

LA APLICACIÓN EN MATERIA AMBIENTAL DE LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS DE LOS CONSUMIDORES. A PROPÓSITO DE LA DIRECTIVA (UE) 2020/1828

Laura García Álvarez

Profesora Ayudante Dra. de Derecho internacional privado
Universidad Pablo de Olavide
lgaralva@upo.es

ORCID: orcid.org/0000-0001-7302-292X

Resumen: En este trabajo se analizan las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, a propósito de la Directiva de la UE 2020/1828 y su posible aplicación a la materia ambiental. Mediante el análisis de su ámbito de aplicación se concluye que dicha Directiva solo protege al medio ambiente de manera anecdótica e indirecta, mediando siempre una relación de consumo. A continuación se estudian las cuestiones esenciales en la regulación de la tutela colectiva que prevé la Directiva y cómo podrían aplicarse a la materia medioambiental, a saber: bienes o derechos protegibles, legitimación activa, tipo de acciones de cesación o reparación, *opt-in*, *opt-out*, previsiones para casos transnacionales, financiación, información, posibilidad de acuerdos, etc. Se termina haciendo hincapié en la necesidad y en la urgencia de que se plantee una propuesta similar –o bien una general, no sectorial– que regule algún tipo de remedio colectivo, incluyendo acciones de cesación y de reparación, en materia ambiental en la UE.

Palabras clave: acciones de representación; remedios colectivos; Unión Europea; Derecho procesal internacional; protección del medio ambiente; protección de los derechos de los consumidores.

Abstract: The aim of this paper is to analyse the possibilities of applying representative actions for the protection of the collective interests of consumers regulated by the EU Directive 2020/1828 on environmental matters. To this end, its material scope is analysed and the paper concludes that the environmental protection granted by the Directive is both anecdotal and indirect as it is conditioned by the existence of a consumer relationship. Nevertheless, the main questions related to the regulation of representative actions are studied, taking into account the way they could be applied to collective actions in environmental matters. Issues covered, among others, include: protectable goods or rights, legal standing,

injunctions and redress measures, opt-in or opt-out system, cross-border action provisions, funding, information, settlements, among others. In sum, this paper highlights the need and urgency of a similar EU proposal on collective redress for environmental damages—or one general proposal instead of a sectorial one—, which includes both injunctions and redress measures.

Keywords: representative actions; collective redress; European Union, international procedural law; environmental protection; consumers rights protection.

Sumario: 1. La Directiva (UE) 2020/1828 en materia de acciones de representación: introducción y contexto.—2. El ámbito de aplicación de la Directiva y el medio ambiente: una mención anecdótica y una protección indirecta.—3. Algunas precisiones terminológicas. 3.1. Respetto de los bienes e intereses ambientales protegibles. 3.2. Respetto de las acciones de representación y acciones colectivas.—4. De la necesidad de contar con remedios colectivos en materia ambiental.—5. La aplicación de la actual regulación de las acciones colectivas en la UE a la materia ambiental: posibilidades y carencias. 5.1. Respetto de los sujetos a ser representados: de consumidor a ciudadano. 5.2. Respetto de los daños ambientales cubiertos. 5.3. Respetto de la legitimación para plantear acciones colectivas y respetto de las entidades habilitadas. 5.4. Respetto de las previsiones para casos transfronterizos. 5.5. Respetto del tipo de acciones disponibles: de cesación e indemnización, *opt-in* u *opt-out*. 5.6. Respetto de la información y publicidad. 5.7. Respetto de la financiación. 5.8. Respetto de la regla “quien pierde paga” y los “daños punitivos”. 5.9. Respetto de los métodos alternativos de resolución de conflictos. 5.10. Otras cuestiones: sobre la posible creación de un “Defensor del Pueblo Europeo” y los medios puestos a disposición de las acciones de representación.—6. Conclusiones.

1. LA DIRECTIVA (UE) 2020/1828 EN MATERIA DE ACCIONES DE REPRESENTACIÓN: INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO

Ciertamente, la globalización y la digitalización de la economía, la interdependencia de las economías nacionales en la Unión Europea y la movilidad creciente de ciudadanos, servicios y bienes entre los Estados miembros de la UE hacen urgente una eficaz regulación de las acciones colectivas (llamadas en el texto de la Directiva, acciones “de representación”¹) en materia de consumo.

¹ Según el artículo 3, por acciones de representación se entiende toda acción para la protección de los intereses colectivos de los consumidores en la que los consumidores afectados no son parte directa en el litigio. Estos serán representados por entidades habilitadas que deberán estar válidamente constituidas según el Derecho de un Estado miembro, no tener ánimo de lucro y tener un interés legítimo en que se cumpla la normativa de la UE –la contemplada en el Anexo I de la Propuesta–. Dichas entidades podrán solicitar distintas medidas en una única acción de representación o en varias, de entre las siguientes: una orden de cesación como medida cautelar, una orden de cesación que establezca una infracción y medidas destinadas a eliminar los efectos continuados por las infracciones, incluidas las órdenes de reparación—. Más adelante, en el epígrafe 3, se abordará dicho concepto con más detalle y otros utilizados como sinónimos, como “acciones colectivas” o “acciones de grupo”. Texto completo: Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, 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, Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), L 409/1, 4 diciembre de 2020.

Mientras en el pasado, una infracción de un comerciante respecto de las normas protectoras de los consumidores afectaba, por lo general, solo a ciudadanos de un mismo Estado, ahora, esas posibles infracciones pueden derivar en la vulneración de los derechos de miles o millones de consumidores de distintos Estados miembros, como se ha podido ver recientemente con escándalos como el *Dieselgate* 2. Estos casos han puesto en evidencia la necesidad de instaurar acciones colectivas armonizadas en toda la UE que eviten las respuestas jurídicas tan desiguales que ofrecen los distintos Estados a sus ciudadanos y, también, subsanen la inexistencia de dichos recursos en algunos Estados miembros que todavía no cuentan con mecanismos procesales colectivos adaptados a daños masivos. Así, por ejemplo, en el asunto *Dieselgate*, 8,5 millones de consumidores fueron afectados por el fraude de Volkswagen, encontrando muchos de ellos grandes dificultades para obtener compensación, y variando considerablemente dichas compensaciones entre los diferentes Estados implicados³.

Estos obstáculos en el acceso a una justicia efectiva llevan años poniéndose de manifiesto⁴ y de ello se han hecho eco las instituciones europeas en la

² Sobre el mismo, véase, entre otros muchos artículos y noticias de prensa: CARRASCO PERERA, A., “*Dieselgate*: soluciones contractuales y extracontractuales”, Gómez-Acebo y Pombo – Análisis, julio 2020, disponible en: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/07/Dieselgate_soluciones_contractuales_extracontractuales.pdf [Consulta: 2/9/2020]; dossier del caso Volkswagen en: <https://elpais.com/noticias/caso-volkswagen/> y en <https://www.elmundo.es/motor/2020/07/09/5f07671621efa092118b47b2.html>

³ European Commission Press Release of 17 July 2018, “The European Commission and EU consumer authorities publish final assessment of dialogue with Volkswagen”, IP/18/4549. Vid.,: <https://www.usinenouvelle.com/article/ou-en-sont-les-sanctions-prises-contre-volkswagenapres-le-dieselgate.N422467> [Consultada: 7/7/2020].

⁴ Y se han intentado abordar con distintas iniciativas de armonización: Comisión Europea, Libro Verde, de 27 de noviembre de 2008, sobre recurso colectivo de los consumidores, COM(2008) 794 final (no publicado en el Diario Oficial); en el ámbito de la competencia: Comisión Europea, Libro Verde de 19 diciembre 2005, sobre la reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, COM (2005) 672 y Comisión Europea, Libro Blanco de 2 abril 2008, sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, COM (2008) 165 final; Comisión Europea, “El momento de actuar”, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 31 marzo 2010, COM (2010) 135; Comisión Europea, “Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo”, Documento de trabajo de los servicios de la Comisión - Consulta pública, de 4 febrero 2011, SEC (2011) 173; Comisión Europea, “Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo”, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrasburgo, 11.6.2013, COM (2013) 401 final; Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, 2013/396/UE (DOUE 26 julio 2013, L 201/60). Vid., SHELLEY, M., “Towards a Uniform European Approach to Collective Redress?”, *Newsletter of the Consumer Litigation Committee*, International Bar Association Legal Practice Division, mayo 2015, disponible en: <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=9F8161E7-ED39-4F6C-B765-4D6C59E862C5> [Consulta: 11/7/2020]; AÑOVEROS TERRADAS, B., “Consumer Collective Redress under the Brussels I Regulation Recast in the Light of the Commission’s Common Principles”, *Journal of Private International Law*, vol. 11, 2015, n° 1, pp. 143–162, disponible en: <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/17536235.2015.1033202> [Consulta: 11/7/2020].

elaboración de esta Directiva⁵, recién publicada en el DOUE el 4 de diciembre de 2020. De hecho, la Propuesta de Directiva que precede al texto definitivo se presentó dentro del «Nuevo marco para los consumidores»⁶, incluido en el Programa de trabajo de la Comisión para 2018, con el fin de mejorar la eficacia del procedimiento de cesación y contribuir a la eliminación de las consecuencias de las infracciones del Derecho de la Unión que afectan a los intereses colectivos de los consumidores.

El propósito de la Directiva es pues solucionar los casos en los que múltiples ciudadanos/consumidores afectados normalmente no litigarían (entre otras posibles, por el excesivo coste, expectativa incierta de victoria en los tribunales ante las grandes corporaciones, etc.), quedando la infracción sin sancionar y los daños sin compensar –con lo que no se produce un efecto disuasorio para el infractor–, pensando especialmente en las jurisdicciones europeas que todavía no contaban ni cuentan con figuras legales que permitan dichas acciones colectivas de forma eficiente. Con la implementación de esta normativa, las acciones colectivas –en concreto, de representación–, tanto de cesación como de compensación o indemnizatorias, se generalizarían de manera más o menos armónica en toda la UE en el ámbito del consumo, con las particularidades que se analizarán más adelante.

A pesar de la crisis causada por el virus covid-19, la aprobación definitiva por parte de la Unión Europea de la Directiva relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores⁷,

⁵ De hecho, la propuesta de esta Directiva es consecuencia del control de adecuación REFIT de la legislación de la UE sobre consumidores y comercialización, publicado el 23 de mayo de 2017 (SWD(2017) 208 final y SWD(2017) 209 final, de 23/5/2017, disponible en: http://ec.europa.eu/news-room/just/item-detail.cfm?item_id=59332), que abarcó también la Directiva sobre acciones de cesación, y del Informe de la Comisión, de 25 de enero de 2018, sobre la aplicación de la Recomendación 2013/396/UE (DOUE 26 julio 2013, L 201/60), vid. *infra*, de la Comisión, 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 (COM(2018) 40 final). Ambos informes pusieron de manifiesto carencias importantes, urgiendo a su regulación. También, en su Recomendación de 2017 al Consejo y a la Comisión a raíz de la investigación sobre la medición de emisiones en el sector del automóvil (2016/2908(RSP)), el Parlamento Europeo instó a la Comisión a proponer legislación sobre un sistema armonizado de recurso colectivo para los consumidores de la UE, basado en las buenas prácticas dentro y fuera de la UE. Igualmente, Comité Económico y Social Europeo también ha apoyado, durante décadas, la acción de la UE en materia de recurso colectivo y solicitó la elaboración de una legislación en su dictamen sobre la Recomendación de la Comisión de 2013, subrayando la importancia del recurso colectivo de cesación o de indemnización.

