

La tutela extrajurisdiccional de los derechos e intereses colectivos

Ana Montesinos García

Profesora titular de Derecho Procesal
Universitat de València.

*Abstract**

Por un lado, las acciones colectivas se han ido incorporando con el paso del tiempo en los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, a la vez que las instituciones europeas abogan por su empleo bajo una serie de principios comunes armonizadores que respeten las tradiciones europeas. Por otro lado, las fórmulas de resolución de conflictos alternativas a la justicia, especialmente el arbitraje y la mediación, han ido adquiriendo un éxito considerable que cada día cuenta con mayores adeptos. Ha llegado pues el momento, al menos de plantearnos, si ambas fórmulas pueden combinarse, es decir, si pueden interponerse acciones colectivas en sede extrajurisdiccional. Al análisis de esta cuestión se dedica este trabajo.

On the one hand, Collective actions have been incorporated into the different European legal systems and the European Institutions recommend their use under a set of principles that should be common across the Union, while respecting the different legal traditions of the Member States. On the other hand, alternative dispute resolution methods, especially arbitration and mediation, have experienced over the last years an increasing success. Thus, we wonder whether these two approaches can be combined. In other words, we consider the possibility to settle collective disputes by out of court proceedings. Therefore this article aims to analyze this feasibility.

Title: Collective Alternative Dispute Resolutions

Keywords: Alternative Dispute Resolution, arbitration, mediation, collective redress.

Palabras clave: La resolución extrajurisdiccional de conflictos, arbitraje, mediación, acciones colectivas

* Estudio redactado en el marco del Proyecto de investigación "Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de Justicia", (DER2016-74945_R).

Sumario

1. Introducción

1.1. La necesidad de una tutela que proteja los derechos e intereses colectivos

a. Estado de la cuestión

b. Tipología de derechos e intereses colectivos

1.2. Las acciones colectivas

a. Panorama de las acciones colectivas en Europea

b. La inoperancia práctica de la tutela judicial colectiva. Búsqueda de alternativas extrajurisdiccionales

2. El arbitraje colectivo

2.1. La posible interposición de acciones colectivas en el marco de un arbitraje

a. El arbitraje: un medio de resolución de conflictos flexible y capaz de dar respuesta a los litigios masivos

b. Principales desafíos

2.2. Propuestas para su implantación

a. Necesaria regulación

b. Modelo de participación voluntaria *versus* modelo de exclusión

2.3. El arbitraje de clase (class arbitration) en Estados Unidos

a. Concepto

b. Origen y evolución

c. La tramitación del arbitraje de clase por la AAA y la JAMs

2.4. El arbitraje colectivo de consumo español

a. Competencia y legitimación

b. El procedimiento arbitral colectivo de consumo

c. Conclusión: el arbitraje colectivo de consumo no tutela intereses colectivos ni difusos

3. La mediación colectiva

3.1. La mediación intrajudicial

a. El derecho de disposición de los litigantes

b. El acuerdo de mediación homologado por el juez

c. Particularidad de la mediación en materia de consumo

3.2. La mediación extraprocesal

a. El acuerdo de mediación homologado por el notario

b. Particularidad de la mediación en materia de consumo

4. Reflexiones finales: ¿Una cuestión de tiempo?

5. Tabla de jurisprudencia citada

6. Bibliografía

1. Introducción

1.1. La necesidad de una tutela que proteja los derechos e intereses colectivos

La profunda transformación de la sociedad en la que vivimos, provocada en gran medida por el crecimiento económico y tecnológico, tiene un claro reflejo en los conflictos que en ella surgen y con ello, en los mecanismos que se necesitan para su solución (CAPPELETTI, 1974, pp. 365 - 367). Se habla de “sociedad de masas” en donde cada vez resultan más complejas las relaciones, por lo que el Derecho y por ende, el proceso, deben cumplir tareas hasta el momento desconocidas que exigen nuevos tipos de tutela (BUJOSA VADELL, 1995, p. 20).

Desde hace unas décadas se viene transitando de un contexto en el que predominaban las relaciones jurídicas singularizadas y aisladas entre sí, a otro donde prevalecen las relaciones jurídicas masivas que afectan a un amplio conjunto de personas (ARMENTA DEU, 2013, p. 11). Esta nueva categoría de relaciones puede llegar a generar daños de las mismas características que, ya sea por su carácter masivo o supraindividual, ha sacado a la luz una nueva tipología de intereses: los intereses colectivos, que trascienden la dimensión individual de los derechos subjetivos clásicos (COROMINAS BACH, 2016, p. 20).

Casos como los de la intoxicación del aceite de Colza o de la Talidomida, el envenenamiento por fibra de asbestos (Amianto), el naufragio del Crucero Costa Concordia, la comercialización desinformada de preferentes o las emisiones contaminantes de Volkswagen, entre muchos otros, muestran cuanto decimos. El Derecho se enfrenta así, ante relaciones jurídicas a gran escala, propias de la sociedad de masas y de la complejidad de las relaciones económicas actuales. En este nuevo contexto, la sociedad moderna no puede contentarse con los modos tradicionales de administrar justicia (SILGUERO ESTAGNAN, 1995, p. 39).

a. Estado de la cuestión

Los sistemas procesales civiles clásicos decimonónicos (el sistema español y en general, los sistemas europeos) tienen su base sobre un carácter individual que concibe el proceso como una contienda entre partes, cada una de las cuales ostenta la titularidad de la relación jurídico-material que se va a dirimir. Esta protección o tutela individual de los derechos e intereses legítimos no resulta suficiente para responder a los nuevos desafíos que plantea la economía de masas, no tanto porque no proporcione instrumentos que permitan tutelar al individuo, cuanto porque los nuevos condicionantes económicos y sociales aconsejan dar un tratamiento procesal conjunto a situaciones que se manifiestan colectivamente (CARBALLO PIÑEIRO, 2009, p. 18)².

En la realidad actual son numerosas las actuaciones que pueden llegar a trascender jurídicamente afectando no solo a un individuo o a un grupo pequeño de sujetos claramente identificados sino a una pluralidad de personas, en muchas ocasiones de difícil determinación. Estos sujetos no deben

² Pone de relieve cómo la tutela colectiva desborda la comprensión tradicional del proceso, CAPPELETTI en “Formazioni social e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile”, pp. 361 - 402.

verse privados del acceso a la justicia, ante la insuficiencia del sistema individualista que inspira nuestros principios informadores del proceso civil (PLANCHADELL GARGALLO, 2014, p. 38)³. La justicia exige hallar mecanismos que den una repuesta procesal a los derechos e intereses que pertenecen a un amplio número de sujetos. Sin duda, nos encontramos ante un nuevo reto para el Derecho Procesal y en este sentido, CAPPELLETTI nos habla del nacimiento de una nueva concepción de la justicia (CAPPELLETTI, 1983 y 1992)⁴.

Las acciones colectivas conviene ubicarlas en el movimiento de acceso a la justicia desarrollado a partir de la década de los sesenta, fundamentalmente en los países anglosajones. Este movimiento, además de preocuparse por las barreras económicas y sociales en el acceso al proceso, atiende a aquellas situaciones jurídicas en las que se ven afectados múltiples sujetos y con ello, a la necesaria adaptación de los tipos procesales generales a las necesidades de la tutela en masa.

Se ha llegado así a hablar de un movimiento internacional de acceso colectivo a la justicia de los intereses colectivos y de los entes que los representan (SILGUERO ESTAGNAN, 1995, pp. 187 y ss.).

Debemos, por tanto, analizar la manera de proporcionar una tutela efectiva a estas situaciones que presentan relevancia colectiva. Tengamos en cuenta que no resulta suficiente el mero reconocimiento jurídico de tales derechos (pensemos a título de ejemplo, en la cantidad de normas reguladoras de la protección de los consumidores y usuarios, o aquéllas relativas al medio ambiente), si éste no va acompañado de las correspondientes normas procesales que garanticen el acceso a la justicia⁵. El propio artículo 24 de la Constitución reconoce que “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”. La titularidad de este derecho, tal y como ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional en su STC, 1ª, 12.4.1998 (RTC 1988\64; MP: Luis Díez-Picazo y Ponce de León), no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental.

³ Como señala BACHMAIER WINTER, la tutela efectiva de estos intereses pasa por superar la noción individual de los derechos e intereses, pues la realidad nos muestra que éstos pueden ser de titularidad no individual o no exclusivamente individual. “La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español”, p. 3.

⁴ Cappelletti es el autor de la metáfora de las tres olas que describen las etapas que concluyen con las fórmulas de resolución extrajudicial de conflictos (ADR), como reacción al mal funcionamiento del modelo clásico del proceso civil. En la primera ola, durante los años sesenta, se promovió el acceso a la justicia con fórmulas de ayuda para quienes carecían de recursos económicos. La segunda ola, una década después, incorporó las acciones colectivas para proteger los derechos e intereses de los grupos, especialmente de los consumidores. La última ola, en los años ochenta, ha representado los métodos de resolución extrajudicial de conflictos.

⁵ Mientras el legislador viene prestando una atención progresiva al fenómeno de los intereses supraindividuales desde el punto de vista del Derecho sustantivo, no se ha empeñado con los mismos esfuerzos para dotar a los sujetos de ese fenómeno de unas normas clara y directamente favorecedoras de sus derechos. GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, p. 120.

La cuestión clave reside en cómo reacomodar la estructura de un proceso bipolar para dar cobertura a un elevado número de reclamaciones. Cómo justificar, en definitiva, la inclusión de una tutela colectiva que parece colisionar con la tutela individual en la que priman los derechos de defensa, principios de audiencia y contradicción, y la seguridad jurídica.

Resolver con una única respuesta una lesión masiva resulta eficiente, pero es a costa de difuminar los rasgos del interés individual presente en cada uno de los afectados común o general, es decir, a costa de prescindir de la más perfecta adecuación de la respuesta a cada caso particular, para permitir una solución, en general, aceptable: una solución que se considera satisfactoria atendiendo a las variables de coste en términos económicos y de tiempo. (LÓPEZ SÁNCHEZ, 2011, p. 8).

La incorporación al proceso de una tutela colectiva exige que se adopten con cautela nuevos mecanismos para afrontar los nuevos problemas o al menos, se readapten las figuras procesales con las que ya contamos hoy en día. Ello se debe a que los cauces tradicionales por los que se aúnan una pluralidad de pretensiones en un mismo proceso (esto es, litisconsorcio, intervención procesal o acumulación de acciones o de autos), no siempre resultan adecuados, especialmente cuando el número es tal que supone una misión difícil proporcionarles el debido tratamiento. Mientras que la alternativa que supondría interponer acciones individuales, conlleva el riesgo de la adopción de resoluciones contradictorias y con ello, una amenaza a la seguridad jurídica, además de suponer un elevado coste.

Por todo ello, la posibilidad de presentar una demanda colectiva que englobe las reclamaciones de todos los posibles afectados, parece ser la fórmula más idónea. Incluso en algunas ocasiones será la única vía posible para que las partes ante un “daño masivo” vean tutelados sus derechos, pues el desequilibrio económico que conlleva la tutela individual impide que puedan acceder a los tribunales de manera individual para defender sus derechos e intereses legítimos afectados.

En este sentido y en palabras de PLANCHADELL GARGALLO, el establecimiento de un sistema colectivo de tutela de derechos e intereses de los particulares, generalmente concretado en el colectivo de los consumidores y usuarios, está llamado a cumplir diversas finalidades: eficacia y economía procesal, protección a los demandados frente a demandas abusivas o inconsistentes, acceso a la justicia de los pequeños demandantes, freno a las actuaciones ilícitas, evitación de resoluciones contradictorias, fragmentación y optimización de costes de defensa, acumulación de multitud de pretensiones de pequeña cuantía haciendo posible su acceso a la justicia y equidistribución de las indemnizaciones (PLANCHADELL GARGALLO, 2014, p. 17)⁶. Estas ventajas avalan la conclusión de que a un problema colectivo conviene darle soluciones colectivas.

La acción colectiva ante abusos masivos y generalizados permite además visualizar ante la sociedad la dimensión que adquieren, por ejemplo, determinados fraudes – los de las entidades financieras-, así como la fuerza que pueden tener los consumidores agrupados y organizados bajo una causa legítima y común. (ADICAE, 2014, p. 5).

⁶ Además, también debemos tener en cuenta la función de prevención de comportamientos ilícitos que la tutela colectiva comporta; función que puede predicarse en países como en Estados Unidos, pero no tanto en los del *civil law*, en donde recae esta función si no exclusivamente, si mayoritariamente en los poderes públicos.

La protección de los derechos e intereses colectivos se ha hecho adoptando distintas estrategias que difieren claramente entre aquellos ordenamientos que han seguido el sistema de las acciones de clase estadounidenses, y aquellos otros, de tradición continental europea, que han adoptado otro camino. En ambos casos, la mayor preocupación que surge es la atinente a la posibilidad de que se pueda desarrollar un proceso sin que los titulares de los derechos que en el mismo se dirimen participen en él; problema que, sin embargo, no trae como consecuencia el respaldo o rechazo a las acciones colectivas. Sino que de lo que se trata es de proporcionar las mayores garantías procesales para que se respete en su máxima medida el derecho de defensa de los miembros del grupo ausentes. Estas garantías se articulan de manera diferente en los distintos países, sirviendo de modelo el estadounidense, ya sea para adoptar algunos de sus postulados, ya sea para tratar de evitar los defectos de los que adolece.

El fenómeno de las acciones colectivas supone así una auténtica revolución que comporta la reelaboración de gran parte de las instituciones sobre las que se asienta la teoría general del proceso, principalmente: la acción, la legitimación, la cosa juzgada y la ejecución (ARMENTA DEU, 2013, p. 11); aunque también de otras como, la representación, la intervención procesal, la litispendencia, los actos dispositivos, etc. Su expansión nos enfrenta a la necesidad de determinar numerosos aspectos, entre los que resulta prioritario establecer: quién puede iniciar el proceso colectivo, el control judicial, la configuración de un modelo de participación voluntaria (*opt in*) o por el contrario, de un modelo de exclusión voluntaria (*opt out*), quién debe asumir los costes del proceso, la notificación a las partes, etc. Un somero análisis del Derecho comparado permite hacernos una idea de la diversidad jurídica que plantea la tutela colectiva, a la vez que resulta sumamente complejo proporcionar una respuesta en términos de elaboración de un modelo, pues dependerá del concreto ordenamiento jurídico o sistema procesal en el que se desarrollen, que condicionará en gran medida su modo de implantación (CARBALLO PIÑEIRO, 2009, p. 27).

b. Tipología de derechos e intereses colectivos

El estudio de la tutela colectiva exige previamente diferenciar dos tipos de derechos o intereses colectivos en aras a tratar de precisar y aclarar la terminología que vamos a emplear en este trabajo. Además, dependiendo del tipo de interés o derecho en juego, como vamos a ver, se va a interponer una acción colectiva u otra.

Por un lado, existen derechos e intereses supraindividuales cuya titularidad no la ostenta un sujeto concreto y en exclusiva, es decir, no corresponden a nadie en particular. Se trata de los intereses colectivos en sentido estricto que pertenecen a la colectividad de manera indivisible y no a una persona en exclusiva, lo que provoca que encuentren difícil encaje en las estructuras tradicionales del Derecho procesal, asentado en la tutela individual de derechos, que apenas proporcionan remedios para afrontar su protección al margen de la protección que el Estado pueda conferirles⁷. Su ejercicio y defensa será siempre colectivo, a través de uno o varios entes (GONZÁLEZ CANO, 2009, p. 83).

⁷ Aunque estos derechos puedan llegar a ser tan generales que puedan confundirse con los intereses públicos, no son total o exclusivamente acogidos por el Estado como tales, sino que se deja un margen a la participación de los

En palabras de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, el interés supraindividual es una situación jurídica en que una comunidad de sujetos se encuentran - en idéntica posición - respecto a un bien del que todos ellos disfrutan simultáneamente y conjuntamente, de forma concurrente y no exclusiva, y que se ven afectados de forma unitaria por un determinado acto que a todos perjudica. Es un interés que es de todos y cada uno de ellos, en la misma medida y por el hecho de ser miembros del grupo genéricamente afectado (GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, 1999, p. 110).

El problema de la tutela de estos derechos no es tanto de carácter material, es decir, la razón no reside en una desprotección de normas materiales, sino más bien, se trata de una ausencia de mecanismos procesales que sean adecuados para responder a la tutela colectiva de tales derechos.

La irrupción de los mismos ha desafiado la dogmática tradicional y obligado a acomodar las categorías clásicas y a construir otras nuevas (ARMENTA DEU, 2013, p. 30).

Por otro lado, existen los intereses individuales de ejercicio colectivo, susceptibles de disfrute exclusivo por un sujeto, pero que pueden verse afectados de un modo homogéneo al de otros sujetos, lo que provoca que, bajo determinadas circunstancias, sea conveniente el ejercicio y defensa colectiva de los mismos. Nos estamos refiriendo a aquellos supuestos provocados por los que vienen denominándose “daños masivos” con múltiples afectados por un mismo hecho o por una misma infracción. En principio estos perjudicados tienen la opción de recurrir individualmente a la Justicia para obtener una tutela de forma individual, pero las múltiples barreras u obstáculos a tales pretensiones individuales, así como los costes elevados del procedimiento, les impide en muchas ocasiones obtener una compensación adecuada y eficaz, fundamentalmente en aquellos casos en los que el coste individual les disuade de entablar la acción. Se erige entonces el ejercicio colectivo de tales derechos como la fórmula más idónea para conseguir superar tales dificultades, y en definitiva, permitir el acceso a la justicia.

En estos últimos supuestos, como aclara LÓPEZ SÁNCHEZ, lo colectivo es el tratamiento dispensado a una pluralidad de intereses estrictamente individuales en razón de su origen común, pero la acción no es un derecho colectivo a la tutela jurisdiccional, sino la imposición de un tratamiento colectivizado a las acciones que corresponden a quienes podrían haber reclamado la tutela de modo individual (LÓPEZ SÁNCHEZ, 2011, p. 8).

Dicho esto, conviene aclarar que en el presente trabajo empleamos el adjetivo “colectivo” en su acepción genérica, de modo que englobe todos los supuestos en los que un conflicto afecta a una pluralidad de sujetos, esto es, tanto cuando hablamos de derechos o intereses supraindividuales - de los que son titulares indivisibles una colectividad o pluralidad de sujetos -, como de intereses pluriindividuales o intereses individuales homogéneos - aquéllos compartidos por un determinado colectivo que ha sufrido una lesión similar por un mismo hecho o actividad antijurídica⁸. En este sentido, el término “acción colectiva” parece el más apropiado y es el

miembros de los grupos afectados para que actúen en su defensa, tanto ante la Administración como ante los Tribunales (BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses del grupo*, p. 147).

⁸ Podemos distinguir entre el interés común y el interés colectivo. El primero, el común, corresponde a cada miembro del grupo de manera singular, repitiéndose y siendo coincidente con el de los demás componentes del grupo. Este interés no impide que cada uno de ellos pueda satisfacer de manera individual su derecho. Mientras que el segundo, el colectivo, es aquél que es de uno y de los demás, por lo que su satisfacción se verá limitada en

utilizado en nuestro país así como en otros países de nuestro entorno tales como Portugal o Francia⁹.

