económico del derecho ha proliferado en los últimos años, ante el uso abusivo de esta institución.

Defensor del Pueblo o *Consumer Ombudsman* es el legitimado a través de financiación pública⁸⁴⁷.

El proceso legislativo para el establecimiento de este sistema de tutela colectiva no fue precedido de una identificación de las necesidades existentes para la implementación de las acciones colectivas, ni tampoco de ningún análisis económico. La falta de determinación previa de las necesidades jurídico-procesales nos lleva a una situación en la que se instituye un sistema de acciones colectivas para la tutela exclusiva de los intereses pluriindividuales homogéneos en base a la existencia de casos potenciales de *small claims* (tutela de daños de poca entidad), a la que cabe añadir una finalidad preventiva meramente programática, dada la existencia de un *Consumer Ombudsman* que podría actuar de manera subsidiaria en la tutela de estos daños de poca entidad⁸⁴⁸.

No obstante, estos argumentos se utilizaron únicamente para limitar la implementación de un sistema de acciones colectiva en materia de consumo, excluyendo el ámbito medio ambiental al considerar que las Organizaciones No-Gubernamentales existentes dedicadas a la protección de éste bien jurídicos plantearían juicios frívolos, sin que se aportar estudio económico alguno que defendiera esta tesis⁸⁴⁹. Es más, profesores de derecho procesal y asociaciones de consumidores y usuarios han considerado que hubiera sido mejor no establecer ningún límite material en la implementación de este sistema⁸⁵⁰.

El legislador finlandés se basó fundamentalmente en el artículo que publicó Rick Stimson, Director de Nokia, en una revista finlandesa, dónde apuntaba que no tenía por qué adoptarse un sistema de tutela colectiva en su Estado ya que las empresas finlandesas cumplían rigurosamente con la normativa imperativa Europea, haciendo gala de una ejemplar ética empresarial. Además, consideraba que había métodos alternativos que funcionaban de modo eficaz y que la incorporación de un sistema de *class actions* no evitaría la reiteración de los comportamientos ilícitos, ni aportaría beneficio social alguno, sino que únicamente se beneficiarían de ello los abogados, quiénes harían un uso abusivo del mismo y esto, a su vez,

⁸⁴⁷ VÄLIMÄKI, M., *Introducing class actions in Finland: an example of law-making without economic analysis*, en BACKHAUS, J. G., CASSONE, A. y RAMELLO, G. B., *The Law and Economics of Class Actions in Europe, Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, p. 327.

⁸⁴⁸ ANONYMOUS, *Investigation on class actions*, Oikeusministeriön, työrhmämietintö, 3, Helsinki, pp. 54 -55.

⁸⁴⁹ Afirmación por parte del Instituto de Investigación Económica del Gobierno, en el documento titulado: *Lausunto ryhmäkannetyöryhmän mietinnössä suoritetusta yritysvaikutusten arviointinnista*.

⁸⁵⁰ ANONYMOUS, *Proposal for a law on class actions*, Oikeusministeriön, työrhmämietintö, 4, Helsinki, p. 39.

ahuyentaría a los inversores⁸⁵¹. Por todo esto, concluía que el eficaz control administrativo ya existente era más que suficiente.

Posteriormente, el propio Instituto de Investigación Económica del Gobierno finlandés indicó que todas estas afirmaciones eran meras especulaciones, al no ser sustentados por ningún estudio económico⁸⁵². En este sentido, este ente consideró que las diferencias entre el sistema norteamericano y el finlandés no eran suficiente para excluir la perspectiva económica en la adopción de las acciones colectivas, y menos cuando Noruega y Dinamarca partieron de estudios de ésta índole para regular sus sistemas de tutela colectiva. Asimismo, la reciente experiencia sueca podría haber aportado interesantes datos económicos⁸⁵³.

La consecuencia es un sistema finlandés de acciones colectivas producto de la situación polarizada de los representantes de la industria en el grupo de trabajo para la elaboración de la respectiva ley⁸⁵⁴, en la que el Gobierno no actuó o, simplemente, no pudo actuar como árbitro imparcial ya que tenía un interés propio: establecer cualquier tipo de sistema de tutela colectiva para evitar críticas centradas en una falta de autoridad, sin afectar la posición económicamente superior de las empresas⁸⁵⁵. Lo paradójico no sólo que no se tuvieran en cuenta las opiniones de todas las partes participantes en los grupos de trabajo, sino que se pasara por alto un acuerado estudio económico antes de la aprobación de la ley para la instauración de un sistema de tutela colectiva.

Sin lugar a dudas y de acuerdo con LINDBLOM⁸⁵⁶, esto es algo que quiero evitar a toda costa en esta última parte de la tesis ya que, en caso contrario, este modelo cuya defensa pretendo sería únicamente teórico, alejado de la realidad y, automáticamente, desembocaría como una gota más en los ríos de tinta que hasta día de hoy se han escrito en esta materia, dilatando una discusión legal eterna e infructífera que, a nivel económico, es mucho más clara y categórica.

⁸⁵¹ PUUSTINEN, T., *Ei sarvia eikä hampatia*, en *Tauseläma*, 8 de febrero de 2007.

⁸⁵² ANONYMOUS, *Proposal*, *op. cit.* p. 39.

⁸⁵³ En Noruega: Lov 2005-06-17 nr 90: Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tristelloven), Kapittel 35. Gruppesoksmal. En Dinamarca: Lov nr. 181 af 28. Februar 2007 om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love (Grup-pesogsmal m.v.). Kapitel 23 a. Gruppesogsmal.

Suecia implementó un sistema de características muy parecidas en 2003 (Lag 2002:599 om grupprättegång).

Para ver las diferencias entre los tres sistemas: VÄLIMÄKI, M., *Introducing*, *op. cit.*, p. 337.

⁸⁵⁴ OLSON, M., *The Logic of Collective Action*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, pp. 141-143.

⁸⁵⁵ MERCURO, N. y MEDEMA, S. G., *Economics and Law. From Posner to Post-Modernism and Beyond*, Princeton University, Press, Princeton, 2006, pp. 186-195.

⁸⁵⁶ LINDBLOM, P. H., *Grupptalan. Det anglo-amerikanska class actioninsitutet ur svensky prespektiv*, Nostedts, Stockholm, 1989; *Grupptalan I knosumentmal*, NEK-rapport, 7, Nordisk Embetsmannkomité for konsumentsporsmal. Nordisk Ministerrad, Kopenhamn, 1990, p. 222; y *Gruppryck mot grupptalan*, en *Svensk Juristtidning*, 81, 1996, pp. 85-117.

En otras palabras y como veremos, la perspectiva económica, junto a la jurídica, nos aporta una realidad empírica sobre el funcionamiento de los diferentes sistemas de acciones colectivas y de las diferentes consecuencias de cada uno de los elementos que las constituyen, no sólo desmitificando, muchas veces, los argumentos casi mitológicos contrarios al sistema originario de *class actions* estadounidense, sino aportando datos claves para comprender su efectividad.

En el modelo que pasaremos a analizar a continuación, esta perspectiva económica se adoptará esencialmente en cuanto se trate la financiación de las acciones colectivas, aspecto de enorme transcendencia para garantizar no tan solo el uso de esta institución, sino también para evitar su abuso. Asimismo, se tendrá en cuenta las diferentes experiencias analizadas, así como los estudios estadísticos que se han realizado en el marco de las *class actions* sobre los distintos modelos de acciones colectivas posibles.

1.3. *Class actions* a la Europea: una adopción sumamente compleja

En la segunda parte del presente trabajo de investigación, se han estudiado las *class actions* de Estados Unidos como caso paradigmático de éxito de un sistema de acciones colectivas. Por esta misma razón, resulta lógico preguntarse por la utilidad de dicha experiencia comparada en la presente tarea de establecer un modelo de legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en España.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico español presenta características muy dispares a las del sistema norteamericano de *class actions* tanto respecto a la propia finalidad de las acciones colectivas, como respecto a las características propias del ordenamiento jurídico de EUA, cosa que hace impensable la adopción automática de las *class actions* en los dos Estados continentales.

En cuanto a la *ratio* de las acciones colectivas en la Unión Europea y, concretamente, en España e Italia, ésta yace en la articulación de una tutela de los daños masivos (*mass torts*)⁸⁵⁷. En este sentido, no existe una finalidad de evitar la reiteración de la actividad producto del daño masivo y del consiguiente cumplimiento de la normativa imperativa por parte de los

⁸⁵⁷ De hecho, cuando las *class actions* surgieron en Estados Unidos en 1966 su finalidad exclusiva también era la tutela de los miembros ausentes, junto con el reparto de los costes de la litigación, aunque en el marco de la segregación racial (derechos civiles) y, en ningún caso, respecto a los daños masivos (RESNIK, J., *From Cases to Litigation*, en *Law and Contemporary Problems*, 54, 1991, pp. 9-11).

operadores económicos (función *regulativa* de las acciones colectivas), a través de una ulterior reparación económica conocida como *punitive damages* o daños punitivos, como sucede en las *class actions*⁸⁵⁸. Además, tradicionalmente, la propia Comisión Europea ha aplicado el derecho a la competencia como órgano *administrativo* en lo que se conoce como *public enforcement*⁸⁵⁹. Es decir, no se busca evitar la reiteración de la conducta a partir de la litigación por parte de los afectados, sino que esta se persigue a través de un control de licitud de las actividades empresariales llevado a cabo por parte de un ente de carácter público. Sin embargo, este sistema no se ha demostrado eficaz en su finalidad de indemnización a las víctimas afectadas⁸⁶⁰.

En Estados Unidos, por el contrario, las *class actions* son una forma de *private enforcement* o, lo que es lo mismo, una litigación característica del sistema adversarial cuya finalidad es establecer un mecanismo regulador de la actividad empresarial (*deterrence*)⁸⁶¹. El *private enforcement* ha sido efectivo en Estados Unidos por razones institucionales tales como la cultura de litigación, el mayor plazo de desarrollo de las normas sobre la competencia y ciertas características del proceso civil estadounidense ya descritas (v. gr. *Discovery*, financiación o disponibilidad de la acción colectiva).

Dicho esto, es resulta evidente que últimamente la Unión Europea está pasando de un sistema puramente administrativo o de *public enforcement* a un sistema de *private enforcement*, tal y

⁸⁵⁸ No obstante, la indemnización total deberá ser siempre superior a los costes derivados de la adopción de la normativa imperativa quebrantada, ya que únicamente de este modo se conseguirá el efecto disuasorio de reiteración de la conducta por parte de los operadores económicos y el eventual respeto a la normativa imperativa.

Para un estudio amplio de los daños punitivos desde una perspectiva hispano-europea, véase: DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Daños Punitivos*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 41 y ss.

⁸⁵⁹ ANDREANGELI, A., *A View from across*, *op. cit.*, p. 225 y ROSENBERG, D., *The Regulatory Advantage of Class Actions*, en *Regulation through Litigation* (VISCUSI ed.), AEI Brookings Institution Press, 2002, pp. 245–246.

Ver también: LANG, *Class Actions and the US Antitrust Laws: Prerequisites and Interdependencies of the Implementation of a Procedural Device for the Aggregation of Low Value Claims*, en *W Comp*, 2001, p. 285.

En cuanto a la *private enforcement*, cabe destacar: ROACH & TREBILCOCK, *Private Enforcement of Competition Laws*, en *Osgoode Hall L.J.*, 34, 1996, p. 461 y el caso *Illinois Brick v. Illinois*, 431 US 720, comentado por LANDE, R. H., *New Options for State Indirect Purchaser Legislation: Protecting the Real Victims of Antitrust Violations*, *Ala. L Rev*, 2010, p. 447, junto con *California v. ARC America*, 490 US 93, *Hawaii v. Standard Oil*, 405 US 251 (1989) y *Coleman v. Cannon Oil Co.*, 141 FRD 516 a 520 (MD, Alabama, 1992).

⁸⁶⁰ Un ejemplo de esto es el caso: *Blue Shield of Virginia v. McCready*, 457 US 465 a 472 (1982), comentado por KAPLAN, B., *Continuing*, *op. cit.*, pp. 356; AREEDA, P. E. y HOVENKAMP, H., *Antitrust law*, 3rd Ed., Vol. IIA, 2007, pp. 68–70; y JONES, C., *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, US and the UK*, Oxford U. Press, 2000, pp. 168–169.

⁸⁶¹ SILVESTRI, E., *The difficult*, *op. cit.* p. 3, citando a KAGAN, R. A., *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Harvard University Press, 2003.

como demuestra el Libro Blanco de 2 de abril de 2008, relativo a las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia [COM(2008)165 final]⁸⁶², la Consulta y consiguiente informe *Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo* (2011/2089(INI))⁸⁶³, la 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) y, sobretodo, la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea⁸⁶⁴. Este cambio ha sido denominado “*revolución en la aplicación del derecho*” por parte de la doctrina⁸⁶⁵, o inicio de un *private enforcement* a nivel comunitario⁸⁶⁶.

Tanto en el caso de España e Italia, como en la Unión Europea, no obstante, los daños punitivos están prohibidos⁸⁶⁷, por lo que la indemnización a pagar por el sujeto que haya afectado los intereses plurindividuales homogéneos de los consumidores y usuarios con una

⁸⁶² Sobre el Libro Blanco, véase: *A little more action please! The White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, en *Common market law review*, Vol. 45, Nº 3, 2008, pp. 609-615 y BULST, F., *Of Arms and Armour—The European Commission's White Paper on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Law*, en *Bucerus L. J.*, 2, 2008, p. 81.

⁸⁶³ Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/index_en.html

⁸⁶⁴ HODGES, C., *Fast, Effective*, op. cit., pp. 255-290.

En este sentido, resulta muy interesante el estudio de ASHURST: *Study on the conditions of claims for Damages in case of Infringement of EC Competition Rules*, de 31 Aug. 2004, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf (19/03/2015).

Ver también: WHISH, R., *The Enforcement of EC Competition Law in the Domestic Courts of Member States*, en *ECLR*, 2 1994, p. 60; HOSKINS, H., *Garden Cottage Revisited: The Availability of Damages in the National courts for breaches of the EEC Competition Rules*, en *ECLR*, 6, 1992, p. 257; KON, S. y MAXWELL, A., *Enforcement in National Courts of the EC and New UK Competition Rules: Obstacles to Effective Enforcement*, en *ECLR*, 7, 1998, p. 443; MACCULLOCH, A. D., and RODGER, B. J., *Wielding the Blunt Sword: Interim Relief for Breaches of EC Competition Law before the UK Courts*, en *ECLR*, 7, 1996, p. 393; KOMINOS, A., *New Prospects for private enforcement of EC Competition Law: Courage v. Crehan and the Community right to damages* en *CMLRev*, 2002, pp. 447-487; MONTI, G., *Anticompetitive agreements: the innocent party's right to damages*, en *E. L. Rev.*, 27, 2002, pp. 282-302; ANDREANGELI, A., *Courage Ltd v. Crehan and the Enforcement of Article 81 EC before National courts* en *ECLR*, 12, 2004, pp. 758-764; y REICH, N., *The “Courage” doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries?*, en *CML Rev*, 42(1), 2005, pp. 35-66.

⁸⁶⁵ RILEY, A., *Beyond Leniency: Enhancing Enforcement in EC Antitrust Law*, en *World Competition*, 28, 2005, pp. 377-400 y THE ASHURST REPORT, *Study on the conditions of claims for Damages in case of Infringement of EC Competition Rules*, de 31 Aug. 2004, op. cit..

⁸⁶⁶ JONES considera que es el principio del *private enforcement* en Europa (JONES, C., *After the Green paper: The Third Devolution in European Competition Law and Private Enforcement*, en *Comp. L. Rev.*, 3, 2006, pp. 1-3).

⁸⁶⁷ Considerando 15 y punto 31 de la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 (2013/396/UE) (DO L 201/60).

actividad ilícita dependerá exclusivamente de la entidad del daño causado a los mismos. Por consiguiente, el tanto indemnizatorio total podrá resultar superior o inferior a los gastos que hubiera conllevado el cumplimiento de la normativa quebrantada. No obstante, soy de la opinión que no se puede considerar la función reguladora como fundamento de las acciones colectivas cuando la indemnización sea superior a los gastos que hubiera exigido el cumplimiento de la normativa imperativa, ya que el efecto regulador será completamente circunstancial⁸⁶⁸.

En síntesis, el único bien jurídico que se pretende proteger con las acciones colectivas en España son los intereses pluriindividuales homogéneos de las víctimas de la conducta ilícita, aunque quiero subrayar la importancia de la función regulativa de esta institución, ya que constituye un elemento disuasorio muy importante. En este sentido, los mal llamados “*daños punitivos*”, podrían jugar un papel crucial articulados como daños socialmente compensatorios o indemnización para aquellos miembros del grupo que, si bien no se han visto afectados, podrían haberse visto afectados⁸⁶⁹. La imposición de costes extra-compensatorios encontraría su razón de ser en lo establecido por Becker en el ámbito criminal: “*si un ladrón sólo ha de pagar el valor de los objetos robados, tiene un mayor incentivo a seguir robando*”⁸⁷⁰. Aplicando analógicamente esta idea a las acciones colectivas, si la empresa únicamente debe pagar por los daños reales en aquellos casos en los que se detecte una conducta ilícita, es posible que la empresa seguirá incumpliendo la normativa y más si tenemos en cuenta que con mucha probabilidad habrá llevado a cabo otras actividades ilícitas que no habrán sido detectadas. No obstante, considero que el principio de indemnización real del daño en el que se fundamentan los sistemas italiano y español son actualmente incompatibles con la adopción de costes extra-compensatorios, aunque debería flexibilizarse dicho principio y contemplarse una finalidad disuasoria, además de la meramente compensatoria⁸⁷¹.

⁸⁶⁸ De hecho, cuando las *class actions* surgieron en Estados Unidos en 1966 su finalidad exclusiva también era la tutela de los miembros ausentes, junto con el reparto de los costes de la litigación, aunque en el marco de la segregación racial (derechos civiles) y, en ningún caso, respecto a los daños masivos (SHARKEY, C. M., *Punitive Damages as Societal Damages*, en *Yale Law Journal*, 113, 2003, pp. 347-453; SUNSTEIN, C. R., HASTIE, R., PAYNE, J. W. y otros, *Punitive Damages: Should Juris Decide?*, en *Texas Law Review*, 82, 2003, pp. 381-411.

Véase también: *Ciraolo v. City of New York*, 2016 F.3d 236, 245 (2d Cir. 2000).

⁸⁶⁹ CALABRESI, G., *The Complexity of Torts-The Case of Punitive Damages*, en MADDEN, M. S., *Exploring Tort Law*, Cambridge University Press, New York, 2005.

⁸⁷⁰ BECKER, G., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, en *Journal of Political Economy*, 76: 2 1968, pp. 169-217.

⁸⁷¹ BECKER, G. S., *Crime and Punishment*, *op. cit.*, pp. 169-217; POLINSKY, M., y SHAVELL, S., *Punitive Damages: An Economic Analysis*, en *Harvard Law Review*, 111, 1998, pp. 869-962.

Véase también: *Kemezy v peters*, 79, F.3d, 35 (7th Cir. 1996).

Con todo, la disparidad de fines entre las *class actions* norteamericanas y la tutela colectiva establecida en España dificulta toda adopción *per se* del proceso colectivo estadounidense, aunque siguen existiendo condiciones que hacen necesarias algún tipo de tutela colectiva en el sistema español, como son:

- a) Demandas indemnizatorias de baja cuantía (*small claims*).
- b) Homogeneidad de las pretensiones.
- c) Elevados costes procesales para la tutela de estas pretensiones.
- d) Incapacidad e inadecuación de los métodos alternativos para tutelar estos daños con todas las garantías derivadas de un proceso judicial⁸⁷².

Todos estos puntos crean una discontinuidad en los derechos que protege el ordenamiento jurídico, convirtiéndolos en incompletos si no establece un instrumento de *collective redress*⁸⁷³.

Sin embargo, antes de proceder al modelo de legitimación de las acciones colectivas, ¿qué sucede en cuanto a las características sistemáticas del ordenamiento jurídico de España respecto las apuntadas del sistema norteamericano? ¿Son iguales?

Tanto España como Italia tienen sistemas de *civil law*, cosa que implica insalvables diferencias con el sistema de *common law* de Estados Unidos. Concretamente, la regulación procesal-civil de los dos primeros es rígida y formalista, con poco espacio para la discrecionalidad, ya que la ley es simple y directa, sin existir la figura del precedente judicial⁸⁷⁴. Esto conlleva que las

⁸⁷² Para un profundo estudio de los ADR en materia de consumo: CAPONI, R., GASCÓN INCHAUSTI, F. y STÜRNER, M., *Alternative Dispute Resolution for Consumers*, in 'The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice - New Trends in Access to Justice under EU Directive 2013/11', Sellier, 2014.

⁸⁷³ MILLER, G. P. y MACEY, R., *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, en *The University of Chicago Law Review*, 58, 1991, pp. 8-10; MILLER, G.P., *Class Actions*, en NEWMAN, P. (ed.), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, I, Macmillian Press, London, 1998, pp. 257-262; ISSACHAROFF, S., *Regulating After the Fact*, en *DePaul Law Review*, 56, 2007, pp. 380-281; ISSACHAROFF, S., *Group Litigation of Consumer Claims: Lessons of the American Experience*, en *Texas International Law Journal*, 34 (135), 1999, p. 136.

⁸⁷⁴ BARBOSA MOREIRA, J. C., *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*, en *Temas de direito processual. Segunda série*, 1988, pp. 65 y 66; WALMIER, ARRUDA, ALVIM, T., *A argüição de relevância no recurso extraordinário*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1988, pp. 78-85; CALMON DE PASSOS, J. J., *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data. Constituição e processo*, Fornese, Rio de Janeiro, 1989, pp. 46-52; WALMIER, ARRUDA ALVIM, T., *Mandado de segurança contra ato judicial*, en *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 21, n. 64, 1989, pp. 77-90; *idem*, *Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial*, Malheiros, São Paulo, 1992, pp. 106-134, *idem*, *Limites à chamada 'discricionariedade' judicial*, en *RDP*, núm. 96, 1988, pp. 157-166; *idem*, *Controle das descises judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*, *RT*, São Paulo, 2001; NERY JUNIOR, N., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, Forense, Rio de Janeiro, 2000, pp. 884 y 885; VINÍCIUS DE ABREU SAMPAIO, M., *O poder geral de cautela do juiz*, *Revista dos Tribunais*, 1993, pp. 98-114.

sentencias judiciales impliquen estrictas referencias a los códigos coherentes y exhaustivos de normas, lejos de consideraciones políticas o valores externos, como sucede en el caso del país transatlántico⁸⁷⁵. Si bien es cierto que esta sistemática, lógica y carácter científico conlleva que el sistema de derecho Español e Italiano sean consistentes y específicos en la garantía de los derechos, también resulta, por el contrario, abstracto, burocrático y alejado de la realidad. Concretamente, tanto en el sistema español, como en el italiano, el juez tiene poco poder respecto las partes, terceros o abogados, a diferencia de las amplias capacidades de dirección y administración de las que goza en Estados Unidos. La prueba, por otra parte, es mayormente escrita, siendo testimonial la *cross examination* o interrogatorio de testigos característica del sistema estadounidense⁸⁷⁶. Asimismo, las acciones colectivas no se tratan de acciones representativas *per se*, ya que se realiza a través de entes protectores de la colectividad de derechos, de acuerdo a sus estatutos o naturaleza institucional. En cuanto las cantidades indemnizatorias, éstas son modestas, debido a la prohibición de los daños punitivos (*punitive damages*) y la ausencia de la institución del jurado en materia civil, cosa que a su vez conlleva que los incentivos desaparezcan y que los abogados no sean emprendedores⁸⁷⁷. Además, no existe la posibilidad de establecer *contingency fees* y el Discovery es limitado, ya que no existe la obligación de dejar conocer las pruebas a la contraparte⁸⁷⁸. Sin lugar a dudas, el *standard of proof* o nivel de prueba también es superior en los dos sistemas continentales y no existen los medios alternativos a las acciones colectivas similares a los de Estados Unidos, como son los *test cases* y el *joint trial*. Los *test cases* son los conocidos casos modelo en los que el Tribunal dicta una sentencia producto de la demanda presentada por un sujeto cuya afectación presenta elementos fáctico-jurídicos muy parecidos a otros afectados. La finalidad es establecer un precedente jurídico en el que el Tribunal se posiciona para que, posteriormente y en caso que la resolución sea favorable a sus intereses, los afectados presenten sus respectivas demandas (de manera individual o colectiva). Por su parte, en el *joint trial* se tratan

⁸⁷⁵ En el caso de Estados Unidos, la jurisprudencia es el principal motor de los cambios legales (WALMIER, ARRUDA ALVIM, T. *Changes in Law as the Result of the Work of Judges*, en BRUNS, A., KERN, C., MÜNCH, J., PIEKENBROCK, A., STADLER, A. y TSIKRIKAS, D., (Org.), *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, pp. 1859-1868).

Véase: EWALD, W., *Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat?*, en *Pa. L. Rev.*, núm. 143 U, 11995, pp. 1889 y 1973; MATTEI, U., y PARDOLESI, R., *Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach*, en *Int'l L. & Econ.*, núm. 11, 1991, p. 265.

Véase también: KIRCHNER, C., *The Difficult Reception of Law and Economics in Germany*, en *Int'l L. & Econ.*, núm. 11, 1991, pp. 277 y 282.

⁸⁷⁶ Sobre la realidad de la prueba electrónica en el proceso civil resulta sumamente interesante: BUENO DE MATA, F., *Prueba electrónica y proceso 2.0: especial referencia al proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

⁸⁷⁷ SILVESTRI, E., *The difficult*, *op. cit.*, p. 5 y ss.

⁸⁷⁸ También podría apuntarse la manipulación del *fórum* judicial para conseguir un mayor beneficio litigacional (ISSACHAROFF, S. Y MILLER, G. P., *Will aggregate*, *op. cit.*, p. 40).

conjuntamente dos o más casos que comparten elementos jurídico-fácticos, con la particularidad que la sentencia no es una para ambos, como sucede en las *class actions*, sino que en ella cada pretensión podrá ser resuelta individualmente.

A todo ello, cabe sumarle unas reglas liberales de litisconsorcio e intervención, una *issue preclusion* que veremos más adelante y el *stare decisis* - que no deja de ser el ya conocido y poderoso precedente que caracteriza los sistemas de *common law*⁸⁷⁹.

En cuanto a la aceptación de una acción colectiva, en España e Italia se tendrá en cuenta tanto los aspectos relativos al sujeto legitimado como respecto a la acción, mientras que en Estados Unidos ésta última no es tenida en cuenta en la llamada *certification*. Además, en el sistema estadounidense no existe la regla de quien pierde paga o "*loser pays rule*", imperante en los dos ordenamientos jurídicos continentales⁸⁸⁰. Por último y sin carácter exhaustivo, el legislador español e italiano no ha previsto ninguna regla especial para una posible transacción, como sí sucede, por ejemplo, en el caso de Holanda⁸⁸¹.

Por todo lo apuntado, la adopción del sistema de *class actions* norteamericano de forma automática por parte del ordenamiento jurídico español resulta del todo inviable, ya que tanto la finalidad de esta institución como todo el sistema procesal son diferentes⁸⁸². Sin embargo, esto no son malas noticias ya que el sistema de norteamericano de tutela colectiva tiene el

⁸⁷⁹ COFFEE, J. C. Jr., *Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and Its Implementation*, en *Columbia Law Review*, 106, 2006, pp. 1534-1586.

Del mismo modo, la aplicación de los requisitos del proceso judicial de las *class actions* a las transacciones no es perfecto y tampoco es suficiente la intuición judicial norteamericana que se resume en el aforismo: *is as to one, the as to all* (ISSACHAROFF, S. Y MILLER, G. P., *Will aggregate*, *op. cit.*, p. 46).

⁸⁸⁰ HODGES, C., *The Reform*, *op. cit.*, p. 133.

⁸⁸¹ Si bien no me centraré en la transacción, cabe apuntar el Caso Holandés de transacción de inspiración norteamericano (Burgerlijk Wetboek [BW] [Civil Code] arts. 3:305^a-b; véase TZANKOVA, I. y LUNSINGH SCHERULEER, D. F., *Class Actions, Group Litigation And Other Forms of Collective Litigation – Informe Holandés*, 2007, pp. 7-9, disponible en http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Netherlands_National_Report.pdf (19/03/2015) y el Caso Proceso Modelo Alemán que no permite la ejecución de las partes no presentadas (Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, Aug. 16, 2005, BGB1. I; véase para ejemplos: BAETGE, D., *Class Actions, Group Litigation And Other Forms of Collective Litigation – Informe Alemán*, 2007, pp. 12-13, disponible en http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany_National_Report.pdf (19/03/2015).

Como ejemplo, caso Deutsch Telekom en el que se determinó responsable a la entidad però aún hay 16.000 casos pendientes.

⁸⁸² FAULK, R., *Armageddon*, *op. cit.*, p. 362; LINDBLOM, P. H. y WATSON, G., *Complex Litigation. A Comparative Perspective*, en *C. J. Q.*, núm. 12, 1993, pp. 33 y 34; TARUFFO, M., *Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective*, en *Duke J. Comp. & Int'l L.*, núm. 11, 2001.

problema de generar enormes gastos y abusos, a pesar de su aparente éxito⁸⁸³. También resultaría *naif* pensar que evitando las características de las *class actions* norteamericanas se evitarán los abusos, ya que éstos tienen que ver con los incentivos económicos generados por todo sistema de acciones colectivas⁸⁸⁴. En otras palabras, los resultados positivos del posible sistema a adoptar en España dependerán del derecho sustantivo y del procedimiento individual en el que se pretenda la inclusión de las acciones colectivas, junto con elementos ideológicos, culturales, políticos, filosóficos y, sobretodo, económicos⁸⁸⁵. En síntesis, resulta claro que no es posible realizar un traslado automático del modelo norteamericano de acciones colectivas (*class actions*) al derecho civil español.