⁶ Vid., el Discurso del estado de la Unión y la Carta de intenciones dirigida a los presidentes del Consejo y del PE, disponibles en: https://ec.europa.eu/commission/state-union-2017_es. [Consulta: 4/7/2020].

⁷ Propuesta aprobada el 30 de junio de 2020 por el Parlamento europeo y el Consejo que precede al texto definitivo: Propuesta de Directiva 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 [COM/2018/184 final - 2018/0089 (COD)], última versión manejada de 30 de junio de 2020, [inter-institucional file: 9223/20], texto del Secretaría General del Consejo de la UE remitido a las delegaciones tras la aprobación del Consejo y del Parlamento Europeo el 30 de junio de 2020. Vid., https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_20_1227 [Consulta: 4/7/2020]. Cuando se utilicen numeraciones del texto precedente en relación a la Propuesta de Directiva, de abril de 2018, se hará notar expresamente.

que deroga la Directiva 2009/22/CE⁸, se ha tramitado de acuerdo a las previsiones que situaban su publicación en el DOUE para finales de 2020, tal y como ha sucedido⁹, a pesar de las extensas discusiones para avanzar en esta dirección. Desde el 2013, año en que la Comisión Europea consiguió emitir unas Recomendaciones¹⁰, no vinculantes, 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, buscando una armonización de abajo arriba, y solicitando a los Estados miembros la implementación de medidas en el plazo de dos años (esto es, antes del 26 de julio de 2015), son muchos los Estados que aún no cuentan con algún tipo de acción colectiva en este sentido¹¹.

Ahora bien, la realidad descrita *supra* en el ámbito del consumo respecto de las insuficiencias legales y procedimentales para la obtención de justicia ante vulneraciones de intereses supraindividuales y/o vulneraciones múltiples de derechos individuales¹², agravadas e incrementadas por los efectos de la globalización, es similar a la que constatamos en otros ámbitos en los que pueden también verse afectados múltiples derechos individuales y/o intereses supraindividuales, como, especialmente, en el medio ambiente. Sin duda, las catástrofes ambientales recientes y los efectos perjudiciales que la actividad industrial y nuestra forma de vida tienen sobre el medio ambiente y, con él, sobre nuestra calidad de vida, presente y futura, han puesto de ma-

⁸ Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (Versión codificada), [COM/2018/184 final], DOUE 1 de mayo de 2009, L 110/30. Esta Directiva solo permitía acciones de cesación, sin regular las de reparación o compensación por los daños.

⁹ Aprobado el texto por el Consejo y el Parlamento Europeo, el borrador de Directiva fue formalmente adoptado por el Consejo y el Parlamento, siguiendo a esto el voto final en sesión plenaria del Parlamento europeo. No obstante, tras su publicación en el boletín oficial de la UE el 4 de diciembre de 2020 y su entrada en vigor a los 20 días de su publicación, los Estados miembros tienen hasta el 25 de diciembre de 2022 para su transposición, y hasta el 25 de junio de 2023 para que comiencen a aplicarse los nuevos procedimientos. Vid., artículo 24 de la Directiva. Sobre el proceso: "Collective Redress within the European Union", Linklaters web, 1st July 2020, disponible en: <https://www.linklaters.com/en/insights/publications/collective-redress-2018/collective-redress-across-the-globe-2018/eu> [Consulta: 12/7/2020].

¹⁰ Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, 2013/396/UE (DOUE 26 julio 2013, L 201/60). Pretendía asegurar "*a coherent horizontal approach to collective redress in the European Union without harmonising Member States' systems*". Análisis, entre otros, en: SHELLEY, M., "Towards a Uniform...", op.cit.; AÑOVEROS TERRADAS, B., "Consumer Collective...", op.cit., pp. 143-162.

¹¹ De acuerdo con un Informe de 2018, solo diecinueve estados de la Unión Europea cuentan con esta modalidad de acción colectiva. Vid., Informe de la Comisión, de 25 de enero de 2018, sobre la aplicación de la Recomendación 2013/396/UE de la Comisión 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, COM(2018) 40 final. De esta situación se hace eco el texto de la Directiva en su considerando 6.

¹² Se hace esta diferenciación entre intereses supraindividuales y derechos individuales "tradicionales", siguiendo a Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Cabiedes, P., *La tutela Jurisdiccional de los Intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos*, Aranzadi Editorial, 1999, pp. 61-65 y bibliografía allí citada. Vid., *infra*, epígrafe 3.1.

nifiesto la especial naturaleza de los daños ambientales¹³, su magnitud y los retos jurídicos que su complejidad plantea, directamente relacionados con los que la globalización o mundialización plantea al Derecho en general y al Derecho internacional privado en particular¹⁴. Y es que, como veremos más adelante, frecuentemente se trata de daños que, por su magnitud y tipología, están plurilocalizados y afectan a una diversidad de individuos y Estados, y/o de daños transnacionales en los que el elemento internacional es inmaterial o jurídico¹⁵.

A pesar de la importancia y urgencia de su regulación, puestas de manifiesto en incontables ocasiones, como veremos más adelante, la Directiva que en este trabajo nos ocupa no ha incluido la tutela como tal de los derechos e intereses vinculados directamente al medio ambiente –algo que sí contemplaba la Recomendación de la Comisión, cit. *supra*, de 2013¹⁶–, mencionándolo

¹³ Término genérico que engloba distintos tipos de daños a distintos tipos de derechos, bienes o intereses, sobre el cual ahondaremos *infra*, en el epígrafe dedicado a las precisiones terminológicas.

¹⁴ Como argumentan no pocos autores, la expansión y el crecimiento de la economía globalizada ha descansado y descansa en la sobreexplotación de los recursos naturales, especialmente los de los países empobrecidos. De ahí el innegable vínculo entre la globalización y la actividad empresarial, los daños al medio ambiente y, en consecuencia, el Derecho. Vid., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Globalización y Derecho internacional privado en el siglo XXI”, *Anales del Derecho*, n° 22, 2004, pp. 17-58, p. 31 en especial y bibliografía allí citada (KISS, A., THOMAS C., SINH, N., PAYE, O., PATTERSON, E., etc., vid. nota 43). En general, sobre los efectos de la globalización en el Derecho internacional privado, vid., entre otros, MUIR WATT, H., “The relevance of Private International Law to the Global Governance”, en: MUIR WATT, H. & FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. (ed.), *Private International Law and Global Governance*, Oxford, 2015, pp. 1-17; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n°9, 2000, pp. 7-32; DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. I, 2001, pp. 37-87; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Globalización...”, op. cit., pp. 17-58 y bibliografía allí citada; *Ibidem*, *Globalización y Derecho internacional privado*, Liberlibro.com, Albacete, 2002, *passim*; CALVO CARAVACA, A.L. & BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Globalización y Derecho*, Colex, Madrid, 2003; BONOMI, A., “Globalización y Derecho internacional privado”, en: DE FARAMIÑÁN GILBERT, J. M., (coord.) *Globalización y comercio internacional*, Actas de las XX Jornadas de la Asociación Española de Profesionales de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, AEPDIRI, Madrid, 2005, pp. 223-237; BOUZA VIDAL, N., “La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado” en: MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, J., (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Iustel, 2010, pp. 293-306.

¹⁵ Estos últimos comprenden aquellos en los que concurre un elemento internacional de carácter jurídico o inmaterial, con independencia de que exista uno físico o no (por ejemplo, la toma de decisiones por parte de la sociedad matriz en un territorio extranjero, la procedencia extranjera del capital o de la tecnología que facilita las actividades causantes de los daños, etc.) aunque el acto y el resultado dañoso se localicen en el territorio de un mismo Estado. Difiere este concepto del daño “transfronterizo”, donde generalmente el hecho dañoso se verifica en una pluralidad de Estados limítrofes, en el que es el elemento territorial/físico el que da el carácter internacional a la situación. Vid., VINAIXA MIQUEL, M., *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, Universidad de Santiago de Compostela, 2006, pp. 24 y 374. En la mayoría de las catástrofes ambientales ha concurrido algún elemento internacional, ya sea fáctico o jurídico. De ahí que hablemos de daños medioambientales “transnacionales”. Algunos autores hablan también de “internacionales” o “transfronterizos”, aunque sus diferencias han sido matizadas por algunos autores. Vid., respecto a las denominaciones, las aportaciones de BALLARINO, T., “Questions de droit international privé et dommages catastrophiques”, *Recueil des Cours*, 1990-I, pp. 289 y ss., p. 309.

¹⁶ Considerando 7: *Los ámbitos en que se ejerce la acción privada complementaria para hacer valer los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, en forma de recurso colectivo, son la protección de*

de una manera tangencial, de manera que solo recibe una protección indirecta y parcial, mediada por la protección de los derechos de los consumidores, como veremos en el siguiente epígrafe.

2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA Y EL MEDIO AMBIENTE: UNA MENCIÓN ANECDÓTICA Y UNA PROTECCIÓN INDIRECTA

Como decíamos, la Directiva 2020/1828 parece instaurar las acciones colectivas en materia de consumo, de manera que cuando los comerciantes¹⁷ perjudiquen o puedan perjudicar los intereses colectivos de los consumidores, las entidades habilitadas (que cumplan los requisitos del artículo 4) puedan interponer acciones de representación destinadas a protegerlos, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan establecer o mantener otros remedios procesales destinados a este fin. Ahora bien, el ámbito de aplicación de la Directiva se limita a las infracciones de la legislación de la UE –derivada de transposiciones o de aplicación directa– citada en el Anexo I de dicho texto normativo, bien sean nacionales o transfronterizas, incluidas las que se hayan cesado antes de que se haya iniciado la acción de representación o antes de la conclusión de la acción de representación (artículo 2.1).