A su vez, cabe distinguir entre intereses colectivos y difusos según sea posible – los primeros- o no –los segundos-, identificar o determinar a los miembros interesados. Distinción esta última que hace nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil al referirse a los consumidores y usuarios, diferenciando claramente dos clases de intereses: a) los intereses colectivos, que son los de aquellos consumidores o usuarios perjudicados por un hecho dañoso, perfectamente determinado o fácilmente determinable (art. 11.2 LEC) y, b) los intereses difusos, que corresponden a los perjudicados por un hecho dañoso, sea una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación (art. 11.3 LEC).

La Ley de Enjuiciamiento Civil ha preferido no diferenciar entre intereses supraindividuales y pluralidad de intereses individuales homogéneos a la hora de configurar las especialidades procesales de la tutela de los consumidores y usuarios. La distinción que establece en el artículo 11 LEC parece atender únicamente al criterio del grado de determinación de los sujetos afectados (BACHMAYER WINTER, 2001, p. 209). En un sentido similar, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, manifiesta que la LEC ha atendido únicamente al criterio de distinción entre intereses colectivos y difusos, pero en cambio, no ha apreciado la diferencia – de mayor calado e importancia jurídica, sustantiva y procesal- que debe establecerse entre ese género de los intereses supraindividuales y lo que, en realidad, son derechos individuales, aunque puedan ser plurales y conexos; y ello pues no ha reparado en atender a la propia naturaleza jurídica de la posición afectada ni ha tenido en cuenta este aspecto a efectos de articular los respectivos mecanismos de tutela, que no pueden considerarse del todo precisos en su configuración y funcionamiento (GUTIÉRREZ DE CABIEDES, 2001, p. 140).

En todo caso, la diferencia entre interés colectivo y difuso, como aclara GONZÁLEZ CANO, no tiene relevancia en orden a la calificación de un interés como individual o particular o, de grupo o supraindividual, ya que ello depende realmente en primer lugar, de lo que se disfrute, se discuta o se pretenda, tenga el carácter de bien o derecho o situación de titularidad o uso indivisible, o no exclusivo, o en segundo lugar, de que sea un bien, derecho o situación del que disfrutaran o son titulares individualmente una colectividad determinada o no de personas (GONZÁLEZ CANO, 2009, p. 85).

la medida en que sea satisfecho el interés de los demás. Esta distinción se corresponde con la de los intereses propiamente individuales, referidos a bienes divisibles, susceptibles de apropiación y goce diferenciados, pero que por razones de protección se unen y, por otro lado, los llamados intereses colectivos, propiamente dichos, referidos a bienes no susceptibles de apropiación exclusiva, pudiendo la lesión no afectar directamente a un miembro del grupo.

Se hace referencia así a los casos en los cuales ciertas actividades producen lesiones o amenazas para los intereses de la colectividad, aunque los intereses individuales de los miembros de ese grupo no estén directamente afectados (por ejemplo, como señala TIEDEMANN, el interés supraindividual en el funcionamiento del tráfico crediticio y del mercado de capitales), mientras que en otros casos, la dimensión colectiva del problema no es tan directa, sino que hay lesiones o perjuicios individuales, respecto de los cuales su tratamiento colectivo puede facilitar su protección jurisdiccional. (BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses del grupo*, p. 66).

⁹ No así el término “acción representativa” empleado en países como Inglaterra, ni el término “acciones de grupo”, porque consideramos que no se corresponden con exactitud, sino que engloban asimismo otros supuestos.

Por último y con base en lo dicho en las líneas anteriores, conviene hacer mención a la doble vertiente de las acciones colectivas, pues según el tipo de pretensión con la que nos encontremos, pueden adoptar la forma de acción colectiva de cesación, mediante la cual se persigue el cese de una práctica ilegal, o de acción colectiva de indemnización, con la que se pretende la obtención de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

No son éstas sin embargo las únicas acciones colectivas previstas en nuestro ordenamiento. Algunas leyes sectoriales también regulan otras acciones de este carácter, como sucede a título de ejemplo con la Ley General de Condiciones Generales de la contratación que contempla expresamente, además de la acción de cesación, la acción de devolución de cantidades, la acción de retractación o la acción declarativa

Para la tutela de los intereses supraindividuales se prevé la acción de cesación, cuya regulación se encuentra en nuestro ordenamiento dispersa en distintas normas sectoriales¹⁰. En este sentido, la Propia Directiva 2009/22/CE relativa a las acciones de cesación (DOUE de 23.4.2009), únicamente se refiere a este tipo de intereses, a los que se refiere como intereses colectivos, dejando al margen los intereses pluriindividuales homogéneos. La tutela colectiva de cesación no pretende, por tanto, ser un instrumento procesal para que los afectados puedan pedir la tutela de sus intereses legítimos e individuales en un solo proceso, sino que su razón de ser es la protección de los intereses pertenecientes al colectivo¹¹.

Por su parte, los sujetos que individual y comúnmente se han visto afectados por una misma actividad ilícita y quieren reclamar los daños ocasionados, pueden agruparse en una sola posición procesal y ejercitar la acción colectiva de indemnización. Esta acción, como veremos en líneas posteriores con mayor detenimiento, se ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 8.1.2000) (en adelante LEC) -aunque limitada al ámbito de los consumidores y usuarios-.

1.2. Las acciones colectivas

Si bien el origen de las acciones colectivas cabe ubicarlo en las *representative actions* ante las *Chancery Courts* de Inglaterra en el siglo XVII, su verdadero implante y desarrollo se ha dado en Estados Unidos. En este país, ya en el año 1938 comenzaron a introducirse las primeras acciones de clase (*class actions*) de la mano de las *equity courts*. Dadas las condiciones sociales de Estados Unidos, las *class actions* se configuraron desde sus inicios como un instrumento de tutela colectiva contra la discriminación racial y de protección del medio ambiente y del consumidor (CARBALLO

¹⁰ Entre otras, Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE nº 89, de 14.4.1998; Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE nº 287, de 30.11.2007); Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE nº 274, de 15. 11. 1988), etc.

¹¹ El objetivo del legislador en la previsión de una tutela jurisdiccional de los mismos no es la articulación de un instrumento procesal para 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 individualizable. (COROMINAS BACH, 2016, p. 33). Como señala este autor (p. 42), 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.

PIÑEIRO, 2009, p. 19). En la actualidad, dominan el panorama de litigios civiles. Su empleo masivo ha generado tanto críticas como alabanzas (PLANCHADELL GARGALLO, 2014, p. 264), resultando un punto neurálgico de debate no solo jurídico sino también político. Para algunos - los más entusiastas- se han convertido en un instrumento que logra disuadir de comportamientos antijurídicos, mientras que para otros, sus detractores, la institución ha degenerado en un mecanismo de chantaje social a las empresas (LOPEZ SÁNCHEZ, 2011, p. 5). En todo caso, conviene tener en cuenta los logros alcanzados en este país, siendo especialmente prudentes en evitar trasplantes forzados de instituciones excesivamente lejanas a nuestro sistema jurídico (BUJOSA VADELL, 1995, p. 23).

a. Panorama de las acciones colectivas en Europea

En Europa se ha ido superando la desconfianza inicial hacia las acciones colectivas y cada día se defiende con mayor fuerza su utilidad, a la vez que se implantan en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, aunque limitadas en la mayoría de los casos a áreas específicas como la protección del consumidor, la competencia desleal, la protección de los trabajadores, etc¹². De modo que la tutela colectiva es ya una realidad en Europa a la que resulta imposible ponerle freno. Siendo todavía, sin embargo, muy grande la distancia que separa nuestro restringido sistema de acciones colectivas y el vasto campo de las *class actions* estadounidenses (BONET NAVARRO, 2011, p. XV).

Las respuestas por parte de los diferentes Estados han sido muy variadas, a las que se han unido iniciativas concretas por parte de las instituciones de la Unión Europea. Tras la aprobación de la Directiva 2009/22/CE sobre acciones de cesación, todos los Estados Miembros de la Unión Europea cuentan con procedimientos para interponer con carácter colectivo o representativo demandas de cesación. Sin embargo, no todos los Estados Miembros han introducido en sus legislaciones procedimientos de reclamación colectiva de indemnización pues, a diferencia de lo que ocurre con las acciones de cesación, no contamos con ninguna Directiva ni Reglamento a nivel europeo que regule la materia, y quienes lo han hecho, han actuado de una manera poco armonizada.

Los instrumentos para solicitar una reclamación de forma colectiva por un grupo de perjudicados varían considerablemente de un Estado a otro. Pionero fue Portugal, en donde se admite la acción colectiva (acción popular) en cualquier sector del Derecho. Le suceden Suecia, Noruega y Dinamarca que regulan asimismo la tutela colectiva con carácter general. Destacan los Países Bajos, que en el año 2005 implementaron la transacción colectiva -para indemnizaciones pecuniarias respecto de daños masivos-. Por su parte, en Inglaterra y Gales se ha adoptado la "group litigation order" además de la "representative action" y en Alemania, la técnica de elaborar un proceso modelo o tipo.

¹² En algunos países de la Unión Europea las acciones colectivas se circunscriben a sectores muy específicos, como ocurre en España y Finlandia -ámbito del consumo-, o en Alemania - inversión de capitales-.

Ante tal diversidad, ha llegado el momento en el que se ha considerado necesario actuar a escala de la Unión Europea y desarrollar mecanismos de tutela colectiva - no ya de cesación, sino de indemnización-. De modo que la potenciación de las acciones colectiva se ha instaurado en la agenda de las Instituciones Europeas.

Si bien la Comisión Europea lleva varios años trabajando en el desarrollo de normas europeas sobre acciones colectivas en el ámbito del Derecho de la competencia y de los consumidores¹³, no ha sido hasta el año 2013 (11 de junio) que ha publicado la Recomendación sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de acción colectiva, tanto judicial como extrajudicial, de cesación o de indemnización en los Estados Miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión¹⁴ (que vino acompañada de la correspondiente Comunicación¹⁵). Se trata de un instrumento no vinculante pero que no por ello debe dejar de reconocérsele el debido mérito, ya que por vez primera se traza un sistema de recurso colectivo basado en unos principios jurídicos comunes de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados Miembros (COROMINAS BACH, 2014, p. 547).

Consciente la Comisión Europea de que los mecanismos de solución consensuada de litigios pueden desempeñar un útil papel complementario en el ámbito de las acciones colectivas, ha considerado útil dar un paso más y recomendar a los Estados Miembros que desarrollen mecanismos alternativos de solución de litigios colectivos¹⁶. En este sentido, en su Recomendación de 2013, la Comisión insta a los Estados a que aseguren que se anime a las partes de los litigios surgidos en supuestos de daños masivos a resolver la cuestión indemnizatoria de

¹³ Ejemplo de cuanto decimos es el Libro Verde de 19 de diciembre de 2005, «Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia» y su correspondiente Libro Blanco «Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia» de 2 de abril de 2008, en el cual ya se incluían propuestas sobre acciones colectivas específicas contra las prácticas contrarias a la normativa de competencia.

En el ámbito del consumo, se publicó ese mismo año el Libro Verde sobre acciones colectivas de los consumidores. Por su parte, el Comité Económico y Social Europeo emitió un Dictamen sobre el tema: «Definición del papel y del régimen de las acciones colectivas en el ámbito del Derecho comunitario del consumo» en donde se subrayaba el objetivo de crear una acción colectiva comunitaria. En enero de 2011, la Comisión Europea lanzó una Consulta Pública: “Hacia un planteamiento europeo más coherente del recurso colectivo”, con el fin de alcanzar un enfoque coherente de las acciones colectivas de la Unión Europea. Un año después, el 2 de febrero de 2012, el Parlamento Europeo publicó la Resolución “Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo”, en la que acoge con satisfacción la labor de la Comisión en busca de una solución coherente europea de las acciones.

¹⁴ DOUE L 201/60 de 26.07.2013.

¹⁵ Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo” (COM (2013) 401 final).

¹⁶ Previsión que resulta novedosa si tenemos en cuenta que la normativa comunitaria sobre ADR -principalmente, la Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; la Directiva 2013/11/UE de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y el Reglamento n° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo-, ha sido redactada sin tener presentes las acciones colectivas.

forma consensuada o extrajudicial¹⁷. Refleja así esta Recomendación que las propias instituciones europeas son partidarias de la tesis que proponemos en este trabajo y que vamos a analizar en las líneas siguientes, es decir, que los conflictos colectivos puedan resolverse a través de métodos extrajudiciales.

b. La inoperancia práctica de la tutela judicial colectiva. Búsqueda de alternativas extrajurisdiccionales

A pesar de las ventajas y bondades que la actuación colectiva presenta y el hecho de que, al menos teóricamente, tenga la potencialidad para facilitar una mejor protección, entre otros, de los intereses de los consumidores y usuarios, su utilización práctica no ha conseguido consolidarse en nuestro país (PLANCHADELL GARGALLO, 2017, p. 75).

Puede resultar paradójico pero es una realidad que gran parte de los casos en los que se han tratado de resolver conflictos relativos a daños masivos no han logrado tramitarse como acciones colectivas, sino que lo han hecho mediante acciones individuales¹⁸. Consecuentemente, la existencia de múltiples afectados en los procesos judiciales tramitados por vías diferentes a la acción colectiva ha generado dificultades y dilaciones muy acusadas, que de haberse resuelto bajo la fórmula de las acciones colectivas se hubieran evitado muchos de los problemas acaecidos. Piénsese a título de ejemplo en el caso de la presa de Tous en el año 1982 que puso de manifiesto evidente, la incapacidad del sistema jurídico español para dar una respuesta adecuada a este tipo de situaciones.

Uno de los exponentes, junto al del aceite de Colza, más evidentes de cómo falla el sistema cuando se enfrenta a situaciones en las que aparecen involucrados múltiples afectados fue el caso de la Presa de Tous en 1982, calificado por SILGUERO ESTAGNAN como un auténtico calvario procesal, que se hubiera podido evitar en gran medida, de haberse sustanciado el proceso en nombre del grupo global de afectados. El gran número de afectados (aproximadamente 35.000) originó importantes problemas procedimentales (apoderamientos notariales masivos, reiteración de denuncias por los mismos hechos, intervención judicial de hasta 17 juzgados diferentes, etc.) (SILGUERO ESTAGNAN, 1995, p. 348).

El ordenamiento jurídico español ha ignorado tradicionalmente la tutela de los derechos e intereses colectivos, especialmente en lo que al proceso civil se refiere. De hecho, la Ley de

¹⁷ Señala al respecto MARTÍNEZ GARCÍA, que resulta cuanto menos paradójico el cambio de perspectiva, cuando la propia Directiva de Mediación en asuntos civiles y mercantiles excluye expresamente la mediación en litigios de consumo por razón del peligroso desequilibrio existente en una mesa de negociación entre empresario y consumidor. Sin embargo, manifiesta esta autora, es una realidad que negociar “colectivamente” consumidores frente a un empresario cambia cualitativa y cuantitativamente el eje de fuerzas y se puede, entonces, hablar de un equilibrio de poderes. (MARTÍNEZ GARCÍA, “Sentencia de 15 de julio de 2010: El concepto de interés difuso. La legitimación colectiva por interés difuso. Ejecución de sentencias dictadas en procesos colectivos”, p. 1330).

¹⁸ Sí han logrado tramitarse por esta vía, entre otros, casos como el de los préstamos de la academia de inglés “Opening” (SAP Sevilla, Civil Sec. 5ª, 22.1. 2004, (AC 2004/406; MP: Conrado Gallardo Correa) o el de la condena a la compañía concesionaria de la autopista en la que quedaron atrapados numerosos vehículos como consecuencia de un fuerte temporal (SAP Burgos, Civil Sec. 3ª, 31.07.2006, (AC 2007/108; MP: María Esther Villimar San Salvador).

Enjuiciamiento Civil de 1881 (Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento Civil, BOE nº 36, de 5. 2. 1881) se asentó sobre unos pilares claramente individualistas. No ha sido hasta la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 que se ha tratado de ofrecer una respuesta procesal a los problemas que la protección de tales derechos puede acarrear. Sin embargo, la regulación ha sido deficitaria, tanto porque ha reducido su ámbito de aplicación a los intereses y derechos de los consumidores y usuarios¹⁹ (que si bien suponen una parte importante de los sujetos que pueden verse afectados por daños masivos, no son los únicos), como porque resulta a todas luces incompleta, sin lograr proporcionar una adecuada respuesta a las complejas realidades que las acciones colectivas plantean en la práctica procesal, además de deparar múltiples problemas de interpretación.

Si bien este trabajo se limita al proceso civil, debemos al menos mencionar que los intereses colectivos también se recogen y protegen en otras leyes fuera de este orden. Téngase como ejemplo, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, cuyo capítulo VIII regula el proceso de conflictos colectivos, a través del cual se tramitan las demandas que afectan a un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual. Asimismo, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 31) reconoce como interesados en el procedimiento administrativo, a los titulares de intereses legítimos, individuales o colectivos, y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en sus artículos 18 y 19, reconoce capacidad y legitimación a determinadas entidades para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos²⁰.

Bien es cierto que con anterioridad, tanto la Constitución (art. 51.1 CE) como la LOPJ (art. 7.3) ya reconocían la protección de los derechos colectivos, pero sin regularse unas verdaderas acciones colectivas. Distingue así varias fases en la evolución de las leyes españolas en esta materia, SILGUERO ESTAGNAN: La inicial, en la que se establecen las bases para el reconocimiento de la legitimación a las asociaciones de consumidores y a los grupos para la defensa de los intereses colectivos (arts. 20 LGDCU y 7.3 LOPJ). La segunda fase, en la que se produce un reforzamiento de los intereses colectivos de los consumidores a través de leyes tan diversas como las que regulan la publicidad, la competencia desleal o las condiciones generales de la contratación. Y la tercera fase, en la que se establece la regulación de la tutela procesal de estas acciones colectivas, por vez primera en nuestro Derecho, mediante la LEC de 2000, completada en lo referido a las acciones colectivas de cesación, por la Ley 39/2002, de 28 de octubre así como por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (SILGUERO ESTAGNAN, 2013, p. 617).

En todo caso, nuestra norma procesal no ha instaurado un procedimiento *ad hoc* específico para la tutela de los derechos e intereses colectivos de los consumidores, pero sí ha establecido diversas

¹⁹ Que extiende al campo de las condiciones generales de la contratación. Recordamos que la LEC ha introducido una Disposición Adicional Cuarta en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que impone que las referencias contenidas en la misma (es decir, en la LEC) a los consumidores y usuarios, deberán entenderse realizadas a todo adherente, sea o no consumidor o usuario, en los litigios en que se ejerciten acciones individuales o colectivas derivadas de la LCGC.

²⁰ En este ámbito recomendamos la lectura de GONZÁLEZ CANO, *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*, 1997.

normas especiales cuando lo ha estimado oportuno. De este modo, los artículos 6, 11, 15, 76, 217, 221, 222, 249, 250, 256.6 y 519 LEC, regulan aspectos tan diversos como la capacidad, la legitimación, la publicidad y el llamamiento al proceso, la determinación de los integrantes del grupo, la acumulación de procesos, los requisitos internos y efectos de la sentencia y la ejecución. Tal dispersión normativa ha justificado que algunos expertos en la materia hayan manifestado que hubiera sido preferible a estos efectos, el establecimiento de una ley de acciones colectivas o, en su defecto, la previsión de un proceso especial en la propia LEC, que hubiera aclarado cuestiones básicas como la competencia judicial o la concurrencia entre los procesos colectivos y los individuales. Serán, por tanto, los órganos judiciales quienes lleven a cabo esta integración, sin duda necesaria (SILGUERO ESTAGNAN, 1995, p. 622).

