

LAS ACCIONES COLECTIVAS (O “DE REPRESENTACIÓN”) Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

JUAN F. GARNICA MARTÍN
MAGISTRADO

¿Cuál es el estado de las acciones colectivas en España?

Entre el fracaso y la esperanza.

Causas del fracaso:

- Camión con ruedas de bicicleta.
- Déficit regulatorio:
 - Sistema de admisibilidad.
 - La coordinación con las acciones individuales.
- Desacierto aplicativo por parte de los tribunales.
- Consecuencias de esos déficit:
 - A) No sabemos qué es realmente una acción colectiva. ¿Quién lo decide: un juez o la parte actora?
 - B) No sabemos cuál es el sistema implantado en nuestro ordenamiento.
 - C) No sabemos cómo afectan las acciones colectivas a las individuales y cómo se han de coordinar.

LA ESPERANZA: La Directiva 2020/1828

La Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

Pendientes de su transposición (antes de 25 de diciembre de 2022).

Por qué genera esperanzas su transposición:

- La Directiva incorpora bases que pueden permitir la construcción de un modelo.
- Deja libertad a los Estados para optar por un modelo de inclusión (*opt in*) o de exclusión (*opt out*), si bien les exige que regulen el mecanismo de inclusión o de exclusión. Admite asimismo modelos mixtos, que combinen inclusión y exclusión.
- Exige a los Estados el establecimiento de normas de coordinación entre acciones colectivas e individuales.
- Impone que es obligación del órgano jurisdiccional comprobar “en la fase más temprana posible” del procedimiento si el asunto es apto para serle sometido mediante una acción de representación.

DUDAS QUE GENERA LA TRANSPOSICIÓN

El alcance objetivo es limitado y no obliga a implantarlas en ámbitos tales como el de defensa de la competencia, si bien ello no impide al legislador extenderlas horizontalmente. ¿Se aprovechará la ocasión para llevar a cabo una reforma integral del sistema de acciones colectivas?

La Directiva no establece un modelo sino solo reglas que pueden permitir hacerlo reconocible con claridad. Es preciso decantarse por un modelo y las alternativas no son claras. ¿Cuál será el modelo finalmente elegido?

¿Cuál va a ser el procedimiento para sustanciar la acción colectiva?
Necesidad de crear un proceso especial.

¿Cómo se va a regular la admisibilidad (fase de certificación)?

¿A qué órganos se va a atribuir la competencia?

Acciones colectivas y defensa de la competencia

Aunque el Libro Verde planteó la posibilidad de introducir las acciones colectivas en defensa de la competencia (opción 25), finalmente esa opción no prosperó.

La Directiva 2014/104/UE no se encuentra mencionada en el listado que delimita el ámbito de aplicación de la Directiva 2020/1828 (Anexo I, al que se remite su art. 2).

Consecuencias de esa omisión:

- La creación en el derecho interno de las acciones de representación (denominación que la Directiva da a las acciones colectivas) no es obligada cuando la reclamación de daños se haga en la materia de defensa de la competencia.
- Ello no impide al juez nacional poder ampliar las referidas acciones a esta materia, particularmente cuando su objeto sea proteger a los consumidores. En la actualidad resulta de aplicación a ellas lo establecido en el art. 11 LEC.
- Nada impide que el legislador pueda extender el ámbito de aplicación de las acciones de representación a sujetos afectados que no tengan la condición de consumidores.

¿Por qué son necesarias las acciones de representación en defensa de la competencia?

Concurren las razones que justifican la tutela colectiva.

La perspectiva tradicional del proceso civil como instrumento de tutela de derechos individuales no da respuesta adecuada.

La contratación en masa y la protección del consumidor.

El problema de la multiplicidad de afectados portadores de un interés individual de valor ínfimo.

El alto coste de la gestión de los múltiples procesos sobre acciones individuales, que se podría aligerar.

Esperanzas respecto de la esperada y próxima transposición

- 1) Que se aproveche la ocasión para regular de forma unitaria todo nuestro maltrecho sistema de acciones colectivas, derogando las normas dispersas (en la LEC y en la legislación especial) y estableciendo una regulación unitaria y armónica, que nos permita superar los problemas que se han evidenciado en su aplicación.
- 2) Regulación de carácter horizontal y no sectorial.
- 3) Elección de un modelo mixto, con acciones con efectos frente a todos los afectados, salvo los que hayan optado por la exclusión, y otras con efectos limitados a quienes hayan optado por la inclusión.
- 4) Es preciso regular con detalle cuáles son los requisitos para que pueda ser admitida a trámite una acción colectiva y los poderes del juez para certificar la admisibilidad, sometiendo esa decisión a recurso de apelación.
- 5) Es necesario que la competencia para conocer de ellas se residence en muy pocos órganos, y de carácter muy especializado.

Otras regulaciones necesarias

Es preciso establecer un **proceso especial**, adecuado a las particularidades de este tipo de acciones.

Es preciso establecer normas especiales respecto de los recursos de apelación y casación que garanticen una **sustanciación muy acelerada**.

Es necesario regular de forma clara las **relaciones** entre la acción colectiva y las acciones individuales.

Es preciso regular de forma clara la forma en la que se **financian** las acciones colectivas, admitiendo de forma expresa su financiación por terceros.

Es preciso repensar las normas sobre **legitimación**.

El modelo europeo de acciones de representación

Art. 7.6. Los Estados miembros velarán por que, en las acciones de representación, los intereses de los consumidores estén representados por **entidades habilitadas** y que estas tengan los derechos y obligaciones correspondientes a toda parte demandante en el procedimiento.

Art. 7.7. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales o las autoridades administrativas puedan decidir **desestimar los asuntos manifiestamente infundados en la fase más temprana posible** del procedimiento de conformidad con el Derecho nacional.