Esta restricción en el ámbito de aplicación material de la Directiva es, en sí misma, criticable, puesto que obligará a diferenciar el remedio procesal en función de la fuente normativa, incrementará la complejidad inútilmente y resultará en una obtención de justicia a varias velocidades y con eficacias diversas dentro del mismo ámbito de protección de los derechos de los consumidores¹⁸. Esto, además, se ve agravado por el hecho de que el Anexo I se podrá modificar a menudo, constituyendo una lista “abierta” y, también, porque como se recoge expresamente en el considerando 18, la decisión de aplicar las disposiciones de la directiva a aspectos distintos de los contempla-

los consumidores, la competencia, la protección del medio ambiente, la protección de los datos personales, la normativa sobre servicios financieros y la protección de los inversores. Los principios establecidos en la presente Recomendación deben aplicarse de forma horizontal y uniforme a dichos ámbitos, pero también a cualesquiera otros en los que las demandas colectivas de cesación o de indemnización por daños y perjuicios derivados de la violación de derechos reconocidos por el Derecho de la Unión sean pertinentes.

¹⁷ Entendiendo por tal, *ex* artículo 3, toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe en su nombre o en su representación, con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión.

¹⁸ La propia Comisión puso de manifiesto esta contradicción de la Recomendación de 2013, que también limitaba la aplicación de la acción colectiva a la vulneración del Derecho de la UE con la Propuesta de Directiva sobre acciones de daños reguladas por el Derecho nacional por la violación del Derecho de competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, donde no se preveía tal distinción. Al respecto, *vid.*, CARBALLO PIÑEIRO, L., “Recomendación de la Comisión Europea 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 Europea (Estrasburgo, 11 de junio de 2013)”, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 65, Nº 2, 2013, pp. 395-399, p. 399.

dos en su ámbito de aplicación seguirá siendo competencia de los Estados miembros.

El ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva, en su versión de 11 de abril de 2018, se extendía, respecto de la Directiva 2009/22/CE, a los intereses de los consumidores en diversos sectores, que son, citando el texto de la Propuesta de Directiva, los siguientes: los servicios financieros, la energía, las telecomunicaciones, la salud y el *medio ambiente* (vid., considerando 6). Esto es, más allá de la mención al Convenio de Aarhus en el considerando 43 del texto, que se mantiene¹⁹, el medio ambiente recibía una protección indirecta, ya que estaba condicionada a que existiese una relación de consumo y un consumidor²⁰ cuyos derechos –de entre aquellos reconocidos por la normativa de la UE citada en el Anexo I de la Propuesta, *ex* artículo 2– se hubieran vulnerado. Resulta curioso que esa referencia al medio ambiente se eliminase en el texto de la Propuesta aprobado en junio y por tanto en la Directiva finalmente publicada, que incluye en el considerando 13²¹ esa ampliación del ámbito de aplicación respecto de la Directiva 2009/22/CE a ámbitos *como* la protección de datos, los servicios financieros, los viajes y el turismo, la energía y las telecomunicaciones. Ahora bien, se ha mantenido el “*como*”, “*such us*” en su versión inglesa, lo cual hace suponer que se trata de una lista

¹⁹ Indicando genéricamente, que la Directiva tiene en cuenta el Convenio de la CEPE sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (el Convenio de Aarhus, ratificado por la UE en la Decisión 2005/370/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005, DO L 124 de 17.5.2005). Esta referencia se mantiene en el texto final publicado.

²⁰ El texto de la Directiva mantiene la definición de “consumidor” de la Propuesta de Directiva, en el artículo 3, definiéndolo como “toda persona física que actúe con fines ajenos a su actividad comercial, negocio, oficio o profesión”. Nótese que el concepto de consumidor, a pesar de ser una noción clave en el Derecho de la UE, difiere entre Estados miembros. Así, podemos encontrar que se extiende a asociaciones sin ánimo de lucro (por ejemplo, en Grecia), a personas jurídicas actuando con fines no comerciales (por ejemplo, en Austria, Dinamarca, Lituania..), entidades eclesiales (por ejemplo, en Hungría) o cooperativas (por ejemplo, en Lituania o Malta). Vid., AA.VV., *Collective redress in the Member States of the European Union*, Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs Directorate General for Internal Policies of the Union PE 608.829, October 2018, p. 78, y bibliografía citada en notas 309-312, disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608829/IPOL_STU\(2018\)608829_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608829/IPOL_STU(2018)608829_EN.pdf) [Consulta: 3/9/2020]. Según este informe habría sido mejor abarcar tanto a personas físicas como jurídicas en la regulación de las acciones colectivas dado que en materias como competencia, financiera o medioambiente, las víctimas o perjudicados –y por tanto potenciales legitimados– pueden ser también, con frecuencia, personas jurídicas, además de porque facilitaría la constitución de los grupos de afectados. Así, por ejemplo, el artículo 7 de la Directiva 2015/2302/UE, relativa a los viajes combinados, reconoce que la diferencia entre consumidores y representantes de pequeños negocios o profesionales no es sencilla, por lo que adopta el término “viajero” para ampliar la posibilidad de protección a estos últimos. Vid., sobre el concepto de “consumidor” en el Derecho de la UE: ARROYO APARICIO, A., “Noción de consumidor para el Derecho Europeo (Noción del Reglamento 1215/2012 versus la de las Directivas de protección de los consumidores)”, *Revista Electrónica de Direito*, nº 1 (vol. 15), 2018, pp. 8-38, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6420418> [Consulta: 13/9/2020].

²¹ Considerando 13: “(...)Dado que los consumidores actúan ahora en un mercado cada vez más globalizado y digitalizado, conseguir un alto nivel de protección para ellos requiere que el alcance de la presente Directiva se extienda, además de a la normativa general de protección de los consumidores, a ámbitos como la protección de datos, los servicios financieros, los viajes y el turismo, la energía y las telecomunicaciones. (...)”.

abierta, algo que puede ser discutible para la delimitación del ámbito de aplicación de un instrumento normativo. En cualquier caso, a nuestro juicio, y más allá de las intenciones del legislador, que quizás hayan sido las de evitar confusiones en un terreno tan pantanoso como la protección del medio ambiente en el proceso civil, dejando mayor libertad a los Estados miembros en su transposición, esta redacción deja la puerta abierta a que ciertos intereses ligados a la protección ambiental, como veremos a continuación, que puedan verse afectados en el marco de una relación de consumo –por ello hablamos de protección “mediada” por la relación de consumo– puedan considerarse incluidos en el ámbito de aplicación material de la Directiva que nos ocupa. Esto es, aunque no se incluya el medio ambiente de manera específica, tampoco se excluye, siendo más significativo que la inclusión o no del término en sí la lista de instrumentos que contiene el Anexo I.

Así, es fundamental analizar, en primer lugar, qué normativa de la contenida por ahora –ya que está previsto que pueda ampliarse y modificarse con el tiempo– en el Anexo I, puede tener repercusión medioambiental, ya que la presente Directiva se deberá aplicar –como mínimo, vid. considerando 18– a las infracciones de las disposiciones del Derecho de la Unión que se recogen en dicho anexo, en la medida en que esas disposiciones protejan los intereses de los consumidores, independientemente de si se hace referencia a ellos como consumidores o como viajeros, usuarios, clientes, inversores minoristas, clientes minoristas, titulares de datos o de otro modo. Consideramos en este sentido, principalmente, los siguientes: Reglamento UE n° 1272/2008²², sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, y el Reglamento (CE) n° 66/2010²³, relativo a la etiqueta ecológica de la UE.

Respecto del primero, su objetivo es garantizar un nivel elevado de protección de la salud y el medio ambiente, con inclusión de los peligros para la capa de ozono (considerando 10), para lo que los productos clasificados de peligrosos, en sus distintos grados y categorías, deberán clasificarse, envasarse y etiquetarse según lo dispuesto en dicha normativa. En nuestro país, se aprobó mediante la Ley 8/2010, de 31 de marzo²⁴, el régimen sancionador correspondiente. Entendemos por tanto que, ante una vulneración de esta normativa, por ejemplo, porque no se haya etiquetado correctamente el producto, los “consumidores” afectados podrán reclamar tanto la compensación por los daños sufridos como la cesación de la conducta dañosa –retirada del mercado y correcto etiquetado–.

²² Reglamento UE n° 1272/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, y por el que se modifican y derogan las Directivas 67/548/CEE y 1999/45/CE y se modifica el Reglamento (CE) n° 1907/2006. DOUE L 353/1, 31/12/2008.

²³ Reglamento (CE) n° 66/2010 del parlamento europeo y del consejo de 25 de noviembre de 2009 relativo a la etiqueta ecológica de la UE. DOUE L 27/1, 30/01/2010.

²⁴ Ley 8/2010, de 31 de marzo, por la que se establece el régimen sancionador previsto en los Reglamentos (CE) relativos al registro, a la evaluación, a la autorización y a la restricción de las sustancias y mezclas químicas (REACH) y sobre la clasificación, el etiquetado y el envasado de sustancias y mezclas (CLP), que lo modifica. BOE núm. 79, de 01/04/2010.

En este escenario, habrá que ver cómo se concretan en la transposición del instrumento, los siguientes aspectos:

1) Quiénes están legitimados para recibir compensación y solicitar la cesación –mediante, siempre, las entidades habilitadas correspondientes que les representen, se entiende, vid. *infra*, ya que la Directiva no permite litigar a grupos de afectados constituidos en grupo *ad hoc*–. Parece que, siguiendo el tenor literal del texto, esto se limita a los consumidores afectados por el producto que no cumplía las garantías establecidas por el Derecho de la UE, esto es, debe mediar un acto o negocio jurídico en el que el consumidor, persona física a efectos de esta Directiva (vid. *supra* nota 20 y considerando 14), actúa con fines ajenos a su actividad comercial, negocio, etc. Por tanto, no cualquier ciudadano que, en el caso concreto del producto o servicio en cuestión no haya actuado como consumidor, estará legitimado en base a esta Directiva para ser representado y recibir la eventual compensación, aunque haya sufrido daños no contractuales, al no ser “consumidor” del mismo –sin perjuicio de que algunos Estados lo contemplen, ya que la Directiva es de mínimos–.