La experiencia judicial española de los últimos años ha permitido poner de relieve las limitaciones intrínsecas de las que adolece el sistema de tutela colectiva de nuestra ley procesal civil. Uno de los principales obstáculos con los que se han encontrado las acciones colectivas interpuestas ante los tribunales, ha sido la rigurosa exigencia por parte de nuestros jueces de la necesaria concurrencia de un hecho dañoso común en todos los afectados que justifique la existencia de las mismas. Incluso en supuestos en los que el daño colectivo común a la pluralidad de afectados resultaba inequívoco, han sido múltiples las dificultades que se han generado a la hora de establecer criterios homogéneos para la determinación de los daños y perjuicios que deben ser objeto de reparación (FERRERES COMELLA y LÓPEZ DE ARGUMEDO, 2012, p. 111).

También nos hemos encontrado con serias dificultades a la hora de cumplir las exigencias de una debida notificación. En el supuesto en el que los consumidores estén determinados o sean de fácil determinación, la parte actora (es decir, la asociación o entidad que interponga la acción) debe comunicar previamente su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados (art. 15 .2 LEC), para que puedan intervenir en el proceso. Esta exigencia de notificación, no siempre resulta sencilla, además de poder llegar a resultar excesivamente costosa. A lo que cabe añadir que, como han constatado FERRERES COMELLA y LÓPEZ DE ARGUMEDO, nuestros tribunales han prestado especial atención a la mencionada obligación de comunicación previa y han exigido su cumplimiento con notable rigor, sobre la base de dos premisas (2012, p. 113):

a) Limitando los supuestos en los que cabe entender que los consumidores perjudicados por un hecho dañoso son una pluralidad de consumidores y usuarios indeterminada o de difícil determinación, para los que resulta suficiente que se publique la admisión de la demanda en un medio de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión, con suspensión del procedimiento durante dos meses (art. 15 .3 LEC)²¹.

²¹ Véase a título de ejemplo la STS, 1ª, 29.12. 2010 (RJ 2011\148; MP: Jesús Corbal Fernández), en donde el Tribunal Supremo manifestó que, cuando nos hallamos ante usuarios perjudicados por la suscripción de contratos bancarios, los intereses en juego no son intereses difusos, sino colectivos.

b) No admitiendo argumentos relativos a las dificultades prácticas que en ocasiones puede ocasionar el cumplimiento de aquella comunicación previa y rechazando, por ende, peticiones de disculpa de tal obligación, así como exigiendo cumplida prueba de la práctica de aquella comunicación previa²².

Tengamos en cuenta que en ocasiones la determinación de los sujetos puede resultar sencilla (pues se cuenta con los datos necesarios para ello) pero pueden llegar a ser miles o millones de perjudicados dispersos geográficamente. En otros casos, la determinación puede llegar a ser sumamente complicada, convirtiéndose en una tarea casi diabólica la de la asociación que desea interponer la demandada colectiva y necesita información de la entidad demandada. En tal supuesto, si bien es cierto que cuenta con la diligencia preliminar prevista en el artículo 256.1 LEC, por medio de la cual podrá solicitar al órgano judicial que adopte las medidas oportunas para tal averiguación, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación, se ha constatado que son numerosos los obstáculos con los que se han encontrado en la práctica las asociaciones de consumidores cuando, con objeto de cumplir con la preceptiva comunicación previa y por medio de mencionada diligencia preliminar, han solicitado, por ejemplo, a las entidades financieras la entrega de los listados que contienen los datos personales de los clientes que han contratado determinados productos bancarios.

Muestra de cuanto decimos puede observarse en la actitud de nuestro Tribunal Constitucional en su STC, 1ª, 7. 5. 2012 (RTC 2012\96; MP: Manuel Aragón Reyes), en donde consideró que la entidad bancaria (BBVA) no podía entregar los datos personales de los clientes que hubieran suscrito determinados productos financieros sin su previo consentimiento, para su posterior traspaso a una asociación de consumidores que pretendía iniciar un proceso para la defensa de intereses colectivos. El Alto Tribunal admitió la alegada vulneración del artículo 18 CE (derecho a la intimidad y protección de datos), al considerar que se trata de una medida prevista por la ley que carece del canon reforzado de justificación y no cumple con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad exigidos para cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales.

Y estos no son los únicos costes que debe afrontar la asociación que interpone la demanda, que asimismo tiene la obligación de sufragar los gastos y costas procesales – en el supuesto en el que fuera condenada a ello-. Al respecto, si bien estas asociaciones podrán ser beneficiarias del derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 2.c.1 LAJG), dicha asistencia no cubre todos los gastos, como pueden ser aquéllos de información previamente mencionados o los de sus abogados – que no sean del turno de oficio-. Todo ello no hace sino poner freno a la iniciativa de las asociaciones que se plantean interponer una demanda colectiva.

Además de tales trabas, ORTELLS RAMOS incluye, entre las causas que han obstaculizado el funcionamiento del modelo español de acciones colectivas, las dudas existentes sobre la atribución de la legitimación regulada por el artículo 11 LEC. Como señala este autor, estas dudas jurídicas pueden frenar la iniciativa de las asociaciones que, en principio y por tener cumplidos los requisitos administrativos que la LEC impone, tengan la calidad necesaria para presentar

²² Especialmente meticulosa se muestra con este requisito la Audiencia Provincial de Sevilla, en su SAP Sevilla, Civil Sec. 5ª, 22.1.2004 (AC 2004\406; MP: Conrado Gallardo Correa).

demandas colectivas. Las legitimaciones de este precepto están previstas únicamente respecto de pretensiones de consumidores y usuarios²³. Y en ocasiones no resulta tan claro determinar si los sujetos en cuestión ostentan tal condición. Este problema no se plantearía si una legitimación para pretender tutela en favor de una pluralidad de titulares de derechos individuales no estuviera sujeta a tales acotaciones subjetivas (ORTELLS RAMOS, 2016, pp. 18 y ss).

Y por último, también conviene hacer referencia a las frecuentes reticencias de los titulares de los derechos que se afirman perjudicados y cuya tutela la asociación se propone demandar y, por tanto, pueden ser afectados por el proceso. Muchos de ellos se muestran desconfiados ante el sistema de la tutela colectiva y prefieren resolver su litigio de manera individual, en lugar de acudir a la posibilidad ofrecida por el artículo 15 LEC que prevé la posible intervención individual de los interesados en los procesos iniciados por una demanda colectiva, -entendemos para respetar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva-. Al mismo tiempo debemos reconocer que esta posibilidad puede llevar a que se complique la actividad procesal, poniendo en evidencia precisamente la eficacia de la regulación para el tratamiento de litigios masivos (ORTELLS RAMOS, 2016, pp. 25)²⁴.

A la vista de lo expuesto, ha quedado manifiesto que la regulación actual de las acciones colectivas en la vía judicial resulta insuficiente para atender a la tutela de los intereses colectivos. Los obstáculos con los que nos encontramos en la práctica limitan la proliferación de este tipo de acciones, cuya presencia es todavía simbólica en comparación con otros países.

Las falencias del sistema procesal de acciones colectivas han llevado a cuestionarnos la posible introducción de métodos alternativos de resolución de conflictos en el terreno de la tutela de los intereses colectivos. Recordamos además, que en este mismo sentido, se orienta la Recomendación del año 2013 de la Comisión Europea.

En esta línea, algunos países de nuestro entorno han ensayado mecanismos de resolución de conflictos encaminados a mitigar las principales desventajas de la litigiosidad colectiva. Particularmente, se ha tratado de reducir el coste de gestión de esos procesos, facilitar el resarcimiento a quienes de otro modo probablemente no acudirían a la Justicia, lograr mayor rapidez en la resolución de estos conflictos, reducir las excesivas formalidades que se imponen en la vía judicial, etc. (FERRERES COMELLA y LÓPEZ DE ARGUMEDO, 2012, p. 116). Entre otros, se han

²³ Y, por extensión, de adherentes en materia de condiciones generales de la contratación (DA6ª LEC).

²⁴ Como señala este autor, la salida habrá que buscarla en otros modos de respetar el contenido esencial de aquel derecho fundamental que no impongan, inevitablemente, que cada titular de un derecho individual afectado pueda realizar todos los actos procesales propios de un parte en un proceso de declaración.

Por todo ello, este autor llega a concluir que la imprecisión de la regulación, la extrema dificultad de su aplicación, junto con otros problemas probablemente relacionados con el régimen de financiación de esta clase de litigios y con los riesgos que genera el régimen de condena en costas, pueden explicar que el modelo legal de petición de tutela judicial con eficacia colectiva en Derecho español no tenga la aplicación que sería esperable, atendida la necesidad de este tipo de tutela judicial en la realidad social (p. 26).

propuesto mecanismos tales como la transacción²⁵, el arbitraje o incluso la mediación. A estos dos últimos métodos de resolución de conflictos vamos a dedicar las líneas siguientes.

2. El arbitraje colectivo

El arbitraje es uno de los métodos de resolución de conflictos alternativo a la justicia que mayor éxito y desarrollo ha conseguido alcanzar en la práctica. Sin embargo, no se ha empleado hasta el momento para la tutela colectiva de derechos e intereses en Europa (ni concretamente en nuestro país), pues encontramos múltiples obstáculos que dificultan su aplicación en este terreno.

Ni siquiera ninguna institución arbitral europea ha previsto alguna suerte de acción colectiva en sus reglamentos, con la excepción de la Institución Alemana de Arbitraje (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*, DIS), que en su Reglamento complementario para disputas societarias (*Ergänzende Regeln für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten*), regula una especie de arbitraje colectivo “sui generis” para este tipo de conflictos.

2.1. La posible interposición de acciones colectivas en el marco de un arbitraje

Hoy en día hablar de arbitraje colectivo en Europa resulta, cuanto menos, sorprendente. Los principales rasgos que caracterizan esta institución, tales como la rapidez, antiformalismo, voluntariedad, confidencialidad y flexibilidad, chocan a primera vista frontalmente con los rasgos de las acciones colectivas. Pero, como vamos a ver a continuación, el arbitraje colectivo es ya una realidad en algunos países, especialmente en Estados Unidos, que está arrojando resultados ciertamente positivos que nos invitan, al menos a plantearnos, la posible viabilidad del mismo en los sistemas continentales.

- a. El arbitraje: un medio de resolución de conflictos flexible y capaz de dar respuesta a los litigios masivos

A la hora de abordar esta propuesta, partimos de una premisa básica: el arbitraje es una institución considerablemente flexible que se encuentra en constante evolución, adaptándose a las circunstancias de las nuevas realidades. ¿Quién nos iba a decir hace no tantos años que los árbitros iban a poder adoptar medidas cautelares? Tampoco pensábamos que se iba a permitir la intervención de terceros en el arbitraje, o que determinadas materias, tales como las disputas administrativas o sobre Derecho de la competencia iban a ser arbitrables. Desconocíamos la

²⁵ En los Países Bajos existe la llamada Ley sobre Transacciones Colectivas en materia de daños en masa (*Wet collectieve afwikkeling massaschade- WCAM*) de 2005. Esta ley regula la posibilidad de celebrar transacciones colectivas para obtener indemnizaciones pecuniarias respecto de daños masivos. Véase al respecto, VAN DER HEIDJEN, “Class Actions/les actions collectives”, 2010.

Si bien Holanda es el país de la Unión Europea que regula de una manera más amplia y completa la transacción en materia de acción colectiva, nos encontramos con otros países que, aunque de una manera más escueta, sus legislaciones también contemplan algún tipo de transacción en los procesos colectivos. Así ocurre, entre otros, en Portugal, Italia, Dinamarca, y Suecia. Fuera de la Unión Europea, el ejemplo más paradigmático que podemos encontrar de transacciones colectivas es el modelo estadounidense del “class settlement”, en donde un número muy elevado de procesos colectivos finalizan con un acuerdo.

figura del árbitro de emergencia, etc. Todo ello ha demostrado que el arbitraje tiene una enorme capacidad para sorprendernos y tal vez, en un futuro próximo nos depare una nueva sorpresa, la que planteo en estas líneas²⁶.

Debemos tener en cuenta que el arbitraje es una institución que destaca por ciertas virtudes que pueden llegar a resultar sumamente útiles cuando ante litigios que afectan a una multitud de personas nos encontremos. Entre otras, conviene recordar la especialización que ostentan los árbitros respecto de las materias que son objeto de la controversia a resolver, lo que inevitablemente redundará en una mayor eficacia y premura a la hora de decidir las difíciles cuestiones que en los procesos colectivos pueden llegar a plantearse. Las partes ostentan la capacidad de elección del árbitro/s que va dirimir el conflicto, pudiendo escoger a expertos en la materia en cuestión, lo que garantiza una resolución más justa, acorde con la realidad y adecuada a las expectativas de las partes, además de aportar un mayor pragmatismo a la decisión final.

En la resolución del laudo, la especialización de los árbitros conllevará asimismo que el conflicto no se demore más de lo necesario. La respuesta de los árbitros será más ágil y rápida, y ello a pesar del elevado número de cuestiones que pueden llegar a plantearse en un proceso colectivo con múltiples partes. Es cierto que el arbitraje colectivo puede desvirtuar la rapidez que caracteriza a la institución arbitral, si bien pensamos que la “cuestión colectiva” en todo caso, se resolverá con mayor premura en sede arbitral que en sede judicial.

La resolución de conflictos en los que se ven involucrados un número elevado de sujetos, puede llegar a solventar en sede arbitral gran parte de las dificultades que se plantean a la hora de determinar el tribunal competente, especialmente cuando nos enfrentemos ante un litigio colectivo de carácter internacional, pues las propias partes podrán decidir el mismo de acuerdo a sus expectativas y necesidades. Este poder de libre disposición de las partes que caracteriza al arbitraje, se refleja asimismo en la autonomía de la voluntad que ostentan a la hora de decidir cuestiones procesales tales como el lugar, idioma e incluso la ley aplicable al arbitraje. La libertad de las partes y la flexibilidad propia de la institución arbitral permite que puedan evitarse, o al menos atemperarse, muchos de los obstáculos que dificultan la viabilidad práctica de las acciones colectivas en sede judicial.

Todavía encontramos mayores ventajas cuando ante disputas colectivas internacionales nos encontramos, respecto de las cuales, a diferencia de los procesos judiciales, el arbitraje ofrece beneficios considerables, fundamentalmente en lo que se refiere al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, que cuenta con un instrumento internacional eficaz como es el Convenio de Nueva York de 1958, al que España se vinculó en 1977.

A todas estas ventajas no podemos dejar de añadir la relativa a la propia naturaleza de la institución arbitral que lleva inherente, en gran número de ocasiones, la voluntad y actitud proclive de las partes en aras a lograr un acuerdo que ponga fin a la controversia.

²⁶ Precisamente a su evolución y a la capacidad constante para sorprendernos se refiere JÚDICE, cuando manifiesta que el arbitraje ha conseguido adaptarse constantemente a las nuevas realidades y cambios. JÚDICE, “Collective arbitration in Europe: the European way might be the best way”, p. 47.

b. Principales desafíos

A primera vista parece que las acciones colectivas y el arbitraje son incompatibles (TUCHMANN, 2009, p. 327), siendo múltiples las trabas con las que nos encontramos a la hora de valorar la posibilidad de que a través del mismo puedan tutelarse intereses o derechos colectivos. Ni las leyes procesales, ni las leyes arbitrales, ni siquiera los Reglamentos de las instituciones arbitrales de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea, se han pronunciado expresamente sobre esta cuestión, lo que dificulta si cabe más aún su admisibilidad práctica. Son, por tanto, varios los desafíos a los que debe enfrentarse el arbitraje si se pretende que a través del mismo puedan interponerse acciones colectivas. A ellos vamos a dedicarnos a continuación.

En primer término, debemos referirnos a la naturaleza voluntaria y al carácter consensual que ostenta el arbitraje y que lo distingue de la jurisdicción. Sólo las partes que de manera voluntaria deciden resolver su conflicto a través de esta institución, ya sea un arbitraje *ad hoc*, ya sea un arbitraje institucional, pueden verse comprometidas por el mismo. Los sujetos tienen plena libertad a la hora de disponer cómo quieren solucionar su controversia, de modo que nadie puede verse compelido a acudir al mismo. Razón que justifica que en el supuesto de admitir un arbitraje colectivo, la intervención en el mismo se lleve a cabo a través del modelo de participación voluntaria (modelo *opt in*), sin que pueda verse afectado ningún sujeto que de manera voluntaria no haya optado por acudir a este medio de resolución de conflictos.

En segundo lugar y en íntima conexión con la naturaleza voluntaria del arbitraje, debemos hacer frente a la extensión subjetiva de la cosa juzgada del laudo. Como todos sabemos, los laudos arbitrales producen únicamente efectos *inter partes*, esto es, tan solo frente a quienes han sido parte en el mismo proceso arbitral. La fuerza vinculante del laudo se convierte así en el principal desafío al que se enfrentan las acciones colectivas en la vía arbitral.

Por el contrario, las sentencias que ponen fin a los procesos colectivos en sede judicial excepcionan la tradicional regla *res iudicata inter partes* y presentan efectos *erga omnes*, produciendo el efecto de cosa juzgada en relación con todos los sujetos afectados o perjudicados por el hecho que se decide en el proceso, se hayan personado o no en el mismo.

Si trasladáramos al arbitraje lo dispuesto en sede judicial, podría suceder que sujetos que no han querido resolver su conflicto a través del arbitraje, se vieran afectados por un laudo arbitral que no abriga sus expectativas, impidiéndoseles el acceso a la vía judicial; lo que supondría claramente una vulneración del derecho al debido proceso. De modo que, somos partidarios de que si se admitieran las acciones colectivas en sede arbitral, se tendría que respetar en todo caso, que el resto de sujetos que no han intervenido en el arbitraje, estando legitimados para ello, pudieran acudir a los Juzgados y Tribunales para defender sus derechos e intereses (MARÍN LÓPEZ, 2005, p. 183).

Debemos tener en cuenta asimismo un tercer aspecto que implica a una de las características más genuinas del arbitraje como es la confidencialidad, por ser ésta una de las principales razones por

las cuales se acude a este medio de resolución de controversias. Resulta extremadamente complicado que se siga respetando la confidencialidad en los arbitrajes colectivos, en los que se debe dar la publicidad necesaria para conseguir que acudan al llamamiento el mayor número de partes perjudicadas²⁷. Otra cosa será que, una vez iniciado el proceso, las partes deban cumplir con el deber de confidencialidad y que las audiencias no sean públicas, lo que si podrá tratar de respetarse. Pero tal vez, el aliciente que supone, por ejemplo, para muchas empresas, que su causa no sea pública, no va a conseguirse con el arbitraje colectivo, al menos no en su integridad.

Un cuarto problema, y no por ello menos importante, al que debe hacer frente el arbitraje colectivo es el relativo al reconocimiento y ejecución en el extranjero del laudo. Puede resultar extremadamente común que el laudo que ha resuelto una acción colectiva deba ejecutarse en distintos países. Nos preguntamos si un país que no admite la posibilidad de dirimir acciones colectivas a través del arbitraje procedería a reconocer un laudo que así lo ha hecho en otro país.

El Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958 presume que los laudos arbitrales provenientes de los Estados contratantes serán reconocidos y ejecutados, pero esta presunción se desvirtúa en determinadas ocasiones en las que se puede recurrir a la oposición del reconocimiento del laudo; supuestos que el mismo Convenio enumera taxativamente en su artículo V. Entre otros, el artículo V.1.b manifiesta que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo a instancia de la parte contra la cual es invocada, si prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: “*Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa*”. En este sentido, cualquier miembro del grupo que no fue debidamente notificado de la acción colectiva en sede arbitral, podría oponerse al reconocimiento del laudo.