2. Sistema de acciones colectivas: *Opt-in vs. Opt-out*

Tal y como se ha expuesto anteriormente y sin ánimo de repetición, el modelo de *opt-in* o inclusivo parece ser el acorde a los principios jurídicos rectores de los ordenamiento jurídicos europeos continentales, ya que únicamente se verán afectados por la sentencia que ponga fin al proceso colectivo los miembros que han manifestado su voluntad de ser parte en el mismo de modo expreso⁸⁸⁶.

Más allá del posible desconocimiento del inicio del proceso y de los costes que pueda conllevar, el modelo de *opt-in*, sin embargo, presenta un problema en cuanto a la participación de los afectados, ya que no tan solo cabe preguntarse quién será el actor principal en un proceso colectivo, sino también si los miembros restantes estarán suficientemente motivados

⁸⁸³ HODGES, C., *The Reform*, *op. cit.*, p. 132; ROWE, T. D., Jr., *Shift Happens: Pressure on Foreign Attorney-Fee Paradigms from Class Actions* (no publicado); SILVER, C., *Class Actions*, *op. cit.*, p. 194; SSCHAEFER, H. B., *The Bundling*, *op. cit.*, p. 183.

También es cierto que se ha llevado una actitud poco imparcial en el tratamiento de esta institución, hasta tal punto que doctrinalmente se ha considerado una “Guerra Santa” (HENSLER, D., DOMBEY-MOORE, B., GIDDENS, B., GROSS, J., MOLLER E. K. y PACE, N. M., *Class action dilemmas*, RAND, Santa Monica, 2000, pp. 15 y ss).

⁸⁸⁴ HODGES, C., *The Reform*, *op. cit.*, p. 134 y ISAACHAROFF, S., *Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions*, en *S. Ct. Rev.*, 1999, p. 337.

⁸⁸⁵ GIDI, A., *Las acciones*, *op. cit.*, p. 13.

⁸⁸⁶ Sobre los diferentes modelos de tutela colectiva: CAPONI, R., *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, en *Rivista di diritto processuale*, 2008, pp. 1205-1225 y ÍDEM., *Tutela collettiva: interessi protetti e modelli processuali*, en *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, a cura di A. Bellelli, Padova, 2008, pp. 129 y ss..

como para adherirse a los procesos colectivos que inicie uno de los afectados u otra entidad legitimada⁸⁸⁷.

Ante la primera pregunta, la respuesta es que existe un alto riesgo de una conducta *Free Ride*, ya que los consumidores afectados por la conducta ilícita no querrán ser los que carguen con el riesgo de pérdidas económicas en el caso que la sentencia no sea favorable a la pretensión. La cuantía de la indemnización de los daños padecidos a percibir es muy pequeña y, por ende, la actuación más razonable es actuar de modo pasivo. Es decir, lo normal será dejar que sea otro legitimado el que inicie un proceso colectivo y cargue con los riesgos, ya que en caso que se estime la pretensión, quien no ha actuado pero se ha adherido también se verá beneficiado por la sentencia favorable⁸⁸⁸.

Respecto a la adhesión de los afectados, la experiencia norteamericana con el modelo de *opt-out* demuestra que los miembros de la clase, en general, no hacen nada ante el ejercicio de una acción colectiva para la tutela de sus derechos e intereses *pluriindividuales homogéneos* (sólo un 0.2% deciden reservar su pretensión⁸⁸⁹). Sin embargo, esta actitud pasiva de los afectados no tan solo no afecta a la viabilidad de la acción ejercitada, sino que le da más fuerza, ya que, si bien la inercia es no hacer nada, la consecuencia racional o, en otras palabras, lo que debería hacer el afectado para la tutela de sus intereses también es no hacer nada. De este modo, el sistema de *opt-out* no requiere que los afectados intervengan en el proceso para que acaben percibiendo la indemnización individual de su daño en caso de estimación de la pretensión colectiva.

En el sistema de *opt-in*, en cambio, la inercia y la racionalidad no coinciden. El sistema de *opt-in* establecido en Estados Unidos para que los beneficiarios de una transacción (*class settlement*) puedan percibir su respectivo tanto indemnizatorio personal es un buen ejemplo

⁸⁸⁷ HODGES, C., *The Reform*, op. cit., p. 121; MULHERON, R. P., *The Class Action*, op. cit.; ídem, *Reform of Collective Redress in England and Wales: A Perspective of Need*, Civil Justice Publishing, 2008; RODGER concluye que la *azione di classe* ha sido utilizada en un 31,2% de los casos (29 demandas colectivas), si bien solo uno de ellos ha acabado en sentencia (CARPAGNANO, M., *One, No One and One Hundred Thousand, The Car Insurance Cartel and Private Enforcement in Italy* en RODGER, B., *Landmark Cases in Competition Law: Around the World in Fourteen Stories*, Kluwer Law International, 2012). RODGER también considera, erróneamente, la existencia de un *opt-in* en España, especialmente en materia de CGC (RODGER, B. J., *Collective Redress Mechanisms and Consumer Case Law*, en RODGER, B. J. (ed), *Competition Law: Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU, International Competition Law Series, Volume 56*, Kluwer Law International, 2014, pp. 157-192).

⁸⁸⁸ CAPIELLO, S., *Supervision and Class Action Against Conflicts of Interest in Universal Banking: The U.S. Experience vis-à-vis Recent Italian Initiatives*, NYU Hauser Global Law Working Paper, No. 03/07, 2006, pp. 21-25; y BAETGE, D., *Class Actions*, op. cit., p. 31.

⁸⁸⁹ EISENBERG, T. y MILLER G. P., *The Role of the Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, en *Vanderbilt Law Review*, 57, 2004, p. 1532.

de la actitud de los afectados ante estos supuestos. La experiencia norteamericana demuestra que cuando la indemnización es una cantidad importante, la incorporación de los afectados para el cobro de la cuantía es inferior al 30%⁸⁹⁰. Por el contrario, cuando la indemnización es irrisoria, la participación es sumamente baja, como pasó en un supuesto del que resultaron afectadas 1.000.000 de personas, pero ninguna de ellas intervino para percibir su baja cuantía indemnizatoria⁸⁹¹. Si estos son los números y actitudes respecto al comportamiento de los beneficiarios de una suma ya determinada, imagínese que pasaría ante el ejercicio de una acción colectiva indemnizatoria en base a un sistema de *opt-in*. Como demuestra la experiencia, la inercia de los afectados es también no hacer nada⁸⁹². Por otro lado, la consecuencia racional es la incorporación de los afectados al proceso colectivo para beneficiarse de la posible sentencia favorable. Es decir, los afectados deberán actuar para formar parte del proceso colectivo, aunque la inercia racional es restar pasivo ante el ejercicio de la acción colectiva de cesación.

Hay otros dos ejemplos que ponen de manifiesto la actitud de los afectados ante *small claims* o daños de bajo entidad. En primer lugar, piénsese en un supuesto en el que se produzca un daño a partir de un alimento en mal estado de un restaurante de comida para llevar (*takeaway*)⁸⁹³. El comportamiento del consumidor individual no será iniciar un proceso individual – y mucho menos colectivo – para que se le indemnice, sino que simplemente dejará de acudir al establecimiento. Algo parecido sucede en el caso que se vendan camisetas de un equipo de fútbol falsas⁸⁹⁴. El hecho de tener que buscar el recibo de su compra o cualquier otra prueba que demuestra la adquisición de esta prenda constituye una tarea muy mal pagada por los sujetos afectados, quienes, por consiguiente, restarán pasivos.

⁸⁹⁰ COX, J. D. y THOMAS, R. S., *Letting Billions Slip Through Your Fingers: Empirical Evidence and legal Implications of The Failure of Financial Institutions to Participate in Securities Class Action Settlements*, en *Stanford Law Review*, 58, 2005, p. 412.

⁸⁹¹ *Nienaber v. Citibank* (South Dakota), N.A., No. Civ. 04-4054, 2007 WL 752297, at 2 (D.S.D. Mar. 7, 2007).

⁸⁹² Si bien, en Estados Unidos, los procesos que se centran en el ADEA (Age Discrimination in Employment Act de 1967, 29 U.S.C. 626(b) (2008)), FLSA (Fair Labor Standards Act de 1938, 29 U.S.C. 216(b) (2008)) y EPA (Equal Pay Act de 1963, 29 U.S.C. 206(d) (2008)) y que establecen un sistema de *opt-in* presentan una participación del 50% de los afectados. No obstante, la litigación laboral presenta características opuestas a las *small claims* en los daños masivos, ya que parte de un contexto pequeño y limitado, con una buena comunicación efectiva y grandes cantidades a ganar; por lo que los datos respecto las cuotas de participación no son aplicables analógicamente.

⁸⁹³ ANDERSON, E. T. y SIMESTER, D. I., *Price stickiness and customer antagonism*, en *Q. J.*, 125, 2010, pp. 729–765.

⁸⁹⁴ RODGER, B., *UK: A Licence to Print (Monopoly) Money? Replica Football Kit and Toys and Games, Resale Price Maintenance and the Competition Act 1998*, en *Landmark Cases in Competition Law: Across the World in Fourteen Stories*, (RODGER. B., ed.), Kluwer Law International, 2012.

El resultado, naturalmente, es una tutela parcial contraria a la finalidad del proceso colectivo, sin perjuicio que los que no se han incorporado al proceso colectivo pueden iniciar el respectivo proceso individual o colectivo posterior. No obstante, si no han hecho nada una vez notificados sus derechos de adhesión a la acción colectiva presentada, resulta muy improbable que ejerciten un proceso individual o colectivo posterior, ya que deberían aceptar un riesgo patrimonial de la posible condena en costas procesales en caso de no estimación de la pretensión, así como las posibles tasas judiciales⁸⁹⁵.

En este sentido y tal y como defiende DENTI y VIGORITTI, debe evitarse toda fragmentación de la tutela de los intereses pluriindividuales homogéneos ("*posiciones homogéneas*", en la nomenclatura emprada por estos autores) ya que se generan importantes problemas, tanto en relación con el efecto de cosa juzgada como al riesgo de sentencias contradictorias⁸⁹⁶. De acuerdo con GIDI, parece tener mayores ventajas el sistema de *opt-out* como modelo idóneo para el ejercicio de las acciones colectivas, ya que, como hemos apuntado, muy pocos afectados optarían por reservar su pretensión, por lo que el tamaño del grupo sería superior y la correspondiente tutela, mucho más extensa⁸⁹⁷.

Sin embargo, el sistema de *opt-out* ha recibido importantes críticas por parte de la doctrina europea, ya que se considera contrario al derecho de defensa y al derecho a la acción (ambos

⁸⁹⁵ En la práctica se espera que muy pocos miembros tomarían un paso activo de optar por salir (o de optar por entrar) en un grupo. Véase WILLGING, T. et al., *Empirical, op. cit.*, pp. 52-55 (advierte que en cuatro de los tribunales federales de Norteamérica (Federal District Courts) "el porcentaje promedio de miembros que optaron por salir fue de 0.1 o 0.2% del total de miembros del grupo").

⁸⁹⁶ DENTI, V., *Relazione introduttiva*, en *Le azioni a tutela degli interessi collettivi, Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Padova, Cedam, 1976, pp. 20 y ss.; y VIGORITTI, V., *Interessi collettivi e processo, op. cit.*, pp. 110 y ss.

A nivel comparado, véase también: FISCH, W., *European Analogues to Class Actions: Group Action in France and Germany*, en *Am. J. Comp. L.*, núm. 27, 1979, pp. 51 y 78 (define la acción colectiva como "el derecho de un miembro de un grupo de personas para demandar por todos sin el previo consentimiento de cada uno"); BORÉ, L., *L'action en représentation conjointe: class action française ou action mort-née?*, Recueil Dalloz Sirey, 1995, p. 267; LINDBLOM, P. H., *Group Actions and the Role of the Courts A European Perspective*, Kluwer Law International, 1997, p. 12 ("por una verdadera acción de grupo entiendo una demanda propuesta por un representante sin el permiso expreso de los miembros del grupo, que resulta en una sentencia obligatoria a favor y en contra de todos los miembros del grupo"). Esta es, de hecho, la definición legal de "acción colectiva" que establece el Código de Procedimientos Civiles de Quebec, artículo 999(d) (acción colectiva significa el procedimiento que capacita a un miembro del grupo para demandar a nombre de todos los miembros sin permiso expreso"); véase MAZEN, N., *Le recours collectif: réalité québécoise et projet français*, en *R. I. D. C.*, núm. 39, 1987, pp. 373, y 383-386. Pero esta definición es específica al sistema de Quebec, y no fija necesariamente el concepto de acciones colectivas en otras jurisdicciones ni los juristas están obligados por esta definición legal restrictiva.

⁸⁹⁷ GIDI, A., *Las acciones, op. cit.*, p. 37 y HODGES, C., *The Reform, op. cit.*, p. 118.

integrantes del derecho a la tutela judicial efectiva⁸⁹⁸). Concretamente, la problemática yace en la necesidad de una notificación efectiva, a todos los afectados, del inicio del proceso colectivo y de la posibilidad de reservar su pretensión. En caso contrario, el efecto *erga omnes* de la sentencia colectiva que recaiga conllevaría una vulneración del derecho de defensa, ya que los afectados no habrían tenido la posibilidad de reservar su pretensión ante el ejercicio de una acción de este tipo. En este sentido, al derecho de defensa requeriría una identificación de todos los afectados y la consiguiente notificación adecuada, requisitos de muy difícil cumplimiento cuando estamos ante daños masivos de naturaleza extracontractual nacionales o internacionales, ya que es difícil determinarse todos los afectados por la actividad empresarial⁸⁹⁹. Por esta misma razón, LACRUZ BERDEJO consideraba inviable este sistema⁹⁰⁰.

Dicho esto, no entiendo suficiente la postura que postula la defensa adecuada como garantía del “debido proceso”⁹⁰¹, convirtiéndose la notificación en un mero acto procesal. Si bien esto es así en Brasil, cabe recordar que el efecto de cosa juzgada allí no actúa *pro et contra* como aquí proponemos, sino únicamente cuando el resultado sea beneficioso para los afectados. En nuestro sistema, la notificación deberá garantizar el derecho de defensa de todos los afectados⁹⁰². No obstante, cabrá diferenciar entre aquellos supuestos en los que se ejercite una acción colectiva de cesación o una acción colectiva de indemnización. En el primer caso, la notificación deberá realizarse en medios públicos para permitir la intervención de los afectados o legitimados, tal y como establecer el artículo 15 de la LEC, ya que la sentencia que recaiga no conllevará la preclusión ante el ejercicio de la misma pretensión por parte los sujetos afectados⁹⁰³. En cambio, la notificación ante el ejercicio de una acción colectiva de indemnización deberá ser efectiva en todos los supuestos, ya que se convierte en la garantía del derecho de defensa, en cuanto el efecto de cosa juzgada de la resolución que ponga fin al proceso colectivo afectará a la totalidad de los miembros de la clase⁹⁰⁴. En estos supuestos y

⁸⁹⁸ LUTHER, J., *The constitutional impact of class actions in European legal systems*, en BACKHAUS, J. G., CASSONE, A. y RAMELLO, G. B., *The Law and Economics of Class Actions in Europe, Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, p. 307 y ss.

⁸⁹⁹ Corte costituzionale no. 151, 153/1980, 187/1987, 211/2001, 121/2005 y 154/2006.

Ver también: GUISSANI, A., *Studi*, *op. cit.*, pp. 392 y ss.

⁹⁰⁰ LACRUZ BERDEJO, J., *El acceso de los consumidores a la justicia en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en *Estudios de Consumo*, 1987, pp. 116.

⁹⁰¹ Así lo establece el Tribunal en *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32 (1940).

⁹⁰² *Vid. Mullane v. Central Hannover Bank & Trust Co.*, 339, U.S. 306 (1950).

⁹⁰³ CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones*, *op. cit.*, p. 143.

⁹⁰⁴ Tal y como apunta CARBALLO PIÑEIRO, así lo interpreta el Tribunal en *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974) (CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones*, *op. cit.*, p. 144).

como hemos señalado, la notificación podrá representar una limitación enorme por sus elevados costes⁹⁰⁵.

Asimismo, parte de la doctrina observa también una vulneración del derecho de acción ante la necesidad que la reserva de la pretensión (*opt-out*) deba ser mediante asistencia letrada, en un tiempo concreto, un tribunal determinado, con una carga legal de válida declaración y una carga fáctica de información⁹⁰⁶. Todos estos presupuestos formales y temporales vendrían a limitar, en teoría, la posibilidad de exclusión hasta el punto de representar una vulneración del derecho de acción de los sujetos afectados.

No obstante, estas dos aparentes limitaciones deben ponderarse, no solo con la economía procesal y la ausencia de dilaciones en los procesos judiciales, sino también con el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción⁹⁰⁷. Y es que los tipos de intereses afectados en los daños masivos se caracterizan, como ya es sabido, por la poca entidad de la demanda (*small claims*), por lo que el único modo de tutela judicial efectiva de estos intereses pluriindividuales homogéneos pasa por una tutela colectiva de su afectación. Por ende, el establecimiento de un sistema de *opt-in*, si bien sería plenamente garantista de los derechos de defensa y de acción, resulta contrario a la falta de actividad de los consumidores, cosa que conduciría, en muchos casos, a una limitación del derecho de acceso a la jurisdicción de estos daños pluriindividuales. De ahí que países como Noruega y Dinamarca hayan excepcionado la regla general de sus respectivos sistemas de *opt-in* en la tutela colectiva de *small claims* (daños cuya entidad es muy reducida), eligiendo el modelo exclusivo o de *opt-out*⁹⁰⁸.

Sin embargo, existen también argumentos contrarios a todo sistema de tutela colectiva centrado en la posible vulneración del derecho de justicia gratuita de aquellos sujetos con bajos recursos económicos, debido a la imposibilidad de determinarlos dentro de los

Ver también: MACEY, J. R. y MILLER, G. P., *The Plaintiff's*, *op. cit.*, pp. 1-50; MILLER, A. R. y CRUMP, D., *Jurisdiction and Choice of Law in Multistate Class Actions After Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, en *Yale Law Review*, 1986, pp. 19-22; EISENBERG, T. y MILLER, G., *The Role*, *op. cit.*, pp. 1529-1467.

⁹⁰⁵ HODGES, C., *Fast, Effective*, *op. cit.*, p. 277 y CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones*, *op. cit.*, pp. 152, en relación al caso *Miner v. Gillette*, 87 Ill, 2d 7, 428 N.E. 2d 478 (1981).

Ver también: BUSCHKIN, I. T., *The Viability of Class Action Lawsuits in a Globalized Economy-Permitting Foreign Claimants to Be Members of Class Action Lawsuits in the U.S. Federal Courts*, en *Cornell Law Review*, 90, 2005, pp. 1574 -1577 y JAMES, F., HAZARD, G. C. y LEUBSDORF, J., *Civil Procedure*, *op. cit.*, p. 662; NOTE, *Developments*, *op. cit.*, pp. 1318-1644.

⁹⁰⁶ *Dow Chem Co. V Stephenson* 539 U.S. 111 (2003) y Corte costituzionale decisión no. 251/2003: “el artículo 24 de la Constitución no comporta necesariamente la absoluta inmediatez de estos recursos al derecho de acción”).

⁹⁰⁷ LUTHER no tiene en cuenta el derechos de acceso a la jurisdicción que, a mi parecer, es el fundamento principal de las acciones colectivas (LUTHER, J., *The constitutional impact*, *op. cit.*, p. 321).

⁹⁰⁸ VÄLIMÄKI, M., *Introducing class action*, *op. cit.*, p. 337.

afectados. Si bien la financiación de este tipo de acciones se tratará en el apartado final de esta última parte de la tesis, soy de la opinión que un sistema de *opt-out* no afecta al derecho de asistencia jurídica gratuita ya que, junto con el establecimiento de los entes legitimados, deberá establecerse algún tipo de financiación externa, ya sea pública o privada, como se verá.

Un segundo argumento que sostiene que la mayor duración de un proceso colectivo respecto de un proceso individual podría constituir una vulneración del proceso con todas las garantías por dilaciones indebidas. Una vez más, apunto a la necesidad de establecer un sistema de tutela colectiva de exclusión como garantía del derecho de acceso a la jurisdicción y que considero que el carácter complejo del proceso colectivo no es *per se* contrario al derecho a un proceso con todas las garantías⁹⁰⁹.

Otro modelo mixto posible sería establecer un sistema de *opt-out* en el ejercicio acción colectiva indemnizatoria por totalidad del daño y que posteriormente se articulara un sistema de *opt-in* para cobrar⁹¹⁰. Un sistema aparentemente parecido sería el que encontramos en el ordenamiento jurídico español, aunque presenta particularidades. En primer lugar, no se trata de un sistema de *opt-out* ya que, como hemos dicho, no se prevé la posibilidad de los afectados de reserva de la pretensión, a pesar de la extensión de la cosa juzgada *erga omnes* a todos los afectados en virtud del artículo 222.1 LEC. Además, la ejecución no constituirá una mera solicitud de cobro a partir de una indemnización previamente fijada (*opt-in*), sino que deberá determinarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en la sentencia declarativa en cada supuesto, además de concretar la cuantía de reparación de los intereses afectados de aquel o aquellos que insten ejecución – recuérdese que ésta puede solicitarse individual o colectivamente (art. 519 LEC).

Este modelo mixto presenta varios problemas. En primer lugar, en el caso que la determinación de la indemnización se realice previo conocimiento de los afectados, podría resultar contrario al principio de indemnización real del daño, ya que en la determinación total del daño se desconocerían los futuros afectados o la entidad concreta de cada uno de los daños pluriindividuales homogéneos, especialmente en casos muy numerosos (*mass torts*). En este sentido, la cantidad determinada en la sentencia declarativa podría resultar insuficiente

⁹⁰⁹ Para un análisis puramente económico de los dos sistemas CASSONE A., y RAMELLO G. B., *The law and economics*, *op. cit.*, pp. 114 y ss.

⁹¹⁰ MILLER, G. P. y SINGER L. S., *Nonpecuniary Class Action Settlements*, en *Law and Contemporary Problems*, 60, 1997, p. 106.

Véase también: *Boeing Co. V. Van Gemert*, 444 U.S., 472, 481.482 (1980).

para la totalidad real de las afectaciones. Sin embargo, aún el supuesto que se procediera a la determinación de la cuantía indemnizatoria individual en fase de ejecución siguiendo lo previsto del artículo 519 LEC -cosa que haría que el modelo fuera acorde al principio de indemnización real daño-, los datos de participación en relación al cobro de las cantidades en los *class settlement*, siguen apuntando una baja participación de los afectados para la percepción de sumas pequeñas. Es decir, los afectados solicitarían la indemnización en escasas ocasiones debido a la necesidad de actuación que precisa el inicio de la fase de ejecución.

Por otro lado, la creación de un Fondo en el sentido brasileño, como se ha analizado, para que fuera éste quien cobrara las indemnizaciones procedentes del ejercicio de las acciones colectivas ante la pasividad de los afectados resultaría también contraria al principio de indemnización real del daño, ya que los daños son a intereses pluriindividuales homogéneos titularidad de cada uno de los miembros del colectivo afectado y no el colectivo como tal (intereses propiamente grupales).

Por último y como ya he apuntado, el efecto de cosa juzgada es clave para la elección de un sistema de acciones colectivas inclusivo o exclusivo. La regla general en los sistemas de civil law es la limitación del efecto de cosa juzgada a las partes del proceso (*res inter alios judicatae nullum aliis praejudicium faciunt*⁹¹¹). De hecho, ésta se estableció en el propio sistema de *class actions* estadounidense inicialmente⁹¹², aunque no se aplicó en la práctica⁹¹³.

Como se ha visto, en opinión de GIDI una acción es solo colectiva si resuelve los intereses de los miembros ausentes del grupo⁹¹⁴, esto es, únicamente existirá un proceso colectivo si la

⁹¹¹ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el Proceso Civil*, Thompson-Civitas, Madrid, 2005.

Véase también: WENGER, L., *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, Fred B. Rothman & Co., Colorado, 1986, p. 220; BLACK, H. C., *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co., St. Paul, 1990 ("Res inter alios judicatae nullum aliis praejudicium faciunt").

⁹¹² Regla 48, de las Federal Rules of Equity, de 1842.

⁹¹³ HAZARD, G. C., Jr. et al., *An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits*, en *U. Pa. L. Rev.*, núm. 146, 1988, pp. 1849, 1854, 1857, 1863, 1865, 1876-1878, 1885, 1886, 1901, 1902, 1917-1923, 1937, 1942 y 1947; STORY, J., *Commentaries on Equity Pleadings and Incidents Thereof* (10th ed., John M. Gould rev., 1892). A diferencia de la práctica en los Estados Unidos, en Inglaterra la sentencia colectiva siempre ha obligado a los miembros ausentes, tal vez por la falta de una garantía constitucional de debido proceso legal (CHAFEE, Z., Jr., *Some Problems of Equity*, 1950, pp. 224 y 225; NOTE, *Collateral Attack on the Binding Effect of Class Action Judgments*, en *Harv. L. Rev.*, núm. 87, 1974, pp. 589 y 590; WRIGHT, C. y KANE, M., *Federal, op. cit.*, p. 12).

A nivel jurisprudencial: *Smith v. Swormstedt*, 57 U. S., 1850, p. 288.

⁹¹⁴ GIDI, A., *Las acciones, op. cit.*, pp. 45 y ss..

sentencia que ponga fin al mismo tiene una eficacia *ultra partes*⁹¹⁵. Hay dos opciones sobre la previsión de la extensión del efecto de cosa juzgada en las acciones colectivas:

- a) La cosa juzgada afecta *erga omnes* y *pro et contra*, como por ejemplo suceden Estados Unidos⁹¹⁶, dónde la sentencia colectiva tendrá tanto un efecto positivo como negativo o preclusivo de cosa juzgada.
- b) La cosa juzgada tiene un efecto *erga omnes* solo cuando es beneficiosa para los miembros de la clase que no han sido parte en el proceso (*secundum eventum litis*). Esta es la regla general, por ejemplo, en la Verbandsklage alemana (acción de asociaciones) para el control judicial de cláusulas abusivas en contratos de adhesión. Si la asociación de consumidores triunfa en la acción colectiva y la cláusula se considera abusiva, la nulidad se extenderá a todos los miembros del colectivo. Si la asociación pierde, en cambio, otra asociación puede promover la misma acción colectiva otra vez⁹¹⁷. Además, este tipo de efecto de cosa juzgada es muy parecido a la *one way preclusion* que se prevé en las acciones individuales en Estados Unidos y es especialmente importante en los *mass torts*⁹¹⁸. La cosa juzgada *secundum eventum litis*

⁹¹⁵ TARUFFO, M., *Intervento*, op. cit., p. 330; D'OLIVEIRA, J., *Protection of Diffuse, Fragmented and Collective Interests in Civil Litigation*, en *XXX Netherlands International Law Review*, 1983, pp. 161 y 179-181. El carácter erga omnes de una sentencia colectiva es aún más importante en los sistemas de derecho civil, donde el impacto de los precedentes en litigios futuros es considerablemente menor. SNIJDERS opina que puede haber "una acción colectiva sin una cosa juzgada con efectos erga omnes" (SNIJDERS, H. J., *Netherlands Civil Procedure*, en *Access to Civil Procedure Abroad* (Henk J. Snijders ed. & Benjamin Ruijsenaars trans., 1996), pp. 239, 256 y 257.

Sobre la interpretación de la figura del precedente: WALMIER, ARRUDA ALVIM, T., *Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law*, Revista dos Tribunais, São Paulo, Imprensa, v. 99, pp. 33-45, 2010.

Véase también: D'OLIVEIRA, J., *Group Actions in Civil Procedure*, en *Netherlands Reports to the Thirteenth International Congress of Comparative Law*, 1990, pp. 135 y 147.

⁹¹⁶ Ésta es la regla que predomina en toda la doctrina de las acciones colectivas del common law. Véase por ejemplo reglas 23(c)(2)(B) y 23(c)(3), de las Federal Rules of Civil Procedure, de 1966, traducidas, infra, capítulo décimo, sección II (establece que la sentencia de grupo es obligatoria para los miembros ausentes, sea o no sea favorable al grupo).

Véase: Class Proceeding Act, S. O., 27(3), 1992 (Ontario); Code of Civil Procedure, S. Q., ch. 48, artículo 1027, 1976 (Quebec).

⁹¹⁷ KOCH, H., *Class and Public Interest Actions in German Law*, en *C. J. Q.*, núm. 5, 1986, pp. 66, 70 y 71.

⁹¹⁸ *Bernhard v. Bank of America*, 122 P.2d 892, 1942; *Blonder-Tongue Lab. v. University of Ill. Found.*, 402 U.S. 313, 1971; *Parklane Hosiery Co. v. Shore*, 439 U.S. 322, 1979; *Zdanok v. Glidden Co.*, 327 F.2d 944 (2nd Cir. 1964); *Restatement (Second) of Judgments* § 29 & reporter's note, 1982.

Doctrinalmente, ver: FURMAN, R., *Offensive Assertion of Collateral Estoppel by Persons Opting Out of a Class Action*, en *Hastings L. J.*, núm. 31, 1980, p. 1189; WRIGHT, C. y KANE, M., *Federal Practice*, op. cit., pp. 4463-4465; HAZARD, G. C., Jr. et al., *An Historical*, op. cit., pp. 1849, 1850 y 1917.

es un tema controvertido entre los juristas del derecho civil, pero tiene apoyo de prominentes juristas⁹¹⁹.

En este punto, soy partidario de establecer un sistema de *opt-out* sin modulación de la cosa juzgada en el sentido de *secundum eventum litis*⁹²⁰. Es decir, la sentencia que ponga fin a un proceso colectivo tendría un efecto *erga omnes* y *pro et contra*, de tal modo que obligaría a todos los miembros del grupo tanto si la pretensión es estimada, como desestimada⁹²¹. La razón de la elección de este modelo es su adecuación con la inercia esperable de los miembros afectados del colectivo. Como hemos visto, la mayoría de afectados restará pasivo ante el ejercicio de una acción colectiva, de tal modo que se conseguirá una tutela total o casi total del daño producido, se evitará la proliferación de múltiples procesos con los consiguientes riesgos de sentencias contradictorias e incluso podría producirse un efecto regulativo de la conducta de la empresa infractora de las normas imperativas. Asimismo, aquellos afectados que quisieran podrían reservar su pretensión para el ejercicio posterior de la acción individual.