2) Qué daños, asociados a qué derechos, podrían ser la base para solicitar una compensación u otras medidas correctoras. Del texto de la Directiva no puede derivarse, en absoluto, que la compensación pueda basarse en la vulneración del interés supraindividual al disfrute de un medio ambiente saludable, porque entonces no tendría sentido limitar la misma a los consumidores afectados sino a los ciudadanos afectados –algo que no encaja en el ámbito de aplicación de la Directiva, que requiere una relación de consumo–. Ahora bien, además de que la reparación pueda basarse en los daños patrimoniales derivados de la compra o uso –por publicidad engañosa, por etiquetado incorrecto, precio más alto del debido por algún defecto de fabricación (como ocurrió con los automóviles en el caso *Dieseltgate*), etc.–, habría que preguntarse si, al amparo de dicha Directiva, cabría una acción colectiva –al margen de las dificultades para demostrar la relación de causalidad– por, por ejemplo, el daño que puede verificarse en la salud o propiedad (por el deshielo de ciertas zonas o la subida del nivel del mar, por ejemplo) de los consumidores, producido por un producto contaminante incorrectamente etiquetado (vulnerando lo dispuesto en el Reglamento 1272/2008, considerando 10, cit. *supra*) que ha dañado el medio ambiente o, incluso, la capa de ozono, por su consumo masivo²⁵. Responder afirmativamente plantearía la incoherencia de que, a pesar

²⁵ Esta opción no parece del todo descabellada a la luz del incremento de la litigación por daños presentes o futuros, probables, asociados al cambio climático. Destaca, entre otros, el primer caso civil en la Unión Europea por los efectos nocivos del cambio climático, admitido a trámite y ya en fase de prueba, enfrenta a un ciudadano peruano, Saúl L., contra la matriz, alemana, del grupo societario RWE, por el riesgo de inundación inminente que sufre en su propiedad de Huaraz (Perú) ante el deshielo de un glaciar próximo. La pretensión se basa en que RWE, que opera sus fábricas en Alemania, es responsable de un 0,47% de las emisiones globales de CO2 y, por ello, responsable parcial de la perturbación que debe soportar Saúl L. en su propiedad. Los argumentos del Tribunal de Hamm, en segunda instancia, que admite su competencia y encuentra la pretensión suficientemente fundada en Derecho, ya son un gran logro y un precedente en lo que se ha llamado “justicia climática”. Vid., ampliamente sobre el caso: GARCÍA ÁLVAREZ, L., “El caso Huaraz: David contra Goliat o «Saúl L. contra RWE AG»: Un precedente clave en la justicia climática”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, nº40,

de que el daño lo suframos todos, solo podrían solicitar la cesación de la conducta o recibir compensaciones aquellos ciudadanos que hubieran en efecto “consumido” el producto, aunque su acción, sin duda, protegería “indirectamente” al medio ambiente, ya que la posibilidad ofrecida a los consumidores de reclamar compensaciones colectivamente reforzará el efecto disuasorio en los comerciantes y productores a la hora de realizar conductas infractoras que eventualmente puedan producir un daño medioambiental.

Ahora bien, al recibir finalmente los consumidores las compensaciones –a título individual, aunque les representen en litigio las entidades habilitadas– y al tener que basarse la reclamación en una relación de consumo, y concretamente en una infracción por parte de un comerciante de alguno de los instrumentos normativos citados *supra* (ya hemos visto que son escasos los que tienen implicaciones medioambientales), no podemos decir que exista una protección directa del medio ambiente como tal –porque no se contemplan los daños individuales derivados de un daño ambiental para los “no” consumidores, tampoco los daños al interés supraindividual al disfrute de un medio ambiente saludable ni, mucho menos, se ampara el daño ecológico puro–, por lo que es evidente que no puede afirmarse, a nuestro criterio, que la Directiva, ni tampoco su versión de 11 de abril de 2018, regulen las acciones colectivas o de representación en materia medioambiental.

Por todo ello, podemos afirmar que la protección del medio ambiente que ofrece la Directiva es muy limitada y, en todo caso, indirecta. Dada esta carencia y ante la necesidad de regular dichos remedios colectivos también en materia medioambiental, como justificaremos en el epígrafe cuarto, proponemos, desde una revisión crítica de la Directiva y considerando sus posibilidades de aplicación en materia medioambiental, una ampliación crítica de la misma a dicho sector.

3. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Antes de abordar la necesidad, manifestada por doctrina, jurisprudencia e instituciones europeas, entre otros actores, de regular determinadas acciones colectivas en materia ambiental, procedemos a hacer una precisión terminológica respecto de lo que entendemos por “daños o perjuicios ambientales” y por “acciones de representación” y “acciones colectivas”.

2018; IGLESIAS MÁRQUEZ, D., “Cambio climático y responsabilidad empresarial: análisis del papel de las empresas para alcanzar los objetivos del Acuerdo de París”, *Anuario Español de Derecho internacional*, vol. 36, 2020, pp.327-366, p. 353, nota 85. Prueba de la importancia jurídico-procesal que está cobrando el problema del cambio climático es la reciente recomendación, de mayo de 2020, de la International Bar Association, de que se apoyen las medidas de creación de un organismo internacional de arbitraje en medio ambiente y la eventual creación de un Tribunal Internacional de Medioambiente, entre otras muchas, anunciadas en el informe *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption*, 2014, disponible en: <https://www.ibanet.org/PresidentialTaskForceClimateChangeJustice-2014Report.aspx#collapse2> Recomendación de mayo en: <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=cac6e15d-ec80-4669-9025-2773e9019519> [Consulta: 2/9/2020].

3.1. Respeto de los bienes e intereses ambientales protegibles

Con anterioridad, en este trabajo, se ha empleado el término de “daños ambientales” por abreviar pero, bajo la denominación “daños ambientales”, genérica y ambigua desde el punto de vista jurídico, podemos encontrar distintas categorías. Y es que los intereses y bienes que pueden verse dañados ante un “daño ambiental” son variados y, más aún, según la teoría que apliquemos a su determinación, ya que a la complejidad y confusión reinante en el panorama doctrinal y jurisprudencial, se suma la heterogeneidad existente en Derecho comparado, que no permiten determinar fácil ni armónicamente su naturaleza ni, por tanto, su calificación y su consecuente tutela procesal.

De entre las múltiples clasificaciones que la doctrina ha sugerido, optamos por la ofrecida por Gutiérrez de cabiedes e Hidalgo de Cabiedes²⁶, tanto por su claridad expositiva como por su mayor potencial de accionabilidad y, con ello, de obtención de justicia y protección del medio ambiente.

Así, podemos encontrar: a) daños a derechos individuales tradicionales (propiedad, integridad física, etc.), tutelables clásicamente en el proceso civil; b) daños al interés supraindividual²⁷ en el disfrute de un medio ambiente saludable –cuyo reconocimiento positivo dista de ser una realidad homogénea por la confusión doctrinal que rodea a estos conceptos jurídicos– y, c) por último, daños al bien jurídico “medio ambiente” o ecológico puro. Este último quedará al margen de este trabajo por su consideración marginal por el Derecho privado en los ordenamientos de países de la UE, si bien haremos

²⁶ Gutiérrez de cabiedes e Hidalgo de Cabiedes, P., *La tutela...*, op.cit., *passim*. Vid., ampliamente sobre la calificación y clasificación de los daños ambientales: GARCÍA ÁLVAREZ, L., *El acceso a la justicia civil en supuestos de daños ambientales causados por grupos transnacionales de sociedades con matrices europeas*, Tesis Doctoral, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, 2015, pp. 69-97.

²⁷ Así, un derecho o interés “supraindividual” es aquel “interés legítimo compartido por una categoría o conjunto de sujetos que se encuentran en igual o similar situación jurídica con relación a un bien del que todos ellos disfrutaban simultánea y conjuntamente, de forma no concurrente y no exclusiva, y respecto del cual experimentan una común necesidad”. Esto es, no se produce agotamiento del bien por el goce del mismo por la persona o personas que ostentan tal derecho. Vid., GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P., “Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios”, en: CORDÓN MORENO, F. ET. AL. (coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Thomson Reuters- Aranzadi, vol. I (arts. 1 a 516), 2ª edición, 2011, p. 199. Estos intereses pueden ser a su vez “colectivos” –cuando los afectados son determinables– o “difusos” –cuando no lo son–. Vid., las notas diferenciadoras de PELEGRINI GRINOVER, A., “Acciones colectivas para la defensa del ambiente y los consumidores (La ley brasileña núm. 7347, de 24 de julio de 1985)”, *Revista de Derecho Procesal*, 1988, 3, pp. 705-724, p. 707; recogidas también por: MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007, p. 413. Nótese que el carácter colectivo “no se otorga porque individualmente carezca de relevancia jurídica sino porque su unificación los hace apreciables bajo una óptica diversa, que explica la particular consideración y tutela a ellos reservada por el derecho”. Vid., PIRANO, S., “L’interesse diffuso nella tematica degli interessi giuridicamente protetti”, *Rivista de Diritto Processuale*, n°2, 1979, pp. 202 y ss., p. 217. Según CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. Y MORENO CATENA, V., nos encontramos ante intereses colectivos cuando un hecho o acto jurídico afecta al conjunto de ciudadanos o a un grupo de personas no determinado, yendo más allá de una suma de intereses o acciones, aunque sí haya particulares afectados; vid., *Ibidem* en: *Derecho procesal civil*, Tirant Lo Blanch, 7ª edición, Valencia, 2013, pp. 93 y ss.

algunas referencias por la repercusión que tendría su consideración civil en la protección medioambiental.

Así, para algunos autores y ordenamientos, los únicos daños medioambientales accionables por particulares ante los tribunales serán los privados; esto es, los derechos –de primera o segunda generación– que son reconocidos como derechos subjetivos individuales (propiedad o salud, que poco tienen que ver en sí “con el medio ambiente”, aunque los daños a dichos derechos deriven de daños ambientales); en estos casos, los daños ecológicos puros sólo podrán ser reclamados por la Administración²⁸ en tanto que titular de los bienes comunes o gestor de los bienes “de nadie” –esta no es, a su vez, una distinción baladí–²⁹. Por su parte, otros autores y ordenamientos consideran que el derecho al disfrute de un medio ambiente sano se ve lesionado ante un atentado ambiental y que sus víctimas, esto es, los afectados en tal derecho, podrían solicitar tutela ante los tribunales en tanto que se trata de un interés legítimo³⁰. Por último, para otros, la minoría, la responsabilidad civil no cabe sólo respecto de los daños a derechos subjetivos y a los intereses legítimos, sino también respecto del daño ecológico puro³¹.

Si bien el estudio de estas categorías desborda el objeto de este artículo, conviene tenerlas en cuenta porque de su distinción dependerá directamente el acceso a la justicia, tanto por el tipo de acción colectiva que pueda proponerse (vid. *infra*), y, también, por la calificación que se haga en consecuencia de un supuesto de daños ambientales con elemento internacional, cuando dicha calificación se haga no en base a una norma supraestatal sino de pro-

²⁸ Esta es en esencia la posición de España, criticada –opinión que compartimos– por: RUDA GONZÁLEZ, A., “Environmental Liability Cases: The Spanish Approach”, en: LEIN E., FAIRGRIEVE, D., OTERO CRESPO, M. & SMITH, V., *Collective Redress in Europe: Why and How?*, British Institute of International and Comparative Law, 2015, pp. 327-336, p. 331-333.

²⁹ Vid., sobre la legitimación exclusiva del Estado ante daños ecológicos y el papel anecdótico de la sociedad civil en el sistema español, y el estado de la cuestión en países de nuestro entorno como Italia, Francia o Portugal GARCÍA ÁLVAREZ, L., *Daños...*, op.cit., pp. 87-122 y bibliografía allí citada.

