

## EDITORIAL

Laura Carballo Piñeiro  
Gina Gioia  
Marien Aguilera Morales

El número monográfico que aquí se presenta abre una nueva etapa de la *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal* para acoger, además de números generalistas, discusiones científicas centradas en torno a temas escogidos por su Comité Editorial, pero que pueden ser propuestos por cualquier académico o práctico dispuesto a coordinar una excelente selección de trabajos. Recientes movimientos en la Unión Europea a propósito de los procesos colectivos son el objeto de los siete artículos que componen este número y a cuyos autores agradecemos su generosidad y tiempo en compartir unas reflexiones que arrojan luz sobre la falta de ambición de la Unión Europea, primero, en producir un instrumento transversal capaz de canalizar todo tipo de disputas, y segundo, en proponer soluciones que se alejen del ya rancio debate en torno a los abusos que pueden rodear este tipo de tutela, hacia posiciones más acordes con la buena salud de las acciones colectivas en un buen número de países de la Unión Europea. Aunque tampoco debe ignorarse que, si bien los avances son pocos, pueden tener un efecto revulsivo importante en otros países que, o no han hecho esfuerzo alguno en modernizar su sistema de tutela colectiva, o simplemente viven de espaldas al mismo. Este número de la *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal* tiene vocación de incitar un debate que conviene que no decaiga y, por qué no, provocar más movimientos que contribuyan a dinamizar el acceso a la justicia.

A punto de cumplirse las bodas de plata de una unión iniciada formalmente en el año 1998 e informalmente en 1993 con el Libro Verde sobre acceso de los consumidores a la justicia, la Unión Europea ha decidido renovar sus votos con la tutela colectiva de consumidores, con la aprobación el 25 de noviembre de 2020 de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva

2009/22/CE que, a su vez, ya había sustituido a la Directiva 1998/27/CE, y por la que, además de acciones de cesación, se regulan las acciones colectivas de indemnización.

La (pretendida) novedad de esta Directiva no reside, sin embargo, en el remedio indemnizatorio puesto que, en este paréntesis de casi veinticinco años, la Unión Europea nos ha regalado un extenso *acquis communautaire* en materia de consumo. En el mismo se especifica que se pueden reclamar los intereses colectivos de los consumidores no solo a través de acciones de cesación, sino también de acciones resarcitorias y acciones de reparación. Prueba de ello es el Anexo I de la citada Directiva donde se listan 66 instrumentos que contienen provisiones al respecto y que, por ejemplo, en España han provocado un auténtico rosario de disposiciones dispersas en distintas leyes civiles y mercantiles. Aunque el esqueleto procesal se puede consultar en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, las vestiduras del sistema de tutela colectiva se encuentran en estas disposiciones donde se detalla el tipo de intereses que se puede reclamar y quién puede hacerlo. Tal y como, por otra parte, requiere el *acquis communautaire* que no se preocupaba, en cambio, de otras garantías procesales esenciales para que funcione la tutela colectiva indemnizatoria.

La Directiva, que entrará en vigor el 25 de junio de 2023, sí contiene principios que afectan a dichas garantías en relación con ambas modalidades de tutela colectiva. Ahora bien, más allá de ello y con las críticas que luego veremos, la Unión Europea no ha modificado un enfoque sectorial que deja en manos de los Estados miembros decidir si abren el ejercicio de las acciones colectivas a toda materia de consumo o solo a las listadas en dicho Anexo. La crítica es obvia puesto que, si de una parte se dejan resquicios por los que se deja escapar la tutela de los consumidores, de otra parte, no se mira más allá de la materia de consumo. Y no es que la Unión Europea no sea consciente de ello como demuestran los diversos intentos realizados hasta llegar a este punto<sup>1</sup>.