Este sistema requerirá de una publicidad y/o notificación adecuada y efectiva del inicio del proceso y de los derechos de los afectados en el mismo. No obstante, aún en el caso que alguno de los afectados se viera afectado por la sentencia recaída y acreditara que la notificación no fue efectiva y, por ende, no pudo hacer su reserva, considero que no representaría una afectación a su derecho de defensa, al tratarse de intereses en los que la cuantía del daño es insuficiente para plantearse el ejercicio de una acción individual de tutela del mismo⁹²².

Cabe precisar, sin embargo, que cuando estemos ante una sentencia estimatoria de una pretensión colectiva de cesación, los afectados individualmente únicamente deberán demostrar la relación de causalidad y la entidad de los daños en el ejercicio de su acción

⁹¹⁹ En Italia: PISANI, P., *Appunti*, *op. cit.*, 1976, pp. 263 y 284-286; COSTANTINO, G., *Brevi note*, *op. cit.*, p. 235; DENTI, V., *Relazione introduttiva*, en *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (DENTI, V., ed.) 1976, p. 3; TARUFFO, M., *Intervento*, *op. cit.*, pp. 329 y 330-306.

En España: ESTAGNAN, J., *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Dykinson, Madrid, 1995, pp. 362, 363 y 384; ESTÉVEZ, J., *Tutela procesal de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 92, 93, 136 y 137. Contra la cosa juzgada *secundum eventum litis*, CAPPELLETTI, M., *Appunti sulla*, *op. cit.*, pp. 191, 205 y 206.

⁹²⁰ GIDI, A., *Las acciones*, *op. cit.*, pp. 111 y ss..

Véase también: AZAMBUJA, C., *Rumo*, *op. cit.*, 1994; ROCHA BRAGA, R., *A coisa*, *op. cit.*.

⁹²¹ En el derecho norteamericano, un efecto similar de la cosa juzgada puede encontrarse en juicios de accionistas en representación de una empresa (shareholder derivative suits) y en juicios de accionistas contra deliberaciones de los dirigentes de la compañía (shareholders suits against company board deliberations) (WRIGHT et al., *Federal Practice and Procedure Civil*, núm. 7C, 2a. ed., 1986, § 1840).

⁹²² Se trata de demandas que de otra manera no serían tuteladas (HODGES, C, *The Reform*, *op. cit.*, pp. 133-134 y RESNIK, J., *Money Matters*, *op. cit.*, pp. 2119).

indemnizatoria⁹²³. Asimismo, una desestimación de la pretensión colectiva de cesación solo implica la preclusión respecto a un posterior ejercicio colectivo de la misma acción⁹²⁴, sin afectar el ejercicio de la acción indemnizatoria individual en la que se alegue, por ejemplo, el carácter engañoso de una determinada publicidad⁹²⁵. En este sentido, resulta muy ilustrativo el ejemplo de GIDI respecto la acción colectiva de cesación en materia de publicidad engañosa⁹²⁶.

En cuanto a la preclusión derivada de la sentencia que ponga fin al ejercicio de una acción colectiva de indemnización, ésta afectará a todos los miembros de la clase que no hayan ejercitado su derecho de reserva de la pretensión (exclusión u *opt-out*).

Una vez determinado el modelo de acciones colectivas elegido, es el momento de pasar a los sujetos legitimados para el ejercicio de dichas acciones.

3. Sujetos legitimados

Tal y como apunta DANILO DE SANTIS, el eje de la titularidad del ejercicio de la acción colectiva radica en la legitimación de sujetos que no estén condicionados por intereses económicos o sociales, con la finalidad de garantizar una mayor efectividad de la tutela jurisdiccional⁹²⁷.

Hay tres opciones para reconocer la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas:

⁹²³ Los juristas norteamericanos pueden considerar esto como un ejemplo de “preclusión de cuestiones” (issue preclusion o collateral estoppel). Este análisis sería correcto. En verdad, el sistema de cosa juzgada en las acciones colectivas brasileñas puede ser entendido por medio del concepto de “preclusión de cuestiones”, y éste sería visto de un modo más familiar y más aceptable a un observador norteamericano. Es relevante mencionar, no obstante, que en el sistema de derecho civil no hay generalmente issue preclusion, y esta solución no sería posible sin una expresa disposición en una ley escrita. Una de las pocas voces en Brasil que invoca para la cosa juzgada un efecto semejante al concepto del common law de “preclusión de cuestiones” fue la de ALVIM, T., *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, 1977, pp. 31-85.

⁹²⁴ Y al ejercicio por parte del interviniente de la misma (Código del Consumidor brasileño, artículo 103, III y 103, párrafo 2).

En este sentido, ARIZA COLMENAREJO afirma “*la eficacia de la sentencia debe extenderse también a las organizaciones y organismos que aun estando legitimados, no intervinieron en el proceso de cesación. Por ello, una vez dictada sentencia estimatoria, en cualquier proceso posterior en que se pretenda la cesación de la misma conducta o actividad realizada por el mismo sujeto, debe apreciarse la existencia de cosa juzgada, aunque no podamos hablar en puridad de dicho efecto [...] sino por sustitución* (ARIZA COLMENAREJO, M. J., *La acción de cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios*, ed. Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 173-174).

⁹²⁵ Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 103, párrafos 1 y 2, capítulo décimo, sección I.

⁹²⁶ GIDI, A., *Las acciones*, op. cit., p. 101.

⁹²⁷ DANILO DE SANTIS, A., *La tutela*, op. cit., p. 484.

- Al consumidor y usuario perjudicado, ya sea individualmente o como miembro del grupo de afectados.
- A las Asociaciones de Consumidores y Usuarios u otros entes de naturaleza privada y con la misma finalidad (éste o no previamente autorizada por el Gobierno, el juez o sus propios miembros).
- El gobierno a través de sus órganos, funcionarios públicos, *ombudsman* o Ministerio Público/Ministerio Fiscal.

Como defiende parte de la doctrina, soy de la opinión que limitar la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas sólo a uno de ellos es perjudicial, ya que cada uno tiene sus ventajas y desventajas, por lo que lo mejor es una combinación de las tres opciones⁹²⁸. De este modo, es interesante promover los aspectos positivos de cada uno de los sujetos y, así, mitigar los riesgos inherentes⁹²⁹.

Partiendo de esta premisa, el tratamiento de los entes legitimados debe realizarse mediante el análisis de cada uno de estos sujetos para ver las particularidades que presentan y si, efectivamente, deberían estar legitimados para el ejercicio de las acciones colectivas en un sistema de tutela colectiva articulado en un modelo de *opt-out* como el que defendemos.

3.1. Los consumidores y usuarios afectados

Empezando con el consumidor y usuario afectado, este sujeto podría ejercitar una acción colectiva de dos formas: a nivel individual o en un grupo de afectados.

3.1.1. La legitimación a un único miembro del colectivo

La legitimación al sujeto individual afectado para el ejercicio de acciones colectivas debe ser descartada de entrada ya que su reticencia a la litigación en contra a la conocida como “*parte habitual*” (empresa u otro operador económico) rompería el equilibrio fisiológico que debe

⁹²⁸ CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones*, op. cit., p. 66

⁹²⁹ CAPPELLETTI, M., *Governmental*, op. cit., t. II, pp. 856 y 861-865; *idem*, *The Judicial Process*, op. cit., pp. 283-287 y 297-299; PISANI, P., *Appunti preliminari*, op. cit., pp. 263 y 274-279; BARBOSA MOREIRA, J. C., *A legitimação*, op. cit., 1984, pp. 184 y 185; CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., *Finding*, op. cit., p. 117; KOJIMA, T., *Protection*, op. cit., pp. 3 y 4.

existir entre las partes. Asimismo, este sujeto individual se encontraría en una posición poco ventajosa para probar, por ejemplo, la ilicitud de la conducta empresarial⁹³⁰. De acuerdo con TROCKER, la experiencia alemana demuestra que el consumidor individual está más fácilmente dispuesto a ceder su derecho a la tutela jurisdiccional a cambio de una indemnización de la otra parte, en lo que se considera un déficit de efectividad de la tutela jurisdiccional. Es decir, el consumidor o usuario individualmente legitimado no buscaría terminar la vía jurisdiccional mediante la consiguiente sentencia y conseguir una indemnización para todos los afectados, sino que perseguiría su propio beneficio económico, aunque éste pasara por no continuar con la acción colectiva.

Además, el sujeto individual no puede representar a la clase por sí solo y enfrentarse a las empresas que, por su capacidad financiera, disponen de bufetes de abogados litigantes expertos para su defensa⁹³¹. Una posible solución nos la brinda de nuevo la experiencia estadounidense, en la cual el actor es una mera llave para que el abogado represente los intereses del grupo ante el Tribunal a cambio de una contraprestación en forma de porcentaje sobre el tanto indemnizatorio total⁹³². Sin embargo y más allá de la posibilidad de adoptar pactos de *quota litis*⁹³³, esta solución pasaría por establecer un tipo de *Discovery* para evitar que, ya sea el consumidor individual o su abogado, se encontrara con graves problemas para la prueba de la difusión o extensión de una determinada práctica comercial perjudicial⁹³⁴.

3.1.2. La legitimación al grupo de afectados

Por otro lado, otorgar legitimación a un grupo de consumidores y usuarios presenta importantes complicaciones en su constitución procesal, porque ¿cuándo se considerará que el grupo ostenta capacidad procesal y legitimación? Tal y como indica CARBALLO PIÑEIRO, se trata de un problema relativo a la representatividad o, en otras palabras, la capacidad del

⁹³⁰ CAPPELLETTI, M., *Aspetti sociali e politici della procedura civile (Riforme e tendenze evolutive nell'Europa occidentale e orientale*, en *Giustizia e società*, Comunità Milano, 1972, p. 94.

⁹³¹ CAPPELLETTI, M., *Formazioni*, *op. cit.*, p. 361; *idem*, *La protection d'intérêts*, *op. cit.*, pp. 571 y 576; *idem*, *Appunti sulla*, *op. cit.*, pp. 191, 210-220; BARBOSA MOREIRA, J. C., *A proteção*, *op. cit.*, p. 176.

⁹³² COFFEE, J. C., *Understanding*, *op. cit.*, p. 669; *idem*, *The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action*, en *U. Chi. L. Rev.*, núm. 54, 1987, p. 877; KAY KANE, M., *Of Carrots and Sticks: Evaluating the Role of the Class Action Lawyer*, en *Tex. L. Rev.*, núm. 66, 1987, p. 385; MACEY, J. y MILLER, G., *Auctioning Class Action and Derivative Suits: A Rejoinder*, en *Nw. U. L. Rev.*, núm. 87, 1993, p. 458.

⁹³³ Aspecto que se analizará en el siguiente apartado.

⁹³⁴ DANILO DE SANTIS, *La tutela*, *op. cit.*, p. 483. Sobre el Discovery: PEREIRA PUIGVERT, S., *La exhibición*, *op. cit.*, pp. 234-258.

legitimado de representar los intereses de los miembros ausentes⁹³⁵. Con la finalidad de evitar una vulneración de los derechos de estos últimos, el legislador español diferenció entre intereses colectivos e intereses difusos en base a la posibilidad de determinación de los miembros integrantes del colectivo. No obstante y como hemos apuntado al inicio del presente trabajo de investigación, el carácter determinado o indeterminado del grupo no garantiza *per se* una tutela efectiva de todos los intereses afectados, ya que podemos encontrar supuestos en los que elementos de internacionalidad de los sujetos afectados o diferencias en el momento de producción del daño dificulten la efectiva notificación a los miembros del grupo y, por ende, la garantía de sus derechos. La solución sería una especie de *certification* del grupo como representante adecuado de los intereses afectados caso por caso, como sucede en las *class actions* de Estados Unidos⁹³⁶. No obstante, es importante destacar que la adecuación de la representatividad norteamericana es incompatible con un sistema de tutela colectiva de origen civilista, ya que prevé una actividad discrecional de juez que no permiten los sistemas de *civil law*⁹³⁷. En este sentido, para garantizar la representatividad adecuada del grupo de afectados deberá recurrirse a criterios objetivos, como el de la mayoría de los afectados en su constitución como grupo procesal, utilizado por el legislador español en el artículo 11.2 de la LEC.

No cabe olvidar que la constitución de los afectados como grupo procesal no implica la adopción de un modelo de *opt-in* o integración, ya que dicha si bien la constitución requerirá la manifestación de consentimiento de los afectados, el efecto de cosa juzgada se extenderá a la totalidad de la clase. En conclusión, soy de la opinión que debe reconocerse legitimación a los grupos de consumidores y usuarios afectados mediante criterios objetivos que garanticen su representatividad respecto al colectivo afectado, ya que la constitución de dicho grupo como parte procesal no es contraria al modelo de *opt-out* elegido.

⁹³⁵ CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones*, *op. cit.*, pp. 184 y ss.

⁹³⁶ GIDI, A., *Assistência em ações coletivas*, en *Código de Processo Civil. 20 años de vigência* (CRUZ e TUCCI ed.) 1985.

⁹³⁷ CAPPALLI, R. y CONSOLO, C., *Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry*, en *Temple Int'l & Comp. L. J.*, 1992, pp. 217 y 291; GUISSANI, A., *Studi sulle*, *op. cit.*, pp. 371 y 387. Compárese: KOCH, H., *Group and Representative*, *op. cit.*, pp. 34 y 35; COOPER, E., *Class-Action*, *op. cit.*

3.2. Entes estatutaria o institucionalmente representativos

En cuanto a aquellos entes que podría llevar a cabo una adecuada tutela de los intereses de los miembros ausentes por su finalidad estatutaria o institucional de protección al colectivo afectado, encontramos a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, el Ministerio Fiscal y a los organismos y entidades públicas como son, en el caso español, el Instituto nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

Todos estos entes mencionados están en una mejor posición para la protección de los intereses del grupo⁹³⁸, ya que su naturaleza estatutaria e institucional garantiza la capacidad de representación de los intereses afectados, sin necesidad que el juez deba adoptar un papel discrecional y administrativo en los procesos colectivos - actitud judicial impropia de los sistemas de *civil law*. Asimismo y como apunta NEWBERG, es importante que una organización intervenga en el proceso colectivo para equilibrar el poder en la negociación⁹³⁹.

No obstante, y como he apuntado, esto conlleva que se añada al concepto de legitimación *ad causam* comprendida como cuestión de fondo – que, por supuesto, seguiría existiendo-, un examen previo de los requisitos legalmente establecidos por la ley para considerar a los distintos entes legitimados y, por consiguiente, admitir a trámite la acción colectiva. Pese a que este examen presenta características más propias de un presupuesto procesal, considero que forma parte de la legitimación, en cuanto su falta de cumplimiento no impide la posibilidad de subsanación por parte del actor⁹⁴⁰.

Una vez apuntadas estas observaciones, pasemos a analizar la idoneidad de cada uno de estos sujetos para la representación de los colectivos cuyos intereses sean susceptibles de verse afectados en los daños masivos.

⁹³⁸ Una importante diferencia entre los sistemas norteamericano y brasileño es el papel del Ministerio Público en cuestiones no criminales (*Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study*, en *Access to Justice. Promising Institutions* (CAPPELLETTI y WEISNER ed.) 1979, t. II, pp. 802-808; HAZARD, J., *The Role of the Ministère P-blic in Civil Proceedings*, en *Law in the United States of America in Social and Technological Revolution* (HAZARD & WAGNER eds.), 1974, p. 209; LANGER, V, *Public*, *op. cit.*, p. 279.

⁹³⁹ NEWBERG, H. & CONTE, A, *Newberg*, *op. cit.*, pp. 2-73- 77 y 3-177-179.

⁹⁴⁰ Sobre la Court Certification en USA: PARKER, D. L., *Standing to Litigate*, *op. cit.*, pp. 259 y 296.

3.2.1. Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios

Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios gozan de aparatos organizativos mucho más importantes y tienen una mayor participación del colectivo jurídicamente protegido, así como recursos e instrumentos más adecuados que hacen que estén mucho más preparadas para la defensa de los intereses colectivos, ya sean propiamente grupales, o pluriindividuales homogéneos⁹⁴¹.

Sin embargo, la legitimación debería limitarse a aquellas asociaciones o entidades que puedan representarlos de un modo adecuado y efectivo, ya que, de acuerdo con HODGES y SILVESTRI, estas instituciones no sólo no tienen una responsabilidad democrática, sino que únicamente buscan afianzar su prestigio institucional⁹⁴². Es necesario establecer así, requisitos legales para garantizar la correcta representación de los afectados por parte de la asociación, tal y como se ha hecho ya en Italia y España a partir de la Directiva 98/27/CE.

Me remito a la parte de este trabajo en la que se han analizado detenidamente estos requisitos, aunque es importante hacer hincapié en el riesgo de establecimiento de requisitos legales demasiado limitativos, ya que en estos supuestos las asociaciones podrían poner por delante sus propios intereses a los del colectivo que estatutariamente representan.

Personalmente considero que los presupuestos actualmente requeridos por los ordenamientos jurídicos español e italiano a dicho efecto son correctos, en base a la normativa europea mencionada. En este sentido, se trata de criterios objetivos que garantizan la protección adecuada de los intereses afectados de la colectividad, tanto mediante la obligatoriedad de constitución acorde a la ley, como mediante la necesidad de inclusión de dicha finalidad tuitiva en sus estatutos⁹⁴³. Sin embargo, descarto la necesidad de que la protección de los consumidores y usuarios sea su único fin, como requiere el ordenamiento

⁹⁴¹ A pesar de que LACUEVA BERTOLACCI critique la legitimación otorgada a las asociaciones de los consumidores y usuarios en los procesos difusos (LACUEVA BERTOLACCI, R., *Acción ejecutiva de Consumidores y Usuarios: el art. 519 LECiv*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 28-32).

⁹⁴² HODGES, C. *The Reform*, op. cit., p. 321 y SILVESTRI, E., *The difficult*, op. cit., pp. 5 y ss..

⁹⁴³ BARBOSA MOREIRA, *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*, en *Revista de Processo*, núm. 61, 1991, pp. 187 y 191; MILARÉ, É., *A ação civil pública em defesa do ambiente*, en *Ação civil pública. Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação* (MILARÉ ed.) 1995, pp. 193, 248 y 249; ARAÚJO FILHO, L., *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, 2000, pp. 95-97; MANCUSO, R., *Ação civil pública*, 2000, pp. 50-61; FIDÉLIS DOS SANTOS, E., *Mandado de segurança individual e coletivo. Legitimação e interesse*, en *Ajuris*, núm. 28, 1995, pp. 25 y 33; MAZZILLI, H., *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 2001, p. 223.

Compárese, además, NERY, N. y NERY, R., *Código de Processo Civil comentado*, 1997, p. 1138.

jurídico italiano, ya que esta limitación podría excluir muchas de las asociaciones que reunirían las características óptimas para el ejercicio de las acciones colectivas.

Por otro parte, soy de la opinión que debería exigirse un lapso temporal determinado desde la constitución de la misma hasta el reconocimiento de su legitimación para el ejercicio de una acción colectiva, ya que esto implicará que la misma adquiera un conocimiento y trayectoria en cuanto a la tutela de los intereses del colectivo que pretende proteger. Sin embargo, debería permitirse una dispensa del cumplimiento de estos requisitos de carácter temporal o la posposición del requerimiento de estos con la finalidad de evitar que los intereses afectados quedaran sin su respectiva tutela en los primeros años de instauración del sistema. Es más, incluso podría plantearse, inicialmente, una acreditación *ad hoc* de las distintas Asociaciones para garantizar su representatividad adecuada⁹⁴⁴.

3.2.2. El Ministerio Fiscal

En cuanto al Ministerio Fiscal, Brasil nos brinda un claro y exitoso ejemplo de la idoneidad de esta institución para la tutela de los intereses colectivos con su Ministerio Público, institución orgánicamente independiente.

No obstante, el Ministerio Público difiere del Ministerio Fiscal en cuanto, de acuerdo con CAPPELLETI, existen “*barreras casi insuperables de organización, educación y psicológicas [...] para que pueda ser el representante efectivo de los nuevos intereses colectivos emergentes*”⁹⁴⁵. En concreto, su dependencia institucional y su falta de especialización adecuada y dotación en cuanto a empleados y fondos constituyen los obstáculos más relevantes para el reconocimiento de la legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones colectivas.

Aun cuando el legislador decidiera otorgar independencia institucional, formación y dotación a esta institución, cabría garantizar la imposibilidad de interferencia política en su actividad, en sentido análogo al Ministerio Público italiano, figura que, si bien está afincada en el marco del proceso penal, es completamente independiente.

⁹⁴⁴ GIDI, A., *Las acciones*, op. cit., p. 87.

⁹⁴⁵ CAPPELLETTI, M., *Governmental*, op. cit., pp. 774, 775 y 783-787.

Por todo lo apuntado, considero que la idoneidad de la legitimación del Ministerio Fiscal pasa por garantizar su independencia del resto de poderes públicos, junto con su especialización y suficiencia económica y de personal.

3.2.3. Los organismos y entidades públicas

Por último, respecto a los organismos y entidades públicas, su legitimación vendrá supeditada a unos requisitos institucionales parecidos al de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, con la finalidad de representar adecuadamente los intereses del colectivo afectado. En este sentido, considero que tanto el ordenamiento jurídico español como el italiano presentan una regulación adecuada en cuanto a la legitimación de este tipo de entidades públicas, de acuerdo con lo estipulado a nivel comunitario.

Los presupuestos exigidos se centran esencialmente en garantizar la especialización de la entidad pública, de modo que puedan convertirse en una vía complementaria para la tutela colectiva de los intereses legalmente protegidos.

Me gustaría concluir este apartado resumiendo las principales ideas expuestas hasta ahora sobre los sujetos cuyo reconocimiento como legitimados para el ejercicio de las diferentes acciones colectivas considero óptimo.

3.3. Breve síntesis

Los entes que entiendo que deberían estar legitimados para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación y de indemnización, en base al sistema de *opt-out* defendido y siempre que se cumplan los requisitos apuntados, son:

- Los grupos de consumidores y usuarios representativos de la totalidad de afectados.
- Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, al tratarse de entidades de naturaleza privada cuya finalidad es la protección de los consumidores y usuarios y tienen una organización y dotación económica óptimas para el ejercicio de este tipo de acciones.

- El Ministerio Fiscal como defensor del interés social y siempre que sea independiente del otros poderes. Además, deberá requerir un nivel de formación y especialidad en materia de los intereses colectivamente tutelables.
- Los organismos y entidades públicas cuya finalidad sea la protección de los consumidores y usuarios, ya que se trata de entidades públicas preparadas para tutelar las afectaciones a los intereses colectivos de estos últimos.

En suma, esta combinación de entidades públicas y privadas aportaría un sistema de legitimación plural y completa, ya que la tutela colectiva podría solicitarse por parte de operadores jurídicos de diferentes sectores cuya motivación y prioridades son, como es de imaginar, diferentes y no por ello excluyentes, sino todo lo contrario. Se trata, en este sentido, de aprovechar las ventajas y desventajas que presenta cada ente para iniciar una tutela colectiva, de tal modo que se complementen, articulando, así, una tutela efectiva del abanico de situaciones en las que puedan verse afectados los intereses colectivos.

4. La certificación como control del cumplimiento de los requisitos de legitimación en las acciones colectivas

Un importante elemento en el modelo de legitimación propuesto es la *certification* o juicio de admisibilidad de la acción colectiva, institución procesal en la que el juez controlará el cumplimiento de los requisitos objetivos y subjetivos establecidos por la ley. A tenor del papel del juez, hay dos modelos de certificación: *ope iudicis* u *ope lege*.

La certificación *ope iudicis* es aquella propia de sistemas de derecho de *common law*, en los que el juez goza de una amplia discrecionalidad en la apreciación de los requisitos establecidos por la ley a partir del caso concreto. Por ejemplo, en la *certification* de la *class action* y como hemos apuntado, los Tribunales norteamericanos han llevado un *light touch review* de los requisitos contenidos en la Rule 23 de las FRCP (*numerosity, commonality, typicality* y *adequacy of representation*), aunque en los últimos años, la jurisprudencia se ha decantado por un escrutinio estricto (*scrupulous scrutiny*) dónde el juez aportará mayores salvaguardas del justo proceso mediante la exigencia del cumplimiento estricto de los requisitos apuntados, con la finalidad de evitar el uso abusivo de las acciones colectivas por parte de los abogados quienes, mediante las *contingency fees*, han utilizado esta institución como una vía de financiación de sus *law firms*.

Por el contrario, en el control de admisibilidad *ope lege* el juez se limita a comprobar que el sujeto que ejercita la acción colectiva cumple con los requisitos legales establecidos, sin que este acto conlleve discrecionalidad alguna, ya que dichos presupuestos se centran en elementos cuya apreciación es objetiva tales como la constancia de la protección de los consumidores y usuarios como finalidad en los estatutos de una asociación de consumidores y usuarios o el cumplimiento del requisito de la mayoría cuando los legitimados sean el grupo de afectados. Este modelo se adecua mucho más a los principios rectores de los sistemas de *civil law*, como hemos visto en los diferentes intentos de adopción de las acciones colectivas en Brasil, España, Italia y a nivel comunitario.

Por esta misma razón, soy de la opinión que la apreciación del cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente debe ser *ope lege* en esta propuesta de modelo de legitimación para las acciones colectivas en España. Es decir, el juez debe limitarse a comprobar si los entes legitimados reúnen los presupuestos determinados en la ley para certificar la acción colectiva, ya que en sendos ordenamientos jurídicos el papel del juez consiste en aplicar un derecho concreto ampliamente desarrollado legalmente.

No obstante, esto no impide postular, al mismo tiempo, que este modelo de legitimación en las acciones colectivas propuesto para España debe ir acompañado de potestades judiciales más amplias con la finalidad que el juez pueda “controlar” de manera activa el adecuado ejercicio y desarrollo de la acción colectiva durante todo el proceso⁹⁴⁶.

5. Financiación de las acciones colectivas

No cabe terminar la fijación de un modelo de legitimación sin analizar uno de los principales problemas que surge en el ejercicio de las acciones colectivas. De acuerdo con HODGES, este problema es la imposibilidad de disponer de financiación, con independencia de los entes a los que se otorgue legitimación *ex lege*⁹⁴⁷.

⁹⁴⁶ CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones*, op. cit., p. 90 y BUJOSA VADELL, L., *La posición del juez en los procesos colectivos*, en *La Ley*, núm. 6397, 15.12.2005. Sin embargo, los sistemas de *civil law* limitan mucho dicha discrecionalidad judicial (WALMIER, ARRUDA ALVIM, T., *Limites à chamada ‘discricionariade’ judicial*, en *RDP*, núm. 96, 1988 y ÍDEM., *Há vários caminhos para o juiz?*, en *Revista Judiciária do Paraná*, v. 9, pp. 91-99, 2014).

⁹⁴⁷ HODGES considera que los afectados y las asociaciones de consumidores no tienen capacidad financiera y el Estado no las puede financiar (HODGES, C., *Fast*, op. cit., pp. 255 y ss.).

En este sentido, cabe ser muy categórico: ningún sistema de acciones colectivas tendrá éxito si no se gestionan de un modo adecuado los incentivos económicos. Es decir, los diferentes elementos económicos que genere el sistema de acciones colectivas deberán articularse para que no sean un impedimento en el ejercicio de las acciones colectivas por parte de los entes legitimados⁹⁴⁸. Es más, si se quiere la eficacia de la tutela colectiva, la falta de financiación o recursos económicos no tan solo no pueden ser un impedimento, sino que soy del parecer que deben configurarse de forma que sirvan para fomentar el ejercicio de las acciones colectivas.

La principal crítica de las *class actions* norteamericanas reside en su notable uso abusivo por parte de abogados emprendedores que, en busca de una indemnización millonaria, han presentado una multiplicidad de demandas infundadas a través de esta institución⁹⁴⁹. No obstante, similares consecuencias ha tenido el sistema Inglés con la financiación pública de este tipo de acciones y es que, como dice HODGES, todo sistema de tutela colectiva conlleva riesgo de abuso⁹⁵⁰. Lo que está claro es que intentar establecer un sistema europeo efectivo sin incentivo alguno para los entes legitimados o terceros es, como dice la expresión norteamericana, “*like throwing out a baby with bathwater*”, que en español vendría ser “arrancar el trigo junto con la cizaña”.

En el modelo propuesto, ninguno de los entes cuya legitimación se ha defendido en el anterior apartado puede financiar el proceso colectivo a partir del proceso en el que ejerciten la acción colectiva, ya que la consiguiente indemnización – en el caso que la hubiere- va exclusivamente a la reparación del daño de los intereses afectados⁹⁵¹. Y eso en el mejor de los casos, es decir, siempre que se estime la pretensión, ya que, en caso contrario y si se establece condena en costas, el ente legitimado para el ejercicio de la acción colectiva deberá pagar sus propias costas, junto con las de la parte contraria. El escenario, entonces, se sitúa en no ganar nada o en perderlo todo, sin olvidar que los gastos del litigio en este tipo de procesos son extremadamente elevados.

Dicho esto, también es necesario apuntar que en el caso del Ministerio Fiscal su carácter público ya conllevaría un tipo de financiación pública, del mismo modo que las entidades públicas cuya finalidad sea la tutela de los consumidores y usuarios.

⁹⁴⁸ La importancia de los costes y la financiación es subrayada por (RILEY, A. y PEYSNER, J., *Damages in EC Antitrust actions: Who pays the Piper?*, en *E.L. Rev.* 2006, p. 748; PEYSNER, J., *Costs and Funding in private Third Party Competition Damages Actions*, en *Comp L Rev*, 97, 2006.

⁹⁴⁹ HODGES considera que las *contingency fees* son proporcionales a USA (HODGES, C., *The Reform*, *op. cit.*, p. 136).

⁹⁵⁰ HODGES, C., *The Reform*, *op. cit.*, p. 146,

⁹⁵¹ SULLIVAN, K. M. y GUNTHER, G., *Constitutional Law*, New York Foundation Press, New York, 2004.