Art. 9.2. Los Estados miembros regularán la manera y la fase de la acción de representación para obtener medidas resarcitorias en que los consumidores individuales afectados por la acción de representación manifiesten expresa o tácitamente su voluntad, dentro de un plazo adecuado después de haberse ejercitado dicha acción de representación, de ser representados o no por la entidad habilitada en dicha acción de representación y de quedar vinculados o no por el resultado de la acción de representación.

La determinación de las bases del modelo: sistema abierto

Posibilidad de optar por sistema de inclusión o de exclusión (Art. 9. 2. Directiva)

Salvedad para los consumidores individuales que no residan habitualmente en el Estado miembro, para los que el sistema es siempre de inclusión (art. 9.3 Directiva).

Art. 9.5. Cuando una medida resarcitoria no especifique de manera individual a los consumidores que pueden beneficiarse de las soluciones que aquella proporcione, delimitará al menos el grupo de consumidores que pueden beneficiarse de tales soluciones.

Art. 9.6. Los Estados miembros velarán por que las medidas resarcitorias permitan a los consumidores beneficiarse de las soluciones que proporcionen dichas medidas resarcitorias sin necesidad de ejercitar otra acción.

Art. 9. 7. Los Estados miembros establecerán o mantendrán normas sobre los plazos dentro de los cuales los consumidores individualmente considerados pueden beneficiarse de medidas resarcitorias. Los Estados miembros podrán establecer normas sobre el destino de cualquier cuantía restante de fondos indemnizatorios que no se haya recuperado en los plazos establecidos.

Normas sobre coordinación entre acciones individuales y colectivas

Art. 9. 4. Los Estados miembros establecerán normas para garantizar que los consumidores que hayan manifestado **expresa o tácitamente** su voluntad de ser representados en una acción de representación no puedan ser representados en otras acciones de representación con el mismo objeto y causa contra el mismo empresario, ni puedan ejercitar acciones individualmente con el mismo objeto y causa contra el mismo empresario. Los Estados miembros también establecerán normas para garantizar que los consumidores no sean indemnizados más de una vez por el mismo objeto y causa contra el mismo empresario.

El sistema de coordinación entre acciones de representación

Dependerá de cuál sea el sistema elegido:

A) Si es *Opt out*:

- El ejercicio de una acción colectiva cierra el paso a una segunda mientras se esté tramitando la primera (litispendencia).
- Finalizada con éxito la acción colectiva, todos los afectados que no hayan ejercitado el derecho de auto-exclusión se ven beneficiados y les afectará la cosa juzgada, esto es, quedarán vinculados. Por ello, no cabría una segunda acción colectiva, salvo la de aquellos afectados que se hubieran excluido y sería una acción inclusiva.
- Finalizada sin éxito, la consecuencia es más dudosa. Lo razonable es que el legislador opte asimismo por impedir una segunda acción colectiva, si bien cabe la opción de establecer un sistema de afectación *secundum eventum litis*, que no cerraría el paso a una segunda acción.

B) Si es *Opt in*:

- La primera acción no cierra el paso a otras posteriores, también de carácter inclusivo.
- El ejercicio posterior de una acción *Opt out* es dudoso cómo afecta a la primera. El legislador debiera aclarar si la adhesión al grupo (*opt in*) debe ser valorada como una opción de exclusión.

La coordinación entre acción colectiva e individuales

Los problemas son asimismo distintos en función de que el sistema que se acoja sea *Opt out* o bien *Opt in*.

En sistema *Opt out*:

- La admisión a trámite de una acción colectiva debe impedir la sustanciación de las individuales, incluso las ejercitadas antes, mientras no exista opción de exclusión.
- Será preciso aclarar si esa opción puede considerarse tácita o habrá de ser siempre expresa, opción que me parece la más razonable.
- La sentencia que le ponga fin aprovechará a todos los afectados, salvo que no se hubieran excluido optando. Si bien el legislador podría establecer que solo la sentencia estimatoria les produciría efectos de cosa juzgada.

En sistema *Opt in*:

- Simplificación de los problemas.
- ¿Cabría acumular entre sí dos acciones colectivas “opt in”?
- ¿Cabría la extensión de los efectos de la sentencia en beneficio de la clase?

El ejercicio del derecho de exclusión o de inclusión

Necesidad de que el legislador nacional regule de forma clara cómo se conforma el grupo de afectados.

¿Quién debe considerarse como destinatario de la opción?

El legislador comunitario admite que esa voluntad pueda expresarse de **forma tácita**. Al nacional le corresponde determinar con precisión qué concretos actos pueden ser tomados como ejercicio de ese derecho. Necesidad de aplicación muy restrictiva.

En una acción *opt out*, necesidad de regular un “llamamiento” a los afectados para que puedan ejercitar la opción de auto-excluirse. Regulación de esa comunicación como acto de parte previo al proceso.

En una acción *opt in*, la determinación de los adheridos debe simplificarse (v. gr. mediante certificación de la entidad habilitada).

Momento para el ejercicio de la opción

Opción de exclusión:

- Como debe estar referida a una acción concreta, su ejercicio no es razonable que se pueda anticipar al inicio del proceso.
- El límite temporal hasta el que puede ejercitarse la opción debiera establecerse con claridad. Una propuesta interesante es fijarlo en el inicio del juicio.
- No parece razonable que la opción pueda ser posterior al momento de la sentencia.

Opción de inclusión:

- Puede ejercitarse antes de la interposición de la demanda. Habría que determinar un número mínimo de afectados para que la acción fuera admisible.
- Podría quedar abierta hasta un momento avanzado del proceso, como el inicio del juicio.

-
- **Muchas gracias por la atención.**