No sólo este precepto del Convenio podría ser objeto de oposición, también podrían alegarse los artículos V.1.d (“d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes”) o, V.2.b (“b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”) (PINTO MONTEIRO y JUDICE, 2012, p. 203).

Pero no son éstos los únicos desafíos que debe afrontar el arbitraje colectivo, sino que son otros muchos los interrogantes que plantea y que deben tratar de resolverse para su efectiva implantación, como son: la arbitrabilidad de la controversia²⁸, el cumplimiento efectivo del llamamiento y notificación del arbitraje colectivo, la validez de la cláusula arbitral colectiva²⁹, etc.

²⁷ Muestra de cuanto decimos puede observarse en el proceder de la *American Arbitration Association* (AAA), que al regular los arbitrajes de clase, dejó de proteger la confidencialidad, estando la mayoría de sus laudos disponibles al público a través de su web.

²⁸ Especialmente en aquellos países que ni siquiera regulan en sus normas procesales civiles las acciones colectivas en sede judicial.

²⁹ En el supuesto de encontrarnos ante una cláusula arbitral en un contrato, lo primero que tendremos que analizar es si la misma se pronuncia sobre la posibilidad de proceder al arbitraje colectivo, lo prohíbe o se mantiene en silencio. Un análisis detallado sobre este tipo de cláusulas en los arbitrajes de clase estadounidenses se puede observar en, HANOTIAU, *Complex Arbitrations (Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions)*, pp.

2.2. Propuestas para su implantación

Siendo conscientes de que todavía no estamos preparados para que a través del arbitraje se tutelen derechos o intereses colectivos, bien es cierto que se pueden ir dando unos primeros pasos. Para ello, resulta necesario reflexionar acerca de los parámetros o condiciones necesarias para su implantación. Veamos a continuación algunas propuestas en tal sentido.

a. Necesaria regulación

Nos planteamos, en primer lugar, si resulta necesaria una regulación que prevea la posibilidad del arbitraje colectivo y con ello, sus requisitos, condiciones y efectos. En la actualidad, hasta donde alcanza nuestro conocimiento, las legislaciones europeas no contemplan expresamente este tipo de arbitraje, no lo prohíben pero tampoco se desprende de las mismas que se ampare su viabilidad³⁰.

Para ello, debemos cuestionarnos si lo conveniente sería regular en las leyes procesales o en las leyes arbitrales de los diferentes países europeos esta posibilidad o si, por el contrario, podría resultar suficiente que las instituciones arbitrales regularan en sus respectivos Reglamentos este tipo de arbitraje y sus especificidades, tal y como ha sucedido en Estados Unidos, que sin contar con ninguna regulación ni federal ni estatal, han sido dos las instituciones arbitrales, la *American Arbitration Association* y la *Judicial Arbitration and Mediation Services*, quienes han tomado las riendas y previsto en sus reglamentos el arbitraje de clase, promoviendo así su empleo y desarrollo en todo el país.

En nuestra opinión, sin perjuicio de que las instituciones arbitrales contemplen en sus Reglamentos la posibilidad de administrar arbitrajes colectivos y la regulen de forma detallada, sería deseable que, bajo la normativa procesal propia de cada Estado se recoja, al menos, la viabilidad de interponer acciones colectivas en el marco del arbitraje. Hasta que no suceda tal proceder legislativo, son muchas las dificultades que entorpecen este tipo de arbitraje.

Entre otros, habrían de regularse aspectos tales como: los criterios que se deben imponer para admitir un arbitraje colectivo, a quién corresponde la decisión de su admisión, quién ostenta la carga de notificar a los miembros del grupo y cómo debe hacerlo, quién asume los costes del proceso, etc. Y por supuesto, se decidan dos de los aspectos claves en este ámbito, como son, el modelo de participación en el arbitraje (*opt in*, *opt out*, o un modelo mixto) y los efectos subjetivos del laudo que dirima la controversia.

En la toma de estas decisiones podrían adoptarse los mismos criterios que los establecidos en sede judicial pero amoldados al mecanismo arbitral, tal y como han realizado las mencionadas instituciones arbitrales en Estados Unidos, que se han basado en las acciones de clase reguladas

266 – 274. Véase asimismo, el capítulo cuarto de la excelente monografía de STRONG, *Class, Mass and collective arbitration in national and international law*, pp. 169 -227.

³⁰ Salvo los dos arbitrajes colectivos “sui generis” español y alemán a los que hacemos referencia en este trabajo.

en las *Federal Rules of Civil Procedure*, aprovechando así la abundante jurisprudencia existente relativa a la interpretación de tales normas. Nada impide, sin embargo, que se decida -gracias a la flexibilidad permitida en el arbitraje- innovar en determinadas cuestiones que en sede judicial no pueden llegar a adoptarse.

Consideramos que asimismo convendría tomar en cuenta los parámetros y recomendaciones establecidos en la Recomendación de la Comisión Europea sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de acción colectiva, tanto judicial como extrajudicial, de cesación o de indemnización en los Estados Miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión de 2013. En ella se regulan aspectos tales como la capacidad para interponer una acción de representación, la admisibilidad de la acción colectiva, la información, la financiación, los asuntos transfronterizos, la constitución de la parte demandante, etc.; aspectos todos ellos que no pueden perderse de vista, pues se trata de las últimas tendencias en esta materia.

b. Modelo de participación voluntaria *versus* modelo de exclusión

Uno de los principales problemas que plantean las acciones colectivas reside en que un sujeto o entidad legitimada es quien incoa el proceso y pone en marcha la tutela de los derechos e intereses de otros sujetos que no han tomado tal decisión y que no van a participar en la configuración del objeto del proceso, en la adopción de un acuerdo, o en la toma de otras tantas decisiones que se van adoptando a lo largo del mismo, viéndose afectados principios tales como el dispositivo o el de contradicción. Precisamente por ello, la elección de un modelo participación voluntaria (*opt-in*) o de exclusión voluntaria (*opt-out*) no es una cuestión baladí.

Una decisión clave, por tanto, a la hora de configurar las acciones colectivas consiste en determinar el procedimiento para integrarse o quedar fuera de las mismas. Cada uno de estos sistemas presenta sus ventajas e inconvenientes.

En el primero de ellos, en el de participación voluntaria, el grupo incluye únicamente a aquellas personas que deciden optar expresamente por adherirse a la acción colectiva. En este sentido, el laudo que finalmente se adopte será vinculante para todos los miembros que formen parte del grupo. De este modo, los demás sujetos potencialmente perjudicados por similar o idéntica infracción pero que no fueron parte en el proceso, seguirán ostentando la facultad de interponer una demanda individual por los daños y perjuicios sufridos, no viéndose afectados por la cosa juzgada de la resolución. Los sistemas *opt in* preservan en mayor medida la libertad del individuo para acceder al proceso aunque pueden llegar a ser extremadamente laboriosos y costosos para, por ejemplo, las organizaciones de consumidores que tendrán previamente que identificar a los consumidores afectados. En este sentido, este modelo resulta más garantista para los derechos de los afectados, ya que la decisión que se adopte únicamente afectará a quienes efectivamente decidieron formar parte del proceso mediante su consentimiento expreso y con ello, renunciaron a formular cualquier tipo de reclamación posterior contra dicho demandando por los mismos hechos, ya sea a título individual o colectivo.

Por su parte, en el segundo modelo, el de exclusión voluntaria, el grupo se compone, a diferencia del anterior, de todos los individuos que pertenecen al grupo por haber sufrido daños o

perjuicios derivados de la misma o similar infracción, salvo en el supuesto en el que opten expresamente por desvincularse del mismo. En este caso, el laudo será vinculante para todos los sujetos que pertenecen al grupo definido excepto para aquéllos que expresamente se excluyeron. Este sistema podría mitigar las dificultades y la complejidad procesal del modelo *opt in*, sin embargo en Europa se posee una visión negativa del mismo por el riesgo de litigio excesivo que han ocasionado en Estados Unidos las *class actions* que se acogen a este sistema. Además, ha sido criticado por la posible vulneración de los derechos de defensa de los miembros del grupo que no han sido debidamente identificados e informados y que sin embargo, se ven afectados por la cosa juzgada de la decisión final.

No obstante, como recuerda COROMINAS BACH, no cabe olvidar que muchos de los intereses pluriindividuales homogéneos son 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. De modo que si bien se vulneraría el derecho de defensa del perjudicado que no fue previamente notificado, la poca entidad del daño individual, podría convertir en irrelevante dicha vulneración, especialmente en aquellos casos en los que la posibilidad de que dicho sujeto ejercitara la acción de tutela individual fuera remota (COROMINAS BACH, 2016, p. 139).

Por todo ello, entre otras razones, finalmente la Comisión Europea se ha inclinado en su Recomendación de 2013 por el método de participación voluntaria, más acorde con nuestros principios constitucionales. De modo que toda excepción a este principio debe establecerse por ley o por resolución judicial y estar debidamente justificada por motivos de correcta administración de la justicia. Solución esta última, “menos drástica desde el punto de vista constitucional pero menos efectiva desde el punto de vista de la economía procesal” (PLANCHADELL GARGALLO, 2014, p. 44).

Desde nuestro punto de vista y siendo concedores de las ventajas que un sistema *opt out* puede ofrecer -especialmente en aquellos litigios en los que la cuantía es tan ínfima que la única vía eficaz de tutela es la acción colectiva-, consideramos que en el ámbito del arbitraje la opción por la que debemos decantarnos debe ser la del modelo de participación voluntaria. Solo así se garantiza que aquellos sujetos que no han tenido conocimiento de la acción colectiva en sede arbitral, no se vean privados de tutelar sus derechos o intereses ya sea vía judicial o vía arbitral. De modo que únicamente se verán afectados por el laudo colectivo que en su día se dicte, quienes de manera expresa y voluntaria decidieron resolver su conflicto por una vía alternativa a la justicia, como es el arbitraje; lo que resulta mucho más acorde con la naturaleza consensual que caracteriza a esta institución.

2.3. El arbitraje de clase (class arbitration) en Estados Unidos

Prácticamente con el único referente con el que contamos en esta materia es el arbitraje de clase estadounidense³¹, por lo que resulta ineludible referirnos al mismo, aunque sean unas breves pinceladas.

³¹ Un mínimo esbozo de arbitraje de clase puede asimismo encontrarse en Canadá, pero todavía se encuentra en una fase muy incipiente. Véase al respecto, STRONG, “Resolving mass legal disputes through class arbitration: the

El arbitraje de clase en Estados Unidos (*class arbitration*, también conocido como *class action arbitration* o *classwide arbitration*) básicamente lo que ha hecho ha sido exportar las acciones de clase judiciales al marco del arbitraje³². Se trata de un instrumento “único” norteamericano, por medio de cual se pueden resolver numerosas reclamaciones arbitrales en un solo proceso arbitral³³. Su campo de actuación se ha centrado principalmente en las disputas surgidas en los ámbitos del consumo, empleo y derecho de la competencia; lo que no significa que se encuentre limitado a este tipo de conflictos.

Un ámbito en el que, sin embargo, no se ha empleado el arbitraje de clase es en el de los daños (*tort*); terreno en el que las partes no suelen contar un acuerdo arbitral preexistente al conflicto. Esto no quiere decir que no se pueda emplear para este tipo de litigios simplemente que encuentra más dificultades y, por tanto, en la práctica no se están tramitando arbitrajes de clase para solucionar estas controversias.

a. Concepto

Para poder hablar de arbitraje de clase, primero debemos contar con una política pro arbitraje madura y estable, así como con una cultura arbitral que confíe en este medio de resolución de conflictos. Esta es la situación de Estados Unidos, cuya Ley Federal Arbitral (*Federal Arbitration Act* – en adelante, FAA-), promulgada en 1925, manifiesta claramente una postura a favor de esta institución. Además de esta ley federal, los distintos Estados también cuentan con normativa propia en materia arbitral (elaborada en la mayoría de los Estados siguiendo los parámetros de la Ley Modelo de Arbitraje -*Uniform Arbitration Act*³⁴-).

El arbitraje de clase consiste básicamente en que una parte representante interpone una reclamación arbitral en nombre de un grupo de demandantes, que pueden estar o no identificados, y que tienen idénticos convenios arbitrales con el demandado³⁵.

Como ya hemos mencionado, estamos ante un medio de resolución de conflictos que “trasplanta” o “importa” el mecanismo de las acciones judiciales de clase al contexto del arbitraje. Por esta razón, se ha considerado que es una especie de combinación del arbitraje con las acciones de clase (BLAVI y VIAL, 2015- 2016, p. 794). Sin embargo, difiere de la litigación colectiva porque mantiene muchos de los rasgos típicos del arbitraje y además, los miembros que componen la clase se identifican porque todos ellos han asumido un convenio arbitral similar al del representante. Por otro lado, se distingue del arbitraje tradicional principalmente, por el hecho de que un

United States and Canada Compared”. El presente trabajo realiza un análisis comparativo del arbitraje de clase en estos dos países.

³² En palabras de CARBALLO PIÑEIRO, el proceso arbitral “mimetiza” el modelo de tutela colectiva implantado en el país de la sede. Recensión a la monografía de STRONG, *Class, Mass and collective Arbitration*, p. 374.

³³ “Uniquely American device”, *The President and Fellows of Harvard College v JSC Surgutneftegaz*, 770 PLI/Lit. 127, 155, 2008.

³⁴ Elaborada por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* en 1955, para promover la uniformización de las legislaciones estatales en esta materia.

³⁵ Puede suceder que se desconozca la identificación precisa de los miembros de la clase hasta varios meses después de la interposición de la reclamación arbitral, STRONG, “Does class arbitration change the nature of arbitration? Stolt- Nielsen, AT&T and a Return to first principle”.

representante de la clase presenta una demanda arbitral en nombre del resto de miembros que compone el grupo, que puede llegar a implicar a cientos o miles de personas (SCHAFLER y PASALIC, 2013, p. 3).

El arbitraje de clase en este país ha despertado todo tipo de respuestas por parte de la doctrina. Mientras algunos ensalzan su eficaz papel alternativo frente a las incómodas acciones judiciales de clase, otros se oponen seriamente a su desarrollo sobre la base de que despoja a los consumidores u otros sujetos de los derechos procesales existentes en un proceso judicial³⁶. Si bien ha demostrado su viabilidad y capacidad para resolver conflictos a gran escala con multitud de personas implicadas, cumpliendo los mismos fines que los de las acciones de clase, se trata de una institución que ha sido muy criticada. Las críticas más severas se han centrado en el riesgo de abuso por parte de algunos abogados de la clase que han forzado los procedimientos arbitrales y presionado un acuerdo con el único objetivo de recaudar elevados honorarios³⁷.

Ni la Ley Federal de Arbitraje ni la Ley Uniforme de Arbitraje regulan el arbitraje de clase. Tampoco lo hace ninguna ley estatal. De modo que estos procesos se relegan a la determinación *ad hoc* del árbitro o de la institución arbitral (DALY, 2007 – 2008, p. 108).

b. Origen y evolución

El surgimiento del arbitraje de clase en Estados Unidos se debe en gran medida a la reticencia por parte de los empresarios frente a las acciones de clase judiciales. A finales de los ochenta un número elevado de empresas, ante el temor de ser demandadas colectivamente ante los Tribunales (generalmente por consumidores), comenzaron a incluir cláusulas arbitrales en sus contratos, bajo la creencia de que el arbitraje impediría la posibilidad de ejercer este tipo de acciones, forzando así a los demandantes a resolver sus disputas -a través del arbitraje- de manera individual. A los Tribunales judiciales se les planteó así el dilema de decantarse por una de estas dos alternativas: a) otorgar preferencia a una de las dos vías de solución del conflicto, es decir, al arbitraje - individual- o a la acción de clase en sede judicial o, 2) aunar estas dos vías en un solo proceso, por considerar que no son mutuamente excluyentes. A medida que fue pasando el tiempo, cada vez un mayor número de jueces se decantaron por esta segunda opción, y comenzaron a admitir las acciones de clase en sede arbitral surgiendo así el arbitraje de clase (STRONG, 2011-2012, p. 936)³⁸.

³⁶ Por un lado, autores como STRONG resaltan su potencial para mejorar la eficiencia de las acciones judiciales de clase en STRONG, "The Sounds of silence or ambiguity", mientras que en el otro extremo, autores como CLANCY, y STEIN, advierten de los serios peligros procesales que supone, además de no haber sido válidamente legislado (ni consideran que debería serlo), en "An uninvited guest: class arbitration and the Federal Arbitration Act's Legislative History", p. 67.

³⁷ En ocasiones los honorarios de los abogados son extremadamente altos en comparación con las ganancias de sus clientes que pueden ser relativamente escasas. JURCZYGA Y BOXBERG, "Collective action in arbitration in international arbitration: problems and prospects", p. 12.

³⁸ STERNLIGHT, "Should an arbitration provision trump the class action?"

Ya en 1982, en el caso *Keating v Superior Court*³⁹ - considerado por muchos como el origen del arbitraje de clase -⁴⁰, la Corte Suprema de California defendió el arbitraje de clase, al entender que no existe ningún obstáculo insalvable que impida este tipo de arbitraje⁴¹. No fue, sin embargo, hasta dos décadas posteriores que la sentencia *Green Tree Financial Corp. V Bazzle* del año 2003, marcó un verdadero hito. El Tribunal Supremo manifestó que son los tribunales arbitrales, no lo jueces, quienes deben decidir si las acciones de clase pueden resolverse por medio del arbitraje⁴². Es decir, a los árbitros corresponde pronunciarse acerca de si la cláusula arbitral en cuestión permite o no el arbitraje de clase, reconociéndose de nuevo, por tanto, implícitamente la viabilidad de este tipo de arbitraje.

Hasta el momento eran los jueces quienes se pronunciaban sobre dicho extremo bajo el modelo “híbrido” de arbitraje de clase. La importancia de esta sentencia reside principalmente en el reconocimiento de que los árbitros son competentes para decidir cuestiones complejas y supone una clara victoria a favor de esta institución.

A partir de dicho pronunciamiento, instituciones arbitrales como la *American Arbitration Association* (AAA) y la *Judicial Arbitration and Mediation Services* (JAMS) promulgaron sendos Reglamentos Suplementarios sobre el arbitraje de clase, multiplicándose a un ritmo vertiginoso el número de arbitrajes de clase en este país; a título de ejemplo, la AAA llegó a administrar más de 300 arbitrajes de clase⁴³. Sin embargo, ninguna legislación estatal ni federal ha regulado este mecanismo, por lo que no se han armonizado cuestiones tan esenciales cómo hasta qué grado pueden o deben intervenir los Tribunales judiciales en el arbitraje de clase.

De hecho, la implicación o participación judicial en el arbitraje de clase ha resultado una de las cuestiones más polémicas en esta materia.

³⁹ 31 Cal. 3d 584, (1982).

⁴⁰ Con anterioridad a dicha sentencia sí que existe - aunque de manera muy puntual- algún arbitraje de clase, aunque muy poco citado por la doctrina. Véase STRONG, *Class, Mass, and Collective Arbitration*, p. 7, en donde se hace referencia a algunos de ellos.

⁴¹ Eso sí, señalando al mismo tiempo que los tribunales judiciales deben jugar un papel muy activo en cuestiones tales como la certificación de la clase, la notificación o el control de la adecuada representación.