En el supuesto de la Asociación de Consumidores y Usuarios, por otra parte, la financiación pasaría por acogerse a la asistencia jurídica gratuita en términos idénticos a los estudiados en el Derecho Español, aunque no limitados a la naturaleza “*de uso común*” del objeto litigioso. Asimismo, cuando la parte actora sea el grupo de consumidores y usuarios y a diferencia de lo que sucede actualmente en España, éste debería gozar del beneficio de asistencia jurídica gratuita. Si bien este tipo de financiación es teóricamente factible, cabe tener en cuenta la opinión de HODGES, quién apunta a la financiación de los procesos como el primer elemento eliminado o menoscabado en los tiempos de crisis que estamos viviendo últimamente⁹⁵², ya que un sistema de estas características representaría un enorme coste para el Estado, con ciertas excepciones propiciadas las nuevas tecnologías. Por ejemplo, imaginemos un supuesto contractual en el que la empresa que ha llevado a cabo la actividad ilícita esté en posesión de las direcciones de correo electrónico de los afectados por la misma. En este caso, sería tan sencillo como permitir mandar un correo electrónico a cada uno de ellos con acuso de recibo. No obstante, también cabe decir que la mayoría de estos supuestos contractuales como son las cláusulas suelo o las acciones preferentes no podrán ser tutelados a través de una acción colectiva, ya que para determinar el carácter abusivo de la conducta entrarían elementos personales. Por ende, la mayoría de supuestos serán de naturaleza extracontractual, conllevando elevados costes de notificación para el estado⁹⁵³, razón por la cual HODGES relega las acciones colectivas como *ultima ratio* para la tutela de los daños masivos⁹⁵⁴. No obstante, me niego a descartar la viabilidad de las acciones colectivas como forma eficaz de tutela, ya que considero que los procesos colectivos proporcionan mayores garantías a los afectados respecto los medios alternativos de solución de controversias. Por este mismo motivo, cabe buscar una financiación privada que complemente los elevados costes y las consiguientes limitaciones de la financiación pública.

Las alternativas a la financiación pública son variadas, pero debo advertir, antes de entrar en sus respectivos análisis, que ninguna de ellas es, a mi parecer y desde una perspectiva norteamericana, viable. La primera opción pasa por flexibilizar la regla imperante en el sistema español e italiano del *loser pays*, según la cual será la parte que pierda el litigio la que deberá abonar las costas tanto de su propia defensa letrada, como las de la parte contraria. Esto

⁹⁵² HODGES, C, *The Reform*, *op. cit.*, pp. 138 y ss..

⁹⁵³ *Ídem*.

⁹⁵⁴ HODGES, C, *Fast*, *op. cit.*, p. 240 y ss.. En el mismo sentido: EVANS, *The new consensus on class certification*, Occasional Paper, January 2009, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1330594> (19/03/2015), 2–3 y SILVER, C., *We're scared to death: does class certification subject defendants to blackmail?*, en *University of Texas School of Law*, Public Law and Legal Theory Research Paper No 043, disponible en: http://ssrn.com/abstract_id=334900 (19/03/2015).

conlleva que en el caso italiano, por ejemplo, si la pretensión del consumidor individual que ejercita la *azione di classe* es aceptada y la consiguiente sentencia le es favorable, únicamente recibe una pequeña indemnización. Por el contrario, si pierde, el consumidor individual debe pagar sus costas procesales, además de las de la parte contraria, sin perjuicio de la posibilidad de beneficio de justicia gratuita en el caso que no tuviera un determinado nivel de recursos⁹⁵⁵. En Estados Unidos, en cambio y como hemos visto, cada parte paga los honorarios de su abogado con independencia del resultado del proceso colectivo. No obstante, esto únicamente conlleva una mitigación de la cantidad que deben pagar los entes legitimados, con la desventaja que, incluso en caso de estimación de la pretensión, tendría pérdidas económicas derivadas del proceso colectivo, con lo que no se resuelve el problema.

Otra posibilidad es la financiación por parte de los miembros de la clase, aunque no deja de ser una utopía, ya que si, como hemos apuntado, no es habitual que los miembros de la clase se adhieran para actuar como parte y recibir una indemnización económica, resulta impensable que lo hicieran para la financiación del proceso y el consiguiente riesgo de pérdida patrimonial ante la posible desestimación de la pretensión⁹⁵⁶.

Por otro lado, una financiación por parte de las cuotas de afiliación a las diferentes asociaciones de consumidores y usuarios legitimadas presenta problemas de *free rider*⁹⁵⁷. Esta financiación de la tutela de los intereses generales de los consumidores y usuarios por parte de los afiliados conllevaría que muy pocos consumidores y usuarios se afiliaran para percibir, en el mejor de los casos, una indemnización irrisoria que verían ingresada de igual modo sin necesidad de coste o riesgo alguno. En otras palabras, si sin pagar cuota alguna uno puede beneficiarse de la sentencia que recaiga en un proceso colectivo de modo idéntico a si estuviera pagando las cuotas, ¿quién “perderá” el dinero de las cuotas?⁹⁵⁸

Por esta misma razón, me decanto precisamente, junto con la financiación pública apuntada, por establecer una financiación privada de las acciones colectivas complementaria con la finalidad de incentivar, esencialmente, que a los abogados representen a las Asociaciones de consumidores y usuarios o los grupos de afectados, ya que los restantes entes legitimados serán representados por ellos mismos (Ministerio Fiscal) o por personas de su misma

⁹⁵⁵ CAFAGGI, F. y MICKLITZ, H.-W., *Collective Enforcement of Consumer Law: A Framework for Comparative Assessment*, en *European Review of Private Law*, 16, 2009, p. 391.

⁹⁵⁶ *Kamilewicz v. Bank of Boston Corp.*, 100 F.3d 1348, 1349 (7th circuit).

Ver también: ISSACHAROFF, S., y MILLER, G. P., *Will*, *op. cit.*, pp. 57-59)

⁹⁵⁷ MÖLLERS, M. K., T., *Civil law enforcement and collective redress in economic law*, en *Europa e diritto privato*, ISSN 1720-4542, N.º. 1, 2013, pp. 27-74.

⁹⁵⁸ ISSACHAROFF, S. y MILLER, G. P., *Will aggregate*, *op. cit.*, p. 58 y ss..

naturaleza pública (entes públicos cuya finalidad sea la tutela de los consumidores y usuarios). Dentro de las opciones de financiación privada, hay tres posibilidades distintas:

- *Contingency fees* o pactos de *quota litis*.
- Third party funding.
- Financiación por parte del propio ente legitimado.

Las *contingency fees* consisten en el establecimiento de cláusulas contractuales entre el abogado y el actor que establecen un porcentaje de la indemnización como beneficio para el primero en caso de estimación de la pretensión pretendida. La cuantía a percibir por el abogado tiene que ser muy superior a las costas procesales y tasas judiciales, de tal modo que se alineen los intereses del ente legitimado y de la asistencia letrada, sin que dependa ésta de las incorporaciones posteriores de más miembros del grupo afectado⁹⁵⁹. Si bien algunos autores las consideran imprescindibles⁹⁶⁰, este tipo de pactos están prohibidos tanto en Italia como en España para la determinación de la totalidad de los honorarios, aunque últimamente se han aceptado como tasas de éxito a sumar a los honorarios prefijados.

Por otra parte, encontramos la llamada *third party funding*, esto es la posibilidad que terceros ajenos al proceso colectivo financiaran el ejercicio de las distintas acciones por parte de los entes legitimados, a cambio de un 30% a 40% de la indemnización en caso de estimación de la pretensión⁹⁶¹.

Por último, existiría la posibilidad de que, ante el ejercicio de las acciones colectivas por parte de las Asociaciones de consumidores y usuarios, este ente se quedara parte de la indemnización para la tutela de los intereses del colectivo que estatutariamente protege, ya fuera mediante el ejercicio de acciones colectivas en su defensa u otras actividades a dicho efecto.

No obstante, todas estas opciones son peligrosas en cuanto podrían generarse incentivos propios por parte de los entes que financien el ejercicio de este tipo de acciones que, a su vez,

⁹⁵⁹ Para un estudio económico del papel de los abogados CASSONE, A. y RAMELLO, G. B., *Private Club and public goods: the economic boundaries of class action litigation*, en en BACKHAUS, J. G., CASSONE, A. y RAMELLO, G. B., *The Law and Economics of Class Actions in Europe, Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, pp. 119 y ss..

⁹⁶⁰ Junto con el sistema de *opt-out* (RILEY, A. y PEYSNER, J., *Damages, op. cit.*).

⁹⁶¹ Este tipo de financiación es típica de Australia (ver, por ejemplo, IMF Ltd, compañía que proporciona fondos cuando la cuantía es superior a los \$2 millones), aunque presenta problemas muy parecidos a las *contingency fees* norteamericanas, tal y como determino la Corte Suprema Australiana en *Campbells Cash & Carry Pty Ltd v. Fostif Pty Ltd.*, 229 A.L.R. 58, 1.211, 2006. En el mismo sentido, HODGES apunta al caso *Lisle v. Brice* [2002] 2 Qd R 168 a 173 (HODGES, C., *The Reform, op. cit.*, pp. 145-146.

podrían no coincidir con los intereses del colectivo afectado, generándose el consiguiente conflicto. Piénsese por ejemplo en el escenario de una transacción o *settlement*, que, si bien no repara íntegramente el daño generado a los afectados, representa un enorme beneficio para los entes que han financiado el proceso.

Asimismo, tanto el ordenamiento jurídico español como el italiano se centran en el principio de reintegración del daño, es decir, buscan una indemnización total del mismo, indemnización que, en estos supuestos y ante una sentencia favorable, se vería menoscabada por el porcentaje que debería otorgarse al ente que haya financiado el proceso⁹⁶².

Así las cosas, me veo con la obligación argumentativa y sistemática de concluir que un sistema europeo-continental de acciones colectivas sin una financiación adecuada no será nunca efectivo, con independencia de la idoneidad y corrección de los entes legitimados para el ejercicio de este tipo de acciones. A mi parecer, una financiación óptima pasa por establecer una financiación pública de las acciones colectivas, complementada por una financiación privada ante el ejercicio de éstas por las Asociaciones de Consumidores y Usuarios o por el grupo de afectados. Es decir, si bien estos dos últimos entes deben seguir beneficiándose del derecho de asistencia jurídica gratuita ante el ejercicio de las acciones colectivas y cuando las cuantías indemnizatorias individuales sean demasiado bajas como para iniciar un proceso individual, como sucede en el ordenamiento jurídico español respecto las Asociaciones de consumidores y usuarios⁹⁶³, el establecimiento de una financiación privada por parte de entes externos al proceso (*third party funding*) o mediante el mismo (*contingency fees* o porcentaje para el ente legitimado) sería un mayor y necesario incentivo para su ejercicio, ya que no se puede esperar que los abogados lleven todo el peso de la acción colectiva sin estímulo económico alguno, especialmente en aquellos supuestos en los que quien inicie la tutela colectiva sea un grupo de afectados⁹⁶⁴. En todo caso, el porcentaje de esta financiación privada debería ser hasta un máximo del 10% y configurarse como una *success rate* o tasa de éxito junto a sus honorarios prefijados, ya que esto evitaría que las Asociaciones de consumidores y usuarios aceptaran una transacción por un valor muy inferior al merecido - como sucede en Estados Unidos-, y además sería acorde a los pactos de *cuota litis* permitidos en España⁹⁶⁵. En este sentido, soy de la opinión que estos dos entes privados representarían adecuadamente

⁹⁶² CAFAGGI, F. y MICKLITZ, H.-W., *Collective*, *op. cit.*, p. 391.

⁹⁶³ HODGES descarta la viabilidad de la *legal aid* o asistencia jurídica gratuita en los tiempos actuales (HODGES, C., *The Reform*, *op. cit.*, pp. 152 y 227-228).

⁹⁶⁴ CASSONE, A, y RAMELLO, G. B., *Private Club and public goods*, *op. cit.*, pp. 101-130.

⁹⁶⁵ Debe evitarse que el porcentaje de los intermediarios genere costes excesivos (HODGES, C., *Multi-party Actions*, Oxford, 2001, capítulo 6 y HENSLER, D., DOMBEY-MOORE, B., GIDDENS, B., GROSS, J., MOLLER E. K. y PACE, N. M., *Class action dilemmas*, *op. cit.*, pp. 199 y ss.).

los intereses del colectivo afectado, al mismo tiempo que buscarían maximizar la indemnización total del daño particular de sus miembros para percibir una mayor cantidad de dinero.

Sin embargo, esta configuración de la financiación también conllevaría que aquellos daños plurales y homogéneos que no fueran de una determinada entidad o relevancia quedarían excluidos de tutela por parte de las Asociaciones de consumidores y usuarios, ya que no supondrían un incentivo económico suficiente⁹⁶⁶. Precisamente en este punto es dónde el Ministerio Fiscal y el resto de entidades públicas entran en juego, ya que al estar financiadas mediante fondos exclusivamente públicos, la entidad del daño no debería condicionar la tutela de los intereses afectados. Esta propuesta gradúa, a mi parecer, los incentivos económicos del sistema de tal modo que se produce un equilibrio entre la financiación, el proceso colectivo y los costes que conlleva una tutela colectiva.

⁹⁶⁶ Un claro ejemplo lo encontramos en el ordenamiento jurídico británico, en el que para que procediera una financiación por parte de un ente privado, la cuantía debía tener un determinado mínimo (*Impact Assessment. Private Actions in Competition Law: A Consultation on Options for Reform* (Department for Business Innovation & Skills, 2012), en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31529/12-743-private-actions-in-competition-law-impact-assessment.pdf (19/03/2015) y más cuando los costes de una notificación efectiva pueden alcanzar de 3 a 9 millones de libras (HODGES, C., *Fast, op. cit.*, p. 277). Además, estos entes aportaban el dinero únicamente cuando la ilicitud de la actividad estaba acreditada por una acción administrativa previa (HODGES, C., *Fast, op. cit.*, pp. 279-281). Por todo, la cuantía a percibir por el abogado tiene que ser sustantivamente superior a los costes (CASSONE, A, y RAMELLO, G. B., *op. cit.*, pp. 119 y ss.).

Conclusiones

1. La socialización y el crecimiento económico y tecnológico han propiciado una producción, intercambio y consumo de carácter masivo que, no tan solo ha generado daños de la misma índole, sino que también ha enfatizado la importancia del cumplimiento de la normativa imperativa por parte de los diferentes operadores jurídico-económicos. Ante tales riesgos, los intereses colectivos son uno de los remedios para la protección de los derechos de los miembros de determinados sectores sociales por parte del Estado social y democrático de Derecho. Por otra parte y paradigmáticamente ante daños masivos, los intereses colectivos permiten agrupar los intereses individuales homogéneos afectados con la finalidad de proporcionarles una tutela realmente efectiva, ante el carácter disuasorio que puede tener la tradicional tutela individual.
2. El criterio de la determinabilidad que históricamente se ha utilizado para diferenciar entre intereses colectivos e intereses difusos –especialmente en materia de protección de consumidores y usuarios- resulta insuficiente hoy en día, por no tener en cuenta aquellos supuestos en los que la notificación y consecuente participación de los afectados en el proceso es prácticamente imposible debido a que, por ejemplo, éstos residen en países diferentes, su número es muy elevado o el perjuicio sufrido por cada uno es distinto. Si bien la notificación debe garantizar el derecho de defensa de todos los afectados y no ser un mero acto procesal, la indeterminación de los afectados no puede ser un criterio impeditivo de la reparación de la afectación de los intereses colectivos, sino que debe ser el juez quien, ante el ejercicio de la acción colectiva, analice las circunstancias del caso para determinar si la falta de identificación nominal puede conllevar una pérdida de oportunidad judicial económicamente sustancial.
3. La distinción entre intereses colectivos e intereses generales es innecesaria en el orden civil dónde todos los intereses protegidos requieren de un interés personal relativo a situaciones jurídico-subjetivas materiales, no habiendo cabida para un interés sin cualificación subjetiva especial como el mero interés en la legalidad. Por esta misma razón, la acción popular basada en un interés general, entendido como mero interés en la legalidad, resulta inviable para la tutela de los intereses colectivos.

4. Dentro de los intereses colectivos, cabe diferenciar dos tipos de sub-intereses tomando en consideración la relación jurídica subyacente y, más concretamente, la titularidad que representan, entendida como la relación entre el sujeto y el objeto. Cuando un colectivo social jurídicamente protegido sea el titular de los intereses colectivos, estaremos ante *intereses propiamente grupales*. Llamaremos *intereses pluriindividuales homogéneos* a aquellos intereses individuales que comparten los miembros de un determinado colectivo y que se han visto afectados de un modo igual o similar por una misma actividad empresarial, ya sea esta lícita o ilícita.
5. En los *intereses propiamente grupales*, el colectivo titular preexiste a la producción de la afectación concreta, por lo que no se requiere una afectación real de los miembros integrantes del mismo, sino que bastará el mero riesgo potencial de afectación de los intereses de los miembros de dicha clase - a partir de una determinada conducta lesiva- para poder ejercitar una acción colectiva. Además, la existencia previa de este grupo titular llamado "*clase potencialmente afectada*" posibilita establecer una tutela preventiva del daño tanto de los intereses pluriindividuales homogéneos, como de los propiamente grupales.
6. La utilización del término *intereses propiamente grupales*, en vez de *intereses supraindividuales*, que sigue un sector doctrinal, obedece a otorga una mayor precisión terminológica en cuanto a la extensión del colectivo afectado, al mismo tiempo que pretende evitar una confusión con los intereses generales que, si bien no pueden darse en el orden civil, son también supraindividuales.
7. Las acciones colectivas deberían poder ejercitarse ante todas aquellas situaciones jurídicamente relevantes que precisen una tutela de este tipo, sin limitación objetivo-material alguna, como sucede en Estados Unidos.
8. La necesidad de un proceso colectivo para la tutela de los *intereses propiamente grupales* reside, no tanto en el efecto *erga omnes* que conlleva la estimación de la pretensión, sino en la titularidad que presentan los intereses propiamente grupales: una titularidad inmediata por parte de colectivo y mediata respecto cada uno de sus miembros. En aquellos supuestos en los que se hayan afectado tanto *intereses propiamente grupales* como *pluriindividuales homogéneos*, además, únicamente un

proceso colectivo permite ejercitar la acción de cesación y la acción de indemnización de forma conjunta.

9. Los *intereses pluriindividuales homogéneos*, por su parte, son intereses personales de cada uno de los sujetos que integran un colectivo determinado, y su afectación presenta elementos fáctico-causales comunes. Al tratarse de intereses individuales en el sentido clásico del término, presentan un objeto divisible y cuantificable y una titularidad de carácter inmediato. Cuando la entidad del daño sufrido por los sujetos individuales sea escasa como en el caso de los daños masivos, la tutela colectiva se convierte en una garantía del derecho de acceso a la jurisdicción del artículo 24 de la CE y 6.1 del CEDH, ya que permite sustantar en un solo proceso todos o parte de los daños producidos. Sin embargo, esta tutela requerirá la afectación individual de cada uno de los miembros del grupo (*clase necesariamente afectada*), sin que quepa una tutela preventiva de estos daños.
10. La tutela colectiva indemnizatoria de los *intereses pluriindividuales homogéneos* únicamente procederá cuando el litisconsorcio resulte inviable, la actividad ilícita llevada a cabo por el operador económico sea producto de la utilización de actos o cláusulas análogas de la misma naturaleza y ésta, a su vez, afecte a los mismos intereses, si bien la entidad del daño y los momentos temporales de su producción podrán ser diferentes. El elemento más importante es el necesario carácter objetivo de los elementos jurídico-fácticos que determinan la ilicitud de la conducta, sin que pueda depender de circunstancias estrictamente personales. Por último, todas las afectaciones a los *intereses pluriindividuales homogéneos* deberán poder ser tuteladas mediante la acción colectiva de indemnización.
11. En la protección de los *intereses pluriindividuales homogéneos*, cabe diferenciar aquellos casos en que los daños masivos se producen por la infracción de las disposiciones tuitivas de los derechos e intereses de un colectivo, de aquellos daños que se producen de manera puntual, aun cuando la actividad empresarial ha sido concorde a las normas imperativas apuntadas. En el primer supuesto y siempre que la actividad ilícita siga produciéndose, será posible una doble modalidad de tutela: una acción colectiva de cesación en los términos descritos para la tutela de la afectación de los *intereses propiamente grupales* y - consecutiva o conjuntamente- una acción colectiva de indemnización de los daños a los *intereses pluriindividuales homogéneos*.

Por otra parte, los daños que se produzcan de manera puntual únicamente requerirán una tutela indemnizatoria de la afectación individual de cada uno de los perjudicados.

12. El “interés legítimo” presenta un carácter mucho más amplio que el “interés directo”, lo que permite extender la tutela jurisdiccional a situaciones jurídicas *propriadamente grupales*, rompiendo el carácter individual de las situaciones legitimantes previas. Por esta misma razón, el interés legítimo debe ser el punto de partida para el estudio de la legitimación en las acciones colectivas, sin necesidad de diferenciar entre *intereses propriadamente grupales* e *intereses pluriindividuales homogéneos*, si bien es cierto que el tipo de legitimación será diferente según el tipo de intereses ante el que nos hallemos. Ambos intereses se han tratado conjuntamente en la propuesta del modelo de legitimación, para que proceda su tutela conjunta en aquellos supuestos en los que una misma actividad afecte a ambos. Por el contrario, la acción colectiva de indemnización será completamente autónoma respecto la acción colectiva de cesación cuando el acto no haya afectado a *intereses propriadamente grupales*.

13. La titularidad no exclusiva y otorgada *ex lege* a diferentes sujetos representativos que caracteriza los *intereses propriadamente grupales* impide entender que nos hallamos ante una legitimación por representación o substitución, sino se trata más bien de una legitimación ordinaria, al estar defendiendo el legitimado un derecho propio en interés propio. La cuestión reside en la relación entre la titularidad de la posición jurídica legitimante y la propia legitimación, más allá de la representatividad en un sentido sociológico o político. La titularidad inmediata de los *intereses propriadamente grupales* que la ley otorga a determinados entes representativos hace recomendable hablar de una legitimación ordinaria *sui generis*.

14. Las características de los *intereses pluriindividuales homogéneos* apuntadas obligan a hablar de una legitimación extraordinaria o por substitución, en los casos en que se legitime a un ente, ya que éste no podrá afirmar la titularidad de la relación jurídico material deducida, sino que actuará en nombre propio y en interés de los afectados. La única excepción sería el reconocimiento de legitimación al grupo, como parte procesal, compuesto por la totalidad de afectados, ya que en el supuesto de que esté compuesto por una mayoría, ésta actuara además de en interés de cada uno de sus integrantes, en interés de los afectados no presentes. El establecimiento de un tipo de legitimación representativa resulta inviable en cuanto exigiría el consentimiento de

todos los afectados, tanto para el ejercicio de la acción colectiva, como para todas aquellas actuaciones que correspondieran a su titular dentro del proceso colectivo, tal y como demuestra la experiencia italiana con la *azione di classe* del art. 140 del Código del Consumo.

15. El *standing to sue* o legitimación de las *class actions* norteamericanas no puede adoptarse o ser trasladado automáticamente a un sistema de *civil law*, ya que el ordenamiento jurídico estadounidense presente características exclusivas, tanto a nivel general - como son el *discovery*, la notificación adecuada a la clase, la discrecionalidad judicial o el papel del jurado- como en las propias *class actions*, entre las que destacan el efecto regulativo y el papel de los abogados.
16. Considerando la ineficacia de la regulación de las acciones colectivas en España y teniendo en cuenta la experiencia italiana, es necesario establecer un modelo español de legitimación que, no tan solo garantice la eficacia de las acciones colectivas, sino que además sea acorde a los principios propios este ordenamiento jurídico. Si bien este modelo propuesto se centra en determinar aquellos sujetos que deben estar legitimados, también trata la idoneidad del sistema de acciones colectivas y su financiación, al ser dos elementos directamente relacionados con la legitimación en la tutela colectiva.
17. Las acciones colectivas que se adopten en España deberían buscar tanto la tutela de los daños por los distintos intereses, como la no reiteración de la conducta ilícita, en lo que se conoce como *deterrence* o *efecto regulativo*. La razón radica en la necesidad de prevenir la producción del mismo daño en un momento posterior, ya que la reparación *ex post* a su producción genera altos costes para el sistema judicial. Sin embargo, esto no significa que la tutela de los daños ocasionados a los *intereses pluriindividuales homogéneos* a partir de la conducta ilícita se convierta en un mero instrumento para la consecución del interés público, consistente en el respecto a las normas imperativas, como sucede en Estados Unidos. El fundamento de las acciones colectivas debe ser la tutela de los intereses afectados, como sucede a día de hoy en España, Italia y Brasil, pero cabría articularse un sistema de daños punitivos para evitar que la empresa vuelva a llevar a cabo la misma conducta ilícita lesiva.

18. Las acciones colectivas conllevan una necesaria relación entre la legitimación y la cosa juzgada tanto para su efectividad, como para la garantía de los derechos de cada uno de los miembros del colectivo afectado. El modelo de acciones colectivas óptimo sería un sistema de *opt-out*, en tanto que un sistema de *opt-in* conllevaría una inevitable e indeseable tutela parcial de los daños acaecidos. Además, cabe descartar un efecto de cosa juzgada *secundum eventum litis*, ya que quebrantaría la seguridad jurídica que garantiza el efecto de cosa juzgada *pro et contra*.

19. Los entes que deberían estar legitimados para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación y de indemnización en España son: los grupos de consumidores y usuarios objetivamente representativos de la totalidad de afectados; las Asociaciones de Consumidores y Usuarios; los organismos y entidades públicas cuya finalidad sea la protección de los consumidores y usuarios; y un Ministerio Fiscal independiente.

20. Partiendo del análisis comparado de la *azione di classe*, la *certification* o juicio de admisibilidad de la acción colectiva debería ser *ope lege* en esta propuesta de modelo de legitimación para las acciones colectivas en España. Es decir, el juez debería limitarse a comprobar si los entes legitimados reúnen los presupuestos determinados en la ley para certificar la acción colectiva, ya que la tradición jurídica del ordenamiento español constata que el juez aplica un Derecho concreto previsto legalmente. No obstante, este rasgo característico de los sistemas de *civil law* - como demuestra también la experiencia brasileña- no impide postular, al mismo tiempo, que este modelo de legitimación en las acciones colectivas propuesto para España debe ir acompañado de potestades judiciales más amplias con la finalidad que el juez pueda “controlar” de manera activa el adecuado ejercicio y desarrollo de la acción colectiva durante todo el proceso.

21. Establecer un sistema de legitimación para el ejercicio de acciones colectivas requiere, además, de una perspectiva económica que tenga en cuenta los elementos e incentivos de esta índole que se generan a su alrededor, con la finalidad de aportar una necesaria dosis de realidad empírica y sustento práctico del sistema teóricamente propuesto. Tal y como demuestra la experiencia norte-americana, esta perspectiva es especialmente importante respecto la financiación de las acciones colectivas.

22. La financiación óptima de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico de España pasaría por reconocer el derecho de asistencia jurídica gratuita a todos los entes privados legitimados que ejercieran una acción colectiva cuando las cuantías individuales de cada uno de los sujetos individualmente afectados fueran de poca entidad (daños masivos). Asimismo, una *success rate* o tasa de éxito de un máximo del 10% a sumar a los honorarios de los abogados previamente fijados incentivaría la correcta representación de los afectados en el proceso colectivo. En relación a los entes públicos, la financiación debería ser exclusivamente pública.