³⁰ Para muchos autores la existencia de un derecho supraindividual al disfrute del medio ambiente y su accionabilidad directa en el ordenamiento español sería perfectamente defendible en base al artículo 7.3 de la Ley Orgánica 7/2015, del Poder Judicial, de 21 de julio (BOE n°174, de 22 de julio de 2015), que entró en vigor el 1 de octubre de 2015

³¹ Así, el daño ambiental, más allá de, cómo veremos, el daño a los tradicionales derechos subjetivos, es un territorio casi desconocido para el Derecho civil o, más allá, para el Derecho administrativo en lo que respecta a la legitimación particular, no pública, con algunas excepciones, como Portugal o Brasil, que sí reconocen el perjuicio ecológico como generador de responsabilidad civil y prevén la legitimación individual. Una sentencia paradigmática en este sentido es la del caso *Erika*, en Francia: “Lorsque ces faits constituent une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l’environnement, à l’amélioration du cadre de vie, à la protection de l’eau, de l’air, des sols, des sites et paysages ou ayant pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances, les associations auxquelles la loi confère la faculté d’exercer des droits reconnus à la partie civile, conformément aux premier et second alinéa de l’article L. 142-2 du code de l’environnement, peuvent demander réparation, non seulement du préjudice matériel et du préjudice moral, directs ou indirects, causés aux intérêts collectifs qu’elles ont pour objet de défendre, mais aussi de celui résultant de l’atteinte portée à l’environnement, qui lèse de manière directe ou indirecte ces mêmes intérêts qu’elles ont statutairement pour mission de sauvegarder”. Resolución de la Corte de Casación de París, 25 septiembre 2012, as. n° 3439, p. 191.

ducción interna. En cuanto a la propuesta de ampliación de la Directiva a los daños ambientales, se detallará en el correspondiente epígrafe (quinto) a qué daños ambientales nos estamos refiriendo, *infra*.

Con independencia de la clasificación, es innegable que, ante daños ambientales en los que se verifica la existencia de múltiples afectados e intereses supraindividuales afectados, las acciones colectivas, en los términos que a continuación veremos, con una complejidad propia y un desarrollo aún insuficiente a este respecto, se presentan como pieza clave³² para la obtención de una tutela judicial efectiva, permitiendo una mayor economía procesal, visibilidad social y jurídica del daño –por la atomización que muchas veces existe en estos supuestos con un innegable balance coste-beneficio desfavorable para el demandante individual, la dispersión geográfica o su distanciamiento con el hecho generador del daño– y una mejor articulación procesal que garantice el acceso a la justicia en toda su amplitud.

3.2. Respetto de las “acciones de representación” y las “acciones colectivas”

Existen muchas definiciones doctrinales de lo que entendemos por “acciones colectivas”, no todas apuntando en el mismo sentido³³. También se suelen emplear varios términos para referirse a acciones colectivas en Derecho comparado³⁴, por lo que conviene hacer una precisión terminológica al respecto.

A efectos de la Directiva estudiada, el término escogido es “acciones representativas” (en inglés, *representative actions*)³⁵. Tal y como se define en el

³² “(...) the availability of mass claim settlement procedures not surprisingly is an important factor shaping also the recoverability of claims against a multitude of potential defendants”. Vid., KOCH, B.A., “Multiple Tortfeasors in Mass Tort Cases” en: VAN BOOM, W. H. & WAGNER, G. (eds.), *Mass Torts in Europe, Cases and Reflections*, De Gruyter, Tort and Insurance Law vol. 34, Berlin, 2014, pp. 173-197, p. 190.

³³ Es importante diferenciarlas de mecanismos clásicos como litisconsorcios pasivos o acumulación de acciones. A efectos prácticos y entre otras diferencias, en la acción colectiva puede darse un beneficio de extensión de los efectos de la sentencia a sujetos no intervinientes como parte en el procedimiento, pero que se han encontrado afectados por el mismo hecho en los mismos derechos, mientras que en una acción que agrupe pretensiones individuales la eventual sentencia solo afectará a las partes procesales. Vid., CARBALLO PIÑERO, L., *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, p. 88; SCHEPISI, C., “Azione risarcitoria di classe e controversie internazionali: competenza giurisdizionale e legge applicabile”, *Rivista di Diritto Internazionale*, n°4, 2010, pp. 1053-1085.

³⁴ Así, por ejemplo, usando la terminología traducida al inglés: “class actions” en Dinamarca y Polonia, “test case proceedings” o “model case proceedings” en Alemania, “group litigation orders” en Reino Unido o “popular actions” en Portugal. Por ello, es importante aproximarse a cada término desde cada ordenamiento nacional ya que en ocasiones, a pesar de usarse términos diferentes pueden estar refiriéndose a acciones colectivas similares (por ejemplo, la acción de grupo de Francia –que solo puede presentarse por entidades habilitadas o cualificadas–, puede ser comparada a la acción de representación de la Directiva aunque en la terminología empleada por las instituciones europeas una “acción de grupo” haga referencia a otro tipo de acción colectiva presentada por miembros del grupo).

³⁵ No lo considera la mejor opción la Dirección de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, según la cual, citamos textualmente: “The expressions collective

artículo 3, hace referencia a toda acción para la protección de los intereses colectivos de los consumidores en la que los consumidores afectados no son parte directa en el litigio. Estos serán representados por *entidades habilitadas* que, obligatoriamente para casos transfronterizos³⁶, deberán estar válidamente constituidas según el Derecho de un Estado miembro, llevar al menos doce meses de actividad pública en defensa de los intereses de los consumidores con anterioridad a su solicitud de reconocimiento como entidad habilitada, no tener ánimo de lucro, no estar en situación de insolvencia, ser independiente y no estar influida por terceros distintos a los consumidores, publicar por medios apropiados, en especial en su página web, en lenguaje sencillo y comprensible, información sobre los criterios precedentes y sobre sus fuentes de financiación, estructura organizacional, directiva y de miembros, objetivos y actividades. (vid. requisitos redactados detalladamente en el artículo 4.3).

Dichas entidades podrán solicitar distintas medidas en una única acción de representación o en varias, de entre las siguientes: una orden de cesación como medida cautelar, una orden de cesación que establezca una infracción y medidas destinadas a eliminar los efectos continuados por las infracciones, incluidas las órdenes de reparación-. Hay que señalar que la norma general de legitimación es que esta recaiga en entidades habilitadas *ex ante* y únicamente se ofrece la posibilidad a los Estados miembros de reconocer la legitimación *ad hoc* a las entidades representativas del grupo de afectados en casos domésticos o nacionales, esto es, que dicha legitimación *ad hoc* no será posible en casos transfronterizos –cuando una entidad legitimada por un Estado va a litigar en otro Estado, con independencia de que existan o no otros elementos internacionales–.

Esta definición de las “acciones representativas o de representación”, cuya legitimación recae exclusivamente en entidades habilitadas en representación de dos o más personas que han sufrido los daños pero que no serán parte del procedimiento, las distingue de las llamadas “acciones de grupo”, dentro de las acciones colectivas (que englobarían a ambas)³⁷, y que pueden presentarse directamente de manera conjunta por aquellos que alegan haber sufrido los daños.

redress and/or collective action, would be a better option because the term is well known at European Union level, namely in the Resolution of 2012, as well as in the Recommendation and Communication of 2013. Finally, “collective redress” is not regularly referred to by national systems, which would facilitate an autonomous European meaning. Another option could be to adopt the Ibero-American expression “collective proceedings”. AA.VV., *Collective redress in the Member States...*, op.cit., p. 71.

³⁶ Esto es, para aquellos en los que la entidad habilitada va a litigar en un Estado miembro distinto a aquel que la habilitó, con independencia del domicilio del comerciante u otras cuestiones (vid. artículo 3.7 y considerando 25). En casos de litigación doméstica, esto es, el los que la entidad habilitada litiga en el Estado que la habilitó (con independencia de que el comerciante o consumidores afectados se domicilien en el extranjero) estos requisitos se pueden fijar libremente por los Estados miembros en atención al considerando 26.

³⁷ En el mismo sentido se pronuncia el estudio del Parlamento Europeo de 2018; *ibídem*, p. 70.

En lo que se refiere a este trabajo y a las propuestas que van a hacerse respecto de la ampliación del objeto de la Directiva, se empleará también el término amplio, “acciones colectivas”³⁸, haciendo referencia a las acciones por daños que hayan afectado a una pluralidad de individuos y que, bien por su gran número o bien por la dificultad de identificación o la especial trascendencia del interés en juego, no pueden plantearse con mecanismos clásicos como litisconsorcios pasivos, intervención procesal o acumulación de acciones³⁹. Así, no todos los interesados/afectados son parte procesal –representación de su interés litiga una persona, un grupo o asociación...– pero los efectos de la sentencia sí les afectan –cumplidos determinados requisitos–, de manera que se economiza en recursos y se evitan soluciones contradictorias, teniendo efectos la sentencia para todos los afectados que se hayan sumado al proceso expresamente (ejercitando su derecho de *opt in*) o que no hayan manifestado explícitamente su deseo de no formar parte (no ejercitando su derecho de *opt out*)⁴⁰, según los sistemas.

Esto es, la acción colectiva se presenta así como un instrumento procesal institucionalizado que pretende resolver con mayor eficacia y eficiencia conflictos que afectan a una pluralidad de sujetos en sus derechos, yendo más allá de los intereses particulares y privados para lograr un mejor cumplimiento del Derecho⁴¹ –del medio ambiente, de igualdad entre hombres y mujeres, de consumidores o usuarios, y de cuantos ámbitos de relevancia colectiva puedan contemplarse–; la acción, como tal, será derecho subjetivo de aquellos sujetos afectados en alguno de sus derechos y de cuantas personas la ley

³⁸ Y esto así porque se incluye en el análisis –en especial cuando se aborda la situación en Derecho comparado– no solo la posibilidad de que tengan legitimación activa determinadas entidades habilitadas *ex ante* sino, también, otras entidades –como grupos organizados *ad hoc*– o incluso una persona física afectada como representante del resto.

³⁹ A efectos prácticos y entre otras diferencias, en la acción colectiva puede darse un beneficio de extensión de los efectos de la sentencia a otros sujetos no intervinientes en el procedimiento, como veremos, pero que se han encontrado afectados por el mismo hecho en los mismos derechos, mientras que en una acción que agrupe pretensiones individuales la eventual sentencia sólo afectará a los intervinientes.

⁴⁰ En el modelo *opt-in*, para ser considerado parte en una acción colectiva es necesario hacer una solicitud formal, tras la notificación del tribunal. No ocurre así en el *opt-out*, en el que se considera a todos parte salvo que se manifieste expresamente la voluntad contraria y, por tanto, todos los demás quedarán vinculados por la sentencia. Vid, JOHNSON, A., “To ‘Opt-in’ or to ‘Opt-out’-That is the question”, en: LEIN E., FAIRGRIEVE, D., OTERO CRESPO, M. & SMITH, V., *Collective...*, op.cit., pp. 61-66. Sobre las ventajas e inconvenientes de cada régimen y las consideraciones de la Directiva al respecto haremos algunos comentarios más adelante, vid., epígrafe 5.5.