Es especialmente llamativo que en el largo listado de instrumentos del Anexo I no se incluya uno que comenzó a gestarse con la Recomendación de la Comisión de 2013 en esta materia, la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados

---

<sup>1</sup> La Comisión Europea planteó por primera vez la posibilidad de regular las acciones colectivas indemnizatorias de forma transversal en la consulta pública "Hacia un planteamiento coherente en materia de recurso colectivo", de 4 de febrero de 2011 [SEC(2011) 173 final]. El Parlamento Europeo también se pronunció sobre esta cuestión en su Resolución de 2 de febrero de 2012 [2011/2089(INI)]. Sin embargo, tras estos movimientos, la ciudadanía de la Unión Europea solo obtuvo una decepcionante Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión [C (2013) 3539 final], siempre limitada a materia de consumo. La recién aprobada Directiva bebe de esta Recomendación, aunque ha de reconocerse que, respecto a esta última, deja de ser manifiestamente hostil a la tutela colectiva.

miembros y de la Unión Europea. Los daños a los que se refiere esta Directiva son los sufridos por consumidores como consecuencia de un acto anti-competitivo y cuya reclamación solo es viable a través de una acción colectiva; de ahí que se presentaran conjuntamente la propuesta de esta Directiva con la citada Recomendación. Su exclusión en el Anexo I de la Directiva 2020/1828 implica mantener una UE a varias velocidades en la protección de normas comunes de competencia.

La tibieza de la Directiva 2020/1828 contrasta, además, con el momento histórico en el cual algunas jurisdicciones europeas compiten con la estadounidense en atraer casos que no pueden ser tramitados en otros lugares, sea por la ausencia de instituciones sólidas, sea por la falta de remedios colectivos. Ejemplo paradigmático es el caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*<sup>2</sup>, iniciado por Ester Kiobel y otras viudas de activistas sometidos a tortura y muerte como consecuencia de su lucha contra la contaminación de la región del pueblo Ogoni: inadmitido a trámite en este país en 2013, pero que ha acabado ante los juzgados de los Países Bajos donde la demanda se admitió a trámite en 2017 y está siendo decidida en estas fechas<sup>3</sup>. Al mantener un ámbito de aplicación limitado a los intereses colectivos de los consumidores tal y como están definidos en su Anexo I, la Directiva 2020/1828 ignora intencionalmente el potencial de las acciones colectivas en materias como las que son objeto de la litigación reseñada. Prueba de esta intención es la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa, en línea con el Principio 17 sobre las Empresas y los Derechos Humanos, pero que tampoco se refiere a la tutela colectiva, *ergo* deja la cuestión en manos de los Estados miembros.

Leída en términos positivos, la materia medioambiental sí encuentra algún eco en la Directiva 2020/1828, aunque siempre mediatizada por el carácter de consumidores de las víctimas. El análisis que, de este punto, realiza Laura García Álvarez en el trabajo publicado en este número, disecciona hasta el milímetro las posibilidades que abre la misma a futuras causas. Después de leer este espléndido trabajo, queda aún más patente la oportunidad perdida que representa esta Directiva, también si se toma en consideración el antecedente del caso *Dieseldgate*, con procesos abiertos en los Países Bajos, Francia, Alemania y España, y que hubieran debido inspirar a la Unión Europea a hacer honor a la Agenda 2030 y apostar decididamente, entre otros, por Objetivos de Desarrollo Sostenible como el número 13, Cambio Climático.

Drásticamente restringido su alcance, la Directiva sí redundante en cuestiones que son esenciales para el desarrollo de las acciones colectivas, aunque

---

<sup>2</sup> *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. CT. 1659 (2013)

<sup>3</sup> Véase la noticia en el Business & Human Rights Resource Center, 24 septiembre 2020. Y este caso dista de ser un supuesto aislado como ejemplifican la decisión del Tribunal Supremo británico en el caso *Okpabi v Royal Dutch Shell* (2021 UKSC 3), o la condena a Shell del Tribunal de Apelaciones de la Haya, de 29 de enero de 2021.

la vaguedad de los términos en que se expresa la retrata más como un instrumento de *soft law* que como uno de *hard law*, y, por tanto, lejos de una armonización real. El certero análisis de Csongor Nagy pone los puntos sobre las íes a las trabas que las disposiciones de la Directiva 2020/1828 pueden plantear al potencial de las acciones colectivas en la Unión Europea. La eterna restricción de la legitimación para plantear acciones colectivas a entidades representativas según unos criterios que la propia Directiva se encarga de apuntar, si bien solo para casos transfronterizos, es especialmente llamativa cuando, de nuevo, contrasta con otros exitosos modelos como el holandés. Aunque la Directiva afirma que no pone en cuestión otros mecanismos colectivos nacionales ya implantados, está por ver qué dirección tomará cada Estado miembro a la hora de su transposición. Afortunadamente, sí ha moderado el tono en relación con otros elementos imprescindibles de una tutela colectiva resarcitoria, en particular los mecanismos *opt in/opt out*, huyendo de la condena a la aceptación tácita del proceso colectivo presente en la Recomendación de 2013. Sin embargo, lo cierto es que falta ese compromiso con un modelo *opt out* que hace que la tutela colectiva funcione.