Índice de jurisprudencia por materias

La protección de los intereses colectivos

España

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 25/1981, de 14 de julio

Características de los derechos e intereses colectivos

España

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 907/1998, de 30 septiembre
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2008
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 473/2010, de 15 julio
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona núm. 467/2000, de 24 octubre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 33/2004, de 22 enero
- Autos del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de La Coruña y el posterior de la Audiencia Provincial de A Coruña núm. 18/2013, de 15 febrero

Diferencias entre el interés legítimo y el interés directo

España

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 24/1987, de 25 de febrero
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 marzo 1998
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 noviembre 1998
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 enero 2000
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 octubre 2001
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 220/2001, de 31 octubre
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 164/2003, de 29 septiembre

Intereses de los consumidores y usuarios

España

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 62/1983, de 11 de julio
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 24/1987, de 25 de febrero
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 31/2000, de 3 febrero
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 220/2001, de 31 octubre
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 124/2002, de 20 de mayo
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 164/2003, de 29 septiembre
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 45/2004, de 23 de marzo
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 112/2004, de 12 de julio
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 142/2004, de 13 de septiembre
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 173/2004, de 18 octubre
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 172/2006, de 5 junio
- Auto del Tribunal Constitucional núm. 807/1985, de 20 de noviembre

- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1975
- Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1992
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 marzo 1998
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 enero 2000
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 octubre 2001
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 313/1994, de 8 abril

Regulación de las acciones colectivas en las Ley de Enjuiciamiento Civil Española

- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 abril 1992
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 33/2004, de 22 enero

Cosa juzgada

- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2010
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 23 de mayo de 2014
- Auto de la Audiencia Provincial de Alicante de 31 de marzo de 2014
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de octubre de 2014

La determinabilidad como criterio de distinción de intereses colectivos

España

- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 131/2005, de 19 de mayo
- Auto de la Audiencia Provincial de Girona, núm. 7/2006, de 18 enero

Tutela preventiva de los intereses colectivos

España

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 15 de septiembre de 2009

Italia

- Trib. Torino de 17 de mayo de 2002, en *Foro. It.*, 2002, I, p. 2899, con nota de PALMIERO
- Trib. Roma de 11 de agosto de 2003, en *GM*, 2004, p. 902

Fundamento de las acciones colectivas – Derecho de acceso a la jurisdicción

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Delcourt*, de 17 de enero de 1970
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Golder contra Reino Unido*, de 21 febrero 1975
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Le Compte, Van Leuven y De Meyere contra Bélgica*, de 23 junio de 1981
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *James y otros contra Reino Unido*, de 21 febrero 1986

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Fayed* contra Reino Unido, de 21 septiembre 1994
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Les Saints Monasteres contra Grecia*, de 9 diciembre de 1994
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Masson y Van Zon contra Países Bajos*, de 28 septiembre 1995
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Bellet contra Francia*, de 4 diciembre de 1995
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Tejedor García contra España* de 16 diciembre 1997
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *F.E. contra Francia*, de 30 octubre 1998
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *McElhinney contra Irlanda*, de 21 noviembre 2001
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Fogarty contra Reino Unido*, de 21 de noviembre 2001
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Yagtzilar y otros contra Grecia*, de 6 de diciembre de 2001
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Cañete Goñi c. España*, de 15 de octubre de 2002
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Sáez Maeso c. España*, de 9 de enero de 2004
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Markovic y otros c. Italia*, de 14 de diciembre de 2006

España

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 206/1987, de 21 diciembre
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 46/1989, de 21 febrero
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm.231/1991, de 10 diciembre
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 96/1992, de 11 de junio
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 159/1999, de 14 septiembre
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 179/1999, de 11 de octubre
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 101/2001, de 23 de abril
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 143/2001, de 18 de junio
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 176/2001, de 17 de septiembre
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 45/2002, de 25 de febrero
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 128/2003, de 28 de abril
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 141/2003, de 14 de julio
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 8/2004, de 9 de febrero
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 42/2004, de 23 de marzo
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 190/2004, de 2 de noviembre
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 224/2004, de 3 de junio
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 237/2005, de 26 de septiembre
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 352/2006, de 14 de diciembre
- Auto de la Audiencia provincial de Madrid núm. 265/2005, de 11 noviembre

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de Madrid núm. 234/2003

Acción colectiva cesación

España

- Auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2013
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 565/2005, de 8 septiembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm. 260/2006, de 20 noviembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 75/2007, de 22 marzo
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres núm. 57/2010, de 13 de febrero
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 246/2011, de 26 julio
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 65/2012, de 20 de diciembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 139/2013, de 22 de marzo
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 315/2013, de 12 de julio
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 335/2013, de 23 de julio
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 363/2013, de 1 de octubre
- Auto de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 114/2004, de 30 de diciembre

Italia

- Trib. Torino de 3 de Octubre de 2000, en *Foro it.*, 2000, I, p. 3622
- Trib. Roma de 28 de junio de 2003, en *Contratti*, 2003, p. 2034
- Trib. Palermo, 15 de julio de 2003, en *DR*, 2004, p. 875
- Trib. Torino de 17 de diciembre de 2002, en *Contratti*, 2003, p. 999
- Trib. Torino de 19 de febrero de 2003, en *Giur. it.*, 2004, p. 953
- Trib. Roma, 30 de enero de 2004, en *DR*, 2004, p. 873 y Trib. Roma, 14 de marzo de 2003, en *CG*, 2003, p. 1195
- Trib. Milano 15 de septiembre de 2004, en *Foro it.*, 2004, I, p. 3481

Tipos de condena como tutela de los intereses propiamente grupales

España

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 953/2003, de 15 octubre
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 589/2008, de 25 de junio
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de junio de 2002
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de octubre de 2002
- Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares núm. 146/2003, de 17 marzo
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza núm. 558/2003, de 20 de octubre
- Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid de 20 de noviembre de 2004
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 565/2005
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 462/2007, de 10 de octubre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona núm. 184/2008, de 15 de marzo
- Auto de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 114/2004, de 30 de diciembre
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 45/2013, de 17 enero de 2013

Diferencias entre la acción de cesación y la acción de prohibición de reiteración

España

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 834/2009, de 22 de diciembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 159/2010, de 5 de marzo

Italia

- Trib. Torino, de 1 de julio de 2002, en *Giur. It.*, 2002, p. 2334

Litispendencia impropia entre la acción colectiva y la acción individual

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres núm. 57/2013, de 13 febrero
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense núm. 191/2014, de 22 mayo
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 23 de mayo de 2014
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense núm. 385/2014, de 22 septiembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm. 476/2014, de 4 noviembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 317/2014, de 1 diciembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense núm. 484/2014, de 1 diciembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 329/2014, de 5 diciembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 330/2014, de 5 diciembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya núm. 691/2014, de 10 diciembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 338/2014, de 15 diciembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 339/2014, de 15 diciembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 350/2014, de 19 diciembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 7/2015, de 12 enero
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 4/2015, de 19 enero
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 55/2015, de 23 febrero
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 13/2015, de 27 enero
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 14/2015, de 27 enero
- Auto de la Audiencia Provincial de Alicante de 31 de marzo de 2014
- Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 1 octubre 2014
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 112/2014, de 9 octubre

La acción colectiva resarcitoria como indemnizatoria de los sujetos particulares

Italia

- Trib. Torino, 3 de octubre de 2000, en *Foro it.*, 2000, I, p. 3622
- Trib. Milano, 15 de septiembre de 2004, en *Foro. It.*, 2004, I, p. 3381, con nota di PALMIERI
- Trib. Milano, 15 de septiembre de 2004, en *Foro. it.*, 2004, I, p. 3481
- Trib. Torino, 20 de noviembre de 2006, en *Danno e responsabilità*, con nota de CONTI e RIZZO
- Trib. Roma, 23 de mayo de 2008, en *Foro. it.*, 2008, I, p. 2674
- Trib. Palermo, 20 de febrero de 2008, en *Foro. it.*, 2009, I, p. 2474

Ejercicio conjunto de la acción declarativa de deslealtad de la condena y acción colectiva de cesación

España

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 369/2004, de 15 de mayo
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 446/2008, de 29 de mayo
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada núm. 62/2008, de 15 de febrero
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 310/2008, de 7 de mayo

La acción de ejecución del artículo 519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

- Auto del Tribunal Supremo de 26 octubre 2004
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 177/2005, de 14 abril
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 339/2006, de 17 mayo
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 164/2004, de 11 marzo
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 263/2004, de 7 julio
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 93/2005, de 6 junio
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 110/2005, de 16 junio
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 265/2005, de 11 noviembre
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 166/2005, de 19 septiembre
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 215/2005, de 29 septiembre
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 4/2006, de 12 enero
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 238/2006, de 18 diciembre
- Auto del Juzgado de Primera Instancia de Madrid núm. 50 de 20 diciembre 2001
- Auto del Juzgado núm. 6 de Madrid de 23 enero 2014

Acciones colectivas en materia de Competencia Desleal

España

- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1994
- Sentencia del Tribunal Supremo 14 de julio de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 2005
- Sentencia del Tribunal Supremo 21 de octubre de 2005
- Sentencia del Tribunal Supremo 18 de agosto de 2006
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2009
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de junio de 2004
- Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja de 30 de diciembre de 2004
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 9 de febrero de 2005
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 2005
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de mayo de 2005
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de septiembre de 2006

Acción colectiva contra la administración

Italia

- Cons. Stato 15 diciembre 1998, n. 1884, *Foro it.*, 1998, III, p. 74 con nota di A. PALMIERI
- Trib. Palermo 10 de enero de 2000, *Foro it.*, 2000, I, 2052
- Trib. Palermo-Monreale, 4 julio 2000, *Dano e Resp.*, 2001, p 181, con nota de A. PALMIERI
- Trib. Torino 20 noviembre 2006, en *Foro it.*, 2007, I, 1298

Concepto de consumidor

España

- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de marzo 1998
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de julio de 2002
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de enero de 2005

Falta de legitimación del consumidor individual para el ejercicio acción colectiva cesación

España

- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 623/1993, de 23 de julio
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 1996
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 894/1996, de 8 de noviembre
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 620/1999, de 9 de julio
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 413/2003, de 29 de abril
- Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1081/2007, de 3 de diciembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 3 noviembre de 2003
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 44/2005, de 2 de febrero
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 565/2005, de 8 septiembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 315/2006, de 21 de septiembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 31 Marzo 2008
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Alicante 65/2004, de 13 de abril

Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios

En defensa de sus asociados:

España

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 73/2004
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de septiembre de 2005
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 219/2005
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 131/2009

- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2006
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 15 de febrero de 2001
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de febrero de 1994
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 septiembre de 2005
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 12 de junio de 2006
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 de junio de 2008
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Barcelona de 2 de noviembre de 2005

En defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios

España

- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2010
- Auto de la Audiencia Provincial Barcelona de 25 de enero de 2000
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de octubre de 2002
- Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 17 de marzo de 2003
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 21 de febrero de 2005
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de julio de 2005
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de marzo de 2006
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de septiembre de 2006
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de diciembre de 2008
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de marzo de 2010
- Auto de la Audiencia Provincial Barcelona de 5 de septiembre del 2006
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid de 24 de noviembre de 2003

En defensa de los Intereses pluriindividuales homogéneos de una colectividad

España

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de núm. 292/2014, de 23 junio

Italia

- Cass. 23 julio 2005, n. 15535, en *Mass. Giust. civ.*, 2005, 7/8

Requisitos constitución

España

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 21/1987, de 19 febrero
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 133/1992, de 2 octubre
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 marzo 1987
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1079/2006, de 3 noviembre
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 473/2010, de 15 julio
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 octubre de 2002
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos núm. 347/2006, de 31 julio

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid núm. 308/2001, de 11 septiembre

Pérdida requisitos

España

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 7 octubre 2011
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 29 octubre de 2012
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 22 marzo de 2013
- Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres de 16 de marzo de 2012
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cáceres de 18 de octubre de 2011

Legitimación del grupo de afectados

España

- Auto nº 129/2009 de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 15 de junio de 2009

Entes legitimados idóneos para el ejercicio de las acciones colectivas

Estados Unidos de América

- *Associated Industries, Inc. v. Ickes*, 134 F.2d 694, 704 (2d Cir. 1943) (Frank J.), vacated 320 U.S. 707 (1943)
- *Gouriet v. Union of Post Office Workers* [1977] 3 WLR 300

Intervención de los legitimados en un proceso colectivo iniciado

España

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 96/2012, de 7 mayo
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 861/2010, de 29 diciembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 26 de julio de 1996
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 18 de junio de 1998
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de enero de 2006
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 131/2005, de 19 de mayo
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 168/2006, de 26 abril
- Auto de la Audiencia Provincial de Girona núm. 7/2006, de 18 enero
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 160/2008, de 28 mayo
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 13/2011, de 4 febrero

Italia

- App. Torino, 1 marzo de 2005, *Contratti*, 2005, p. 1121
- Trib. Bali 25 marzo de 2002, *Foro. It.*, 2002, I, p. 2827

- Trib. Torino 19 febrero 2003, *Giur. it.*, 2003, 30, p. 959
- Trib. Rimini 13 noviembre de 2003, *Guida al dir.*, 2004, p. 40
- Trib. Torre Annunziata, sez dist. C. Stabia, de 26 de noviembre de 2004, *Merito*, 2005, 2, p. 23
- Trib. Roma 23 mayo de 2008, en *Foro it.*, 2008, I, p. 2674

Azione di classe italiana

Ámbito objetivo

- Cass. 8 de junio de 2007, n. 13377, en *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Contratto in genere*, n. 376
- Cass. 10 mayo de 2010, n. 11284, en *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Procedimento civile*, n. 192
- Cass. 18 agosto 2011, n. 17351, en *Corriere giuridico*, 2012, p. 214
- Trib. Roma 23 mayo 2008, en *Foro it.*, 2008, I, p. 2674
- Trib. Milano, 21 de diciembre de 2009, en *Foro it.*, 2010, I, 1627, con nota di BECHI, F y PALMIERI
- App. Milano 3 de mayo de 2011, en *Foro it.*, 2011, I, p. 3413

Mandato

- Cass. 11 enero 2002, n. 314, *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Procedimento civil*
- Cass. 22 junio 2006, n. 14453, *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Comitato*, n. 1
- Cass. 16 noviembre 2009, n. 24179, *Mass. Giur. it.*, 2009
- Cass. 20 noviembre 2009, n. 24546, *Foro it.*, 2010, I, 1838
- Cass. 14 junio de 2010, n. 14215, *Dir. familia*, 2011, 119
- Trib. Torino 25 mayo 2010, *Danno e resp.*, 2010
- Trib. Torino 7 abril 2011, *Corriere giur.*, 2011, p. 118, con nota di E. MARINUCCI, *Il difficile decollo dell'azione di classe*
- Trib. Roma 11 abril 2011, *Foro it.*, 2011, I, 3424
- Trib. Torino 28 abril 2011, *Foro it.*, 2011, I, 1888
- Trib. Roma 11 abril 2011, *Foro it.*, 2011, I, 3324

Excepciones

- Corte cost. 21 de marzo de 1969, n. 37; 6 marzo de 1974, n. 53
- Cass. 13 marzo 1999, n. 2268, *Giust. civ.*, 1999, I, 2689, con nota di C. ASPRELLA

Plazo para incorporación (opt-in)

- Cass. Sez. Un. 39 julio 2008, n. 20604, *Foro it.*, 2009, I, 1130, con nota di A. D. DE SANTIS

Class actions norteamericanas

Ámbito objetivo de las class actions

- *Brown v. Board of Ed. of Topeka, Shawnee County, Kan.* 347 U.S. 483, 74 S. Ct. 686 U.S. 1954
- *Wyatt v. Stickney* 325 F. Supp. 781 D. C. Ala. 1971
- *Klostermann v. Cuomo* 61 N.Y.2d 525, 463 N.E.2d 588 N.Y., 1984
- *Mejdrech v. Met-Coil Systems Corp.* 319 F.3d 910 C.A.7 (III), 2003
- *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes* 131 S. Ct. 2541 U.S., 2011
- *Brinker Restaurant Corp. v. Superior Court* 53 Cal.4th 1004, 273 P.3d 513 Cal., 2012

Asociaciones consumidores

- *Sierra Club v. Morton (Sierra Club v. Morton)*, 510 F.2d 813, 827 (5th Cir. 1975)
- *Lujan v. Defenders of Wildlife* (Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S. at 566. 78) (1992)

Light touch review

- *Ungar et al. v. Dunkin' Donuts Inc*, 531 F.2d 1211 at 1224 (3d Cir. 1976)
- *Bogosian v. Gulf Oil Co*, 561 F.2d 534 at 555–556 (3d Cir.1977)
- *Mullarkey v. Holsum Bakery Inc*, US DC Ariz 120 FRD 118 at 121 (1988)
- *In re: Wirebound Boxes antitrust litigation*, 128 FRD 268 at 271–272 (D.Minn.1989)
- *Re: Foundry Resins Antitrust Litigation*, 242 FRD 393 at 409 (S.D. Ohio 2007)

Scrupulous scrutiny

- *Eisen v. Carlisle & Jacqueline*, 391 F.2d 551 at 562 (2d Cir. 1968)
- *Collective Buyers League v. F & F Investments*, 48 FRD 7 at 1112 (N.D.Ill.1969)
- *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 US 156 at 177 (1974)
- *Sommers v. Abraham Lincoln Federal Savings and Loans Association*, 66 FRD 581 at 590–591 (1975)
- *General Tel. Co of Southwest v. Falcon*, 457 US 147 at 160 (1982)
- *Re: Catfish Antitrust Litigation*, 826 F Supp 1019 at 1040–1042 (N.D. Miss. 1993)
- *Re: Potash Antitrust Litigation*, 159 FRD 682 at 688–68 5 (D.Minn.1995)
- *In Re: NASDAQ*, 169 FRD 493 at 510–511 (S.D.N.Y. 1996)
- *AmChem Products Inc v. Windsor*, 521 US 591 at 614 (1997)
- *Re: Visa Check Master Money Antitrust Litigation*, 280 F.3d 124 at 130 (2d Cir. 2001)
- *Blades et al. v. Monsanto Company et al.*, 400 F.3d 562 (8th Cir. 2005)
- *In re: Initial Public Offerings Securities Litigation*, 471 F.3d 24 at 39–41 (2d Cir. 2006)
- *Miles v. Merrill Lynch (In re Initial Public Offering Securities Litigation)*, 471 F.3d 24 (2d. Cir 2006)
- *In re: Live Concert Antitrust Litigation*, 247 FRD 98 at 107 (C.D. Cal. 2007)
- *Bell Atlantic Corp v. Twombly*, 127 S. Ct 1955 at 1965–1966 (2007)

- *In Re: New Motor Vehicles Canadian Antitrust Litigation*, 522 F3d 6 at 18–20 (1st Cir. 2008)
- *In Re: Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation*, 552 F3d 305- 312 (3d Cir. 2008)
- *WalMart Stores Inc v. Dukes et al.*, 131 S Ct 2541 at 2547 (2011)
- *Larson v. AT & T*, 681 F3d 109 at 131–132 (3d Cir. 2012)

Private enforcement y efecto regulativo

- *Hawaii v. Standard Oil*, 405 US 251 (1972)
- *Blue Shield of Virginia v. McCready*, 457 US 465 a 472 (1982)
- *Illinois Brick v. Illinois*, 431 US 720 (1977)
- *California v. ARC America*, 490 US 93 (1989)
- *Coleman v. Cannon Oil Co.*, 141 FRD 516 a 520 (MD, Alabama, 1992)
- *Castano v. American Tobacco Co.*, 84 F.3d 734, 743 (5th Cir. 1996)

Class council

- *Dolgow v. Anderson*, 43 FRD 472 at 494 (E.D.N.Y. 1968)
- *Kirkpatrick v. JC Bradford & Co*, 827 F2d 718 at 727 (11th Cir. 1987)
- *Lewis v. NFL*, 146 FRD 5 at 10 (D.D.C. 1992)
- *Re: Catfish Antitrust Litigation*, 826 F Supp 1019 a 1037–138 (N.D. Miss. 1993)

Notificación miembros de la clase

- *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32 (1940)
- *Miner v. Gillette*, 87 Ill, 2d 7, 428 N.E. 2d 478 (1981)

One way preclusion

- *Bernhard v. Bank of America*, 122 P.2d 892, 1942
- *Zdanok v. Glidden Co.*, 327 F.2d 944 (2nd Cir. 1964)
- *Blonder-Tongue Lab. v. University of Ill. Found.*, 402 U.S. 313, 1971
- *Parklane Hosiery Co. v. Shore*, 439 U.S. 322, 1979
- *Restatement (Second) of Judgments § 29 & reporter’s note*, 1982

Small claims

- *Dolgow v. Anderson*, 43 F.R.D 472 (E.D.N.Y 1968)
- *Illinois v. Harper & Row Publishers, Inc.*, 301 F.Supp. 484 (N.D. Ill. 1969)
- *Hawaii v. Standard Oil Co*, 405 U.S. 251, 266, 92 S. Ct. 885, 893, 1972
- *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156, 186, 94 S. Ct. 2140, 2156, 1974
- *In re Hotel Telephone Charges*, 500 F.2d 82 (9th Cir. 1974)
- *Deposit Guaranty National Bank v. Roper*, 445 U.S. 326, 100 S. Ct. 1166, 1980
- *Phillips Petroleum v. Shutts*, 472 U.S. 797, 105 S. Ct. 2965, 1985
- *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 617, 1997

- *Ciraolo v. City of New York*, 2016 F.3d 236, 245 (2d Cir. 2000)

Punitive damages

- *Kemezy v peters*, 79, F.3d, 35 (7th Cir. 1996)

Notificación e indefensión en las acciones colectivas

España

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 19/1984, de 10 de febrero
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 36/1987, de 25 de marzo
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 39/1987, de 3 de abril
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 41/1987, de 6 de abril

Italia

- Corte costituzionale no. 151/1980
- Corte costituzionale no. 153/1980
- Corte costituzionale no. 187/1987
- Corte costituzionale no. 211/2001
- Corte costituzionale no. 121/2005
- Corte costituzionale no. 154/2006

Estados Unidos de América

- *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32 (1940)
- *Mullane v. Central Hannover Bank & Trust Co.*, 339, U.S. 306 (1950)
- *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974)

Modelo de exclusión u *opt-out*

Italia

- Corte costituzionale no. 251/2003

Estados Unidos de América

- *Boeing Co. V. Van Gemert*, 444 U.S., 472, 481.482 (1980)
- *Dow Chem Co. V Stephenson* 539 U.S. 111 (2003)

Modelo de inclusion u *opt-in*

Estados Unidos de América

- *Nienaber v. Citibank* (South Dakota), N.A., No. Civ. 04-4054, 2007 WL 752297, at 2 (D.S.D. Mar. 7, 2007)

Financiación de las acciones colectivas

Contingency fees

Estados Unidos de América

- *Kamilewicz v. Bank of Boston Corp.*, 100 F.3d 1348, 1349 (7th circuit)
- *Lisle v. Brice* [2002] 2 Qd R 168 a 173
- *Campbells Cash & Carry Pty Ltd v. Fostif Pty Ltd.*, 229 A.L.R. 58, 1.211, 2006

Justicia gratuita

España

- Sentencia de la Audiencia Provincial de 21 de septiembre de 1994

Cuota litis

- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1956
- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1962
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2003
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 481/2003, de 18 de septiembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 496/2005, de 15 de septiembre
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de núm. 207/2006, de 31 de marzo

Efecto *secundum eventum litis*

Estados Unidos de América

- *Bernhard v. Bank of America*, 122 P.2d 892, 1942
- *Zdanok v. Glidden Co.*, 327 F.2d 944 (2nd Cir. 1964).
- *Blonder-Tongue Lab. v. University of Ill. Found.*, 402 U.S. 313, 1971
- *Parklane Hosiery Co. v. Shore*, 439 U.S. 322, 1979

Adopción de directivas europeas

- Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1970, *Franz Grad contra Finanzamt Traunstein*
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970, *SpA SACE contra ministerio de finanzas de la República Italiana*
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 1974, *Yvonne van Duyn contra Home Office*
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 1976, *Jean Noël Royer*
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1977, *Enka BV contra Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen Arnhem*
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de noviembre de 1978, *Knud Oluf Delkvist contra Anklagemyndighede*

- Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 1979, *Procedimiento penal entablado contra Tullio Ratti*
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de julio de 1981, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH y Rewe-Markt Steffen contra Hauptzollamt Kie*

Interpretación de las normas relativas a los derechos y libertades fundamentales

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *De Wilde, Ooms et Versyp («vagabondage») c. Bélgica*, de 18 de junio de 1971
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Irlanda c. Reino Unido*, de 18 de enero de 1978
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Marckx v. Bélgica*, de 3 de junio de 1979
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Airey contra Irlanda*, de 6 febrero de 1981
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Ait-Mouhoub contra Francia*, de 28 octubre de 1998

España

- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 245/1991, de 16 diciembre
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 140/1995, de 28 septiembre
- Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 105/1999, de 14 junio

Bibliografía

AAVV, *Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Adaptada a la Ley 13/2009, de 3 de noviembre; Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, y Ley 19/2009, de 23 de noviembre*, (coord. MAGRO SERVET, V.), edición nº 4, Ed. La Ley, Madrid, Marzo 2010.

AA. VV., *Procesos Colectivos. Class Actions*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012.

ACOSA ESTEVEZ, J. B., *Tutela Procesal de los Consumidores*, Bosch, Barcelona, 1995.

ADMINISTRATIVE OFFICE OF THE US COURTS, *Working Papers of the Advisory Committee on Civil Rules on Proposed Amendments to Civil Rule 23*, 1997.

AFIALO, A., *Towards a 'Common Law' of Europe: Effective Judicial Protection, National Procedural Autonomy, and Standing to Litigate Diffuse Interests in the European Union*", en *Suffolk Transnat'l L. J.*, núm. 22, 2000.

AGUDO RUIZ, A., *Abogacía y abogados. Un estudio histórico-jurídico*, Universidad de La Rioja, Logroño, 1997.

ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, España, 2004.

ALLORIO, E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935.

ALMAGRO NOSETE, J. M., *Nuevos horizontes del Derecho a la Justicia*, publicada en el *Acto de Apertura Curso 1976-1977*, Ministerio de Educación y Ciencia (UNED).

- *La protección procesal de los intereses difusos en España*, en *Justicia*, 1983.
- *Protección procesal de los intereses colectivos o difusos en la ley de enjuiciamiento civil*, en *Actualidad Civil*, Nº 1, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 Ene. 2004.

ALPA, G., y CHINÉ, G., *Contratti standard dei consumatori: una proposta di direttiva comunitaria en Contratto e impresa*, 1991.

- Con BIANCA, C. M., *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova, 1996.
- *Consumatore (protezione del) nel diritto civile* en el *Dig. Disc. Prov. Sez. Civ.*, XV, Torino, 1997.

AMERICAN COLLEGE OF TRIAL LAWYERS, *Report and Recommendations of the Special Committee on Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure*, 1972.

AMPUERO HUNTER, I., *El principio dispositivo y los poderes del juez*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº. 35, 2010.

ANDERSON, E. T. y SIMESTER, D. I., *Price stickiness and customer antagonism*, en *Q. J.*, 125, 2010.

ANDREANGELI, A., *Courage Ltd v. Crehan and the Enforcement of Article 81 EC before National courts'* en *ECLR*, 12, 2004

- *Collective Redress in EU Competition Law: An Open Question with Many Possible Solutions*, en *W Comp*, núm. 35, 2012
- *A View from across the Atlantic: Recent Developments in the Case Law of the US Federal Courts on Class Certification in Antitrust Cases*, en Rodger, B. L. (ed), *Competition Law: Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU*, Kluwer Law International, International Competition Law Series, Volume 56, 2014

ANDREWS, N., *Controversie collettive, transazione e conciliaazione collettiva in Inghilterra*, en *Revista dos Tribunais*, 2009.

- *La Multi Pary Litigation in Inghilterra: attuali progetti e proposte di riforma*, en *Riv. trim. Dir. e. proc. civ.*, 2009.

ANDRIOLI, V., *Diritto processuale civile*, I, Jovene, Napoli, 1979.

ANONYMOUS, *Investigation on class actions*, Oikeusministeriön, työrmämietintö, 3, Helsinki.

- *Proposal for a law on class actions*, Oikeusministeriön, työrmämietintö, 4, Helsinki.

ANTUNES, L., *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989

APARISI MIRALLES, Á., *Ética y deontología para juristas*, EUNSA, Pamplona, 2006.

ARAÚJO FILHO, L., *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, Forense, Rio de Janeiro, 2000.

AREEDA, P. E. y HOVENKAMP, H, *Antitrust law*, 3rd Ed., Vol. IIA, 2007.

ARIAS LOZANO, D., *La llamada "condena con reserva", Estudio del artículo 360 de la Ley de enjuiciamiento civil*, en *Revista General de Derecho*, núm. 625 y 626, 1996.

ARIZA COLMENAREJO, M. J., *La acción de cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios*, ed. Aranzadi, Navarra, 2012.

ARMENTA DEU, T., *Lecciones de derecho procesal civil: proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales*, Marcial Pons, Barcelona, 2013.

- *Acciones colectivas: Reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- *Cosa juzgada y acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español*, en *Intereses colectivos y legitimación activa* (Eloísa Carbonell Porras (dir.), Rafael Cabrera Mercado (comp.)), 2014.

ARMONE, G. M., *Articolo 140*, en *Codice del consumo*, a cura di CUFFORO, coordinatori BARBA E BARONESI, Milano, 2006.

ASTONE, F., *sub art. 1469-bis*, en *Le clausole vessatorie nei contratti con I consumatori*, Milano, 2007.

ATTARDI, A., *Sui limiti di efficacia dell'art. 1306 c.c.*, en *Riv. dir. proc.*, 1953.

AZAMBUJA, C., *Rumo a uma nova coisa julgada*, Livraria do Advogado, Porto alegre, 1994.

BACHOF, O., *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, Walter de Gruyter, Berlin, 1954.

BACHMAIER WINTER, L., *La asistencia jurídica gratuita*, Comares, Granada, 1997.

BACKHAUS, J. G., CASSONE, A. y RAMELLO, G. B., *The Law and Economics of Class Actions in Europe, Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012.

BAETGE, D., *Class Actions, Group Litigation And Other Forms of Collective Litigation – Informe Alemán*, 2007, pp. 12-13, disponible en http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany_National_Report.pdf (19/03/2015).

BALBI, C. E., *La decadenza nel proceso di cognizione*, Milano, 1983.

BARBOSA MOREIRA, J. C., *Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos*, en *Temas de direito procesual (Terceira Série)*, Saraiva, Sao Paulo, 1984.

- *A legitimação para a defesa dos 'interesses difusos' no direito brasileiro*, en *Temas de Direito Processual. Terceira Série*, 1984.
- *A proteção jurídica dos intereses coletivos*, en *Temas de Direito Processual. Terceira série*, 1984.
- *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*, en *Temas de direito processual. Segunda série*, 1988.
- *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*, en *Revista de Processo*, núm. 61, 1991.
- *La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)*, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 2 de 1992.

BARONA VILAR, S., *Acciones de cesación, retracción y declarativa*, *Grandes Tratados*, Editorial Aranzadi, 2000.

- *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional especialmente en el proceso civil y extrajudicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, I, 2008.

BARRA CARACCILOLO, F., *L'esperienza delle class action e i diritti identici: un primo bilancio e l'impatto con i mercati finanziari*, en *Contratto e impresa*, Vol. 28, Nº. 1, 2012.

BARRIOS DE ANGELIS, D., *Introducción al estudio del proceso*, Depalma, Bs. As., 1983.

BARRÓN DE BENITO, J.L., *Ley sobre condiciones generales de la contratación. Aspectos procesales*, Dykinson, Madrid, 1999.

BECKER, G. S., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, en *Journal of Political Economy*, 76(2), 1968.

BELLELLI, A., *La tutela inibitoria*, en *Commentario al Capo XIV-bis del Codice civile: dei contratti del consumatori*, en *Nuove leggi civ. Comm.*, 1997.

BENATTI, F., *La fuga verso l'arbitrato: la crisi (ir)reversibile della class action statunitense*, en *Rassegna di diritto civile*, Nº. 2, 2014.

BENJAMIN, A. H., *Group Action and Consumer Protection in Brazil*, en *Group Actions and Consumer Protection* (BOURGOIGNIE, T., ed.) 1992.

- *A implementação da legislação ambiental: o papel do Ministério Público*, en *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão* (Benjamin, A. H., ed.) 1993.

BENUCCI, S., *Sub. art. 139-14*, en *Codice dei consumi*, a cura di G. VETTENI, Torino, 2007.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y SALAS HERNÁNDEZ J., *Prólogo de Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y SALAS HERNÁNDEZ J. (coord.), Civitas, 1992.