⁴² *Green Tree Financial Corp. V Bazzle*, 539, U.S.444 (2003). Véase el análisis que se hace de esta sentencia en: KREHER, y ROBERTSON, “Substance, Process, and the Future of Class Arbitration”, pp. 409 - 430; PINTO MONTEIRO, “Anotação ao acórdão Green Tree Financial Corp. v. Bazzle, Supreme Court of the United States, 23/06/2003 - class arbitration”, pp. 239-252; BUNCH, “To Be Announced: Silence from the United States Supreme Court and Disagreement among Lower Courts suggest an Uncertain Future for Class-Wide Arbitration”, pp. 259 - 275; KEVIN KENNEDY y BETHANY APPLEBY, “Green tree Financial Corp. v. Bazzle: a new day for class arbitrations?”, pp. 84- 94 y, KANDEL, “Arbitration of Class, Mass, Collective, and Pattern or Practice Actions”, pp. 3 - 26.

⁴³ Puede verse el listado de arbitrajes de clase administrados por la AAA en: https://www.adr.org/simplefileandpay/faces/adf.task-flow.jsessionid=dVqBOPfQzpxo5D878wcKPNRYkf6t-jee8u6QwIGd1quqmuR6JP2KI692511704?adf.tfId=CaseSearchTF&adf.tfDoc=/WEB-INF/org/adr/casedocket/CaseSearchTF.xml&searchMode=case&_afLoop=3563303204188881&_afWindowMode=0&_afWindowId=null#1%40%40%3Fadf.tfId%3DCaseSearchTF%26_afWindowId%3Dnull%26_afLoop%3D3563303204188881%26searchMode%3Dcase%26_afWindowMode%3D0%26adf.tfDoc%3D%252FWEB-INF%252F%26afdr%252Fcasedocket%252FCasedocket%252FCasedocket.xml%26_adf.ctrl-state%3D12m5it3yys_7

La situación ha cambiado una década después, fundamentalmente tras las sentencias del Tribunal Supremo, *Stolt- Nielsen S.A v. AnimalFeed Internation Corp* (2010) y *AT&T Mobility v. Conception* (2011), que han cuestionado la interpretación que hasta el momento se ha realizado acerca de la viabilidad y condiciones del arbitraje de clase y que han proporcionado un giro radical en el panorama del arbitraje de clase en Estados Unidos, al que parece ser que han tratado de poner coto.

Durante los primeros años del arbitraje de clase en Estados Unidos, muchos tribunales consideraron que en los casos en los que la cláusula arbitral no decía nada al respecto, sí que se podía acudir al arbitraje de clase, bajo el entendido de que si no se prohíbe, entonces se permite. La situación cambió cuando el Tribunal Supremo se pronunció – aunque de manera bastante confusa- sobre el silencio del arbitraje de clase en las cláusulas arbitrales en *Stolt- Nielsen S.A v. AnimalFeed Internation Corp.*, en el sentido de que el arbitraje de clase no se permite si no se hace referencia expresa al mismo. Por otro lado, en la sentencia del Tribunal Supremo *AT&T Mobility v. Conception*, se permitió la viabilidad de la cláusula arbitral contenida en un contrato de consumo en la que se acordaba expresamente la renuncia al arbitraje de clase, algo que hasta el momento muchos tribunales habían prohibido. Dos años más tarde, de nuevo el Tribunal Supremo, en *American Express v. Italian Colors*, proclamó válida una cláusula arbitral que rechazaba el arbitraje de clase. Sin embargo, en otras sentencias tales como *Oxford Health Plans v Sutter*, el Tribunal Supremo corroboró la decisión de un árbitro de tramitar un arbitraje de clase (demanda interpuesta por más de 20.000 doctores contra una compañía de seguros), a pesar de la ausencia de un lenguaje claro que indicara que se consentía este tipo de arbitraje, porque la cláusula arbitral estaba formulada en términos muy generales y no preveía su exclusión. Decisiones como ésta (*Edwards v Macy's*) han provocado que algunos autores hayan llegado a afirmar que, aunque el arbitraje de clase esté muriendo, todavía no ha fallecido (SPIRO y MOGUAL, 2015).

c. La tramitación del arbitraje de clase por la AAA y la JAMS

Son principalmente dos las instituciones arbitrales que han regulado el arbitraje de clase: la *American Arbitration Association* (AAA) y la *Judicial Arbitration and Mediation Services* (JAMS). Ambas han emitido unas reglas especiales para este tipo de arbitraje. Por un lado, las *Supplementary Rules for Class Arbitration* de la AAA entraron en vigor el 8 de octubre de 2003. Por otro, la JAMS promulgó sus *JAMS Class Actions Procedures* en febrero del año 2005. Las dos instituciones regulan de manera muy similar el arbitraje de clase⁴⁴, siguiendo las pautas de la Regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure* (en adelante, FRCP)⁴⁵. Un breve análisis de las mismas permite hacernos una idea aproximada del funcionamiento y tramitación del arbitraje de clase en Estados Unidos.

Una de las reglas más genuinas de la AAA, es la prevista en el artículo 9 de su Reglamento, que elimina la confidencialidad que suele caracterizar al arbitraje, convirtiendo los procesos arbitrales de clase, las audiencias y las decisiones que se adopten en públicas (incluyendo la demanda y el laudo). Muestra de cuanto decimos se observa en la página web de esta institución, desde la que

⁴⁴ Aunque son muy similares, existen diferencias de gran calado que tendrán que ser tomadas en cuenta por quienes decidan acudir a alguna de estas dos instituciones. Puede verse un estudio comparativo entre ambas en, NISSEN, "Class Action Arbitration: AAA vs. JAMS: Different Approaches to a New Concept".

⁴⁵ Véase una traducción de la Regla 23 FRCP en, LÓPEZ SÁNCHEZ. *El Sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, pp. 157 -163.

puede accederse al listado de casos tramitados por la misma como arbitrajes de clase. Por el contrario, la JAMS ha decidido mantener – en la medida de lo posible- la confidencialidad de sus procesos arbitrales de clase.

En ambas instituciones, el arbitraje de clase se desarrolla principalmente en tres fases claramente diferenciadas:

a) La determinación o construcción de la clase:

Consiste esta primera fase en la emisión por parte del árbitro de un laudo parcial motivado (*class construction award*) en el que se determina, como punto de partida, si la cláusula arbitral en cuestión permite que el arbitraje sea de clase. Tras la emisión de dicho laudo, en el arbitraje administrado por la AAA, se debe suspender el proceso durante treinta días para que las partes, si así lo desean, puedan solicitar al tribunal judicial competente que confirme o anule dicho laudo. Si ninguna de las partes solicita la revisión, o si los tribunales confirman la procedencia de este arbitraje, el árbitro pasará a la segunda fase del proceso.

b) La certificación de la clase:

La segunda fase procesal es aquélla en la que el árbitro toma la decisión acerca de si los hechos del caso permiten que el arbitraje se desarrolle como un arbitraje de clase; lo que hará en otro laudo parcial llamado *class determination award*. Para ello, y al igual que sucede bajo la Regla 23 FRCP, ambas instituciones prevén un doble análisis.

En primer lugar, se examinará si se cumplen los requisitos del arbitraje de clase, esto es: numerosidad (*numerosity*), existencia de elementos comunes (*communality*), relación típica entre las reclamaciones (*typicality*) y actuación de la representación (*representativeness*) -Regla 23 (a) FRCP-.

Según la Regla 23(a) de las FRCP, sólo pueden demandar o ser demandados en nombre de todos los miembros de la clase, en su condición de parte representativa, uno o más de sus miembros si se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Numerosidad (*numerosity*): el grupo sea tan numeroso que la incorporación de todos sus miembros al proceso resulta impracticable o muy difícil de lograr,
- b) Existencia de elementos comunes (*communality*), es decir, de cuestiones de hecho o de derecho comunes a la clase, lo que permite que puedan conocerse en un mismo procedimiento,
- c) Relación típica entre las reclamaciones (*typicality*): las pretensiones o defensas de la parte representativa son las pretensiones o defensas típicas de la clase y,
- d) Actuación de la representación (*representativeness*): la parte representativa debe proteger y defender los intereses de la clase de un modo equitativo y justo.

Los dos primeros requisitos, tal y como nos explica GIDI, son los presupuestos objetivos o materiales de la acción de clase, en tanto requieren la existencia de elementos de hecho o de derecho comunes a las pretensiones de los miembros de la clase, lo que faculta la acumulación en un único proceso. Los requisitos tercero y cuarto se refieren, sin embargo, a la representatividad de quien pretende actuar en nombre de la clase (GUIDI, 2007, p. 68).

Constatados que concurren los requisitos anteriores, el Tribunal arbitral pasará a pronunciarse acerca de la sostenibilidad del arbitraje de clase en ese caso concreto. Una vez más, la opción adoptada por ambas instituciones es la de seguir las pautas de las FRCP. De este modo, se exige que las cuestiones de hecho o de derecho comunes a las partes prevalezcan sobre las cuestiones que afectan de manera individual a los miembros y que el arbitraje de clase se presente como un método más favorable, justo y adecuado que la tramitación del proceso de manera separada.

De nuevo y únicamente en el caso de la AAA, el árbitro debe suspender el proceso otros treinta días para que las partes puedan someter a la valoración de los tribunales este laudo parcial, quienes podrán aprobarlo o anularlo.

c) El laudo final (*final award*):

El laudo final que dirime la controversia debe constar por escrito, ser firmado por el árbitro y motivarse. En él se debe definir la clase, especificando o describiendo a quienes se ha dirigido la notificación de la determinación de la clase, quienes comprenden la clase y a quienes se ha excluido. Esta información resulta esencial para que las partes conozcan el ámbito del efecto preclusivo del laudo. Este laudo podrá ser impugnado ante los tribunales judiciales.

2.4. El arbitraje colectivo de consumo español

El Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (BOE nº 48, de 25.2.2008) (en adelante, RDSAC), ha introducido como novedad en nuestro ordenamiento jurídico, la regulación - aunque de manera parca y deficitaria- del arbitraje de consumo colectivo, que viene previsto en sus artículos 56 a 62. Este arbitraje, que se inserta dentro del sistema arbitral de consumo, es un arbitraje especial distinto del que podríamos llamar arbitraje de consumo "ordinario"⁴⁶. Veamos en qué consiste.

El artículo 56 del Real Decreto define el arbitraje de consumo colectivo como aquél que "*tiene por objeto resolver en un único procedimiento arbitral de consumo los conflictos que, en base al mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, afectando a un número determinado o determinable de éstos*". Se prevé, por tanto, el arbitraje de

⁴⁶ De ambos arbitrajes, el ordinario y colectivo, pueden predicarse las siguientes notas características: 1) Gratuidad, de modo que el procedimiento arbitral de consumo es gratuito para ambas partes; 2) Unidireccionalidad, pues sólo los consumidores o usuarios pueden instar la puesta en marcha del arbitraje de consumo, lo que no impide, sin embargo, que el empresario demandado pueda formular una reconvencción; 3) Equidad, sin perjuicio de que las partes opten expresamente por resolver la controversia según Derecho y por último, 4) Institucionalidad, ya que se trata de un arbitraje institucional o administrado (frente a los arbitrajes *ad hoc*) gestionado por las Juntas Arbitrales de consumo.

Recordamos asimismo, que únicamente pueden ser objeto de arbitraje de consumo, los conflictos surgidos entre consumidores o usuarios y empresarios que importen, suministren o faciliten bienes o servicios como reclamados, en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor, que versen sobre materias de libre disposición conforme a Derecho. No pueden, sin embargo, someterse al mismo, los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquéllos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos.

consumo como vía de tutela de los intereses colectivos, cuando los sujetos perjudicados por el hecho dañoso son un grupo de consumidores determinado o de fácil determinación. No cabe, sin embargo, el arbitraje de consumo para tutelar intereses difusos. Adviértase además, como veremos en las siguientes líneas, que incluso cuando se tutelen intereses colectivos, el laudo arbitral que se dicte únicamente afectará a aquellos consumidores que se hayan personado en el procedimiento arbitral.

a. Competencia y legitimación

Tal y como señala el artículo 57 RDSAC, será la Junta Arbitral de Consumo competente en todo el ámbito territorial en el que estén domiciliados los consumidores y usuarios, cuyos legítimos derechos e intereses económicos hayan podido verse afectados por el hecho, quien conozca de los procedimientos arbitrales colectivos. Se alteran, por tanto, las reglas de determinación de la competencia territorial establecidas con carácter general para el arbitraje de consumo ordinario en el artículo 8 RDSAC.

Advierte al respecto MARCOS FRANCISCO, que este precepto parece olvidar que en un principio pueden desconocerse todos los consumidores cuyos intereses han sido afectados (y, por tanto, sus domicilios). Además, tampoco nos ofrece unas pautas acerca de cómo se debe proceder en aquellos casos en los que en un principio figuran como afectados consumidores de una misma zona sobre la que tiene competencia una Junta Arbitral de consumo y posteriormente, sea durante la fase de llamamiento o ya iniciado el procedimiento arbitral pero antes de la audiencia, aparecen y presentan su solicitud de arbitraje para intervenir en el mismo procedimiento, consumidores domiciliados en zonas sobre las que resulta competente otra Junta Arbitral (MARCOS FRANCISCO, 2011, p. 191). Sin embargo, como recuerda CUBILLO LÓPEZ, realmente estamos ante conflictos donde los sujetos alcanzados por el daño han de estar determinados o ser fácilmente determinables, lo que facilita sin duda la identificación de la Junta eventualmente competente; pero el problema apuntado puede suceder y, a su juicio, una posible solución sería la de establecer un límite temporal para alterar la Junta que acordó el inicio de las actuaciones, que podría fijarse en la finalización del plazo para el llamamiento al que alude el artículo 59 RDSAC (CUBILLO LÓPEZ, 2010, p. 344).

Por su parte, cuando los consumidores y usuarios afectados se encuentren domiciliados en más de una Comunidad Autónoma, corresponderá a la Junta Arbitral Nacional conocer del procedimiento arbitral colectivo. En ningún caso las partes podrán pactar la Junta competente que deseen arbitre su controversia. Tampoco será válida la oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo (OPASAC) del empresario que establezca una limitación territorial.

En lo que a la legitimación para incoar el procedimiento arbitral colectivo de consumo se refiere, conviene aclarar que no se concede a los consumidores o usuarios afectados la facultad de instar el procedimiento, sino que para ello, habrán de acudir a las asociaciones de consumidores que les representen. Ello no significa que tales asociaciones ostenten una legitimación extraordinaria para interponer la acción colectiva, pues su intervención se limita a ejercitar esta posibilidad, es decir, a solicitar la apertura del arbitraje de consumo colectivo, en el que necesariamente se personarán los consumidores afectados.

En este tipo de arbitraje únicamente existe legitimación directa, no cabe, por tanto, la legitimación indirecta representativa que se emplea para el ejercicio de los intereses colectivos o difusos del artículo 11 LEC. Como acabamos de decir, las asociaciones de consumidores y usuarios no ostentan una legitimación extraordinaria por sustitución. Tengamos en cuenta que, aunque estamos hablando de intereses colectivos, únicamente están en juego los derechos e intereses de los consumidores pertenecientes a dicha colectividad que se han personado en el proceso arbitral. De modo que aquéllos otros consumidores que también han sido perjudicados por el mismo hecho dañoso pero no se han personado en el arbitraje, no se verán afectados por el laudo que finalmente se dicte; por lo que nada les impedirá iniciar ni un procedimiento arbitral “ordinario” ni un proceso judicial para reclamar sus derechos individuales, en el que no estarán vinculados ni el árbitro ni el juez a lo resuelto en el procedimiento arbitral colectivo (BONACHERA VILLEGAS, 2008).

b. El procedimiento arbitral colectivo de consumo

El proceso se inicia cuando el presidente de la Junta Arbitral competente así lo acuerda, lo que puede hacer de oficio (entendemos, al recibir diversas solicitudes individuales contra un mismo empresario sobre semejante petición) o a iniciativa de las asociaciones de consumidores representativas en el ámbito territorial en el que se haya producido la afectación a los intereses colectivos de los consumidores o de las Juntas arbitrales de inferior ámbito territorial (cuando ante la misma se han presentado solicitudes arbitrales individuales por parte de consumidores cuyo domicilio se encuentre fuera del ámbito territorial de la Junta competente, de modo que la Junta Arbitral de ámbito inferior eleva dicha petición a la Junta arbitral de ámbito territorial superior).

Adoptado el acuerdo de iniciación, la Junta requerirá a la empresa o profesional responsable de los hechos para que manifieste, en el plazo de quince días, si acepta someterse al arbitraje de consumo colectivo y, en su caso, para que proponga un acuerdo conciliatorio. Este requerimiento debe realizarse con independencia de que el empresario o profesional se encuentre adherido al sistema arbitral de consumo. Nada impide que aunque el empresario efectivamente esté adherido, no considere conveniente la aceptación al arbitraje de consumo colectivo y, por tanto, rechace dicha propuesta.

Como acertadamente señala OUBIÑA BARBOLLA, la disociación de este consentimiento es un ejemplo más de la voluntariedad que caracteriza este medio heterocompositivo de solución de conflictos (OUBIÑA BARBOLLA 2012, p. 149). Continua manifestando esta autora que, por la misma razón el archivo de las actuaciones previsto en el caso de la negativa del empresario o profesional (art. 58.2 RDSAC), debería entenderse referido estrictamente al procedimiento de arbitraje colectivo y no al arbitraje de consumo en general. Y ello porque la respuesta negativa del empresario ha de ponerse en relación directamente con la pregunta que se le formula. Por tanto, de una contestación negativa no tendría por qué colegirse un rechazo *in totum* a la resolución del conflicto mediante el arbitraje de consumo, sino que prefiere que las reclamaciones se resuelvan individualmente a través del procedimiento ordinario.

Vemos difícil que un empresario sin conocer todavía el número de afectados que quiere reclamar por el daño que ha ocasionado, ni siquiera qué es exactamente lo que piden ni la cuantía a la que

puede ascender la reparación del mismo, proponga un acuerdo conciliatorio. Por lo que entendemos que si el empresario presenta el ánimo de llegar a un acuerdo no sea precisamente en este momento en el que muestre dicha actitud, sino más bien en un momento posterior en el que la información y datos que posea sean más completos. Por ejemplo, cuando el órgano arbitral ya ha sido designado y las partes hubieren acudido al correspondiente llamamiento – transcurridos los dos meses que exige la norma–.

Nos cuestionamos en este último caso, qué puede suceder en el supuesto en el que el empresario o profesional proponga un acuerdo conciliatorio que satisfaga a los consumidores afectados, pues el RD no dice nada más al respecto. Entendemos que, si todos los afectados personados aceptaran dicho acuerdo, podrá dictarse un laudo “conciliatorio” en el que se recoja el mismo y ponga fin al procedimiento arbitral. Este laudo gozará de los mismos efectos de cosa juzgada y fuerza ejecutiva que un laudo arbitral que pone fin al proceso. En el caso en el que tan solo una parte de los consumidores aceptara dicho acuerdo conciliatorio, el proceso continuará para aquellos otros consumidores que no lo han aceptado, mientras que se pondrá fin para los que estuvieron de acuerdo con el mismo.

Al respecto, como señala GASCÓN INCHAUSTI, también puede suceder que el consumidor trate de negociar con el empresario un contenido que, respecto de su posición jurídica, sea diferente al ofrecido; si la contraparte lo acepta se habrá formalizado una transacción, de modo que procederá también que se dicte un laudo conciliatorio. En consecuencia, la propuesta de acuerdo conciliatorio no es la base de una conciliación colectiva, sino de una pluralidad de posibles conciliaciones singulares. No se llegará a un único acuerdo que tenga una eficacia vinculante plural, sino a tantas concretas conciliaciones como consumidores decidan aceptar la oferta formulada por el empresario (GASCÓN INCHAUSTI, 2010, p. 179).