⁴¹ En este sentido, el auto de 16 de junio de 2005, de la Audiencia Provincial de Madrid, (Sección 11ª) da una explicación al respecto: “La defensa de intereses colectivos trasciende de la tradicional concepción del proceso civil como medio de resolución del conflicto de intereses particulares y privados, proyectándose en el derecho procesal y sustantivo como instrumento adecuado de tutela y satisfacción de intereses que afectan a una pluralidad de individuos de difícil determinación, tanto en el plano de los demandantes como, en su caso, de demandados, y que, por tanto, precisa de una regulación especial como tales acciones colectivas en aras a evitar la repetición innecesaria de litigios, aportando seguridad jurídica en el conjunto de relaciones de esa índole que afectan a los sujetos intervinientes. Auto nº 110/2005, de 16 de junio de 2005, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª), FD. 2º, [JUR 2005\173138].”

determine⁴², con independencia de que se permita solo su representación por entidades habilitadas o, también, su organización en un grupo de afectados *ad hoc*.

En función del reconocimiento por cada ordenamiento de la accionabilidad de los distintos bienes e intereses en juego, podemos encontrar distintos tipos de acciones colectivas. Por ejemplo, para que pueda verse la correlación con los distintos tipos de bienes/derechos accionables, siguiendo el caso de México y su regulación de las acciones colectivas, previstas para materia ambiental y de consumo⁴³, encontramos:

a) acciones de naturaleza “difusa”, esto es, *de naturaleza indivisible, que tutelan derechos e intereses difusos*, cuyo titular es una colectividad indeterminada. Estas acciones pretenden la reparación, por el demandado, del daño causado a la colectividad, bien mediante la restitución de las cosas al estado previo al daño, bien mediante cumplimiento sustituto⁴⁴.

b) acciones colectivas en sentido estricto, que tienen también *naturaleza indivisible, tutelando derechos e intereses colectivos*, cuyo titular es una colectividad determinada o determinable, para reclamar la reparación del daño causado (mediante acciones u omisiones concretas o bien mediante la indemnización de los daños en forma individual a los miembros del grupo).

c) acciones individuales homogéneas, que sí tienen *naturaleza divisible ya que tutelan derechos e intereses individuales aunque estos tengan incidencia colectiva, y por tanto, los titulares son los individuos agrupados con base en circunstancias comunes*.

En la Directiva analizada, las “acciones de representación” permiten proteger derechos individuales tradicionales pero también intereses colectivos en determinados aspectos, lo cual parece derivarse de varias previsiones como la contemplada en el considerando 33⁴⁵, referida a la orden de cesación

⁴² Vid. la definición de acción colectiva de A. GIDI que recoge parte de la doctrina, entre otros, CARBALLO PIÑERO, L.: “una acción colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva) para proteger el derecho que pertenece al grupo de personas (objeto del litigio) y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)”. Vid., *Ibidem*, Las acciones colectivas..., op.cit., p. 88; SCHEPISI, C., “Azione risarcitoria di classe e controversie transnazionali: competenza giurisdizionale e legge applicabile”, *Rivista di Diritto Internazionale*, n.º 4, 2010, pp. 1053-1085.

⁴³ Vid., Código Federal de Procedimientos Civiles, México, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de agosto de 2011, especialmente, artículos 580 y 581. Vid., sobre los mismos, ANGLÉS HERNÁNDEZ, M., “Acciones colectivas en materia de protección ambiental, fallas de origen”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, versión On-line, vol. 48, n.º 144, sep./dic. 2015.

⁴⁴ En caso de imposibilidad de reparación *in natura*, se abre la posibilidad para que el juez determine una cantidad económica, la cual se destinará a un fondo. De este podrán destinarse cantidades a aspectos ambientales aunque principalmente, en México, los recursos que deriven de las sentencias recaídas en las acciones colectivas se utilizarán para el pago de los gastos derivados de los procedimientos colectivos (honorarios de los representantes de la parte actora cuando exista un interés social, las notificaciones a los miembros de la colectividad, la preparación de las pruebas, la notificación de la sentencia respectiva, etc.). Vid., ANGLÉS HERNÁNDEZ, M., “Acciones colectivas...”, nota 45.

⁴⁵ “Las medidas de cesación tienen por objeto la protección de los intereses colectivos de los consumidores independientemente de cualquier pérdida, daño o perjuicio efectivo que pueda haber sufrido un consumidor concreto. Las medidas de cesación pueden obligar a los empresarios a hacer algo con-

que puede solicitarse con independencia de las pérdidas o perjuicios reales de cada consumidor. No obstante, al respecto es significativa la eliminación en el texto definitivo del considerando 21⁴⁶ incluido en el texto de la Propuesta, en el que claramente se hace referencia a intereses colectivos o supraindividuales que trascienden de los daños individuales, aunque cabe pensar que la Propuesta se refiere a colectividades de afectados determinados o determinables, en tanto que consumidores de un producto o servicio. No obstante, su aplicación potencial a la materia ambiental, necesitaría sin duda de precisiones y previsiones adicionales, por su especial naturaleza, como veremos más adelante.

4. DE LA NECESIDAD DE CONTAR CON REMEDIOS COLECTIVOS EN MATERIA AMBIENTAL

Abordaremos ahora la clara necesidad de regulación de acciones colectivas en materia medioambiental, lo que redundaría en beneficios colectivos e individuales, contrastando con su omisión en la Directiva, centrada, como hemos visto, en materia de consumo.

Dicha necesidad ha sido puesto de manifiesto tanto por doctrina⁴⁷ como por las mismas instituciones europeas, con referencia expresa a la materia medioambiental en distintos documentos. Así lo recogía expresamente la Comisión en las Recomendaciones de 2013⁴⁸ y en el documento “Hacia un mar-

creto, como proporcionar a los consumidores la información previamente omitida en contravención de alguna obligación legal. Una decisión sobre una medida de cesación no debe depender de que la práctica se realizase con dolo o por negligencia.”

⁴⁶ “En asuntos de escasa cuantía, es poco probable que la mayoría de los consumidores interpongan acciones para hacer valer sus derechos, porque los esfuerzos superarían a los beneficios individuales. Sin embargo, si la misma práctica afecta a varios consumidores, la pérdida agregada puede ser significativa. En tales casos, un órgano jurisdiccional o una autoridad puede considerar que resulta desproporcionado distribuir los fondos entre los consumidores afectados, por ejemplo porque es demasiado oneroso o impracticable. Por tanto, los fondos recibidos como reparación a través de acciones de representación tendrán mayor utilidad para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y deben destinarse a un objetivo público pertinente, como un fondo de asistencia jurídica gratuita para los consumidores, campañas de sensibilización o asociaciones de consumidores”. Nótese que esto hace referencia a la numeración del texto de la Propuesta aprobado el 11 de abril de 2018.

⁴⁷ Prueba de ello es el número de recientes publicaciones en torno al tema, entre las que destacan, junto con las ya citadas y por el tratamiento específico de las cuestiones medioambientales y/o novedad, las siguientes: NAGY, C. I., *Collective Actions in Europe: A Comparative, Economic and Trans-systemic Analysis*, Springer Nature, 2019; LEES, E. & VIÑUALES, J.E., *Oxford Handbook of Comparative Environmental Law*, Oxford University Press, 2019, esp. Pp. 1125-1160; BLENNERHASSETT, J., *A Comparative Examination of Multi-Party Actions: The Case of Environmental Mass Harm, Civil Justice Systems*, Bloomsbury Publishing, 2016; HARSAGI, V. & VAN RHEE, C.H., (eds.), *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?*, Ius Commune: European and Comparative Law Series, vol. 133, Intersentia, Amberes, vol. 133, 2014; LEIN E., FAIRGRIEVE, D., OTERO CRESPO, M. & SMITH, V., *Collective Redress in Europe: Why and How?*, British Institute of International and Comparative Law, 2015, pp. 327-336; CARBALLO PIÑEIRO, L., “Cross-border environmental damage litigation”, *Revista Ítalo-Española de Derecho procesal*, vol. I, 2018, 22 p.

⁴⁸ Comisión Europea, Recomendación ..., op.cit., vid. especialmente, considerando 7.

co horizontal europeo de recurso colectivo”⁴⁹. También, en su resolución de 2 de febrero de 2012, “Towards a Coherent European Approach to Collective Redress”, el Parlamento Europeo defendía que la Directiva 2009/22/EC debía mejorarse para atender mejor las situaciones transfronterizas y, entre otras cuestiones, las medidas cautelares especialmente en el ámbito medioambiental. Se subrayaban los beneficios potenciales de instaurar acciones judiciales colectivas, también en materia medioambiental, en términos de menores costes y mayor seguridad jurídica para demandantes, demandados y el sistema judicial, al evitarse litigios independientes por reclamaciones similares basadas en la misma causa.

También, el Tribunal de Justicia de la UE en un número sustancial de casos⁵⁰ deja clara la necesidad de garantizar un acceso amplio a la justicia para las ONG interpretando el artículo 9 de la Convención de Aarhus, cit. *supra* 51. Igualmente, y entre otras, en la Resolución de 26 de octubre de 2017 sobre la aplicación de la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental⁵², respecto de la prevención y reparación del daño medioambiental, el Parlamento Europeo recuerda que el Derecho europeo dispone que los ciudadanos europeos deben tener derecho a un acceso efectivo y en tiempo oportuno a la justicia (artículo 9, apartado 3, del Convenio de Aarhus, artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y disposiciones pertinentes del Convenio Europeo de Derechos Humanos) y que los costes de los daños medioambientales debe asumirlos quien contamina (artículo 191 del TFUE), solicitando, por tanto, a la Comisión que presente una propuesta legislativa sobre normas mínimas de aplicación del componente de acceso a la justicia del Convenio de Aarhus y *evaluando la posibilidad de introducir mecanismos de recurso colectivo de indemnización para violaciones de la legislación medioambiental de la Unión*.

⁴⁹ Comisión Europea, “Hacia un marco...”, op.cit., vid., especialmente, punto 1.3.

⁵⁰ Entre otros: SSTJUE C240/09 8 marzo 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK v Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, 8 marzo 2011, [ECLI:EU:C:2011:125]; C-263/08, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsförening (DLV) v Stockholms kommun genom dess marknämnd*, 15 octubre 2009, [ECLI:EU:C:2009:631]; Joined Cases C-401/12 P y C-403/12 P, *Council of the European Union and Others v Vereniging Milieudefensie and Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht*, 13 de enero de 2015, [ECLI:EU:C:2015:4]; Joined Cases C-404/12 P y C-405/12 P, *Council of the European Union and European Commission v Stichting Natuur en Milieu and Pesticide Action Network Europe*, 13 de enero de 2015, [ECLI:EU:C:2015:5]; Case C-137/14, *European Commission v Federal Republic of Germany*, 15 octubre 2015, [ECLI:EU:C:2015:683].