- *Honorarios profesionales de los Abogados*, en *Aranzadi Civil*, XI /II, 2004.
- *Vía libre al pacto de cuota litis*, en *Aranzadi Civil*, XIII /II, 2004.

BERRY, S., *Ending Substance's Indenture to Procedure: The Imperative for Comprehensive Revision of the Class Damage Action*, en *Colum. L. Rev.*, núm. 80, 1980.

BETTI, E., *Diritto processuale civile italiano*, 2ª ed., Roma, 1936.

BIANCA, C. M., *Diritto civile*. IV, Milano, 2001.

BIZZARRI, D., *Il documento notarile guarentigiato*, Torino, 1932.

BLACK, H. C., *Black's Law Dictionary*, West Publishing Co., St. Paul, 1990.

BOBBIO, N., *Diritto e Stato nel pensiero di Emanuele Kant*, ed. A cargo de G. Sciorati, Giappichelli, Torino, 1969.

- *Kant e le due libertà*, en su vol. *Da Hobbes a Marx*, Morano, Napoli, 3ª ed., 1974.

BORÉ, L., *L'action en représentation conjointe: class action française ou action mort-née?*, Recueil Dalloz Sirey, 1995.

BOTANA GARCÍA, G. A., *Protección de los consumidores: La tutela colectiva en la protección de consumidores*, en *Revista de la contratación electrónica*, Núm. 46, 2004.

BOTELHO DE MESQUITA, J. I., *Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor*, en *Revista do Advogado*, nº 33, 1990.

- *A coisa julgada no Código do Consumidor*, en *Código de Processo Civil. 20 anos de vigência* (Cruz e Tucci ed., 1995).

BRICOLA, F., *La tutela degli interessi collettivi nel processo penale*, en AA VV, *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del Convegno di studio*, CEDAM, Pavia, 1974.

BUENO DE MATA, F., *Prueba electrónica y proceso 2.0: especial referencia al proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

BURCH, T., *Necessity never made a good bargain: when consumer arbitration agreements prohibit class relief*, en *Florida State University Law Review*, 31, 2004.

BUJOSA VADELL, L.M., *Notas sobre la protección procesal penal de intereses supraindividuales a través del Ministerio Fiscal y de la acción popular*, en *Justicia: revista de derecho procesal*, ISSN 0211-7754, Nº 1, 1990, pp. 101-120.

- *El procedimiento de las acciones de grupo (class actions) en los Estados Unidos de América*, en *Justicia: revista de derecho procesal*, ISSN 0211-7754, Nº 1, 1994, pp. 67-124.
- *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995.
- *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Tecnos, 1997.
- *Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional*, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, ISSN 0211-2744, Nº 2, 1999, pp. 1828-1840.
- *La protección de los consumidores y usuarios de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *Revista jurídica de Catalunya*, ISSN 1575-0078, Vol. 100, Nº 4, 2001 (Ejemplar dedicado a: La nova LEC (Llei 1/2000, de 7 de gener)), pp. 969-998.
- *La acción pública en materia de urbanismo y patrimonio histórico*, en *Revista del poder judicial*, Nº 66, 2002, pp. 513-553
- *La protección jurisdiccional del medio ambiente en la Unión Europea*, en *Noticias de la Unión Europea*, Nº 240, 2005, pp. 9-34.
- *La posición del juez en los procesos colectivos*, en *La Ley*, núm. 6397, 15.12.2005.
- *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo (colectivos y difusos): estado de la cuestión en España*, en GIMENO SENDRA, V., "El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación", *Estudios Homenaje del Profesor Almagro Nosete*, 2007.
- *El acceso a la justicia de los consumidores y usuarios*, en *Derechos de los consumidores y usuarios: (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)* / coord. por Luz María García García; Alicia de León Arce (dir.), Vol. 2, 2007, ISBN 84-8456-687-0, pp. 1709-1849.

BURKE, J., *Jowitt's Dictionary of English Law*, London, Vol. 1, 1977.

BURNS, J. W., *Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions*, en *Hast. L. J.*, Vol. 42, 1990.

BUSCHKIN, I. T., *The Viability of Class Action Lawsuits in a Globalized Economy-Permitting Foreign Claimants to Be Members of Class Action Lawsuits in the U.S. Federal Courts*, en *Cornell Law Review*, 90, 2005.

BUSNELLI, F. D., *La cosa giudicata nell'obbligazioni solidali*, en *Riv. trim. Dir. e proc. civ.*, 1974.

- *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974.

BUSTOS LAGO, J. M., *El control abstracto de las condiciones generales de los contratos*, en *AJA*, núm. 360, 1998.

- *Comentario al artículo 53 del TRLGDCU*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ – CANO, RODRIGO (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

CABAÑAS GARCÍA, J.C., *Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos (con jurisprudencia asociada)*, Tecnos, Madrid, 2005.

- *La tutela judicial del tercero*, Dijusa, Madrid, 2005.

CAFAGGI, F. y MICKLITZ, H.-W., *Collective Enforcement of Consumer Law: A Framework for Comparative Assessment*, en *European Review of Private Law*, 16, 2009.

CALABRESI, H. G., *The Complexity of Torts-The Case of Punitive Damages*, en MADDEN, M. S., *Exploring Tort Law*, Cambridge University Press, New York, 2005.

- *Class actions in the U. S. experience: the legal prespective*, en BACKHAUS, J. G., CASSONE, A. y RAMELLO, G. B., *The Law and Economics of Class Actions in Europe, Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012.

CALAIS-AULOY, J., *Les délits a grande échelle en droit civil français*, en *Revue Internationale de Droit Comparé [R. I. D. C.]*, núm. 46, 1994.

CALAMANDREI, P., *Opere Giuridiche*, Napoles, 1968.

CALMON DE PASSOS, J. J., *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data. Constituição e processo*, Fornese, Rio de Janeiro, 1989.

CÁMARA LAPUENTE, S., *¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?*, en AAVV, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, DIÉZ-PICAZO, L. (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 765-807.

CAMERO, R y DELLA VALLE, S., *La nuova disciplina del diritti del consumatore*, Milano, 1999.

CANALE, G., *Il convitato di pietra ovvero l'aderente nell'azione di clase*, en *Riv. dir. proc.*, 2010.

CANOSA USERA, R., *Principio rector de protección de los consumidores y usuarios*, en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y CANOSA USERA, R., *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral*, Netbiblo, 2008.

CAPIELLO, S., *Supervision and Class Action Against Conflicts of Interest in Universal Banking: The U.S. Experience vis-à-vis Recent Italian Initiatives*, NYU Hauser Global Law Working Paper, No. 03/07, 2006.

CAPONI, R., *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 1229.

- *Litisconsorzio aggregato. L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, en *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 2008.
- *Tra class action e conciliazione*, en *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, Nº. 6, 2008.
- *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, en *Rivista di diritto processuale*, 2008, pp. 1205-1225.
- *Tutela collettiva: interessi protetti e modelli processuali*, en *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, a cura di A. Bellelli, Padova, 2008, pp. 129 y ss.
- *Variabilità dell'oggetto del processo (nell'azione collettiva risarcitoria)*, en *Rivista di diritto processuale civile*, 2009, pp. 47-52.
- *La riforma della class action. Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. con. Nell'emendamento governativo*, en www.judicium.it (6 de mayo de 2009).
- *Il nuovo volto della «class action»*, en *Foro italiano*, 2009, V, p. 383.
- *Verso la determinazione giudiziale dell'oggetto del processo (nell'azione collettiva risarcitoria)*, en *La conciliazione collettiva*, a cura di Gregorio Gitti e Andrea Giussani, Milano, 2009.
- *The collective redress action in the Italian legal system*, en *ZZP-Int*, 13 (2009).
- *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: risvolti in tema di class action*, texto provisional del convenio que tuvo lugar en Firenze el 14 de abril de 2010 "Class action: prime valutazioni e prospettive applicative".
- *Judicial and administrative collective enforcement: injunctions as tools for consumer protection in EU Law* (Discussing Magdalena Bober's Dissertation), 2010.
- Con GASCÓN INCHAUSTI, F. y STÜRNER, M., *Alternative Dispute Resolution for Consumers*, in 'The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice - New Trends in Access to Justice under EU Directive 2013/11', Sellier, 2014.

CAPPALLI, R. y CONSOLO, C., *Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry*, en *Temple Int'l & Comp. L. J.*, 1992.

- *The Style and Substance of Civil Procedure Reform: Comparison of the United States and Italy*, en *Loy. L. A. Int'l & Comp. L. J.*, núm. 16, 1994.

CAPPELLETTI, M., *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, en *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 30, 1975.

- *Aspetti sociali e politici della procedura civile (Riforme e tendenze evolutive nell'Europa occidentale e orientale)*, en *Giustizia e società*, Comunità Milano, 1972.
- *La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (métamorphoses de la procédure civile)*, en *R. I. D. C.*, núm. 27, 1975.
-
- *Appunti sulla tutela giuridionale di interessi collettivi o diffusi*, en *Giur. It.*, IV, 1975
- *Acces to justice: A world survey*, Giuffrè, Milan, 1978.
- *Acces to justice, Promising institutions*, Alphenaaandenrijn, Sijthoff and Noordhoff, Giuffrè, Milan, 1978-1979, Vol. II, Libro I.

- *Vindication the public interest through the courts. A comparativist's contribution*, en CAPELLETTI, M., *Access to Justice*, op. cit, vol. 3.
- *Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study*, en *Access to Justice. Promising Institutions* (CAPELLETTI & WEISNER ed.) 1979.
- Con M. y GARTH, B., *Finding an Appropriate Compromise: A Comparative Study of Individualistic Models and Group Rights in Civil Procedure*, en *Effectiveness of Judicial protection and Constitutional Order. The General Reports for the VIIth International Congress on Procedural Law. Würzburg* (Habscheid, W., ed.) 1983.
- *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

CARBALLO FIDALGO, M., *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Bosch, Barcelona, 2013.

CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y trasplante de las class actions en Europa*, DE CONFLICTU LEGUM, Estudios de Derecho internacional privado, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2009

- *Protección de inversores, acciones colectivas y Derecho internacional privado*, en *Revista de derecho de sociedades*, Nº 37, 2011
- *Reconocimiento y ejecución de acciones colectivas indemnizatorias en la Propuesta de Reglamento Bruselas I: qué, por qué y cómo*, en *El arreglo pacífico de las controversias internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales (AEPDIRI)*, Córdoba, 20-22 de octubre / coord. por Eva María Vázquez Gómez, María Dolores Adam Muñoz, Noé Cornago Prieto, 2013, ISBN 978-84-9033-521-5, pp. 497-512.

CARBONELL PORRAS, E., *La pérdida sobrevenida de la legitimación: La revisión de la doctrina de la 'perpetuatio legitimationis'*, en *Revista española de derecho administrativo*, Nº 153, 2012.

CARNEIRO, P., *A proteção dos direitos difusos a través do compromisso de ajustamento de conduta*, en *Livro de Estudos Jurídicos*, núm. 6, 1993.

CARNEIRO, P., *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública – Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*, Editora Forense, 1999.

CARNELLUTI, F., *Efficacia diretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1948

- *Figura giuridica del difensore*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1949
- *Rappresentanza processuale volontaria*, en *Riv. dir. proc.*, 1956
- *Sistema de Derecho Procesal civil*, Buenos Aires, 1994

CARPAGNANO, M., *One, No One and One Hundred Thousand, The Car Insurance Cartel and Private Enforcement in Italy* en RODGER, B., *Landmark Cases in Competition Law: Around the World in Fourteen Stories*, Kluwer Law International, 2012.

CARPI, F., *Efficacia ultra partes della sentenza civile*, Giuffré, Milano, 1974.

CARRASCO PERERA, A. y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Acciones civiles de cesación y competencias administrativas ejecutivas. El ejemplo de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición*, en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2008-2, nº 21.

CARRATTA, A., *Brevi osservazioni sull'inibitoria a tutela di consumatori e utenti*, en LANFRANCHI, L., *Giusto processo civile e processi decisori sommari*, Torino, 2001.

- *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, en *Rivista di diritto processuale* n. 3/2008.

CASSONE A., y RAMELLO G. B., *The law and economics of class action litigation: setting the research agenda*, en BACKHAUS, J. G., CASSONE, A. y RAMELLO, G. B., *The Law and Economics of Class Actions in Europe, Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012.

CARPI, F., *La efficacia "ultra partes" de la sentenza civile*, Giuffrè, Milano, 1974.

CERINO CANOVA, A., *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, Torino, 1980.

CESARINI SFORZA, W., *Preliminari sul diritto collettivo*, in *Il diritto dei privati*, Giuffrè, Milano, 1963.

- *Gli interessi collettivi e la Costituzione*, en *Riv. Dir. Lav.*, 1964.

CHAFEE, Z., Jr., *Some Problems of Equity*, 1950.

CHIARLONI, S., *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005.

CHINE, G., *Legittimazione ad agire (art. 3)*, en *I diritti dei consumatori e degli utenti. Un commento alle leggi 30.7.1998 n. 281 e 24.11.2000 n. 340 e al decreto legislativo 23.4.2001 n. 224* (a cura de ALPA y LEVI), Milano, 2001.

CHIOVENDA, J., *Principios de Derecho procesal civil*, Editorial Reus, Madrid, 1922.

- *Saggi di Diritto processuale civile (1900-1930)*, vol. I, Roma, 1930, Società Editrice "Foro Italiano", núm. 8.
- *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. I., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, parte 1ª-.
- *Azioni sommarie, La sentenza di condanna con riserva*, en *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993.

CHIZZINI, A., *Contraddittorio, principio dispositivo e poteri del giudice nelle trasformazione del diritto processuale civile*, en *Jus: Rivista di Scienze Giuridiche*, Vol. 59, Nº. 3, 2012.

CIAN G., *Il nuovo capo XIV.bis (Titolo II, Libro V) del codice civile sulla disciplina dei contratti con I consumatore*, en *Studium iuris*, 1996.

COFFEE, J. C., *Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for the Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions*, en *Colum L. Rev.*, núm. 86, 1986.

- *The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action*, en *U. Chi. L. Rev.*, núm. 54, 1987.
- *Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action*, en *Colum. L. Rev.*, Vol. 95, 1995.
- *Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and Its Implementation*, en *Columbia Law Review*, 106, 2006.

COMMENT, *Adequate Representation, Notice and the New Class Action Rule: Effectuating Remedies Provided by the Securities Laws*, en *U. Pa. L. Rev.*, núm. 116, 1968.

- *Constitutional and Statutory Requirements of Notice under Rule 23(c)(2)*, en *B. C. Indus. and Com. L. Rev.*, núm. 10, 1969.
- *The Importance of Being Adequate: Due Process Requirements in Class Actions Under Federal Rule 23*, en *U. Pa. L. Rev.*, núm. 123, 1975.

CONSOLO, C. y DE CRISTOFARO, M., *Domanda giudiziale*, en *Dig. civ.*, VII, Torino, 1991.

- *Class action fuori dagli USA? (un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, en *Riv. dir. civ.*, 1993.
- *Clausole abusive e proceso*, en *Corr. Giur.*, 1997.
- *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dell' "opt-in" anziché quella danese dell' "opt-out" e il filtro (L'inutil precauzione)*, en *Corr. Giur.*, I, 2008.
- Con ZUFFI, B., *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. Lineamenti processuali*, CEDAM Padova, 2012.

CONTI, R., *Controversi nei servizi pubblici: l'azione inibitoria collettiva fra problemi di giurisdizione e poteri del giudice*, en *Corriere giur.*, 1999.

- *Inibitoria cautelare e controllo di vessatorietà nei pubblici servizi*, en *Corriere giur.*, 2000.
- *Ai nastri di partenza l'inibitoria a tutela degli interessi collettivi ex art. 3 l. n. 218/1998, nota all'ordinanza del Tribunale di Torino, del 3 ottobre 2000*, en *Il Corriere giuridico*, 2001.

COOPER, A. J., *An Introduction to Class Action Procedure in the United States*, en *Duke J. Comp. & Int'l L.*, 2001.

- *Class-Action Advice in the Form of Questions*, en *Duke. J. Comp. & Int'l L.*, núm. 11, 2001.

CORDÓN MORENO, F., *El acceso a la justicia civil de los derechos de los consumidores*, en *Estudios de Consumo*, 1989.

- *Aspectos procesales de la regulación legal de las condiciones generales de la contratación*, en *AJA*, núm. 348, 25 de junio de 1998.
- *El proceso administrativo*, La Ley, Madrid, 1998.

- *Reformas procesales introducidas por la Ley 3/2014, de 27 de marzo. En especial, la legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones en defensa de los consumidores, Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº 9/2014.*
- *Acciones colectivas para la defensa de los derechos de los consumidores: ejecución de sentencia y deber de la entidad condenada de entregar el listado de todos los clientes afectados, en Revista CESCO de Derecho de Consumo, Nº. 9, 2014 (Ejemplar dedicado a: LA LEY 3/2014, por la que se modifica la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).*

CORNES, R. y SANDLER, T., *The Theory of Externalities, Public Goods and Club Goods*, Cambridge university Press, Cambridge, 1996.

COROMINAS BACH, S., *Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (la Recomendación de 11 de junio de 2013)*, en *Revista Europea de Derecho Procesal*, Iustel, 2014.

- *La legitimación en la futura regulación europea de las acciones colectivas de consumo, en Intereses colectivos y legitimación activa (Eloísa Carbonell Porrás (dir.), Rafael Cabrera Mercado (comp.)) 2014.*

COSTANTINO, V. G., *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, en *Dir. giur.*, 1974.

- *La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole sulla tutela collettiva*, en *Foro. It.*, 2007
- *Commento all'art. 30 l. 27 luglio 1978, n. 392*, en *Nuove leggi civ.*, 1978.

COX, J. D., THOMAS, R. S., BAI L., *Letting Billions Slip Through Your Fingers: Empirical Evidence and legal Implications of The Failure of Financial Institutions to Participate in Securities Class Action Settlements*, en *Stanford Law Review*, 58, 2005.

- *Do Differences in Pleading Standards Cause Forum Shopping in Securities Class Actions: Doctrinal and Empirical Analyses*, en *Wis. L. Rev.*, 2009.

CRESTI, M., *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*, Milano, 1992.

CRESPO DE LARA, P., *La Justicia no es un mercado*, en *Abogacía Española*, 24, 2003.

CRUMP, D., *Jurisdiction and Choice of Law in Multistate Class Actions After Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, en *Yale Law Review*, 1986.

CRUZ ARENHART, S., *O processo coletivo no direito brasileiro atual*, AAVV., *Procesos colectivos Class Actions*, I Conferencia Internacional de la IAPL y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Buenos Aires, Argentina, 6-9 junio de 2012.

CUCHILLO FOIX, M., *Les "Class Actions" com a mecanismes de protecció dels drets econòmics i socials en l'ordenament dels Estats Units*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1991.

DAM, K., *Class Action Notice: Who Needs It?*, en *Sup. Ct. Rev.*, 1974.

- DA SILVA, J. A., *Ação popular constitucional*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968.
- DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Daños Punitivos*, Civitas, Madrid, 2012.
- DE CAMARGO MANCUSO, R., *Ação Popular*, RT, São Paulo, 1994.
- *Ação civil pública*, Revista dos Tribunais, Saõ Paulo, 2001.
- DE CRISTOFARO, G., *Le pratiche commerciali sleali tra impresa e consumatori*, Torino, 2007.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial: análisis jurídico general y constitucional*, en *R.D. Pr.*, 1987.
- *Objeto del proceso y cosa juzgada en el Proceso Civil*, Thompson-Civitas, Madrid, 2005.
 - con DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGA TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil I, Parte General*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013.
- DE LOS RÍOS, F., *El sentido humanista del socialismo*, Morate, Madrid, 1926.
- DE LUCCHI LOPEZ TAPIA, Y., *La legitimación activa en los procesos para la tutela jurisdiccional civil de los intereses de los consumidores y usuarios*, en AA VV, *Libro homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra*, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, 2004.
- DE NOVA, G., *I contratti dei consumatori tra novella al Codice civile, legge sulle associazioni dei consumatori e Trattato di Amsterdam*, en *Consumatori, contratti, conflittuali*, a cura de C. VALLA, Milano, 2000.
- DENTI, V., “*Interessi diffusi*”, en *Novissimo Digesto Italiano*, Apéndice Vol. IV, 1968.
- *Relazione introduttiva*, en *Le azioni a tutela degli interessi collettivi, Atti del convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Padova, Cedam, 1976.
 - *Relazione introduttiva*, en *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (DENTI, V., ed.) 1976.
- DEPARTMENT FOR BUSINESS INNOVATION & SKILLS, *Impact Assessment. Private Actions in Competition Law: A Consultation on Options for Reform*, 2012, disponibile en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31529/12-743-private-actions-in-competition-law-impact-assessment.pdf (19/03/2015).
- DE SANTIS, A. D., *I disegni di legge italiani sulla tutela degli interessi collettivi e il Class Action Fair Act of 2005*, en *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2006.
- *La proposta dell'impresa soccombente e le forme della conciliazione*, en *Azione collettiva risarcitoria (art. 140-bis cod. consumo)*, *Foro it.*, 2008.
 - *Profili dell'azione di classe a tutela di consumatori e utenti*, en *Giusto proc. civ.*, 2010.
 - *La tutela giurisdizionale collettiva, Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Jovene Editore, Napoli, 2013.
- DI BLASI, F. U., *Rappresentanza in giudizio (dir. vigente)*, en *Noviss., dig. it.*, XIV, Torino, 1967.

DÍAZ SUÁREZ, A., *La protección de los intereses colectivos en la Ley Orgánica del Poder Judicial*, en AA VV, *Terceras Jornadas de Derecho Judicial*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.

DÍEZ-PICAZO, L. M., *Derecho y masificación social*, en *Derecho y masificación social. Tecnificación y Derecho privado (Dos esbozos)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1979.

- *Comentario al artículo 413*, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con DE LA OLIVA SANTOS, VEGAS TORRES Y BANACLOCHE PALAO), Civitas, Madrid, 2001.

DI FAZZIO, G., *Tutela dell'interesse collettivo dei consumatori*, en *I Contratti*, N. 11/2003.

DI MAJO, A., *Obbligazioni solidali*, en *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979.

- *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2003.

D'OLIVEIRA, J., *Protection of Diffuse, Fragmented and Collective Interests in Civil Litigation*, en *XXX Netherlands International Law Review*, 1983.

- *Group Actions en Civil Procedure*, en *Netherlands Reports to the Thirteenth International Congress of Comparative Law*, 1990.

DONZELLI, R., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008.

- *L'azione di clase a tutela dei consumatori*, Napoli, 2012.

DUGUIT, L., *Las transformaciones del Derecho público y privado*, Heliasta, Buenos Aires, 1975.

EISENBERG, T. y MILLER G. P., *The Role of the Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, en *Vanderbilt Law Review*, 57, 2004.

ESTAGNAN, J., *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Dykinson, Madrid, 1995.

ESTEVE PARDO, J., *Técnica, Riesgo y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999- *De la policía administrativa a la gestión del riesgo en REDA*, 119 (2003).

ESTÉVEZ, J., *Tutela procesal de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1995.

EU COMMISSION, *Staff Working document, Public Consultation: Toward a coherent European approach to collective redress*, SEC(2011) 173 final.

EVANS, *The new consensus on class certification*, en *Occasional Paper*, January 2009, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1330594> (19/03/2015).

EWALD, W., *Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat?*, en *Pa. L. Rev.*, núm. 143 U, 1995.

FABBRINI, F., *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1974.

FAULK, R., *Armageddon Through Aggregation? The Use and Abuse of Class Actions in International Dispute Resolution*, Class Action Litigation Report, mayo 25 de 2001.

- FECHNER, E., *Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat*, J.C.B., Mohr, Tübingen, 1953.
- FEDERICI, R., *Gli interessi diffusi. Il problema della loro tutela enl Diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1984.
- FERNÁNDEZ MATA, A., PÉREZ HEREDIA, B., PÉREZ BAÑUELOS, V. M. y MARTÍNEZ LÓPEZ, M. R., *Principios dispositivo y de aportación de parte*, en ABEL LLUCH, X. A. y PICÓ I JUNOY, J., *Los poderes del juez civil en materia probatoria: seminario de estudio de la Escuela Judicial*, 2003.
- FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali*, Laterza, Bari, 2001.
- *Pasado y futuro del estado de derecho* en CARBONELL, M. (editor), *Neoconstitucionalismos*, Trotta, Madrid, 2009.
- FERRAZ, A., *Ação civil pública, inquérito civil e Ministério Público*, en *Ação civil pública. 15 anos* (Édis Milaré ed., 2001).
- FERRERES COMELLA, A. Y LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, A., *Las limitaciones del sistema de tutela colectiva de intereses individuales homogéneos dispuesto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. Una propuesta inicial de sistemas alternativos de resolución de conflictos*, en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, Nº. Extra 1, 2012.
- FIDÉLIS DOS SANTOS, E., *Mandado de segurança individual e coletivo. Legitimação e interesse*, en *Ajuris*, núm. 28, 1995.
- FINDLEY, R., *Polution Control in Brazil*, en *Ecology L. Q.*, núm. 15, 1988.
- FINK, D., *Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta)*, en *Ação civil pública* (Édis Milaré ed., 2001).
- FISCH, W., *European Analogues to Class Actions: Group Action in France and Germany*, *Am. J. Comp. L.*, núm. 27, 1979.
- FLEMING, J., *Mass Torts*, en *Am. J. Comp. L.*, XLII, 1994.
- FOER, A. A. y CUNEO J. W. (eds.), *The International Handbook of Private Enforcement of Competition Law in Part IV the Future of Private Enforcement*, Edward Elgar, 2010.
- FORD, T., *Federal Rule 23: A Device for Aiding the Small Claimant*, en *B. C. Indus. & Com. L. Rev.*, núm. 10, 1969.
- FORSTHOFF, E., *Begriff und Wese des sozialen Rechtsstaates*, en *su Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954-1073*, C. H. Beck, München, 2ª ed., 1976.
- FRANKEL, M., *Amended Rule 23 from a Judge's Point of View*, en *Antitrust L. J.*, núm. 32, 1966.
- FREEMAN, L., *Class Actions from the Plaintiff's Viewpoint*, en *J. Air L. & Com.*, núm. 38, 1972.
- FRIEDNETHAL, J. H., KANE, M. K. y MILLER, A., *Civil Procedure*, St. Paul, Minnesota, 1999.
- FRIGNANI, A., *Inhibitoria (azione)*, en *Enc. del dir.*, vol. XXI, 1974.

- *L'azione inhibitoria contro le clausole vessatorie (considerazioni fipro dal core de un civilista)*, en *Riv. dir. proc.*, 1997.

FURMAN, R., *Offensive Assertion of Collateral Estoppel by Persons Op-ting Out of a Class Action*, en *Hastings L. J.*, núm. 31, 1980.

GABRIELLI, E., *Sulla nozione di consumatore*, en *Riv. Trim. Dir. e proc. civ.*, 2003.

GARCÍA DE ENTERRIA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2013.

GARCIA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 2007.

GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentario al artículo 11*, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J.M., VALLS GOMBAU, J. F. (COORD), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, 2000.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Comentario al artículo 16*, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A, DIÉZ-PICAZO, L., PONCE DE LEÓN, (Directores), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002.

- *Acción colectiva de los usuarios frente a la entidad concesionaria de una autopista como consecuencia de las retenciones provocadas por una nevada (algunas consideraciones a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010)*, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6/2011 (Estudio).
- *Acciones de cesación*, en REBOLLO PUIG, M. Y IZQUIERDO CARRASCO, M. (codirectores), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Iustel, 2011.
- *Eficacia en España de sentencias y transacciones derivadas del ejercicio de una class action en Estados Unidos*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, I, Nº. 16, 2012 (Ejemplar dedicado a: La protección de bienes jurídicos globales, coord. por Carlos Espósito Massicci, Francisco José Garcimartín Alférez.

GASPERINI CESARI, V., *La tutela degli interessi superindividuali (con particolare riferimento all'interesse dei consumatori e degli utenti di pubblici servizi)*, en *Dir. economi*, 2002.

GATT, L., *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista, en Capo XIV.bis del Codice civile: dei contratti del consumatore (artt.1469-bis 1469-sexies). Commentario*, Padova, 2001.

GERLACH, J. W., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Tomo 1 y 2, 2ª ed., C. H. Beck, München, 1983.

GIANNINI, M. S., *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, en AA VV, *Le azioni a tutela degli interessi collettivo*, CEDAM, Pavia, 1976.

- *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milan, 1993.

GIANNINI, L. J., *La tutela colectiva de los derecho individuales homogéneos*, Platense, Buenos Aires, 2007.

GIBSON, S. E., *Case Studies on Mass Tort Limited Fund, Class Action Settlements and Bankruptcy Reorganizations*, 2000.

GIDI, A., *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, Saraiva, São Paulo, 1995.

- *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras. Uma Proposta*, en *RePro*, núm. 108, 2002.
- *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.
- *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, RT, São Paulo, 2007.

GIL DOMINGUEZ, A., *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Sociedad Anónima editora, comercial, industrial y financiera, Buenos Aires, 2005.

GIORGETTI, M., *Il principio di variabilità nell'oggetto del giudizio*, CUEM, Torino, 2006.

GITTI, G., y GIUSSANI, A., *La conciliazione collettiva nell'art. 140-bis cod. cons., dall' l. n. 244 de 25 dicembre 2007 alla l. n. 99 de 23 luglio 2009, alla luce della disciplina transitoria*, en *Riv. dir. civ.*, 2009.

GIUGGIOLI, P.F., *Class action e azione di gruppo*, en *I Quaderno della Rivista di diritto civile*, CEDAM, Pavia, 2006.

GIUSSANI, A., *Le 'Mass Tort Class Action' negli Stati Uniti*, en *Riv. Cri. Dir. Priv.*, 1989.