Dicho esto, ha quedado manifiesto que para que se pueda resolver la controversia a través de este tipo de arbitraje, deviene requisito indispensable que el empresario reclamado acepte, pues si no lo hace, se archivarán las actuaciones y las reclamaciones individuales no tendrán más remedio que tramitarse por separado. No basta pues ni la oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo ni siquiera que ya se haya celebrado un convenio arbitral de manera individual con un consumidor, sino que el empresario manifieste expresamente que acepta concretamente este tipo de arbitraje, es decir, el arbitraje colectivo de consumo.

Aunque no lo diga expresamente la norma, consideramos que si el empresario no acepta en el plazo de quince días que se le confiere, se entenderá que ha rechazado la propuesta. En este supuesto, se procederá al archivo de las actuaciones sin más trámite, dando traslado a todas las Juntas Arbitrales de Consumo y, en su caso, a quién instó la iniciación del procedimiento (art. 58.2 II RDSAC). Por el contrario, si el empresario manifiesta su deseo de someterse al arbitraje, se procederá al llamamiento de todos los consumidores afectados para que, si así lo desean, se personen y hagan valer sus derechos, mediante la publicación de un anuncio en el Diario Oficial del ámbito territorial que corresponda –aunque el presidente también podrá acordar otros medios adicionales– (art. 59 RDSAC). Además, pensamos que cuando las asociaciones de consumidores y usuarios han sido quienes han iniciado el arbitraje colectivo de consumo, si junto a su solicitud han incorporado los nombres de los diferentes consumidores que se han visto afectados, será conveniente que el Presidente de la Junta les comunique personalmente el llamamiento.

Como advierte MARCOS FRANCISCO, pretender localizar a eventuales consumidores afectados directamente por la vía prevista en el Real Decreto de la publicación de un anuncio en el diario oficial correspondiente resulta poco práctico y efectivo, teniendo en cuenta que no es normal que los consumidores lean y se informen de los diarios oficiales (MARCOS FRANCISCO, 2010, p. 274).

El llamamiento se realiza por un plazo de dos meses desde su publicación, transcurrido el cual, el presidente designará al órgano arbitral -entendemos, una vez conocidos de los consumidores que se han personado y, por tanto, de la Junta arbitral que será competente-⁴⁷. Dentro de ese periodo los consumidores que pretendan resolver en ese procedimiento colectivo su conflicto deberán presentar su solicitud⁴⁸. Finalizado dicho plazo, sólo se admitirán las solicitudes que se insten antes de la audiencia; supuesto en el cual no se retrotraerán las actuaciones, pudiendo los consumidores sin embargo, participar en las actuaciones posteriores a la presentación. Nótese que estamos más bien ante una suerte de acumulación de acciones individuales que se tramitan a través de un proceso especial dentro del sistema arbitral de consumo que, ante una demanda de tutela colectiva como es entendida en la vía judicial.

Con el objetivo de dar preferencia a la tramitación del arbitraje colectivo frente a las reclamaciones arbitrales individuales, se ha previsto que la aceptación por parte de la empresa del arbitraje colectivo, produzca el efecto de suspender la tramitación de las solicitudes individuales de arbitraje instadas con el mismo presupuesto (art. 60.1 RDSAC). De modo que la Junta Arbitral competente comunicará a las Juntas Arbitrales donde se hubieren presentado las solicitudes arbitrales individuales, que se ha aceptado el arbitraje colectivo y, por tanto, acuerden su suspensión, remitiendo lo actuado en un plazo de quince días⁴⁹. Además, también se regula la posibilidad de que el reclamado, en cualquier momento del procedimiento, oponga la excepción de estar tramitándose un arbitraje colectivo, para que se inhiban de su conocimiento y se trasladen las actuaciones a la Junta Arbitral de consumo competente para conocerlo (art. 60.2 RDSAC).

Como indica CUBILLO LÓPEZ, esto no puede suceder de modo automático, sino que los árbitros actuantes deben comprobar que concurren todos los requisitos. Que el arbitraje individual del que están conociendo tiene el mismo presupuesto fáctico que el colectivo al que se quiere acumular (art. 56); que la empresa reclamada - y que ahora plantea la excepción- en su momento aceptó dicho arbitraje colectivo (art. 58.2); y que cuando esto fue comunicado a la Junta Arbitral de la que dependen los árbitros, éstos todavía no habían comenzado a actuar (art. 60.1). En caso contrario, consideramos que han de continuar conociendo dichos árbitros del procedimiento individual (CUBILLO LÓPEZ, 2010, p. 348).

⁴⁷ Entendemos que en este tipo de arbitraje, el órgano será colegiado si no en todas, en la mayoría de ocasiones, pues difícilmente se encontrarán en alguno de los supuestos que contempla el artículo 19 del RDSAC que permiten la designación de un único árbitro; esto es, a) cuando las partes así lo convengan o, b) cuando lo acuerde el presidente de la Junta Arbitral de Consumo, siempre que la cuantía de la controversia sea inferior a 300 euros y que la falta de complejidad del asunto así lo aconseje.

⁴⁸ La solicitud debe presentarse ante la Junta Arbitral competente, pero si no se hiciera ante ella sino ante otra Junta, esta última dará traslado de la misma a la competente.

⁴⁹ Existe una salvedad a la preceptiva suspensión de la tramitación del procedimiento arbitral en aquellos supuestos en los que las actuaciones ya se encuentren ante los árbitros.

El laudo debe dictarse en el mismo plazo que el laudo que resuelve una reclamación arbitral de consumo individual, es decir, seis meses, aunque en el caso del arbitraje de consumo colectivo empieza a computar transcurridos dos meses desde la publicación del llamamiento a los afectados en el Diario Oficial correspondiente (art. 62 RDSAC). Este plazo podrá ser prorrogado por el órgano arbitral mediante decisión motivada, salvo acuerdo en contrario de las partes, por un período no superior a dos meses.

Este laudo, aunque no lo diga expresamente el RD, únicamente afectará a los consumidores que participaron en el procedimiento arbitral, ya sea porque presentaron su solicitud de arbitraje tras el llamamiento, o bien porque su solicitud se estaba tramitando de forma separada y fue traída al arbitraje colectivo. De ese laudo, por tanto, no podrán beneficiarse otros consumidores afectados por esos mismos hechos pero que no acudieron al llamamiento, pues el laudo no constituye para ellos cosa juzgada ni tiene efectos *ultra partes*, por lo que podrán iniciar los procedimientos judiciales o arbitrales que correspondan.

c. Conclusión: el arbitraje colectivo de consumo no tutela intereses colectivos ni difusos

Como ya hemos advertido, el sistema arbitral de consumo español permite conocer las reclamaciones individuales o incluso colectivas de consumidores y usuarios pero siempre que éstos se personen en el procedimiento arbitral. El arbitraje de consumo colectivo regulado en el RDSAC debe entenderse como un mero mecanismo para resolver en un mismo procedimiento arbitral, las reclamaciones individuales de varios consumidores a través de un procedimiento que se regula a tal efecto. No se tutelan ni los derechos e intereses colectivos y difusos de los consumidores, ni siquiera cuando los posibles afectados están determinados o son fácilmente determinables, a no ser que el consumidor individual presente su solicitud arbitral, pues únicamente aquél que se persone en el arbitraje podrá ver resarcido su interés si el laudo es favorable (MARÍN LÓPEZ, 2005, p. 19).

Conviene recordar que, sin embargo, el Borrador del RDSAC sí pretendió introducir el posible ejercicio de acciones colectivas y difusas a través del arbitraje de consumo. En este sentido, su artículo 5.1 disponía lo siguiente: *“La Junta Arbitral Nacional, adscrita al Instituto Nacional de Consumo, será competente para conocer en las reclamaciones surgidas como consecuencia de conflictos surgidos con empresas que lesionen los derechos e intereses colectivos o difusos de los consumidores o usuarios, que residan en más de una Comunidad Autónoma...”*. Pero este precepto nunca vio la luz.

Las reflexiones anteriores no pueden llevarnos sino a concluir que no se trata de un verdadero proceso colectivo en los términos empleados en la vía judicial sino más bien de una especie de acumulación subjetiva de solicitudes arbitrales contra un mismo empresario por una similar *causa petendi*⁵⁰. Como señala CUBILLO LÓPEZ, por este cauce no se ventila una genuina pretensión de

⁵⁰ Aunque tampoco debemos confundir el arbitraje de consumo colectivo y la acumulación de procedimientos arbitrales regulada en el artículo 39.2 RDSAC. Ambas instituciones pueden generar cierta confusión por su similitud pero son diferentes. Entre otras, en el arbitraje colectivo no se trata simplemente de acumular solicitudes arbitrales ya entabladas, sino también aquéllas que todavía no se han formalizado, pues las partes que se consideren afectadas pueden acudir al llamamiento efectuado. Además, en el arbitraje colectivo se exige la previa

tutela colectiva, en el sentido de que un solo sujeto actúe y defienda en el procedimiento los derechos e intereses de varios, sino que el arbitraje de consumo colectivo supone más bien el ejercicio plural de varias pretensiones que se acumulan en un solo procedimiento (CUBILLO LÓPEZ, 2010, p. 344).

Dicho todo ello y a modo de conclusión, la regulación del arbitraje colectivo de consumo en España ha sido deficitaria y plantea numerosas cuestiones prácticas difíciles de resolver. Además, por mucho que la regulación del sistema arbitral de consumo haya contemplado una suerte de arbitraje colectivo de consumo, - que propiamente no es tal -, la tutela de intereses colectivos y difusos, a los que alude la LEC en su artículo 11, hoy en día solo puede ejercitarse por la vía jurisdiccional.

En todo caso, aunque el Real Decreto adolezca de varios defectos y sea tímido en el reconocimiento de las acciones colectivas en sede arbitral, ha dado un primer paso a la hora de prever la posibilidad de que a través del arbitraje se resuelvan los conflictos de una multitud de personas. Aplaudimos, por tanto, los avances de esta norma. Se trata en definitiva de un tipo de arbitraje único, que puede sin embargo arrojar cierta luz en las instituciones arbitrales que deseen incorporar en sus reglamentos la regulación de la resolución de disputas masivas.

3. La mediación colectiva

La mediación como método de gestión y resolución de conflictos está experimentando un auge extraordinario (ETXEBERRIA GURIDI, 2012, p. 17). Este método puede definirse, siguiendo a BARONA VILAR, como un cauce autocompositivo sencillo ágil, eficaz y económico, de gestión y/o resolución de conflictos por los propios sujetos en conflicto, que se tramita a través de un procedimiento extraprocésal y extrajurisdiccional, informal y privado de solución de diferencias, y que finaliza mediante un posible acuerdo (BARONA VILAR, 2012, p. 43)⁵¹.

A pesar de su exponencial éxito y desarrollo, y al igual que hemos afirmado respecto del arbitraje, no se ha utilizado hasta el momento para la tutela colectiva de derechos e intereses en Europa (ni en concreto, en nuestro país), pues encontramos numerosos obstáculos, incluso si cabe mayores que en el arbitraje, que dificultan su aplicación en este ámbito.

aceptación expresa del empresario, lo que no ocurre en el caso de la acumulación de procedimientos. Sin embargo, en lo que a los efectos del laudo se refiere no encontramos diferencias entre ellos. De ahí que se tienda a comparar ambas instituciones. En los dos casos el laudo únicamente produce efectos para los consumidores que se han personado en el arbitraje.

⁵¹ Véase un estudio detallado de la mediación civil en, BARONA VILAR, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*.

Sin embargo, las ventajas implícitas que conlleva este medio de resolución de conflictos, entre las que destacamos, el ánimo de las partes de alcanzar un acuerdo, abaratamiento de costes, flexibilidad del proceso, evitación del descrédito público que puede suponer al demandado verse envuelto en un proceso judicial, etc., provocan que también nos planteemos su empleo en el ámbito de las acciones colectivas.

Para proceder a analizar si resulta factible que puedan interponerse acciones colectivas en el marco de una mediación, resulta conveniente diferenciar los dos tipos de mediación existentes, esto es, la mediación intrajudicial que se tramita en el seno de un proceso judicial, y la mediación extrajudicial, que se lleva a cabo ajena al mismo. Las distintas peculiaridades, requisitos y presupuestos de cada una de ellas, exige un tratamiento diferenciado.

En todo caso y en ambos supuestos, a la hora de barajar la posibilidad de, ya sea una mediación intrajudicial colectiva o una mediación extraprocésal colectiva, lógicamente se requiere en primer término, como presupuesto indispensable, que el objeto de la misma, es decir, el derecho/s o interés en juego perteneciente al grupo, sea disponible por las partes. El hecho de que tales derechos o intereses disponibles se enjuicien colectivamente no convierte la materia automáticamente en indisponible⁵². Por el contrario, la regla general de disponibilidad de los derechos de naturaleza privada justifica plenamente plantearse la posibilidad de que existan acuerdos o transacciones en el terreno de las acciones colectivas.

No vamos a detenernos a analizar la cuestión de la disponibilidad de los derechos o intereses colectivos, pues excedería del objeto de nuestro trabajo, por lo que nos remitimos a la monografía de GASCÓN INCHAUSTI, 2010, en la que se estudia con detenimiento y rigor esta cuestión, aunque referida a las transacciones colectivas en lugar de a la mediación colectiva, pero cuyas reflexiones consideramos plenamente trasladables a la mediación. Como manifiesta este autor, en principio puede predicarse el carácter disponible de la materia, que está regida por el derecho privado, sin perjuicio de que la naturaleza *stricto sensu* de ciertos bienes, derechos o intereses pueda excluir o limitar en alguna medida su disponibilidad. Sin embargo, no considera, que sea lo mismo transigir sobre derechos e intereses supraindividuales que hacerlo sobre derechos e intereses pluriindividuales.

Siguiendo a este autor, cuando los intereses en juego son supraindividuales, no existe un único titular sino que pertenecen a toda la comunidad, al conjunto de consumidores de manera indivisible. De modo que el proceso colectivo resulta inevitable, dado que no es concebible que existan procesos individuales. Cuando se ejercen acciones de cesación que versan sobre estos derechos o intereses supraindividuales, el hecho de que los protagonistas del proceso no sean titulares de los derechos involucrados y no puedan en sentido estricto disponer de ellos, no se opone a la posibilidad de reconocerles un poder de disposición sobre la forma de solucionar de solucionar la controversia: no se estaría disponiendo, pues, sobre el bien jurídico como tal, sino que se estaría pactando acerca del modo en que se puede considerar eficazmente reparada la lesión que se ha ocasionado. La atribución de legitimación extraordinaria comporta la asunción por el legislador de que ciertos sujetos están capacitados para defender los intereses supraindividuales: se les está otorgando la facultad de verificar cuándo una conducta de un empresario o profesional los lesiona, y por tanto, deciden interponer la acción colectiva. Y si están facultados para medir el nivel de lesión que dicha conducta ha provocado en un bien jurídico supraindividual, debemos entender que también lo están para verificar si el juego de

⁵² En otras palabras, como indica GIANNINI, la indisponibilidad de los derechos en juego no se deriva como consecuencia automática del carácter grupal del pleito (2011, pp. 149- 199).

contraprestaciones a que conduce la negociación de una transacción sirve para reparar de forma suficiente la lesión.

Sin embargo, en los procesos en los que se tutelan de derechos e intereses pluriindividuales, sus titulares son sujetos individuales, que bien pueden optar por tutelar sus derechos de manera individual o, por razones de eficacia, de manera colectiva. En estos casos, no se discute su disponibilidad pues se parte de que se tratan de derechos privados disponibles por las partes. Problema distinto será el de quien ostenta la legitimación para transigir sobre tales derechos.

3.1. La mediación intrajudicial

Comenzaremos en primer lugar por abordar la mediación intrajudicial, es decir aquella que se desarrolla durante el transcurso de un proceso judicial, por resultar menos problemática a la hora de discutir la posible viabilidad de que se dirima una acción colectiva a través de la misma.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar, nuestra LEC regula de manera dispersa en diversos de sus preceptos las especialidades de los procesos colectivos. Ninguna de estas normas se refiere a la mediación, lo que no implica necesariamente que se prohíba su empleo.

a. El derecho de disposición de los litigantes

Debemos partir ineludiblemente del artículo 19.1 de la LEC que regula el poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso, permitiéndoles que puedan alcanzar un acuerdo sobre el mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. En este sentido, son dos las modalidades de acuerdo que pueden llegar a darse:

- a) El acuerdo que se logra tras un procedimiento de mediación, al que se asiste ya sea de manera directa por las partes, ya sea porque el juez así lo ha derivado.
- b) El acuerdo alcanzado mediante una transacción procesal.

En el caso de la mediación, será el mediador quien trate de aproximar las posturas de las partes en aras a alcanzar un acuerdo, aunque también será posible que se lleve a cabo la mediación por un letrado de la Administración de Justicia (Ley 15/2015, de Jurisdicción voluntaria) (BARONA VILAR, 2017, pp. 406 y ss).

En ambos supuestos (acuerdo de mediación o acuerdo alcanzado en una transacción) se pondrá fin al proceso, pues ante la ausencia de conflicto entre las partes, la continuación del mismo deviene innecesaria. Pues bien, ambas posibilidades creemos que son factibles en el caso de un proceso colectivo en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios (PLANCHADELL GARGALLO, 2017, p. 77). Sin embargo, nos vamos a detener únicamente en la primera de ellas, es decir, en el acuerdo que se logre alcanzar en un proceso de mediación, pues a su estudio se circunscribe este trabajo.

Partiendo de lo dicho, una vez se inicie el proceso judicial será posible que las partes (demandante y demandado), de común acuerdo, soliciten al juez que suspenda el proceso – por un periodo no superior a sesenta días- para someter su asunto a un procedimiento de mediación (art. 19.4 LEC). Ante tal petición, el juez deberá examinar con carácter general si se cumplen los

requisitos necesarios para ello, esto es, si las partes ostentan capacidad jurídica suficiente y de disposición sobre el objeto del proceso.

Para proceder en el sentido indicado en las líneas anteriores, y tratándose de un proceso iniciado a través de una acción colectiva, partimos de una aceptación generalizada de que la atribución de legitimación extraordinaria en los procesos colectivos (prevista en el artículo 11.2 y 11.3 LEC), no sólo abarca el ejercicio ordinario de acciones colectivas, sino también la facultad de negociar actos de disposición sobre el objeto del proceso que puedan alcanzar fuerza vinculante para todos aquellos sujetos cuyos intereses se vean afectados (GASCÓN INCHAUSTI, 2010, p. 187⁵³).

En este mismo sentido, compartimos con PLANCHADELL GARGALLO, que siendo posible que un sujeto o una asociación pueda presentar una demanda en un proceso civil en tutela de los derechos e intereses de sujetos que, habiendo sido afectados por un hecho dañoso, no participan en dicho proceso, nada impediría que esta misma defensa se realizara a través de un procedimiento de mediación, que tiene además una estructura más sencilla y flexible. Dicho de otra forma, si la sentencia dictada en el proceso civil puede tener efectos en sujetos que no han participado en el proceso, por entender que sus derechos e intereses han sido adecuadamente representados por quien actúa como legitimado en él; a la misma conclusión debemos llegar respecto al acuerdo de mediación alcanzado en un procedimiento de mediación en el que tampoco han participado los afectados directamente (PLANCHADELL GARGALLO, 2017, p. 84).

b. El acuerdo de mediación homologado por el juez

Si las partes logran pactar un acuerdo durante el procedimiento de mediación, éste se incorporará al proceso judicial, cuya continuación, como ya hemos mencionado, deviene innecesaria. El juez, si así lo considera, procederá a homologarlo a través del correspondiente auto definitivo, convirtiéndose entonces en un auténtico título ejecutivo.