⁵¹ En la misma línea y respecto del mismo instrumento, el Comité sobre el cumplimiento de la Convención de Aarhus dictaminó en una Recomendación en 2017 que la UE, en tanto que parte de la misma, no cumplía con sus provisiones por la limitada posibilidad de los ciudadanos y ONGs para llevar actos de la UE relacionados con el medio ambiente ante el Tribunal de Justicia. Vid., Findings and Recommendations of the Compliance Committee with regard to Communication ACCC/C/2008/32 (Part II) concerning compliance by the European Union Adopted by the Compliance Committee on 17 March 2017, ACCC/C/2008/32 (EU), Part II.

⁵² Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (DRM) (2016/2251(INI)).

Por su parte, en lo que respecta al acceso a los procedimientos judiciales ante daños ambientales transnacionales, las insuficiencias en la regulación de las acciones colectivas son clamorosas. La territorialidad de los Estados nacionales choca aún con la protección de un bien de carácter global⁵³ y con la extraterritorialidad de la actividad empresarial responsable –entre otros actores– de su deterioro. Los sistemas jurídicos van muy por detrás de la realidad social y económica y cualquier intento de configurar derechos que no se identifican con la estructura e instrumentalización individual y privada, encuentra muchas resistencias. Así ocurre con la posibilidad de accionar colectivamente para los perjudicados por daños ambientales⁵⁴, en nombre propio o mediante un representante.

Es curioso cómo, a pesar de ello, las instituciones europeas han incluido en instrumentos de Derecho internacional privado, como es el Reglamento 864/2008, sobre la ley aplicable a obligaciones extracontractuales⁵⁵, Roma II, un artículo específico, el 7, para daños ambientales, ofreciendo una posibilidad de elección de ley a los demandantes entre la ley del lugar donde se produjo o causó el daño y el lugar donde se verificaron las consecuencias del mismo. Sería interesante analizar hasta qué punto esta disposición podría promover y “reconocer” potenciales acciones colectivas⁵⁶.

Lo que sí parece amparar dicho artículo es la posibilidad de tutela particular –que no necesariamente individual–, cuanto menos, del interés supra-individual en el disfrute de un medio ambiente saludable, además de, lógicamente, los derechos individuales cuya lesión se derive directamente del daño ambiental, como son la salud o la propiedad. Así, el artículo 7 de Roma II, afirma que “la ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de un daño medioambiental o de un daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño, será la ley determinada en virtud del artículo 4, apartado 1, a menos que la persona que reclama el resarcimiento de los daños elija basar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño”.

Esta previsión es de Derecho internacional privado y, con ello, está pensada para relaciones entre particulares, incluyendo al Estado actuando *iuri*

⁵³ Y es que si bien el mundo sigue empeñado en ofrecer soluciones territoriales nacionales, “... [la biosfera es] única, interrelacionada y olímpicamente ajena a jurisdicciones nacionales y celosas soberanías”. MARTÍN MATEO, R., *La revolución ambiental pendiente*, Lección inaugural del curso 1999-2000, Universidad de Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000, p. 2.A., disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/la-revolucion-ambiental-pendiente-0/html/> [Consulta: 29/7/2020].

⁵⁴ Obviamente, esto puede extenderse a otros supuestos, como el daño por la violación de contratos de consumidores y usuarios o bien por el uso de productos defectuosos que se comercializan por todo el mundo, con víctimas de multitud de Estados, así como daños por accidentes de medios de transporte (piénsese en el caso del *Costa Concordia* en enero de 2012). La amplia potencial aplicación de acciones colectivas a nivel europeo incrementa la relevancia de su estudio y regulación.

⁵⁵ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DOUE, L 199/40, 31.7.2007

⁵⁶ Así se señala en el informe: AA.VV., *Collective redress in the Member States...*, op.cit., p. 46.

gestionis, algo que no ocurre cuando este actúa como legitimado exclusivo para la defensa del medio ambiente como bien de titularidad pública. Con ella parece que la UE reconoce el derecho de los particulares a actuar frente a los daños ambientales y, al distinguir entre “daño medioambiental” “o” “daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño” parece que abre la puerta a que, más allá de la posibilidad de reclamar por daños a derechos individuales tradicionales, se pueda litigar ante daños medioambientales distintos a aquellos (esto es, ya sean daños ecológicos puros o daños al interés legítimo en el disfrute de un medio ambiente saludable), sin que deba limitarse al Estado la legitimación para actuar en defensa del mismo en los procesos de naturaleza civil⁵⁷.

No obstante, y en general, con algunas excepciones como Suecia⁵⁸, Portugal⁵⁹ o, recientemente, Italia⁶⁰, la legitimación en materia medioambiental

⁵⁷ No ha sido escasa la doctrina que ha señalado la insuficiencia y falta de adecuación de la legitimación exclusiva y excluyente del Estado, especialmente, la italiana. Una buena síntesis de las críticas doctrinales en: CĀBANILLAS SĀNCHEZ, A., *La reparaci3n de los daos al medio ambiente*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, pp. 179-187; RUDA GONZĀLEZ, A., “Environmental Liability Cases: The Spanish Approach”, en: LEIN, E., FAIRGRIEVE, D. ET AL, *Collective...*, op.cit., pp. 327-336, p. 328. Tambi3n: CARBALLO PIÑERO, L., *Las acciones...*, op.cit., p. 64 y bibliograf3a all3 citada. Para esta autora, dicha insuficiencia, sobre todo en cuanto se refiere a la reparaci3n del dao, impulsa a la b3squeda de regulaciones de la tutela colectiva ya que “la actividad administrativa no puede desplazar a la tutela judicial como mecanismo mĀs adecuado (o, al menos, complementario) para conseguir la realizaci3n del derecho en el caso concreto”. Vid., *Ib3dem*, p. 65. Algunos autores hacen referencia a c3mo el hecho de que se limite la tutela al Estado implica “un control monopol3stico y antidemocrĀtico de un aspecto fundamental de la realidad social en contraste con el pluralismo social que se desprende de la Constituci3n”. Vid. GOMIS CATALĀ, L., *Responsabilidad por daos al medio ambiente*, Tesis doctoral de la Universidad de Alicante 1996, p. 315, y bibliograf3a all3 citada, y pp. 323-324: “(...) una protecci3n exclusivamente p3blica de estos intereses resulta inadecuada e insuficiente: efectivamente, en primer lugar, los intereses difusos, entre ellos los ambientales, superan la clĀsica dicotom3a entre lo p3blico y privado para integrar una nueva categor3a de la cual es titular la colectividad (...)”.

⁵⁸ Suecia fue el primer pa3s de la UE en incorporar este tipo de procedimientos, reconociendo la legitimaci3n de un individuo, persona f3sica o jur3dica, en representaci3n de un grupo. Vid., ERVO L., PERSSON A.H. y LINDBLOM T., “Sweden – Focus on collective redress”, *British Institute of International and Comparative Law*, disponible en: <https://www.collectiveredress.org/collective-redress/reports/sweden/overview> [Consulta: 2/9/2020].

⁵⁹ Que reconoce una *a3ao popular* en el art3culo 31 del C3digo de procedimiento civil portugu3s, basado a su vez en el art3culo 52.3 de la Constituci3n de la Rep3blica Portuguesa. Esta acci3n, desarrollada en la Ley n3 83/95, de 31 de agosto, con las modificaciones del Decreto Ley n3 214-G/2015, de 2 de octubre, puede ser promovida tanto por ciudadanos como por asociaciones que cumplan determinados requisitos y, en algunos casos vinculados al inter3s de una comunidad determinada, tambi3n por entes p3blicos. Su reconocimiento ha conllevado un creciente empleo de esta acci3n en la jurisdicci3n civil. MĀs informaci3n sobre Portugal y su sistema de acciones colectivas en: <https://www.linklaters.com/en/insights/publications/collective-redress/collective-redress-across-the-globe/portugal> [Consulta: 6/9/2020].

⁶⁰ Donde cualquiera (no solo usuarios y consumidores) que tenga un derecho individual homog3neo, incluyendo a las asociaciones sin Ānimo de lucro en cuyos estatutos conste la protecci3n de derechos individuales homog3neos, siempre que est3n inscritas debidamente en un Registro p3blico establecido a tal efecto del Ministerio de Justicia. Vid., Ley n3 31 de 12 de abril de 2019, publicada el 18 de abril en la *Gazzetta Ufficiale* de la Rep3blica italiana y las nuevas reglas incorporadas al C3digo de procedimiento civil italiano en el Libro IV, Cap3tulo VIII-bis, art3culos 840-bis a 840 *sexiesdecies*. N3tese que dicha regulaci3n comenzarĀ a aplicarse el 19 de noviembre de 2020 en virtud de la Ley n3 8 de 28 de febrero de 2020, que pospuso su entrada en vigor. Sobre esta reforma legislativa y sus implicaciones en la regulaci3n de las acciones colectivas en Italia, vid., entre otros, DISTEFANO, A. y PORCHIA, I., “The

en los Estados miembros que regulan las acciones colectivas⁶¹ están limitadas, como veremos *infra*, a asociaciones ecologistas⁶², en el mejor de los casos (Países Bajos, Hungría o Francia⁶³). Por lo demás, no existen acciones colectivas en litigios por daños medioambientales entre particulares, correspondiendo al Estado la legitimación exclusiva en tanto que titular del medio ambiente, y pudiendo actuar las ONG y particulares solo para recurrir actos, omisiones o decisiones de las autoridades públicas (es el caso de Estonia, Finlandia o España), con un papel más o menos limitado según el país⁶⁴.

Es importante, antes de continuar, hacer una aclaración respecto de España. A pesar de que en el Informe de la Comisión⁶⁵ se afirma que España cuenta con acciones colectivas en materia medioambiental, conviene clarificar que no se trata de una acción colectiva, como se ha definido *supra*, que esté disponible para litigios entre particulares.

Así, la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente y, por otro, la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Ambiental (LRM), regulan una acción cuya legitimación pertenece exclusivamente a las organizaciones ecologistas que cumplan una serie de requisitos⁶⁶ pero con un limitado ámbito de aplicación, ya que queda

New Italian Class Actions”, *Client Alert by Latham & Watkins*, n° 2504, mayo de 2019, pp. 1-7, disponible en: <https://www.lw.com/thoughtLeadership/The-New-Italian-Class-Actions> [Consulta: 10/9/2020].