- *Studi sulle class action*, Padova, 1996.
- *Le dichiarazioni di renuncia nel giudizio di cognizione*, en *Riv. trim. Dir. e. proc. Col.* 1997.
- *Considerazioni sull'art 1469-sexies cod. civ.*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997.
- *Inhibitoria (azione), postilla de aggiornamento*, en *Enc, giur, Treconni*, XVII, Roma, 1998.
- *La transazione collettiva per i danni futuri: economia processuale, conflitti d'interesse e deterrenza delle condotte illecite nella disciplina delle "class actions"*, en *Foro it.*, 1998.
- *Le dichiarazioni di renuncia nel giudizio di cognizione*, Milano, 1999.
- *Azioni collettive risarcitorie nel proceso civile*, Bologna, 2008.

GLADWELL, M., *The Formula: Enron, Intelligence and the Perils of Too Much Information*, en *The New Yorker*, January 8, 2007.

GNANI, A., *Obbligazione solidale (diritto civile)* en *Il diritto. Enc giur de IL SOle24ore X*, Milano, 2007.

GOLDSTEIN BOLOCAN, M., *Professional Legal Ethics: A Comparative Perspective*, Washington, Central European and Eurasian Law Initiative, 2002.

GONÇALVES DE CASTRO MENDES, A., *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, Revista dos tribunais, Sao Paulo, 2009.

- *Informe nacional de Brasil*, 2012.

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

GONZÁLEZ LLANO, M., y GUERRERO GÓMEZ, J. A., *Extensión de los efectos de las sentencias dictadas en acciones colectivas de consumidores y usuarios a los afectados no intervinientes*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2014.

GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado Social: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., Comentario a la Sentencia de 17 de junio de 2010, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 86/2011, Madrid, 2011.

GÓMEZ AMIGO, L. Y CAÑABATE POZO, R., *Prohibición del pacto de "cuota litis" y Derecho de la competencia*, en *Aranzadi Social*, XII /III, 2002.

GÓMEZ DE LIAÑO, F., *La legitimación colectiva y el artículo 7 de la LOPJ*, en *Justicia*, nº 3, 1986.

GRANDE SEARA, P., *La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valnevia, 2008.

GRASSO, E., *Gli interessi della collettività e l'azione collettiva*, en *Riv. dir. proc.*, 1983.

- *Note sul difensore nel processo civile*, en *Giur. it.*, 1986.

GRECO A., *Applicazione del código del consumo all'utente utilizzatore di servizi pubblici*, en *Resp. civ.*, 2008.

GREVE, M., *The Non-Reformation of Administrative Law: Standing to Sue and Public Interest Litigation in West German Environmental Law*, en *Cornell Int'l L. J.*, núm 22, 1989.

GROSSI, D., *Termine (dir. proc. civ.)*, en *Emc. Dor.*, Milano, 1992.

GUILLÉN CARAMÉS, J., *Reflexiones acerca de las acciones colectivas y la protección de los consumidores*. en *Intereses colectivos y legitimación activa* (Eloísa Carbonell Porras (dir.), Rafael Cabrera Mercado (comp.)), 2014.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P., *La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*, Elcano: Navarra, 1999.

- *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y los daños con múltiples afectados*, en *Derecho del consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía*, Ministerio de Sanidad y Consumo-Consejo General del Poder Judicial, 2001.
- *Comentario al artículo 54 TRLGDCU*, en CÁMARA LAPUENTE, S., (Director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011.
- *Comentario al artículo 55 TRLGDCU*, en CÁMARA LAPUENTE, S., (Director), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011.
- *Comentario al artículo 15*, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en CORDON MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J.J., TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

GUTIÉRREZ SANZ, M. R. y SAMARES ARA, C., *Comentario al art. 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con la protección procesal de los derechos de los consumidores*, La ley, 1988.

HANDLER, M., *The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Antitrust Suit The Twenty-Third Annual Antitrust Review*, en *Colum. L. Rev.*, núm. 71, 1971.

HARLOW, C. Y RAWLINGS, R., *Pressure Through Law*, Routledge, London, 1992.

HAZARD, G. C., Jr. et al., *An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits*, en *U. Pa. L. Rev.*, núm. 146, 1988.

HEINRICKS, H, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 52ª edición, C. H. Beck, München, 1993.

HELVESTON, M. N., *Promoting justice through public interest advocacy in class actions*, en *BF. L. Rev.*, núm. 60, 2012.

HELLER, H., *Rechtsstaat oder Diktatur?*, en la op. col. *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Suhrkamp, 1978.

HENSLER, D. R. y DOMBEY-MOORE, B., GIDDENS, E., GROSS, J., MOLLER, E. y PACE, M., *Class Action Dilemmas, Pursuing Public Goals for Private Gain*, Rand Publishing, Santa Monica, 2000.

- *Revisiting the Monster; New Myths and Realities of Class Actions and Other Large Scale Litigation*, en *11 Duke journal comp. int. Law*, 2001.
- *The Future of Mass Litigation: Global Class Actions and Third-Party Litigation Funding* en *George Washington Law Review*, Volumen 79, núm. 306, 2011.

HERMAN BENJAMIN, A., *Group Action and Consumer Protection in Brazil*, en *Group Actions and Consumer Protection* (BOURGOIGNIE, T., ed.) 1992.

HILL, S. M., *Small Claimant Class Actions: Deterrence and Due Process Examined*, en *Am. J. of Trial Advoc.*, núm. 19, 1995.

HODGES, C., *Multi-party Actions*, Hart Publishing, Oxford, 2001.

- *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems*, Hart Publishing, Oxford, 2008.
- *Fast, Effective and Low Cost Redress: How Do Public and Private Enforcement and ADR Compare?*, en Rodger, B. J. (ed), *Competition Law: Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU*, Kluwer Law International, International Competition Law Series, Volume 56, 2014.

HOMBURGER, A., *State Class Actions and the Federal Rule*, en *Colum. L. Rev.*, núm. 71, 1971.

HOSKINS, H., *Garden Cottage Revisited: The Availability of Damages in the National courts for breaches of the EEC Competition Rules*, en *ECLR*, 6, 1992.

IEVA, L., *Associazioni dei consumatori, interessi collettivi e servizi pubblici*, en *Corriere giur.*, 2002.

ISSACHAROFF, S., *Group Litigation of Consumer Claims: Lessons of the American Experience*, en *Texas International Law Journal*, 34 (135), 1999.

- *Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions*, en *S. Ct. Rev.*, 1999.
- *Preclusion, Due Process, and the Right to Opt Out of Class Actions*, en *Notre Dame Law Review*, Vol. 77, 2002.
- *Regulating After the Fact*, en *DePaul Law Review*, 56, 2007.
- con MILLER, G. P., *Will aggregate litigation come to Europe?*, en BACKHAUS, J. G., CASSONE, A. y RAMELLO, G. B., *The Law and Economics of Class Actions in Europe, Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012.

JACOB, J., *The Fabric of the English Civil Justice*, Hamlyn Lectures, London, 1987.

JAFFE, L., *The Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hohfeldian or Ideological Plaintiff*, en *U. Pa. L. Rev.*, núm. 116, 1968.

JAMES, F., HAZARD, G. C. y LEUBSDORF, *Civil Procedure*, New York, 2001.

JOLOWICZ, J. A., *On Civil Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

JONES, C. A., *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, US and the UK*, Oxford U. Press, 2000,

- *After the Green paper: The Third Devolution in European Competition Law and Private Enforcement*, en *Comp. L. Rev.*, 3, 2006.
- *Deterrence and compensation in new competition regimes: the role of private enforcement*, en *New Competition Jurisdictions: Shaping Policies and Building Institutions* (WHISH, R. y TOWNLEY, C. eds.), Edward Elgar Publishing, 2012.

JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el Proceso Civil. Los titulares del derecho de acción: fundamentos y reglas*, Aranzadi, Pamplona, 2014.

KAGAN, R. A., *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Harvard University Press, 2003.

KALVEN, H y ROSENFELD, M, *The Contemporary Function of the Class Suit*, en *U. Chi. L. Rev.*, núm. 8, 1941.

KAPLAN, B., *Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure (I)*, en *Harv. L. Rev.*, Vol. 81, 1967.

- *Some Preliminary Observations Concerning Rule 23*, en *F. R. D.*, núm. 43, 1968.

KANT, I., *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Königsberg, por Friedrich Nicolovius, 1797.

- *Zum ewigen Frieden*, en *Kants gesammelte Schriften*, Hrsg. Von der Königlich-Preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin, 1902-.
- *Ueber den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, eb *Kans gesammelte Schriften*, ed. a cargo de la Preussische Akademie der Wissenschaften, Berlín, 1969. Vol. III.

KAY KANE, M., *Of Carrots and Sticks: Evaluating the Role of the Class Action Lawyer*, en *Tex. L. Rev.*, núm. 66, 1987.

KELSEN, H., *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, Porrúa, México, 1987.

KIRCHNER, C., *The Difficult Reception of Law and Economics in Germany*, en *Int'l L. & Econ.*, núm. 11, 1991.

KLEIN, F., "*Pro Futuro*". *Betrachtungen über Probleme der Civilprozeßreform in Österreich*, Wien, 1891.

KLONOFF, R. H., *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell*, Thomson/West, 2007.

KOCH, H., *Class and Public Interest Actions in German Law*, en *C. J. Q.*, núm. 5, 1986.

- *Group and Representative Actions in West Germany Procedure*, en *German National Reports in Civil Law Matters for the XIIth Congress of Comparative in Montréal*, 1990.
- *Mass Torts in German Law*, en *German National Reports in Civil Law Matters for the XIVth International Congress of Comparative Law* (Erik Jayme ed., 1994).
- *Europäischer kollektiver Rechtsschutz vs. amerikanische "class action": Die gebändigte Sammelklage in Europa?*, en *WUW : Wirtschaft und wettbewerb = Concurrence et marché = Competition and trade regulation*, Vol. 63, Nº. 11, 2013.

KOJIMA, T., *Judicial Administration in Multi-District Mass Litigation*, en KOJIMA, T., *Perspectives on Civil Justice and ADR: Japan and the USA*, 1990.

- *Protection of Diffuse, Fragmented and Collective Interests in Civil Litigation*, en *Perspectives on Civil Justice and ADR: Japan and the U. S. A*, núm. 3, 1990.

KOMINOS, A., *New Prospects for private enforcement of EC Competition Law: Courage v. Crehan and the Community right to damages'* en *CMLRev*, 2002.

KON, S. y MAXWELL, A., *Enforcement in National Courts of the EC and New UK Competition Rules: Obstacles to Effective Enforcement*, en *ECLR*, 7, 1998.

KONIAK, S. P., *Feasting While The Widow Weeps: Georgine v. Amchem Products, Inc*, en *Cornell Law Review*, 80, no. 4, 1995.

LABOWITZ, E. S., *Class Actions in the Federal System and in California: Shattering the Impossible Dream*, en *Buff. L. Rev.*, núm. 23, 1974.

LACRUZ BERDEJO, J., *El acceso de los consumidores a la justicia en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en *Estudios de Consumo*, 1987.

LACUEVA BERTOLACCI, R., *Acción ejecutiva de Conumidores y Usuarios: el art. 519 LECiv*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006.

LANDE, R. H., *New Options for State Indirect Purchaser Legislation: Protecting the Real Victims of Antitrust Violations*, *Ala. L Rev*, 2010.

LANDERS, J., *Of Legalized Blackmail and Legalized Theft: Consumer Class Actions and the Substance-Procedure Dilemma*, en *Cal. L. Rev.*, núm. 47 S., 1974.

LANG, *Class Actions and the US Antitrust Laws: Prerequisites and Interdependencies of the Implementation of a Procedural Device for the Aggregation of Low Value Claims*, en *W Comp*, 2001.

LANGER, V., *Public Interest in Civil Law, Socialist Law, and Common Law Systems: The Role of the Public Prosecutor*, en *Am. J. Comp. L.*, núm. 36, 1988.

LAROCHE-GISSEROT, F., *Preuve et réparation du préjudice dans les actions de groupe (class actions): l'exemple américain*, en *Leçons du droit civil : mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruylant, Bruxelles, 2011.

LASKI, H. J., *La democracia en crisis*, Editorial Revista de Derechos Privado, Madrid, 1934.

LEAL, M., *Ações coletivas: história, teoria e prática*, Sérgio A. Fabris, Porto Alegre, 1998.

LEME MACHADO, P. A., *Ação civil pública e tombamento*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987.

LIBERTINI, M., *La tutela civile inibitoria*, en *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene, Napoli, 1989.

- *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e risarcimento del danno*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1995.
- *Prime riflessioni sull'azione inibitoria dell'uso di clausole vessatorie (art. 1469-sexies c.c.)*, en *CIE*, 1996.

LIEBMAN, E. T., *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, Società Editrice del "Foro Italiano", 1931.

- *Efficacia ed autorità della sentenza*, Giuffrè, Milano, 1935.
- *Disciplina dell'inibitoria nell'processo per violazione di brevetti o di marchi*, en *Riv. dir. proc.*, 1962.
- *Giudicato (diritto processuale civile)*, en *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1989.

LINDBLOM, P. H., *Grupptalan. Det anglo-amerikanska class actioninsitutet ur svensky prespektiv*, Nostedts, Stockholm, 1989.

- *Grupptalan I konsumentmal*, NEK-rapport, 7, Nordisk Embetsmannkomité for konsumentsporsmal. Nordisk Ministerrad, Kopenhamn, 1990.
- Con WATSON, G., *Complex Litigation. A Comparative Perspective*, en *C. J. Q.*, núm. 12, 1993.
- *Grupptryck mot grupptalan*, en *Svensk Juristtidning*, 81, 1996.
- *Group Actions and the Role of the Courts A European Perspective*, Kluwer Law International, 1997.

LLAMAS POMBO, E., *Comentario de los artículos 10.ter y 10.quáter LGDCU*, en LLAMAS POMBO, E. (coord.), *Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, La Ley, Madrid, 2005.

LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J. F., *Validez del pacto de cuota litis. Comentario a la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo núm. 357/2004 de 13 de mayo de 2004*, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 6, 2004.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *Comercio electrónico y "acceso de los consumidores a la Justicia"*, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, ISSN 1132-0257, Nº 571, 2003, pp. 5-8.

- *La legitimación procesal en materia de medio ambiente*, en EMBID IRUJO, A. (coord.), *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 383-422.
- *El sistema de class actions en los Estados Unidos de America*, Comares, Granada, 2011.
- *La legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios*, en *Intereses colectivos y legitimación activa* (Eloísa Carbonell Porrás (dir.), Rafael Cabrera Mercado (comp.)), 2014, ISBN 978-84-9059-590-9, pp. 207-238.

LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983.

- *Cambio social, privatización y socialización de la justicia*, en *Justicia*, 1988.

LUISO, F. P., *Principio del contraddittorio ed efficacia della settenza verso i terzi*, Milano, 1981.

LUTHER, J., *The constitutional impact of class actions in European legal systems*, en BACKHAUS, J. G., CASSONE, A. y RAMELLO, G. B., *The Law and Economics of Class Actions in Europe, Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012.

MACCULLOCH, A. D., and RODGER, B. J., *Wielding the Blunt Sword: Interim Relief for Breaches of EC Competition Law before the UK Courts*, en *ECLR*, 7, 1996.

MACEDO, R., *Propostas para a reformulação da Lei que Criou o Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados*, en *Ação civil pública* (Édis Milaré ed., 2001).

MACEY, J. y MILLER, G., *Auctioning Class Action and Derivative Suits: A Rejoinder*, en *Nw. U. L. Rev.*, núm. 87, 1993.

MADAUS, S., *Keine Effektivität einer Europäischen class action ohne "amerikanische Verhältnisse" bei deren Finanzierung*, en *ZEuP : Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, Nº. 1, 2012.

MADDALENA, P., *Giurisdizione contabile e tutela degli interessi diffusi* en AA VV, *Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della collettività. Atti del Convegno promosso dalla sezione di Bologna di Italia Nostra*, Rimini, Bologna, 5 dicembre 1981.

MAGRO SERVET, V., *El régimen de la publicidad e intervención en el proceso de consumidores y usuarios*, en *Práctica de Tribunales*, Nº 61, Sección Práctica Procesal, Junio 2009.

- *Supuestos de aplicación de la litispendencia y su relación con la cosa juzgada*, en *Práctica de Tribunales*, Editorial La Ley, 8299/2012.

MANDRIOLI; C., *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959.

MARENGO, R., *Garanzie processuali e tutela di consumatori*, Torino, 2007.

MARCUS, R. L., REDISH, M. H. y SHERMAN, E. F., , *Civil Procedure. A Modern Approach*, West Group, St. Paul, 2002.

MARÍN LÓPEZ, J. J., *El ejercicio de acciones judiciales*, en RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y JAVIER SALAS HERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Civitas, 1992.

- *Las acciones de clase en el Derecho Español*, en *Indret*, 2001-3.
- *Régimen jurídico básico de los consumidores y usuarios* en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi - Thomson Reuters, Pamplona, 2009.
- *Artículo 24 del TRLGDCU*, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi - Thomson Reuters, Pamplona, 2009.
- *Artículo 33*, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi - Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

MARINUCCI, E., *Azioni collettive e azioni inibitorie de parte delle associazioni dei consumatori*, en CHIARLONI, S. y FIORIO, P., *Consumatori e processi, La tutela collettiva degli interessi collettivi dei consumatori*, Torino, 2005.

MARTÍN RETORTILLO, L., *La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de Daseinvorsorge*, en *Revista de la Administración Pública*, núm. 38, 1962.

MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios*, en BARONA VILAR, S. (coord.), *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 133-146.

- *Las acciones colectivas de consumo en la Unión Europea*, en *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango: Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños* (coord. por Juan Luis Gómez Colomer, Silvia Barona Vilar, María Pía Calderón Cuadrado; Juan Montero Aroca (hom.)), 2012.

MARTINO, R., *Termine nel processo civile*, en *Il diritto. Enciclopedia Giuridica del Sole 24 ore*, XV, Milano, 2007.

MARTOS CALABRÚS, M.^ª A., *El pacto de quota litis*, en *Actualidad Civil*, 33, 1999.

MASS TORT WORKING GROUP, *Report on Mass Tort Litigation*, 187 F.R.D. 293, 324 (1999).

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *Derecho penal y protección del medio ambiente*, Colex, Madrid, 1992.

MAZEN, N., *Le recours collectif: réalité québécoise et projet français*, en *R. I. D. C.*, núm. 39, 1987.

MAZÓN COSTA, J. L., *Cuota litis*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 552, 2002.

MAZZILLI, H., *O inquérito civil*, Saraiva, Saõ Paulo, 2000.

- *A defesa dos interesses difusos em juízo*, Saraiva, São Paulo, 2001

MAZZONI, C. M., *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, en *Trattato di diritto privato*, Torino, 1992.

MEDINA HERNÁNDEZ, O., *Ejercicio de la abogacía, pacto de “cuota litis” y defensa de la competencia. (Consideraciones en torno a la RTDC –pleno– de 26 de septiembre de 2002)*», en *Anales de la Facultad de Derecho* (Univ. de La Laguna), 20, 2003.

MENCHINI, S., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1983.

- *Regiudicata civile*, en *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1998
- *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive, Le azioni seriali*, en *Quaderni de «Il giusto processo» civile*, 2008.
- *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, disponible en: <http://www.foroitaliano.it/wp-content/uploads/2015/02/quaderno-n-2.pdf> (19/03/2015).
- Con y MOTTO, A., *Art 140-bis*, en *Nuove leggi civili commentate*, 2011.

MENGER, C. F., *Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Gundgestez*, en el vol. Col. A cargo de FORSTHOFF, E., *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Wissenschaftliche Buchgesellschaft*, Darmstadt, 1968.

MERCURO, N. y MEDEMA, S. G., *Economics and Law. From Posner to Post-Modernism and Beyond*, Princeton University, Press, Princeton, 2006.

MICHELI, G. A., *L'azione preventiva*, en *Riv. dir. proc.*, 1959.

MILARÉ, É., *A ação civil pública em defesa do ambiente*, en *Ação civil pública. Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação* (Édis Milaré ed., 1995).

MILLER, A. R., *Problems of Giving Notice in Class Actions*, en *FRD*, núm. 58, 1973.

- *Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality and the “Class Action Problem”*, en *Harvard Law Review*, 92, 1979.

MILLER, G.P., y MACEY, R., *The Plaintiffs’ Attorney’s Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, en *The University of Chicago Law Review*, 58, 1991.

- Con SINGER L. S., *Nonpecuniary Class Action Settlements*, en *Law and Contemporary Problems*, 60, 1997.
- *Class Actions*, en NEWMAN, P. (ed.), *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, I, Macmillian Press, London, 1998.

MÖLLERS, M. K., T., *Civil law enforcement and collective redress in economic law*, en *Europa e diritto privato*, ISSN 1720-4542, Nº. 1, 2013, pp. 27-74.

MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuando más se escribe sobre él)*, Civitas, 1994.

- *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007.

MONTELEONE, G., *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Cedam, Padova, 1978.

MONTESANO, L., *Problema attuali su limiti e contenesiti (anche non patrimoniali) delle inhibitorie, normali e urgente*, en *Riv.trim.dir.proc.*, 1995.

- *Tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori e dei concessionari di servizi di pubblica utilità nelle normative sulle clausole abusive e sulla autorità di regolazione*, en *Riv. dir. proc.*, 1997.

MONTI, G., *Anticompetitive agreements: the innocent party's right to damages*, en *E. L. Rev.*, 27, 2002.

MONTÓN GARCÍA, L., *Acciones colectivas y acciones de cesación*, Instituto Nacional del Consumo (INC), Madrid, 2004.

MORABITO, V., *Multiplex Funds Mgmt. Ltd. v P Dawson Nominees Pty Ltd.*, 2007, 244 ALR, núm. 600, disponible en <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/FCAFC/2007/200.html> (19/03/2015).

- *An empirical study of Australia's class action regimes: first report: class action facts and figures* 2, 2009, disponible en http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Australia_Empirical_Morabito_2009_Dec.pdf (19/03/2015).

MORELLO, A. M., HITTERS, J. C., BERIZONCE (con NOGUEIRA, C. A.), *La justicia entre dos épocas*, Librería Editora Platense, La plata, 1983.

MORENO CARENA, V., *Derecho a la tutela judicial efectiva. La acción*, en *Derecho Procesal*, Valencia, 1988.

MORENO CRUZ, P. A., *Usos de la locución "adecuada representación" y la operatividad de la federal plaintiff class action estadounidense*, en *Revista de Derecho Privado*, Nº. 21, 2011.

MOSCOSO, J., *El Ministerio Fiscal en la defensa de los Consumidores y Usuarios*, en *Estudios de Consumo*, 1988.

MULHERON, R. P., *The Class Action in Common Law Legal Systems*, Hart, 2004, pp. 47 y ss..

- *The class action in common law legal systems: comparative prespective*, Portland, 2006.
- *Reform of Collective Redress in England and Wales: A Perspective of Need*, Civil Justice Publishing, 2008.

MULLENIX, L., *Class Action Settlements negli Stati Uniti*, en *Studi Urbinati*, Vol. 59, núm. 3, 2009.

MUÑOZ ROJAS, T., *El interés en el proceso civil*, en *Temis* (Revista editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza), núm. 4. Zaragoza, 1958.

MURRA, R., *Parti e difensori*, en *Dig. Disc. Prov. Sez. Civ.*, XIII, Torino, 1995.

NAGAREDA, R. A., *Common answers for class certification'*, en *Vanderbilt Public Law Research Paper*, Núm. 1033, 2010.

NERY, N., *O Ministério Público e as ações coletivas*, en *Ação civil pública. Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação* (Édis Milaré ed., 1995).

NEUMAN, F., *Rechtsstaat, Gewaltenteilung und Sozialismus*, en la op. col. *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Suhrkamp, 1978.

NEWBERG, H. B., y CONTE, A., *Newberg on Class Actions*, 4th ed., Thomson Reuters, 2011.

NERY, N. y NERY, R., *Código de Processo Civil comentado*, 1997, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

NERY JUNIOR, N., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, Forense, Rio de Janeiro, 2000.

NIEVA FENOLL, J., *La cosa juzgada*, Bosch, Barcelona, 2006.

- *Jurisdicción y proceso*, Marcial Pons, Barcelona, 2009.

NOMI, Y., *Mass Torts in Japanese Law*, en *Japanese Reports for the XIVth International Congress of Comparative Law*, 1994.

NOTE, *Collateral Attack on the Binding Effect of Class Action Judgments*, en *Harv. L. Rev.*, núm. 87, 1974.

- *Developments in the Law. Class Actions*, en *Harv. L. Rev.*, 1976.

OLSON, M., *The Logic of Collective Action*, Harvard University Press, Cambridge, 1971.

ORICCHIO, A., *Tutela del consumatore e servizi pubblici*, Milano, 2001.

ORMAZABAL SANCHEZ, G., *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

- *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

- *Cuando Luxemburgo declaró la guerra al principio dispositivo: el deber judicial de reconocer al consumidor el derecho a la reducción del precio que no pidió en la demanda*, en *La Ley Unión Europea*, mes 11, 2014.

OROMI VALL-LLOVERA, S., *Intervención voluntaria de terceros en el proceso civil: facultades procesales del interviniente*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2007.

OVALLE FAVELLA, J., *La legitimación en las acciones colectivas*, en AAVV., *Procesos colectivos Class Actions*, I Conferencia Internacional de la IAPL y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Buenos Aires, Argentina, 6-9 junio de 2012.

PAGNI, I., *Tutela individuale e tutela collettiva nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori degli utenti (prima riflessioni sull'art. 3, l. 40.7.1998, n.281)*, en *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (l. 30 luglio 1998, n. 281, a cura de BARBA, A., Napoli, 2000.*

PALMIERI, A., *Consumatori, servizi pubblici e clausole vessatorie: tutela immediata e riequilibrio giudiziale dei contratti*, en *Danno e resp.*, 1998.

PALMIGIANO, I *Contrati del consumatore*, en *Commentario al Codice del Consumo*, a cura di CESARO, Padova, 2007.

PALOMBARINI, S. y SPINZO, A., *Manuale pratico sul patrocinio a spese dello stato*, Legale, 2012.

PARDO IRANZO, V., *Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados*, en BARONA VILAR, S. (coord.), *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 417-444.

PARDOLESI, R., *Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach*, en *Int'l L. & Econ.*, núm. 11, 1991.

- *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, en *Foro. It*, 1994.
- *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1995.

PARKER, D. L., *Standing to Litigate "Abstract Social Interests" in the United States and Italy: Reexamining Injury in Fact*, en *Colum. J. Transnat. L.*, Vol. 33, 1995.

PASQUAU LIAÑO, M., *Sobre la tutela jurisdiccional civil de los intereses colectivos de los consumidores*, Directiva número 1, 1er trimestre, 1990.

PASSAIA, D. A., *Acesso à justiça por meio da tutela coletiva de direitos: necessidade do Código de processo Coletivo*, en *Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás*, Nº. 3, 2012.

PATRONI GRIFFI, L., *Clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori*, en *Rass. Dir. Civ.*, 1995.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Apuntes políticos y jurídicos sobre derechos sociales*, en RIBOTTA, S. y ROSSETTI, A., *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la justicia*, Dykinson, Madrid, 2010.

PELLEGRINI GRINOVER, A., *Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores (La Ley brasileña núm. 7374, de 24 de julio de 1985, en RDProc, 1988.*

- *Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores*, en *RDProc.*, 1988, nº 3.
- *Significato sociale, político e giuridico della tutela degli interessi diffusi*, en *Revista di Diritto Processuale*, núm. 1, enero-febrero de 1999.
- *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre legitimação e coisa julgada*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, núm. 1, 2002.

PEREIRA CAMPOS, S., *Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos / class action en América*, en *Revista uruguaya de derecho procesal*, Nº. 2, 2011.

PEREIRA PUIGVERT, S., *La exhibición de documentos y soportes informáticos en el proceso civil*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005.

PÉREZ ROYO, J., *El proyecto de constitución del Derecho público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX*, en *REP*, 1978.

PERIS RIERA, J. M., *Delitos contra el medio ambiente*, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal de la Universitat de Valencia, 1984.

PETRELLI, P., *Interesse collettivi e responsabilità civile*, Padova, 2013.

PETRILLO, C., *La tutela degli interessi collettivi e dei diritti individuali omogeni nel processo societari*, en *Riv. dir. proc.*, 2006.

PEYSNER, J., *Costs and Funding in private Third Party Competition Damages Actions*, en *Comp L Rev*, 97, 2006.

PICARDI, N. y MARTINO, R., *Termini (dir. proc. cov.)* en *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994.

PISANI, P., *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario*, en *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Denti, V., ed.) 1976.

PIZZA, P., *Controversie sui servizi pubblici; l'azione inibitoria collettiva e la giurisdizione*, en *Giornale dir. amm.*, 2000.

PIZZOL, P., *Liquidação nas ações coletivas*, Lejus, São Paulo, 1998.

PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las "acciones colectivas" en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

POLINSKY, M., y SHAVELL, S., *Punitive Damages: An Economic Analysis*, en *Harvard Law Review*, 111, 1998.

POMERANTZ, A., *New Developments in Class Actions Has Their Death Knell Been Sounded?*, en *Bus. Law.*, núm. 25, 1970.

- *Dialogue on Class Actions*, en *Bus. Law.*, núm. 28, 1973.

PONZANELLI, G., *Mass Torts in the Italian System*, en *Italian National Reports to the XIVth International Congress of Comparative Law*, 1994.

PORRINI, D. y RAMELLO, G. B., *Law and Economics in Civil Law Countries: A Comparative Approach*, en *Int'l L. & Econ.*, núm. 11, 1991.

- *Class Actions and Financial Markets: Insights from Law and Economics*, en *Journal of Financial Economic Policy*, 3 (2), 2011.

PORTELLANO DÍEZ, P., *Artículo 12. Acciones de cesación, retractación y declarativa*, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., DIEZ-PICAZO, L., DE LEON, P., *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas: Madrid, 2002.

PREUSS, U. K., *Nachträge zur Theorie des Rechtsstaats*, en THOHIDIPUR, M., *Der bürgerliche Techtssataat*, Frankfurt, 1978.

PRINCIGALLI, A. M., *Il consumatore e l'operatore commerciale*, en *Le vendite aggressive*, Napoli, 1995.