En este sentido, el artículo 517.2.3. LEC otorga fuerza ejecutiva a las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso⁵⁴.

Convertido el acuerdo homologado en un título ejecutivo y en el supuesto de que alguna de las partes no cumpliera voluntariamente el mismo, se podrá proceder al despacho de la ejecución, con las particularidades que un litigio colectivo pueda llegar a implicar, conforme al artículo 519 LEC. Este precepto regula la acción ejecutiva de los consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados. Para ello, establece el

⁵³ Manifiesta este autor, que se atribuye legitimación extraordinaria a ciertos sujetos no ya para interponer acciones colectivas, sino en un sentido más amplio, para promover la solución de la controversia en un contexto jurisdiccional, sea a través de una sentencia, sea a través de un acuerdo que resulte satisfactorio y que, en consecuencia, pueda recibir la homologación del tribunal.

⁵⁴ Por su parte, el artículo 415 LEC proclama que el acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados.

mecanismo para individualizar las personas concretas que pertenecen al colectivo de consumidores y usuarios que ha sido defendido en juicio por una asociación de consumidores y usuarios u otro ente legitimado por ley para la defensa de los intereses colectivos o difusos, pero que no han sido determinados individualmente en la sentencia, concediendo así la posibilidad de que solicite la ejecución de la sentencia aquel particular que no ha sido parte en el proceso principal, pero que ha sufrido un daño que ha dado lugar a la indemnización reconocida en la misma. Posibilidad que deviene fundamental en el supuesto de los intereses o derechos difusos en los que no ha sido posible su determinación en la sentencia pues no han podido ser identificados o resultaba muy difícil hacerlo.

El órgano funcionalmente competente para conocer de este incidente es el mismo órgano competente para conocer de la ejecución de la sentencia; órgano que recordamos, es el mismo que lo fue en la primera instancia (art. 545 LEC).

Si el órgano judicial conoce los consumidores o usuarios perjudicados, éstos deben aparecer determinados en la sentencia de condena para que cada uno de ellos pueda instar la ejecución sin necesidad de acudir al incidente de reconocimiento de la condición de beneficiario previsto en el artículo 519 LEC. Por el contrario, cuando no se pueden concretar los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla – bien porque no se hayan personado en el proceso, bien porque no se conozca todavía el alcance de los perjudicados –, será el tribunal competente para la ejecución el que, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado –quien podrá oponerse–, dictará auto en el que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos en el mismo podrán solicitar la ejecución.

Asimismo, podrá predicarse del acuerdo de mediación homologado judicialmente la misma preclusión que la de las sentencias que ponen fin a un proceso, en el sentido de que ya no podrá interponerse respecto del mismo hecho dañoso otro proceso, ya sea colectivo o individual, a no ser que lo haga aquél que ejercitó en su momento su derecho de exclusión.

Derecho a exclusión que, aunque no viene expresamente previsto en la LEC, consideramos no debe impedirse.

Al respecto, conviene precisar que en los acuerdos que se adopten en una mediación llevada a cabo en el seno de un proceso colectivo resulta clave que coincida, en la mayor medida de lo posible, el ámbito de la controversia colectiva subyacente con el contenido del acuerdo adoptado, en aras a garantizar la efectividad del acuerdo que ponga fin al conflicto⁵⁵. Únicamente de esta manera, el demandado podrá obtener la certeza de que el acuerdo ha quedado realmente concluido y no existirán eventuales futuros litigios que versen sobre la misma cuestión; de modo que si éstos surgen, se podrá oponer a ellos.

⁵⁵ En este mismo sentido, aunque refiriéndose a las transacciones colectivas, se pronuncia GASCÓN INCHAUSTI, *Tutela colectiva de los consumidores y usuarios*, p. 33. Como señala este autor, es necesario que el demandado pueda presumir que, celebrada la transacción, no quedan “fleclos sueltos” que se conviertan en litigios futuros o que si se dan, pueda evitarlos aduciendo la celebración de la transacción. Además, cuanto mayor sea el ámbito subjetivo de la transacción, mayor será la capacidad negociadora de quien actúe como demandante y mayor será también el interés del demandado en pactar.

Por lo que una de las cuestiones más endebles en el ámbito de los procesos colectivos se centra en la extensión subjetiva de la cosa juzgada respecto de sujetos que no han optado expresamente por participar en el acuerdo de mediación alcanzado en el seno de los mismos. En este sentido, señala GASCÓN INCHAUSTI, que desde una perspectiva jurídica continental lo que más complejo resulta de asumir es que lo acordado por unos pocos tenga efectos vinculantes para un colectivo amplio. De modo que son tres, los elementos clave para que sea legítima esa extensión de eficacia a terceros: a) que los terceros beneficiarios tengan conocimiento del contenido de lo acordado, b) que tengan derecho a excluirse del acuerdo y c) que haya un genuino control judicial del contenido del pacto (GASCÓN INCHAUSTI, 2010, pp. 78 y 79)⁵⁶. La LEC, sin embargo, no dice nada al respecto.

Consideramos que para que los sujetos afectados tengan conocimiento del acuerdo alcanzado, podría recurrirse a los mismos mecanismos de notificación y publicidad previstos en la LEC para los procesos colectivos en el artículo 15 LEC. En dicha comunicación, tendría que informarse a las partes de la posibilidad de oponerse o desvincularse de dicho acuerdo y consecuentemente, tendría que articularse un incidente procesal para que los sujetos particulares pudieran proceder en tal sentido.

En lo que al control del contenido del acuerdo de mediación por parte del juez se refiere, si nos atenemos a lo previsto en el artículo 19 LEC, éste se limita a exigir que el acuerdo no contravenga la ley ni perjudique al interés general o al de terceros, pero sin entrar a considerar si resulta adecuado y responde a los intereses de las partes.

A pesar de que no se regule expresamente un estricto control del juez del contenido del acuerdo alcanzado en una mediación, consideramos que dicho control se convierte en una pieza clave y decisiva cuando se trate de un proceso colectivo, debiéndose comprobar a través del mismo que efectivamente no se lesionan sino que por el contrario, se defienden adecuadamente los intereses de la colectividad. Para ello, únicamente contamos con el artículo 415 LEC, regulador del intento de conciliación o transacción en la audiencia previa al juicio, en donde se manifiesta que el tribunal, cuando las partes soliciten la suspensión del proceso para someterse a mediación, deberá examinar previamente la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados que asistan al acto; lo que en nuestra opinión no resulta suficiente, no al menos en los procesos en los que se tutelan derechos o intereses colectivos.

⁵⁶ Reconoce este autor que no existe sustento legal expreso para algunas de las cuestiones que plantea, pero que una interpretación más o menos extensiva de algunos preceptos vigentes daría cierta cobertura a un tribunal que quisiera dotar a la aprobación de una transacción de la seriedad que merece. Así, la publicidad del acuerdo y la información de excluirse pueden vincularse al artículo 15 LEC; la convocatoria de una audiencia se puede justificar aplicando las normas sobre incidentes de previo pronunciamiento (arts. 393.2 y 393.3 LEC); la designación de oficio de un perito puede justificarse por analogía de lo dispuesto en el artículo 715 LEC para la cuantificación de daños y perjuicios, etc.

Por todo ello, consideramos que para proteger los intereses y derechos de quienes no se encuentren presentes, deben enfatizarse una serie de cautelas. Para ello y en la medida de lo posible, se debería proveer de una audiencia en la que se justifique la admisibilidad de lo acordado y se tenga oportunidad de oír a los afectados por el acuerdo (ARMENTA DEU, 2013, pp. 56 y 57⁵⁷). De este modo, se preservaría el derecho de defensa de los afectados y evitaría que sufrieran las consecuencias de un proceso sin haber tenido la oportunidad de ser oídos⁵⁸. Junto a la celebración de una audiencia, se ha propuesto que el tribunal pueda designar uno o varios peritos que le auxilien a la hora de poder analizar el contenido del acuerdo (aunque respecto a la transacción colectiva, se pronuncia así GASCÓN INCHAUSTI, 2010, p. 195).

En estos supuestos, podríamos entonces hablar de un doble control del acuerdo alcanzado en la mediación en el seno de un proceso colectivo. Por un lado, el mediador tendrá que jugar un papel si cabe todavía más importante que en los supuestos de mediación “tradicional”, teniendo además que cerciorarse de la debida representación de quien actúa como representante de los intereses y derechos del grupo⁵⁹. Pero asimismo, nos encontramos con un segundo control, esta vez del juez que homologue el acuerdo de mediación, quien también debe comprobar que tanto la representación como el contenido del acuerdo alcanzado responden a los intereses del grupo.

c. Particularidad de la mediación en materia de consumo

Antes de pasar a analizar la posibilidad de una mediación colectiva extraprocesal, debemos realizar un breve paréntesis y recordar al lector que la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, excluye expresamente la mediación para asuntos de consumo (art.

⁵⁷ Compartimos con esta autora, que a la audiencia judicial propuesta deberán poder asistir y efectuar alegaciones cualquier entidad legitimada para el ejercicio de la acción. En cuanto a la participación de los consumidores a título individual resulta más cuestionable, ya que si bien podrían intervenir para denunciar eventuales fraudes o conflictos de interés, también serviría que éstos se dirigieran a las entidades legitimadas para que éstas intervinieran.

También podría considerarse, tal y como sucede en Estados Unidos y en Holanda, aunque con referencia a las transacciones colectivas, la posibilidad de permitir a los sujetos individuales efectuar por escrito sus alegaciones con anterioridad a la celebración de la audiencia, en aras a evitar que una multitud de consumidores concurren a la misma y ralentizara el proceso de una forma desmesurada.

⁵⁸ En esta misma línea, las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses que regulan las *class actions*, exigen necesariamente en su Regla 23.e.2), la celebración de una audiencia con el fin de determinar si la propuesta de acuerdo es equilibrada, razonable y adecuada.

⁵⁹ Al respecto, señala PLANCHADEL GARGALLO, que si en los supuestos “normales” de mediación la figura del mediador adquiere una especial importancia, en particular su formación específica, en el caso de las acciones colectivas, en las que el mediador tiene que “gestionar” un número más o menos amplio, determinado o indeterminado de intereses, sus habilidades son aún más importante. No olvidemos que su interlocutor será el representante del grupo, pero el mediador no debe desconocer que este sujeto actúa en nombre y representación de un número amplio de personas que no están presentes en el procedimiento de mediación. Es pues, obvio, que en estas situaciones la combinación de un mediador capaz y la adecuada representación de los intereses del grupo por el representante que participa en el procedimiento de mediación son el binomio necesario para que realmente la solución adoptada a través del procedimiento de mediación de satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva. “Acuerdos y transacciones colectivas”, p. 79.

2.2.d), que son precisamente aquéllos para los que se prevé el ejercicio de acciones colectivas en nuestra LEC. Esta exclusión del ámbito de aplicación de la mencionada ley, no significa que la mediación no sea posible en materia de consumo, sino simplemente que no será de aplicación dicha ley.

Dado que gran parte de los litigios colectivos a los que dedicamos este estudio se producen en el ámbito del consumo, conviene plantearnos la mediación en este ámbito. Si bien no contamos con una regulación específica en la materia de ámbito nacional – a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de algunas Comunidades Autónomas⁶⁰ y en el ámbito europeo⁶¹-, no podemos decir que la mediación en este ámbito no sea posible.

En particular, el 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, sí que se refiere expresamente a la mediación aunque únicamente en su artículo 19.4, dentro del Capítulo V dedicado a la protección de los intereses económicos de los consumidores y usuarios. También lo hace el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, que en su artículo 38 regula la mediación en el marco de un arbitraje, como acto previo para evitar el mismo. Tal previsión nos permite concluir que si es posible acudir a la mediación dentro de un arbitraje de consumo, nada impide que también lo sea en un proceso judicial civil (PLANCHADELL GARGALLO, 2017 p. 79).

3.2. La mediación extraprocésal

Hemos llegado a la conclusión en el epígrafe anterior que, aunque con ciertos matices y cautelas, es posible que en el seno de un proceso judicial en el que se ha interpuesto una acción colectiva, pueda resolverse la misma a través de una mediación, cuyo acuerdo resultante será necesariamente homologado por el juez para que pueda surtir los efectos *erga omnes* de cosa juzgada propios de una sentencia. Más dudas surgen, sin embargo, cuando nos referimos a la mediación extraprocésal, es decir, a aquella mediación que transcurre ajena a un proceso judicial, pues los acuerdos de mediación que no se incorporan a un proceso judicial, ostentan un valor meramente contractual.

a. El acuerdo de mediación homologado por el notario

En la mediación extrajudicial precisamente de lo que se trata es de evitar acudir a un proceso judicial, de manera que las partes resuelvan privadamente su litigio, sin la necesidad de acudir a

⁶⁰ Véase a título de ejemplo, el Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el Procedimiento de mediación en las relaciones de consumo en Cataluña.

⁶¹ Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo por la que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo), así como el Reglamento (UE) núm. 534/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

los órganos jurisdiccionales. En este tipo de mediación, por tanto, el acuerdo que las partes alcancen no será homologado por el juez, a diferencia de lo que ocurre en la mediación intrajudicial que hemos analizado en el epígrafe anterior.

A no ser que las partes incorporen dicho acuerdo al proceso judicial pendiente, convirtiéndolo, como hemos comentado en el supuesto anterior, en título ejecutivo judicial, tal y como viene previsto en la Ley 5/2012 y en el artículo 517 LEC.

Sin embargo y de acuerdo a lo previsto en el artículo 25 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, las partes pueden presentar ante un notario el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación -acompañado de una copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador-, quien, tras verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley y que su contenido no es contrario a Derecho, lo elevará a escritura pública, convirtiendo de este modo el acuerdo de mediación en título ejecutivo extrajudicial.

Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea (art. 25.3 Ley 5/2012).

Que el notario eleve a escritura pública el acuerdo adoptado en un procedimiento de mediación no significa que este acuerdo deba producir efectos sobre aquéllos que no han intervenido en el mismo pero que, sin embargo, pueden verse afectados por su contenido por haber sufrido un daño semejante al que ha sido objeto de mediación. La cuestión clave reside pues en determinar si un acuerdo de mediación extrajudicial que posteriormente es homologado por un notario puede producir efectos más allá de lo sujetos que han participado en la mediación, es decir, si puede producir efectos *erga omnes* o no.

En este sentido, nos cuestionamos si en el supuesto de una mediación extrajudicial, cuyo acuerdo ha sido homologado por el correspondiente notario y, por tanto, se ha convertido en título ejecutivo extrajudicial, también se podría acudir al incidente de ejecución establecido en el artículo 519 LEC. De modo que pudieran solicitar la ejecución de lo acordado ante el juez competente, los particulares que sin haber sido parte en el procedimiento de mediación pudieran beneficiarse del mismo porque han sufrido un daño que da lugar a la indemnización en el mismo reconocida. En sentido afirmativo se han pronunciado autores como PLANCHADELL GARGALLO (2017, p. 86)⁶².

⁶² Como señala esta autora, en todo caso, dado el valor contractual que ostenta el acuerdo de mediación, cualquiera de los sujetos afectados que considere que en el procedimiento de mediación no ha sido adecuadamente representado, podrá impugnar el contenido del mismo. Ahora bien, esta impugnación puede afectar a todos los sujetos. No estamos, por tanto, ante un *opt-out*, es decir, ante la posibilidad de instar la exclusión de un sujeto de los términos de los acuerdos y su afectación por el mismo.

Sin embargo, considero que en ningún caso se le podrá atribuir a dicho acuerdo eficacia preclusiva, es decir, eficacia vinculante respecto a sujetos que no han intervenido en el acuerdo; siendo ésta la diferencia fundamental respecto a la mediación intrajudicial.

En nuestra opinión, para que el resultado obtenido en una mediación extrajudicial produzca eficacia *ultra partes*, es decir, para que afecte a todas aquellas personas pertenecientes al grupo que no han participado en la mediación, se debe incoar un proceso judicial colectivo en el seno del cual se lleve a cabo dicho acuerdo, que posteriormente deberá ser homologado judicialmente⁶³. Solo así la sentencia que se dicte en dicho proceso colectivo y recoja lo acordado, podrá producir efectos sobre todos los perjudicados por el hecho dañoso objeto de la controversia, se hayan personado o no, no pudiendo incoar otro proceso – ya sea colectivo o individual- sobre el mismo objeto.

En definitiva, la única mediación colectiva con fuerza ejecutiva que cabe en nuestro ordenamiento es la que se logra en el marco de un proceso judicial pendiente, quedando relegada la mediación colectiva extraprocesal para aquellos acuerdos que cuenten con la participación de todos los afectados; e incluso en estos casos, el incumplimiento de lo acordado por parte del demandado, obligaría a las partes a acudir a iniciar un proceso judicial.

b. Particularidad de la mediación en materia de consumo

En el ámbito del consumo, recordamos, nos encontramos ante el inconveniente de que la Ley 5/2012 sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, excluye de su ámbito de aplicación esta materia. Podríamos interpretar entonces, como advierte PLANCHADELL GARGALLO, que su no aplicación, impide que se le puedan aplicar las previsiones del artículo 23 que permiten que el acuerdo de mediación, una vez protocolizado por el notario, se convierta en título ejecutivo extrajudicial. Ahora bien, conviene plantearnos la posibilidad de que el acuerdo de mediación en materia de consumo pueda integrarse en un laudo arbitral, lo que viene expresamente previsto en el artículo 48 RD 231/2008 por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo⁶⁴. Ello implicaría que sus efectos fueran los mismos que los del laudo, y por tanto, pudiera considerarse título ejecutivo similar al de una sentencia (PLANCHADELL GARGALLO, 2017, p. 80)⁶⁵.

Supuesto distinto será aquel en el que el acuerdo alcanzado en el procedimiento de mediación bien ante la Junta Arbitral de Consumo bien ante el mediador correspondiente autorizado por la

⁶³ En sentido contrario, algunas voces, si bien encuentran justificado el efecto vinculante de la decisión judicial en las acciones colectivas respecto de las partes ausentes, consideran que dicho efecto no debe desplegarse en el supuesto en el que se haya solucionado el conflicto por medio de una transacción, pues el mismo no descansa en la potestad judicial sino en el acuerdo de las partes, respecto del cual las partes ausentes no ha intervenido. Concluyen así, que su aprobación por parte del juez difícilmente puede salvar el déficit de representación de los ausentes (BRONSTEEN Y FISS, “The class action rule”, p. 1448).

⁶⁴ Art. 48. 2 RD 231/2008: “Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin, total o parcialmente, al conflicto, el órgano arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados, incorporando el acuerdo adoptado al laudo, salvo que aprecie motivos para oponerse”.

⁶⁵ Cree así esta autora que no debe impedirse alcanzar tal conclusión, pues lo contrario hace poco o nada atractiva la posibilidad de mediación.

misma, no llegue a integrarse dentro del laudo, pues en este último caso, dicho acuerdo ostentará un mero valor contractual.

Por último, conviene recordar la posible conciliación colectiva prevista en el artículo 58.2 del RD 231/2008, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo – que no mediación-, a la que hemos hecho referencia cuando hemos abordado el arbitraje colectivo de consumo español. A lo dicho en el epígrafe 2.4.1 de este trabajo nos remitimos.