El otro pilar de un modelo exitoso de tutela colectiva es, sin duda, una adecuada regulación de su financiación. Las disposiciones de la Directiva no apuntan, sin embargo, en esta dirección, sino de nuevo al control de posibles abusos vía, primero, una regla que pone en manos de las autoridades la financiación por terceros, y otra que ata a las acciones colectivas al principio de quien pierde, paga. Xandra Kramer e Ilja Tillema exploran las vías abiertas para financiar las acciones colectivas poniendo particular énfasis en la financiación empresarial jugando con el hecho de que la Directiva no la prohíbe. Las autoras exploran el modelo holandés que, como se ha dicho, juega con ventaja en esta materia dentro y fuera de la Unión Europea.

Entre las novedades de la Directiva está la previsión de concluir acuerdos de resarcimiento, sujeto a cautelas como un control de equidad por parte de las autoridades judiciales o administrativas que conocen del caso y, de forma opcional, una vinculación expresa por parte de los miembros del grupo. El principio de la autonomía de la voluntad no alcanza, sin embargo, a abrir la puerta a otras formas de resolución de conflictos como el arbitraje. Así lo estudia Ana Montesinos García en un revelador trabajo, que va más allá de la propia Directiva para preguntarse sobre la viabilidad del arbitraje colectivo más allá del particular vivero estadounidense.

A pesar de las críticas, la Directiva es un revulsivo para un buen número de Estados miembros y es de esperar cambios que vayan abriendo camino a otros cambios. Italia es avanzadilla ya que puso a punto su sistema de tutela colectiva en abril de 2019, casi un año y medio antes de que se promulgara esta Directiva. Andrea Giussani examina la acción colectiva italiana en un trabajo que ya da muchas claves de en qué dirección irá la implementación de la directiva. De hecho, la ley italiana ya incluye una de las novedades de la Directiva, la introducción de una fase de inadmisión, entre otras razones por falta de manifiesta fundamentación, también tomada del modelo esta-

dounidense y que hace preguntarse a María José Azar-Baud por cómo será su adaptación en Francia. Este último país vive una muy interesante etapa con demandas que exploran su potencial como la planteada por seis organizaciones no gubernamentales para abordar la discriminación por razón de raza en las actuaciones de la policía francesa<sup>4</sup>. En otros Estados miembros, la Directiva puede servir para encontrar respuestas sobre de qué modo puede mejorar el sistema existente y que prácticamente no ha sido utilizado, tal y como por otra parte se pregunta Laura Ervo con un trabajo muy crítico con la actual situación en Finlandia y Suecia. Ahora bien, estas experiencias también deben hacernos reflexionar que no basta con tener una previsión normativa para tener una tutela colectiva efectiva, una situación que se asemeja mucho al marco que dibuja la nueva Directiva.

En este último orden de cosas, también en España la transposición de la Directiva se presenta como una magnífica oportunidad para mejorar el mecanismo de tutela colectiva y diseñar un nuevo modelo que deje atrás el actual, caracterizado por su dispersión normativa, insuficiencia e infrautilización. A tal fin se dirigen también las investigaciones abanderadas por algunos de los miembros del Comité Editorial de la *Revista 5*, entre las que se incluye la confección de unas bases para la reforma. Es bueno, en suma, que todos pongamos nuestro particular granito de arena en el objetivo de procurar una Justicia más eficiente, en clave con los vientos que en este sentido nos llegan desde la Unión.

---

<sup>4</sup> France 24, "France faces class action lawsuit over racial profiling by police", 27 de enero de 2021.

<sup>5</sup> Proyecto de Investigación «Hacia una justicia civil eficiente: desafíos actuales y próximos desde la perspectiva europea» (Ref. PID2019-103909GB-I00), Investigador Principal: Marien Aguilera Morales, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación español.