PROTO PISANI, A., *Note in tema di limiti soggettivi della setenza civile*, en *Foro. It.*, 1985.

- *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, en *Riv. Dir. Proc.*, 1990.
- *La tutela sommaria*, en *Foro it.*, 2007,

PUNZI, C., *Note sul ministero del difensore nel proceso civile*, en *Studi in onore di Segni*, IV, Milano, 1967.

- *L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utent*, en *Riv. dir. proc.*, 2001.
- *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, *Riv. dir. proc.*, 2002.

PUUSTINEN, T., *Ei sarvia eikä hampatia*, en *Tauseläma*, 8 de febrero de 2007.

QUESNAY, F., *Le Tableau Economique*, en *François Quesnay et la Physiocratie*, Salleron, París, 1958.

QUINTANA CARLO, I, *La protección del consumidor en España (Aspecto comparativo con la CEE)*, AC, 1987-1.

RAPISARDA, C., *Profili della tutela civil inhibitoria*, Milano, Giuffré, 1987.

- Con TARUFFO, M., *Inhibitoria (azione)*, en *Enc. giur. it.*, XVI, Roma, 1988.
- RECCHIA, G., *Considerazioni sulla tutela degli interessi diffusi nella Costituzione*, en GAMBARO, A., *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Giuffrè, 1976.
- REDENTI, E., *Sui trasferimenti delle azioni civil*, en *Scritti e discorsi di mezzo secolo*, Milano, 1963.
- REICH, N., *The "Courage" doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries?*, en *CML Rev*, 42(1), 2005.
- RESCIGNO, P., *Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, en *Giur. It.*, 2000.
- RESNIK, J., *From Cases to Litigation*, en *Law and Contemporary Problems*, 54, 1991.
- *Money matters: Judicial Markey Interventions Creating Subsidies and Awarding Fees and Costs in Individual and Aggregate Litigation*, en *University of Pennsylvania Law Review*, 148, 2000.
- RIBA TREPAT, C., *Comentario al artículo 16 de la LCGC*, en ARROYO MARTINEZ, I. y MIQUEL RODRIGUEZ, J., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Tecnos, Madrid, 1999.
- RILEY, A., *Beyond Leniency: Enhancing Enforcement in EC Antitrust Law*, en *World Competition*, 28, 2005.
- RILEY, A. y PEYSNER, J., *Damages in EC Antitrust actions: Who pays the Piper?*, en *E.L. Rev.* 2006.
- ROACH & TREBILCOCK, *Private Enforcement of Competition Laws*, en *Osgoode Hall L.J.*, 34, 1996.
- ROCHA BRAGA, R., *A coisa julgada nas demandas coletivas*, Lumen Juris Rj. Quitanda Literária RJ, Rio de Janeiro, 2000.
- RODGER, B. J., *UK: A Licence to Print (Monopoly) Money? Replica Football Kit and Toys and Games, Resale Price Maintenance and the Competition Act 1998*, en *Landmark Cases in Competition Law: Across the World in Fourteen Stories*, (RODGER. B., ed.), Kluwer Law International, 2012.
- *Private Enforcement Context and Project Background*, en RODGER, B. J. (ed), *Competition Law: Comparative Private enforcement and Collective Redress across the EU*, International Competition Law Series, Volume, 56, Kluwer Law International, 2014.
 - *Collective Redress Mechanisms and Consumer Case Law*, en RODGER, B. J. (ed), *Competition Law: Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU*, International Competition Law Series, Volume 56, Kluwer Law International, 2014.
- RODHE, D. L., *Access to Justice*, Oxford University Press, Oxford and New York, 2004.

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, K., *El pacto de "quota litis" en la deontología de los abogados*, en *Anuario de filosofía del derecho*, Nº 25, 2008-2009.

ROMERO NAVARRO, R., *Comentario del art. 11 LECiv*, en XIOL RÍOS, J. A., *Enjuiciamiento Civil, Comentarios y jurisprudencia*, T. I, Sepin, Madrid, 2008.

ROPPO, V. y NAPOLITANO, E., *Clause abusive*, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. VI, 1994.

- *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti conclusi tra imprese e consumatori*, en *Foro it.*, 1996, V .

ROSENBERG, D., *The Regulatory Advantage of Class Actions*, en *Regulation through Litigation* (VISCUSI ed.), AEI Brookings Institution Press, 2002.

ROWE, T. D., Jr., *Shift Happens: Pressure on Foreign Attorney-Fee Paradigms from Class Actions* (no publicado).

RUBINO, D., *Delle obbligazioni*, en *Commentario del código civile*, Bologna-Roma, 1968.

RUBIO GARRIDO, T., *Cosa juzgada y tutela judicial efectiva*, en *Derecho privado y Constitución*, núm. 16, 2002.

RUTHERGLEN, G., *Notice, scope and preclusion in Title VII class actions*, en *69 Virginia L. Rev.*, 1983.

SALAS MURILLO, S., MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Los elementos configuradores del concepto de asociación en Derecho español*, Universidad de Zaragoza, marzo 1998: <http://zagan.unizar.es/record/1889> (19/03/2015).

SÁNCHEZ MORÓN, M., *La participación del ciudadano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1980.

SANTANGELI, F. y PARISI, P., *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recent modofiche all'art, 140 .bis cod. cons.*, en *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010.

SANZ HERMIDA, A. M., *Sentencia de 4 de Abril de 2008: Diligencias para mejor proveer: no son formalidades esenciales del juicio, sino un instrumento que el proceso pone al alcance del órgano jurisdiccional para formar su convicción, por lo que son ajenas al impulso de parte y al principio dispositivo. A través de esta actuación procesal el órgano jurisdiccional no puede investigar la realidad procesal -sea subjetiva u objetiva- supliendo la inactividad, pasividad, negligencia, error o impericia de las partes- pues incurriría en un ejercicio abusivo de este medio procesal*, en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 80, 2009.

SAMARES ARA, C., *Las partes en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000.

SAMPAIO, F., *Negócio jurídico e direitos difusos*, Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 1999.

SALETTI, A., *La soppressione dell'albo dei procuratori legali*, en *Riv. Dir. Proc.*, 2009.

SASSANI, B., *Définition d'intérêt collectif justifiant les différentes action en justice des organisations de consommateurs dans les États membres de la Communauté Européenne*, en *Roma e America*, núm. 5, 1998.

SATTA, S., *Comentario al código di procedura civile*, Tomo IV, Milano, 1966.

SCARSELLI, G., *Condanna con riserva*, en *Enc. Giur. Treccani*, VII, Roma, 1996.

SCHAEFER, H. B., *The Bundling of Similar Interests in Litigation. The Incentives for Class Action and Legal Actions taken by Associations*, en *European journal of law and economics*, Vol. 9, Nº 3, 2000.

SERRA RODRÍGUEZ, A., *La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en el ámbito del derecho de consumo*, en AAVV, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, DIÉZ-PICAZO, L. (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2014, 3285-3313.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Intervención procesal*, en *Nueva enciclopedia Jurídica*, T. XIII, Seix, Barcelona, 1968.

- *La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en el ámbito del Derecho de consumo*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. por Luis Díez-Picazo y Ponce de León), Vol. 2, 2014 (Volumen II).

SCHERER, F. M., *Class actions in the U.S. experience: an economist's perception*, en BACKHAUS, J. G., CASSONE, A. y RAMELLO, G. B., *The Law and Economics of Class Actions in Europe, Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012.

SCHMITT, *Verfassungslehre*, Duncker & Humbolt, München-Lepizig, 1928.

SCOTT, N. C., *Don't Forget Me! The Client in a Class Action Lawsuit*, en *Geo. J Legal Ethics*, núm. 15, 2001.

SGUBBI, F., *Tutela penale di "interessi diffusi"*, en *Quest. Crim.*, 1975.

SHARKEY, C. M., *Punitive Damages as Societal Damages*, en *Yale Law Journal*, 113, 2003.

SILVER, C., *Class Actions- Representative Proceedings*, en BOUCKAERT, B. y DE GEEST, G., *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 2000.

- *We're scared to death: does class certification subject defendants to blackmail?*, en *University of Texas School of Law*, Public Law and Legal Theory Research Paper No 043, disponible en: http://ssrn.com/abstract_id=334900 (19/03/2015).

SILVESTRI, E., *The Difficult Art of Legal Transplants: The Case of Class Actions*, en *Revista de Processo*, núm. 35, 2010.

- *Towards a Common Framework of Collective Redress in Europe ? An Update on the Latest Initiatives of the European Commission*, en *Russian Law Journal*, Vol. 1, No 1 (2013).

- Cultural Dimensions of Group Litigation, International Association of Procedural Law, Moscow Conference, 2002, disponible en: <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Cultural%20Dimensions%20of%20Class%20Actions%20Silvestri.pdf> (19/03/2015).

SINAGRA, L., *Intervento en AA VV, Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della collettività. Atti del Convegno promosso dalla sezione di Bologna di Italia Nostra*, Rimini, Bologna, 5 dicembre 1981.

SIRENA, P., *Atti del convegno per il cinquantenario della Rivista*, en *R. d. civ.*, 2006.

SMITH, R., *The Incredible Electrical Conspiracy*, Part I, en *Fortune*, 63(4),1961; Part II, en *Fortune*, 63(5), 1961.

SNIJEDERS, H. J., *Netherlands Civil Procedure*, en *Access to Civil Procedure Abroad* (Henk J. Snijders ed. & Benjamin Ruijsenaars trans., 1996.

STIGGELBOUT, M., *The Recognition in England and Wales of United States Judgments in Class Actions*, en *Harvard international law journal*, Vol. 52, Nº 2, 2011.

STORY, J., *Commentaries on Equity Pleadings and Incidents Thereof* (10th ed., John M. Gould rev., 1892.

SULLIVAN, K. M. y GUNTHER, G., *Constitutional Law*, New York Fundation Press, New York, 2004.

SUNSTEIN. C. R., HASTIE, R., PAYNE, J. W. y otros, *Punitive Damages: Should Juris Decide?*, en *Texas Law Review*, 82, 2003.

TAPIA FERNÁNDEZ, I, *Comentario al artículo 413*, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA Y TAPIA FERNÁNDEZ), Aranzadi, Pamplona, 2001.

- *Comentario al artículo 221 de la LEC*, en CORDON MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J.J., TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

TÁRRAGA POVEDA, J., *El pacto de "cuota litis" en el proceso laboral*, en *Aranzadi Social*, XIII /V, 2003.

TARUFFO, M., *Collateral EStoppel e giudicato sulle questioni*, en *Riv.dir.proc.*, 1971 y *Riv.dir.proc.*, 1972.

- *Intervento*, en *Le azioni a tutela degli interessi collettivi* (Vittorio Denti ed., 1976).
- *Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective*, en *Duke J. Comp. & Int'l L.*, núm. 11, 2001.
- *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- *Notes on the collective protection of rights*, en AAVV, *Procesos Colectivos* (I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal), Buenos Aires, Rubinzal, 2012.

- TARZIA, G., *La tutela inibitoria contro le clausole vessatorie*, en *Riv. dir. proc.*, 1997.
- TATO PLAZA, A. y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., *La reforma de la Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2010.
- TAVORMINA, L., *Le misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi delle violazioni degli interessi dei consumatori. Tra tutela ripristinatoria e tutela risarcitoria*, en *Europa e dir. Privato*, 2008.
- THE ASHURST REPORT, *Study on the conditions of claims for Damages in case of Infringement of EC Competition Rules*, de 31 Aug. 2004, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/economic_clean_en.pdf (19/03/2015).
- TIDMARSH, J., *Mass Tort Settlement Class Actions. Five Case Studies*, 1998.
- *Rethinking adequacy of representation*, en *Tx. L. Rev.*, núm. 97, 2009.
- TOFFOLETTO, A., y STABILINI, A., *Tutela collettiva dei diritti del consumatore e legge antitrust*, en AAVV, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura de A BARBA, Napoli, 2000.
- TOMMASEO, F., *Commento all'art. 1469-sexies c.c.*, en ALPA, G.-PATTI, S., *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, Commentario agli articoli 1469-bis-1469 sexies del Codice Civile*, tomo I, Milano, 1997.
- TOCQUEVILLE, A., *Democracy in America* (Harvey Mansfield & Delba Winthrop eds., 2000).
- TRISORIO LIUZZI, G., *I meccanismi processuali di tutela del consumatore*, en *Il giusto processo civile*, 2007.
- TROKER, N., *L'intervento per ordine del giudice*, Milano, 1984.
- *Gli interessi diffusi nell'opera della giurisprudenza*, en *RTDPC*, 1987.
- TULUMELLO, G., *Clausole abusive e servizi pubblici*, en *Danno e resp.*, 2000.
- TZANKOVA, I. y LUNSINGH SCHERULEER, D. F., *Class Actions, Group Litigation And Other Forms of Collective Litigation – Informe Holandés*, 2007, pp. 7-9, disponible en http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Netherlands_National_Report.pdf (19/03/2015).
- ULMER, P, BRANDER, H. E., HENSEN, H. D. Y SCHMIDT, H, *AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 6ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 1990.
- ULRICH, B., *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida.*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2008.
- UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE, *Bill commentary. The Case for Comprehensive Revision of Federal Class Damage Procedure*, 1979.

US COUNCIL OF ECONOMIC ADVISERS, *An Economic Analysis of the US Tort Liability System*, 2002.

VÄLIMÄKI, M., *Introducing class actions in Finland: an example of law-making without economic analysis*, en BACKHAUS, J. G., CASSONE, A. y RAMELLO, G. B., *The Law and Economics of Class Actions in Europe, Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012.

VALLET DE GOYTISOLO, J., *Sociedad de masas y Derecho*, Taurus, Madrid, 1968.

VEGA VEGA, J. A., *Artículo 32*, en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal* (coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.), Aranzadi, Pamplona, 2011.

VERARDI, C., *L'accesso alla giustizia e la tutela collettiva dei consumatori*, en *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, *Trattato de diritto privato*, a cura di BESSONE, Torino, 2000.

VIDAL FERNÁNDEZ, B., *Comentario al artículo 6 de la LEC*, en TORIBIOS FUENTES, F (Dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, 2012.

- *Comentario al artículo 11 de la LEC*, en TORIBIOS FUENTES, F. (director), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, LEX NOVA, S.A.U, 2012.

VIEIRA, F., *A transação na esfera de tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta*, en *Ação civil pública* (Édis Milaré ed., 2001).

VIGORITTI, V., *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, Giuffrè, Milan, 1979.

- *Impossibile la class action in Italia? Attualità del pensiero di Mauro Cappelletti*, en *Resp. civ. e. prev.*, 2006.
- *A proposito del Libro Verde sulla tutela collettiva risarcitoria in Europa. Le prospettive italiane*, en www.judicium.it, 26 de mayo de 2009.
- *Giustizia e futuro: conciliazione e class action*, en *Contratto e impresa*, Vol. 26, Nº. 1, 2010.

VILONE, M., *La collocazione istituzionale dell'interesse diffuso (considerazione sul sistema statunitense)*, en *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato* (A. Gambaro ed., 1976).

VINÍCIUS DE ABREU SAMPAIO, M., *O poder geral de cautela do juiz*, Revista dos Tribunais, 1993.

VIVER I PI-SUNYER, C., *Por favor, no disparen contra el pianista: mito y realidad del (mal llamado) principio dispositivo*, en *Revista española de derecho constitucional*, Nº 84, 2008.

VOET, S., *European Collective Redress: A Status Quaestionis*, en *International Journal of Procedural Law*, vol. 4, 2014, 01, pp. 97-128.

VON GIERKE, O., *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Scientia, Aalen, 1981.

WACH, A., *La pretensión de declaración, un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.

WAMBIER, L., *Liquidação de sentença*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

WALMIER, ARRUDA ALVIM, T., *A sentença e a coisa julgada*, en *Revista de Processo*, São Paulo, v. 11, n.41, pp. 177-184, 1986.

- *Limites à chamada 'discricionariade' judicial*, en *RDP*, núm. 96, 1988.
- *Mandado de segurança contra ato judicial*, en *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 21, n. 64, 1989.
- *Código do Consumidor comentado*, RT, Saõ Paulo, 1995.
- Con MEDINA, J. M. G., *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
- *Flexibilização ou relativização da coisa julgada*, en *Prática Jurídica*, Brasília, DF, v. 3, n.33, pp. 48-49, 2004.
- *Litispendência em ações coletivas* en DUARTE, B. E. y DUARTE, R. P. (Org.), *Processo civil: aspectos relevantes, v. 2: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior*, Método, São Paulo, 2007, pp. 567-583.
- *An outline of Brazilian Civil Procedure*, en *Revista de Processo*, v. 34, pp. 243-254, 2009.
- *O novo Código de Processo Civil*, en *Revista Jurídica Consulex*, v. 14, pp. 28-29, 2010.
- *Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law*, Revista dos Tribunais, São Paulo, Impresso, v. 99, pp. 33-45, 2010.
- Con WAMBIER, L. R., *Anotações sobre as ações coletivas no Brasil - presente e futuro*, en *Revista jurídica* (Porto Alegre. 1953), v. 58, pp. 11-26, 2010.
- *Apontamentos sobre as ações coletivas*, en WAMBIER, L. R. y WALMIER, ARRUDA ALVIM, T. (Org.), *Processo Coletivo e Processo Civil Estrangeiro e Comparado*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, pp. 267-283.
- *What is covered by res judicata in Brazilian Civil Procedural Law: the current law and perspectives of change*, en *Zeitschrift fur Zivilprozess International*, v. 17, p. 393-404, 2012.
- *Goals of civil justice (Brazilian National Report)*, en *Revista de Processo*, v. 37, p. 367-380, 2012.
- *Civil procedural systems: pro and contra (Brazilian National Report)*, en *Revista de Processo*, v. 37, pp. 381-398, 2012.
- *Precedentes e evolução do direito*, en WALMIER, ARRUDA ALVIM, T. (Org.), *Direito Jurisprudencial*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, pp. 11-95.
- *Aspectos generales del Proyecto de Código Procesal Civil Brasileño*, en *Revista Derecho Privado*, v. 2, pp. 19-24, 2013.
- *Changes in Law as the Result of the Work of Judges*, en BRUNS, A., KERN, C., MÜNCH, J., PIEKENBROCK, A., STADLER, A. y TSIKRIKAS, D., (Org.), *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, pp. 1859-1868.
- *Em direção ao common law?*, en MENDES, DE CASTRO A. G. y WALMIER, ARRUDA ALVIM, T. (Org.), *O Processo em perspectiva: Jornadas Brasileiras de Direito Processual: Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.
- *Há vários caminhos para o juiz?*, en *Revista Judiciária do Paraná*, v. 9, pp. 91-99, 2014.
- *O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança*, en *Revista de Processo*, v. 39, pp. 75-89, 2014.

- con GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.) ; BENJAMIN, Antonio Herman (Org.) ; VIGORITI, Vincenzo (Org.), *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*, Revista dos Tribunais, São Paulo 2014.

WATANABE, K., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Forense Universitaria, Saõ Paulo, 1999.

WEINSTEIN, J., *Revision of Procedure: Some Problems in Class Actions*, en *Buff. L. Rev.*, núm. 9, 1960.

WEISS, P. L., NOTE, *Reforming Federal Class Action Procedure: An Analysis of the Justice Department Proposal*, en *Harv. J. on Legis.*, núm. 16, 1979.

WENGER, L., *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, Fred B. Rothman & Co., Colorado, 1986.

WHISH, R., *The Enforcement of EC Competition Law in the Domestic Courts of Member States*, en *ECLR*, 2 1994.

WHITE, L. J., *Private Antitrust Litigation: New Evidence, New Learning*, Mit press, Cambridge, 1988.

WILLETT, L. A., *U.S.-style Class Actions in Europe: A Growing Threat?*, Junio 2005, disponible en <http://www.thefederation.org/documents/Risks%20w-o%20Borders.doc> (19/03/2015).

WILLGING, T. et al., *Empirical Study of Class Action in Four Federal District Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules*, 1996.

WRIGHT, C. y COOPER, E. H., *Federal Practice and Procedure: Jurisdiction*, núm. 13A, 2a. ed., § 3531.11, 1984.

- con KANE, M., *Federal Practice and Procedure: Civil*, núm. 7B, 2a. ed., 1986.
- con MILLER, A., *Federal Practice and Procedure*, West Publishing Cop., St. Paul, 2013.

YEAZELL, S. C., *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, New Haven and London, Yale University Press, 1987.

ZENO-ZENCOVICH, V., *Consumatore (tutela del)*, en *Enc. Giur. Treccani*, VIII, Roma, 1998.

Webgrafia

<http://globalclassactions.stanford.edu>

<http://www.classaction.it/>

Anexo: Conclusiones (versión inglesa)

1. Socialization, economic growth, and technological advances have led to a massive production, exchange, and consumption that, not only has generated damages of the same characteristics, but has also emphasized the importance of the commercial operators' compliance with imperative laws. In light of those risks, collective interests are one of the remedies for the protection of the rights of certain social sectors in a social and democratic state governed by the rule of law. On the other hand, and paradigmatically regarding massive torts, collective interests allow a joinder of affected individual homogeneous rights in order to provide an enforcement, as opposed to the deterrent character that traditional and individual redress may entail.
2. The criteria for the determinable character of the interests, historically used to differentiate between collective and diffuse interests – particularly in consumer protection law-, is insufficient nowadays, as it does not take into account those cases in which the affected party's notification and subsequent participation in the process is practically impossible due to, for example, the fact that they live in different countries, their large number or differences of fact and law regarding each damage. Even if the notification has to guarantee the rights of defense of every affected subject and cannot be a mere procedural act, the indeterminate character of those affected cannot become a barrier in collective redress. So, when a collective action is brought, the judge will be the one to determine, analyzing the circumstances of the case, if the lack of nominal identification can result in a loss of an economically substantial judicial opportunity.
3. The distinction between collective and general interests is unnecessary in a civil system where all the interests protected require a personal interest regarding a material, legal and subjective situation. There is no room for an interest without special subjective qualification, such as the interest in guaranteeing legality in the abstract. For that precise reason, the class action based on a general interest, understood as mere interest in guaranteeing legality in the abstract, is an unfeasible redress for collective interests.
4. Within collective interests, we can differentiate between two types of sub-interests based on the underlying legal relationship and, more precisely, on the ownership that

they represent, intended as the relationship between the subject and the object. When a legally protected social group is the owner of collective interests, these are called *group interests*. Oppositely, those individual interests shared by the members of a social sector affected in the same way or similarly and by the same business activity - either licit or illicit- are qualified as *pluriindividual and homogenous interests*.

5. In *group interests*, the collective owner precedes the damage, so a mere potential risk of affectation of the interests of its members from an illicit activity is enough to bring a collective action. Moreover, the previous existence of this group owner called "*potentially affected class*" allows a preventive redress of the damage to both *group* and *pluriindividual and homogenous interests*.
6. The use of the expression *group interests*, instead of *supraindividual interests*, which is used by a doctrinal sector, responds to a better terminological precision regarding the extension of the affected class, along with the aim to avoid total confusion with general interests, which, even if they cannot be found in the civil system, are also *supraindividual*.
7. Collective actions should be brought in all those legally relevant situations that require this type of redress, without any material limitation, as is the case of *class actions* in the United States.
8. The need of a collective procedure for the redress of *group interests* lies, rather than in the *erga omnes* effect that the upholding of the claim entails, in the ownership that characterises *group interests*: immediate ownership to the group and a mediate one as to every and each of its members. Furthermore, only a collective procedure can allow the claimant to bring the injunctive action and the action for damages jointly when both *group* and *pluriindividual and homogenous interests* have been affected.
9. *Pluriindividual and homogeneous interests*, on the other hand, are personal interests of each of the members that make up a certain class, and their damage poses a common question of fact or law. As they are individual interests in the classic sense of the term, their object is both divisible and quantifiable and the ownership is immediate. When the entity of each individual damage is economically low, such as in massive torts, collective redress becomes a guarantee of the right to access jurisdiction of both article 24th of the Spanish Constitution and article 6.1 of the European

Convention of Human Rights, as it allows the joint discussion of all or part of the individual claims in a single process. However, a real damage to the interests of each class member (*necessarily affected class*) is required to bring this collective action, which excludes any possible kind of preventive redress.

10. In case of *pluriindividual and homogeneous interests*, collective actions for damages can only be brought when a joinder of parties is unfeasible, the illegal activity carried out by an economic operator is the result of the use of analogous acts or provisions of the same nature and this activity affects the same interests, even if the entity of the damage and the time of its causation may differ in a case-by-case basis. The most important element is the necessary objective nature of the legal and factual elements that determine the illicitness of the activity, which cannot depend on strictly personal circumstances. Last but not least, all the damages caused to *pluriindividual and homogeneous interests* must be adequately remedied by the collective action for damages.
11. In the protection of *pluriindividual and homogeneous interests*, a difference can be made between such cases in which massive torts are caused by the infringement of legal provisions protective of the rights and interests of a *class* and those damages caused exceptionally, even if the business activity was fully complying with the imperative rules noted. In the first case and only if the company is still carrying out the illicit activity, two kinds of remedies are possible: a collective injunctive relief in the terms described as a remedy for the affected *group interests* and – jointly or consecutively- a collective action for damages to *pluriindividual and homogeneous interests*. On the other hand, damages caused exceptionally will only require a collective action for damages.
12. The “legitimate interest” presents a much broader nature than the “direct interest”, which allows an extension of jurisdictional remedies to group situations, breaking the individual character of the previous legitimizing situations. For that precise reason, the legitimate interest has to be the starting point for studying the standing in collective redress, without any further need of distinguishing between *group interests* and *pluriindividual and homogeneous interests*, even if the type of standing is different in each case. Both interests have been treated together in the proposal of a standing model for collective actions in Spain in order to allow for a joint management in those

cases in which a single activity affects both interests. Nevertheless, the collective action for damages will be completely autonomous of the collective injunctive action when the activity has not affected *group interests*.

13. The non exclusive and *ex lege* ownership granted to representative subjects that characterises *group interests* points to an ordinary standing, excluding the representative standing or standing for substitution, as the claimant is defending its own right and in its own interest. The key lies in the relationship between the ownership of the legitimizing legal position and the actual standing, beyond the representativeness in a sociological or political sense. The immediate ownership of *group interests* that the procedural rules grant to certain representative subjects makes it recommendable to talk of a *sui generis* ordinary standing.
14. The characteristics of *pluriindividual and homogeneous interests* noted compel us to speak of an extraordinary standing or standing for substitution, as the subject entitled to bring the collective action cannot affirm the ownership of the deducted relationship, but will instead act in the interest of those affected. The only exception would be the recognition of standing to the group as a party to the proceeding when it is comprised by the totality of subjects affected, because, in case the party was only comprised by a majority of them, it would not only act on behalf of the interest of each of its members present, but also in the interest of the absent ones. The establishment of a representative standing is unfeasible because it would require the consent of all the subjects affected, not only to bring the collective action, but also for all those acts of the collective process that belong purely to the owner of the interest, as the experience of the Italian *azione di classe* demonstrates.
15. The standing to sue in the American class actions cannot be automatically adopted in a civil law system because the American legal system presents exclusive features both in the general civil procedure – such as the discovery, the adequacy of representation, the judicial discretion or the role of the jury- as well as in the regulation of *class actions*, among which the deterrent effect and the role of lawyers have to be underlined.
16. Considering the inefficacy of the collective action regulated in Spain and taking into account the Italian experience, we need the establishment of a Spanish model of standing that not only guarantees the efficiency of collective actions, but also complies

with the principles prevailing in the Spanish legal system. Although the proposed model will focus mainly on determining the subjects that should be entitled to bring a collective action, it should also address the adequacy of the system of collective actions and its funding, which are two elements closely linked with standing in collective redress.

17. Spanish collective actions should be a remedy for the damages caused to both interests, but should also prevent the reiteration of the illicit activity, which is known as *deterrence*. The reason for this lies on the need to avoid the production of the same damage at a later moment in time, as the remedy *ex post* generates high costs for the judiciary system. However, this does not mean that the redress of the damages caused by the illicit activity to *pluriindividual and homogeneous interests* has to become a mere instrument for the consecution of public interest, such as the respect of imperative rules, as it is the case in the United States. The basis for collective actions has to be the reparation of the affected interests, as the Spanish, Italian and Brazilian legal systems endorse, but a system of punitive damages should also be articulated to prevent the reiteration of the illicit activity.
18. Collective actions involve a necessary relationship between standing and *res iudicata*, not only for their effectiveness, but also to guarantee the protection of the rights of the affected subjects. The optimal model of collective redress would be an *opt-out* system, as the *opt-in* one would represent an inevitable and undesired partial remedy of the damages caused. Moreover, a *res iudicata secundum eventum litis* has to be discarded because it would break the legal certainty established by the *pro et contra* effect of *res iudicata*.
19. The subjects that should be entitled to bring a collective action in Spain, either injunctive or for damages, are: the groups of consumers objectively representative of all those affected; the Associations of Consumers; the organisms and public bodies whose purpose is the protection of consumers; and an independent Public Prosecutor.
20. Starting from the comparative analysis of the *azione di classe*, the certification or admissibility judgment of the collective action should be *ope lege* in the model of standing proposed for Spain. In other words, the judge should only verify if the claimant meets the legal requisites to certify the collective action, as the Spanish legal tradition confirms that the judge is a mere enforcer of the Law. Nevertheless, this

characteristic feature of the civil law systems – as the Brazilian legal tradition also reflects- should not impede the author from defending broader powers to the judge with which he/she should actively control the adequate development of the collective process.

21. The establishment of a model of standing for collective actions requires an economic perspective contemplating the elements and incentives that this procedural institution generates, so as to provide the necessary dose of empirical reality, together with a practical support to the theoretical model proposed. As the American experience reveals, this perspective is particularly important regarding the funding of collective actions.
22. The optimal funding of collective actions in Spain is best served by recognition of the right to free legal assistance to all the private subjects entitled to bring a collective action when the individual compensation amount of each of the subjects is small (massive torts). Moreover, a *success rate* of a maximum of 10% added to the previously awarded legal fees would encourage the correct representation of the affected subjects in the collective process. Regarding public bodies, the funding should be exclusively public.