4. Reflexiones finales: ¿Una cuestión de tiempo?

Hemos podido comprobar a lo largo de este estudio que las acciones colectivas se han ido incorporando con el paso del tiempo en los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, a la vez que las instituciones europeas abogan por su empleo bajo una serie de principios comunes armonizadores que respeten las tradiciones europeas.

Por otro lado, las fórmulas de resolución de conflictos alternativas a la justicia, especialmente el arbitraje y la mediación, han ido adquiriendo un éxito considerable que cada día cuenta con mayores adeptos. Ha llegado pues el momento, al menos de plantearnos, si ambas fórmulas pueden combinarse, es decir, si pueden interponerse acciones colectivas en sede extrajudicial. No olvidemos, que desde las instancias europeas se alienta al establecimiento de ADRs colectivas. Además, la experiencia jurídica comparada –fundamentalmente Estados Unidos- ha puesto de manifiesto su viabilidad.

Tal vez resulte más prudente comenzar barajando la opción del arbitraje colectivo, pues consideramos se trata de un medio de resolución de conflictos más proclive a la admisión de acciones colectivas. Como hemos tenido ocasión de resaltar, se trata de una fórmula en constante evolución y extremadamente variable que se ha ido acomodando con el paso del tiempo a las nuevas circunstancias y exigencias. La fuerza vinculante del laudo, además, puede favorecer su inclusión.

Desde luego, en principio nada impide que una entidad ofrezca a un grupo de afectados por un hecho dañoso, o a la asociación que pueda representarlos, someterse a un convenio arbitral único, que permita dilucidar en un solo proceso, el conflicto colectivo. Pero en este caso, el laudo que se dicte únicamente vinculará a los concretos intervinientes en el arbitraje, pues no existe en la normativa arbitral vigente en la Unión Europea ninguna disposición que permita extender los efectos del laudo a aquéllos que, aunque no hayan litigado, reúnan las características necesarias para acogerse al ámbito subjetivo de la decisión arbitral.

La flexibilidad inherente propia del arbitraje permite la posible tramitación de un arbitraje con un número elevado de participantes pero sin eficacia *erga omnes*. De hecho en nuestro país hemos dado un tímido primer paso: regular el denominado “arbitraje de consumo colectivo” que, si bien propiamente no tutela intereses colectivos, al menos persigue el objetivo de dirimir una controversia con múltiples afectados en un solo procedimiento arbitral. Aunque debemos

reconocer que casi no se ha utilizado en la práctica, más bien al contrario, parece ser que no se está apostando por su difusión. Muestra de ello ha podido observarse recientemente en los conflictos derivados de la comercialización de preferentes por parte de diversas entidades bancarias que, en lugar de promover un arbitraje colectivo, han preferido optar por miles de arbitrajes individuales. Ello nos conduce necesariamente a la siguiente conclusión: resulta imprescindible un cambio de cultura, tanto entre los ciudadanos como entre los diferentes operadores jurídicos, que asimile e interiorice las bondades que ofrecen las acciones colectivas que ya tenemos a nuestra disposición.

Más serias dudas plantea, sin embargo, la viabilidad de una mediación colectiva ajena a un proceso judicial. Como hemos tenido ocasión de señalar, para que el resultado obtenido en una mediación extrajudicial produzca eficacia *ultra partes*, es decir, frente a sujetos que no han intervenido en el proceso de mediación, se debe incoar un proceso judicial colectivo en el seno del cual se homologue judicialmente el acuerdo de mediación alcanzado. Solo así la sentencia que recoja lo acordado, podrá producir efectos sobre todos los afectados por el hecho objeto de la controversia, hayan participado o no en el mismo.

Los mayores interrogantes provienen precisamente de la eficacia y el carácter preclusivo de la solución que se alcance, que reviste un cariz especial en los litigios colectivos en los que no todos los miembros del grupo participan de forma directa en la solución consensuada. Tengamos presente que está en juego el principio de contradicción y el derecho de defensa de una pluralidad de sujetos que pueden verse afectados por una decisión sin que se les haya oído. Por lo que una de las cuestiones más endebles se centra en la extensión subjetiva de la cosa juzgada respecto de aquéllos que no han optado expresamente por participar en el proceso colectivo – ya sea una mediación o un arbitraje-.

Consecuentemente y de acuerdo a los postulados europeos, únicamente entendemos viable el recurso a las ADR colectivas en Europa bajo la fórmula del *opt-in*. De hecho, la mayoría de los Estados miembros que recogen en sus ordenamientos alguna suerte de acción colectiva en sede judicial utilizan el modelo de participación voluntaria. Este modelo preserva en mayor medida el derecho de las personas a decidir si participan en un arbitraje o en una mediación colectiva o si por el contrario, desean resolver su controversia en un proceso individual -ya sea judicial o extrajudicial-. De modo que nadie pueda ver limitado su derecho defensa y su derecho a la tutela judicial efectiva porque ya se haya resuelto su causa en un proceso colectivo extrajudicial en el que no ha participado. En todo caso, consideramos imprescindible que para proteger los intereses y derechos de los posibles afectados, se garanticen una serie de cautelas, entre las que deben primar la adopción de mecanismos adecuados de publicidad e información, resultando clave la debida y adecuada representación de los afectados en el proceso colectivo.

Puede que sea una cuestión de tiempo que Europa se haga eco de las bondades del arbitraje de clase estadounidense, tal y como ha sucedido con las acciones de clase judiciales, que a pesar del escepticismo inicial, finalmente se han acabado por incorporar en los ordenamientos de los diferentes Estados –eso sí, adaptadas a los parámetros europeos-. Puede suceder, por el contrario,

que los enormes obstáculos que dificultan su implantación en este continente, impidan su desarrollo. La situación actual todavía no permite hablar con firmeza y carácter general de ADR colectivas. Se ha avanzado mucho respecto de hace unas décadas pero todavía queda un largo recorrido que debe superar no pocos obstáculos. A pesar de ello, nuestras expectativas se mantienen favorables a la posible interposición de acciones colectivas, especialmente en el ámbito del consumo, a través de las diversas fórmulas alternativas, fundamentalmente a través del arbitraje.

En todo caso, la conveniencia de acudir al arbitraje, a la mediación o a un proceso judicial para dirimir cuestiones que afecten a una colectividad, tendrá que determinarse atendiendo a la naturaleza y circunstancias de los derechos e intereses en juego en el supuesto en concreto.

Pensamos que la apuesta por figuras como el arbitraje o la mediación colectiva puede venir reforzada con el desarrollo de fórmulas alternativas de resolución de conflictos que se lleven a cabo “en línea” (los conocidos por todos, *Online Dispute Resolution* – ODR-). El medio *on line* puede convertirse en un foro óptimo para la resolución de disputas masivas con afectados que se encuentran en distintos países; lo que resulta cada vez más común como consecuencia del incremento de las transacciones comerciales de consumo a través de Internet. Para ello, las redes europeas existentes (Red ECC, FIN-Net, RLL, etc.), que ya ayudan a los consumidores de forma individual a acceder a los mecanismos de solución alternativa de conflictos en otro país, también podrían llegar a auxiliar a los consumidores con denuncias similares a ponerse en contacto, a tomar conciencia del “daño masivo” producido y, con ello, a acceder a los medios alternativos de resolución de controversias colectivos en otro Estado Miembro; viéndose superados así los problemas de notificación y publicidad que este tipo de acciones plantean en la práctica.

En definitiva, hoy por hoy los distintos ordenamientos jurídicos europeos no amparan esta posibilidad, por lo que consideramos que extender la tutela colectiva al arbitraje o a la mediación supone avanzar un paso para el que todavía nos estamos preparando. Nada impide, sin embargo, que se vayan desarrollando en los diferentes Estados miembros, alguna suerte de ADR colectiva –como sucede en el caso del arbitraje colectivo de consumo español o el arbitraje colectivo societario alemán- que sin ser propiamente arbitrajes que tutelan acciones colectivas, tal y como se entienden en sede judicial, puedan de algún modo dirimir controversias que afectan a una colectividad de sujetos. Las instituciones arbitrales pueden jugar un papel clave en dicha misión, como ha sucedido en Estados Unidos donde las instituciones arbitrales más importantes han sido quienes han regulado los primeros arbitrajes de clase en sus Reglamentos.

5. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal Constitucional

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STC, 1ª, 12.04.1998	RTC 1998/ 64	Luis Díez-Picazo y Ponce de León	Comunidad Autónoma de Madrid
STC, 1ª, 7.5.2012	RTC 2012/96	Manuel Aragón Reyes	Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA (BBVA)

Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 1ª, 21.2.2003	RJ 2133	Alfonso Villagómez Rodil	Manuel Francisco L.F. c. "La Casera, S.A.", "Carbónica Murciana, S.A." y "Torres Lucas, S.L."
STS, 1ª, 29.12.2010	RJ 2011/148	Jesús Corbal Fernández	Asociación de Usuarios de Servicios Bancarias (Ausbanc Consumo) c. Caixa D'Estalvis de Tarragona

Audiencia Provincial

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
SAP Sevilla, Civil Sec. 5ª, 22.1.2004	AC 2004/406	Conrado Gallardo Correa	«Federación de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de Andalucía (FACUA)» c. «Finanzia Banco de Crédito, SA»,
SAP Burgos, Civil Sec. 3ª, 31.7.2006	AC 2007/108	María Esther Villimar San Salvador	Ausbanc Consumo. c. Europistas Concesionaria Española, S.A.

6. Bibliografía

ADICAE (2014), *La acción colectiva judicial en España*, Diciembre.

Teresa ARMENTA DEU (2013), *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, Madrid.

Lorena BACHMAIER WINTER (2004), "La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español", en José OVELLA FAVALE, (Coordinador), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, UNAM, México D.F, págs. 1- 54.

Silvia BARONA VILAR (2012), "La mediación: Mecanismo para mejorar y complementar la vía jurisdiccional. Ventajas e inconvenientes. Reflexiones tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles", en Francisco ETXEBERRIA GURIDI, (director),

Estudios sobre el significado de la mediación: ¿Una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos, Thomson Reuters, Navarra, págs. 21- 61.

Silvia BARONA VILAR (2013), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España (tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio)*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Francisco BLAVI y Gonzalo VIAL (2015-2016), "Class actions in international commercial arbitration", 39 *Fordham Int'l L.J.*, págs. 791 -828.

Raquel BONACHERA VILLEGAS, (2008), "El Real Decreto 231/2008, la anhelada modificación del sistema arbitral de consumo", *Diario La Ley*, nº 7045, Sección Doctrina, 30 de octubre, año XXIX, Ref. D-307.

Ángel BONET NAVARRO (2011), Prólogo de la monografía de Javier LÓPEZ SANCHEZ, J., *El sistema de las class actions en los Estados unidos de América*, Comares, Granada, pp.XI- XV.

Owen M. BRONSTEEN y John FISS (2002- 2003), "The class action rule", 78 *Notre Dame Law Revue*.

Lorenzo BUJOSA VADELL (1995), *La protección jurisdiccional de los intereses del grupo*, Bosch, Barcelona.

Jonathan R. H. BUNCH (2004), "To Be Announced: Silence from the United States Supreme Court and Disagreement among Lower Courts suggest an Uncertain Future for Class-Wide Arbitration", *J. Disp. Resol.*, págs. 259 - 275.

Mauro CAPPELLETTI (1975), "Formazioni social e interessi di grupo davanti alla giustizia civile", *Riv. Dir. Proc.* núm. 3, págs. 372-373.

Mauro CAPPELLETTI (1983), *El Acceso a la justicia: movimiento mundial para la efectividad de los derechos: informe general*, Ed. Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, La Plata (Argentina).

Mauro CAPPELLETTI (1992), *Opening Report to the W.G.*, Hart Legal Workshop on Dispute Resolution: Civil Justice and its alternatives, Institute of Advance Legal Studies, Londres, 7- 9 Julio.

Laura CARBALLO PIÑEIRO (2009), *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y trasplante de las class actions en Europa*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela.

Laura CARBALLO PIÑEIRO (2014), Recensión a la monografía de Stacie STRONG, *Class, Mass and collective Arbitration in National and International Law*, Oxford Unversity Press, Oxford, 2013, en *Revista Española de Derecho International (REDI)*, vol. LXVI, pág. 374.

David CLANCY y Matthew M.K. STEIN (2007), "An uninvited guest: class arbitration and the Federal Arbitration Act's Legislative History", 63 Bus. Law. 55.

Sergi COROMINAS BACH (2016), "La legitimación activa de las acciones colectivas", Tesis Doctoral, Universitat de Girona.

Sergi COROMINAS BACH (2014), "La legitimación en la futura regulación europea de las acciones colectivas de consumo", en Eloisa CARBONELL PORRAS (Directora), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 525-548.

Ignacio CUBILLO LÓPEZ (2010), "El procedimiento para la tutela arbitral de los consumidores", en Ignacio CUBILLO LÓPEZ (Coordinador), *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, Thomson Reuters, Navarra, págs. 275-349.

Michael P. DALY (2007 - 2008), "Come one, come all: the new and developing world of non-signatory arbitration and class arbitration", 62 U. Miami L. Rev. 95, págs. 95 - 128.

Francisco ETXEBERRIA GURIDI (2012), "Prólogo", en Francisco ETXEBERRIA GURIDI (director), *Estudios sobre el significado de la mediación: ¿Una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos*, Thomson Reuters, Navarra, págs. 17 - 20.

Alex FERRERES COMELLA y Álvaro LÓPEZ DE ARGUMEDO (2012), "Las limitaciones del sistema de tutela colectiva de intereses individuales homogéneos dispuesto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. Una propuesta inicial de sistemas", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº extra 1.

Manuel ORTELLS RAMOS (2012), "Tratamiento de litigios masivos. A propósito de la litigiosidad por la OPS de Bankia", *Revista General de Derecho Procesal* núm. 38, 2016, sistemas", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº extra 1.

Fernando GASCÓN INCHAUSTI (2010), *Tutela colectiva de los consumidores y Transacciones colectivas*, Thomson Reuters, Navarra.

Leandro J. GIANNINI (2011), "Transacción y mediación en los procesos colectivos (requisitos, alcances de la cosa juzgada e impugnación de acuerdos homologados en acciones de clase)", *Revista de Processo*, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, nº 201, noviembre.

Isabel GONZÁLEZ CANO (2009), "El interés colectivo en materia de consumo: tipología, capacidad y legitimación", en M^a Jesús ARIZA COLMENAREJO (Coordinadora), *Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso*, Reus, Madrid, págs. 77-118.

Isabel GONZALEZ CANO (1997), *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo: (especial consideración de los intereses legítimos colectivos)*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Antonio GUIDI, "Class Actions como instrumento de tutela colectiva dos direitos", São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Pablo GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES (1999), *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Navarra.

Pablo GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES (2001), "La nueva ley de enjuiciamiento civil y los daños con múltiples víctimas", *Estudios de Derecho Judicial*, nº 37, (Ejemplar dedicado a: Derecho del consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía), págs. 131-252.

Bernard HANOTIAU (2005), *Complex Arbitrations (Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions)*, Kluwer International, Países Bajos.

Jean R. STERNLIGHT (2002), "Should an arbitration provision trump the class action?" 8 Disp. Resol. Mag. 12, 13.

Jose Miguel JÚDICE (2016), "Collective arbitration in Europe: the European way might be the best way", en Bernard HANOTIAU y SCHWARTZ, *ICC Dossier XIV- Class & Group actions in arbitration*, ICC Product No. 771E, págs. 46 -57.

Silke JURCZYGA y Miriam BOXBERG (2013), "Collective action in arbitration in international arbitration: problems and prospects" en Christian P. ALBERTI, C., "Challenges and Prospects of International Collective Arbitration", 38 DAJV Newsl. 10.

William KANDEL (2004), "Arbitration of Class, Mass, Collective, and Pattern or Practice Actions", *Employee Relations Law Journal*, 29, Primavera, págs. 3- 26.

Kevin M. KENNEDY y Bethany APPLEBY, "Green tree Financial Corp. v. Bazzle: a new day for class arbitrations?", 23 Franchise L.J, págs. 84 - 94.

Peter J. KREHER y Peter ROBERTSON (2004), "Substance, Process, and the Future of Class Arbitration", 9 Harvard Negot. L. Rev, págs. 409 - 430.

Javier LÓPEZ SÁNCHEZ (2011), *El Sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Comares, Granada.

Diana MARCOS FRANCISCO (2011), "¿Es posible la tutela de intereses colectivos y difusos en el arbitraje de consumo?", *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, nº 11, Santa Cruz de la Sierra, enero, págs. 175-203.

Diana MARCOS FRANCISCO (2010), *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ (2005), "Objeto y límites del arbitraje de consumo", *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, nº 39, págs. 173-192.

Elena MARTÍNEZ GARCÍA (2011), "Sentencia de 15 de julio de 2010: El concepto de interés difuso. La legitimación colectiva por interés difuso. Ejecución de sentencias dictadas en procesos colectivos", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 86, págs. 1035-1058.

Meredith W NISSEN (2005), "Class Action Arbitration: AAA vs. JAMS: Different Approaches to a New Concept", 11 *Disp. Resol. Mag.* 19.

Antonio PINTO MONTEIRO y José Miguel JUDICE (2012), "Class actions & Arbitration in the European Union- Portugal", en *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, volumen II, Almedina, Coimbra, págs. 189- 205.

Antonio PINTO MONTEIRO (2015), "Anotação ao acórdão Green Tree Financial Corp. v. Bazzle, Supreme Court of the United States, 23/06/2003 - class arbitration", *100 Anos de Arbitragem - os casos essenciais comentados*, Coleção PLMJ, n.º 9, Coimbra Editora, págs. 248-251.

Andrea PLANCHADELL GARGALLO (2014), *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español, Un estudio comparado*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Andrea PLANCHADELL GARGALLO (2017), "Acuerdos y acciones colectivas: ¿Una posibilidad real?", en BLANCO GARCÍA, (Editora), *Mediación Civil*, Tirant Lo Blanch, págs. 73- 92.

Michael SCHAFLER y Amer PASALIC (2013), "Is Canada ready for class arbitration?" *ADRIC*, 2.

Joaquín SILGUERO ESTAGNAN (1995), *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Dykinson, Madrid.

Joaquín SILGUERO ESTAGNAN (2013), "Las acciones colectivas de grupo", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 15, nº 3, págs. 2261-2289.

Stacie STRONG (2012), "Does class arbitration change the nature of arbitration? Stolt- Nielsen, AT&T and a Return to first principle", 17 *Harv. Negot. L. Rev.* 201, 233.

Stacie STRONG (2009), "The Sounds of silence or ambiguity", 30 *Mich. J. Int'l L.* 1017, 1049-49.

Stacie STRONG (2011- 2012), "Resolving mass legal disputes through class arbitration: the United States and Canada Compared", 37 *N.C.J. International Law & Com. Reg.* 921.

Stacie STRONG (2013), *Class, Mass and collective arbitration in national and international law*, Oxford University Press, Nueva York.

Edward M. SPIRO y Judith L. MOGUAL, "Class arbitration- dying but not dead", *New York Law Journal*, vol. 245, nº 33, 18 agosto 2015.

Klaus TIEDEMANN, "Sistema económico y derecho penal económico en Alemania", *Debate penal*, Lima, núms. 7-8-9, año III.

Eric TUCHMANN (2009), "The administration of class action arbitrations" en *Multiple Party Actions in International Arbitration*, The Permanent Court of Arbitration, Oxford.

Marie Jose VAN DER HEIDJEN (2010), "Class Actions/les actions collectives", *3 Electronic Journal of Comparative law*, vol. 14.