⁶¹ Es más frecuente que dichas acciones estén previstas para otros ámbitos como en materia de protección al consumidor (por ejemplo, es el caso de Bélgica o España) o para disputas relacionadas con el mercado de capitales (en Alemania). Aún así, no pocos Estados miembros siguen sin regular las acciones colectivas en ningún ámbito, vid. Informe de la Comisión, de 25 de enero de 2018, sobre la aplicación de la Recomendación 2013/396/UE de la Comisión 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, COM(2018) 40 final, según el cual solo diecinueve Estados de la Unión Europea contaban hasta la fecha con esta modalidad de acción colectiva.

⁶² La Comisión, en su Comunicación de 18 de agosto de 2017, relativa al acceso a la justicia en materia medioambiental (DOUE 2017/C 275/01), partiendo del reconocimiento de los obstáculos que encuentran personas y ONG para acceder a los órganos jurisdiccionales nacionales en materia de medio ambiente, reconoce que estas disfrutan de legitimación activa para recurrir decisiones, actos u omisiones de autoridades públicas relativas a actividades específicas sujetas a participación del público en virtud del Derecho de la UE, en el marco del artículo 9.2 del Convenio de Aarhus, cit. *supra*, sin que deba discriminarse a las ONG extranjeras frente a las nacionales. No obstante, esta Comunicación, a diferencia de la Recomendación de 2013, se limita al acceso a la justicia en relación con las decisiones, actos y omisiones de las autoridades públicas de los Estados miembros y no aborda los litigios en materia medioambiental entre particulares.

⁶³ Dependiendo del país, esta posibilidad incluye acciones compensatorias y para solicitar medidas cautelares o solo estas últimas.

⁶⁴ Vid., amplio informe al respecto de la Comisión Europea, con detalle del estado de la cuestión en los EE.MM.: State of collective redress in the EU in the context of the implementation of the Commission Recommendation (JUST/2016/JCOO/FW/CIVI/0099), prepared by The British Institute of International and Comparative Law [November 2017], disponible en: https://www.biicl.org/documents/1881_StudyontheStateofCollectiveRedress.pdf [Consulta: 11/9/2020].

⁶⁵ *State of collective redress in the EU ...*, op.cit., p.10, entre otras.

⁶⁶ a) que su fin estatutario sea la protección del medio ambiente; b) que se hubieran constituido al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades

circunscrito, en el primer caso, a la impugnación de los actos y omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneren las normas medioambientales, en definitiva, al ámbito administrativo y contencioso-administrativo, y, en el segundo, a las acciones que tienen por objeto la solicitud de iniciación de la declaración de responsabilidad, dirigida a las Administraciones Públicas. Con ello, a pesar de la existencia de normas específicas en materia medioambiental, no podemos afirmar que España cuente con una verdadera acción colectiva en dicho ámbito, como sí ocurre, con sus aciertos y desaciertos, en materia de derechos de los consumidores y en materia de igualdad de hombres y mujeres (vid. artículo 11 LEC). Por ello, las organizaciones ecologistas no pueden en nuestro país emprender acciones para la tutela del interés difuso medio ambiente ni de los intereses de todas aquellas personas eventualmente perjudicadas.

Sin embargo, esto no ha sido siempre así. De hecho, el Anteproyecto de Ley de Responsabilidad civil derivada de actividades con incidencia ambiental (basado en el artículo 45 CE y en la necesidad de ampliar y adaptar el artículo 1902 CC), tramitado durante los últimos años de la VI Legislatura (1996-2000), que decayó con el final de ésta, proponía el establecimiento de un régimen de responsabilidad por daños al medio ambiente caracterizado, a diferencia del instaurado por la LRM, básicamente como civil, mayoritariamente objetivo y limitado⁶⁷, en el que se concedía legitimación activa, además de a los particulares afectados, a las organizaciones sociales cuyo objeto fuese la defensa del medio ambiente⁶⁸ para interponer acciones civiles de reparación por daños ecológicos⁶⁹, junto con la Administración Pública titular del bien de dominio público dañado y la Administración General del Estado, Comunidad Autónoma y Ente Local del lugar en el que se haya producido el deterioro ambiental. Sin duda este régimen apuntaba a una superación de la dicotomía entre lo público y lo privado acorde a la evolución de los daños masivos y de la pluralidad de intereses implicados en el ámbito del medio ambiente, superación que en la actualidad es absolutamente necesaria, a la vista de todo lo expuesto.

previstas en sus estatutos; y c) que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación u omisión administrativa.

⁶⁷ Vid., DE MIGUEL PERALES, C., (coord.), *Guía práctica de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*, Uría y Menéndez, Diciembre 2007. Disponible en: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2697/documento/GuiaUM.pdf?id=2930> [Consulta: 9/7/2020].

⁶⁸ En el caso de litigar por daños ecológicos parece que éstas hubieran actuado en el proceso civil en nombre propio pero en defensa de un derecho o interés de titularidad colectiva (que no les es propio), en una suerte de sustitución procesal del Estado que es el titular de los bienes ambientales.

⁶⁹ Entre sus notas principales estaban las siguientes: establecía un sistema de responsabilidad civil objetivo, por el principio de que "quien contamina paga"; recogía la regla de la solidaridad en caso de que sean varios los causantes del daño y el resarcimiento de los daños incluía la reparación de los mismos y la restauración de las agresiones producidas como consecuencia del deterioro del medio ambiente; preveía la solicitud de medidas preventivas para evitar el daño; se fijaba un tope máximo de indemnización; se sometían las actividades con incidencia ambiental a un régimen de aseguramiento obligatorio. Vid., MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., "La protección civil del medio ambiente", Conferencia dictada en el Comité económico y social de la Comunidad Valenciana, disponible en: <http://www.ces.gva.es/pdf/conferencias/01/5.pdf> [Consulta 9/7/2020].

5. LA APLICACIÓN DE LA ACTUAL REGULACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN LA UE A LA MATERIA AMBIENTAL

De ampliarse el objeto de la Directiva a los daños ambientales, probablemente encontraríamos dificultades o carencias similares a las que ya se pueden constatar para el ámbito del consumo, además de que serían necesarias previsiones especiales. No obstante, una parte del texto bien podría considerarse extrapolable o, lo que es lo mismo, su ámbito de aplicación podría ampliarse a la materia ambiental con algunas modificaciones. Analizamos a continuación varios aspectos que consideramos principales.

5.1. Respeto de los sujetos a ser representados: de consumidor a ciudadano

La actual propuesta se centra en la protección del consumidor, por lo que cualquier infracción que pueda dar lugar a acciones de representación amparadas por la Directiva debe basarse en una relación de consumo, según definiciones ya vistas *supra*. Es evidente que en materia medioambiental esta limitación no debe estar presente, puesto que, aunque pueda discutirse la legitimación cuando se trata de daños ecológicos puros⁷⁰, el derecho o interés legítimo a disfrutar de un medio ambiente saludable pertenece a todos los ciudadanos por igual, y, sin duda, de titularidad individual y pertenecientes a todos son derechos como la propiedad o la salud, también cuando estos están directamente asociados a los daños ambientales.

Por tanto, la referencia debería ser al ciudadano perjudicado, no al consumidor, sin que la reclamación deba estar basada en una relación concreta de consumo. Y esto con independencia de que se reconozca la legitimación activa solo a las ONG o asociaciones ambientalistas, como entidades habilitadas para representar a los afectados –quienes no serían parte del litigio–, siguiendo así el modelo de la Directiva de acciones de representación, o de que se ampliase a grupos de afectados organizados *ad hoc* para el litigio en cuestión o, más allá, a personas físicas afectadas en representación del resto, sin necesidad de estar representados por entidades habilitadas (*ex ante* en casos transfronterizos o, potestativamente, *ad hoc*, para casos domésticos, según la Directiva). De esta cuestión y, también, de la hipotética legitimación individual, nos ocupamos en epígrafe 5.3.

⁷⁰ El reconocimiento de la legitimación de cualquier persona para presentar una acción por daños ecológicos puros –sin necesidad de alegar daños privados tradicionales– supondría la instauración de una acción popular que parece lejana en la gran parte de los países de la UE. Como excepción, Portugal, vid. *supra* nota 58.

5.2. Respeto de los daños ambientales cubiertos

Este es un aspecto clave, a nuestro juicio, de una hipotética regulación de las acciones colectivas en materia ambiental en el marco de la UE, que partiría de la conceptualización y reconocimiento de los derechos que se ven lesionados ante un daño medioambiental⁷¹. En línea con lo desarrollado en el epígrafe 3, la diversidad de tratamientos normativos de los daños ambientales en el marco de la UE⁷² hace que la armonización a este respecto se plantee complicada y, por ello, quizás el planteamiento de una Propuesta viable de Directiva que pretendiera armonizar esta cuestión, se limitaría, aunque no sea lo deseable, a nuestro criterio– a la regulación de acciones colectivas en caso de que se hayan vulnerado derechos individuales homogéneos –esto es, derechos subjetivos individuales como la propiedad o la salud–.

No obstante, las previsiones del Derecho de la UE, respecto de daños medioambientales claramente diferenciados de los individuales tradicionales en instrumentos de Derecho internacional privado (por ejemplo, en el artículo 7 del Reglamento UE Roma II, cit. *supra*), dedicados a regular casos transfronterizos entre particulares, pueden servir para avanzar en el reconocimiento del derecho o interés legítimo, supraindividual, de disfrutar de un medio ambiente saludable, o más allá, hacia la consideración del perjuicio ecológico en el proceso civil, con las implicaciones procesales que esto conllevaría. Y esto porque, de no querer contemplarse dicha posibilidad, parte de ese artículo 7 sería redundante. Además, dicho reconocimiento podría solventar posibles distorsiones entre el Derecho del foro y la *lex causae* que con probabilidad se plantearían en casos internacionales (algunos de ellos se abordarán en epígrafes siguientes).

A pesar de que esta armonización sustantiva no se plantea en un escenario legislativo a corto plazo, consideramos que, más pronto que tarde, será necesario llegar a reconocer dichas realidades, para lo que sería de ayuda una revisión comparada de los bienes, derechos e intereses involucrados, objetivo que desborda el análisis de este trabajo. En este sentido, a nuestro juicio,

⁷¹ Este planteamiento enfrenta dos concepciones, como explica brillantemente, CARBALLO PIÑEIRO, L.: una que parte de la tipicidad procesal y desarrolla distintas modalidades procesales, a través de las que se puede interponer cualquier pretensión material (como ocurre con las *class actions* estadounidenses); y otra que parte de una tipicidad material y está vinculada a una concepción dualista del proceso, ya que para poder ejercitar la tutela procesal, en este caso, la colectiva, debe existir previamente el derecho objeto de tutela (de ahí que sea clave el reconocimiento no solo de los derechos individuales tradicionales que pueden verse lesionados ante un atentado ambiental –salud, propiedad– sino también del derecho supraindividual al disfrute o goce de un medioambiente saludable o, eventualmente, del derecho a solicitar reparación ante un daño ecológico). Vid., CARBALLO PIÑEIRO, L., “La tipicidad de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español”, *Justicia: revista de Derecho procesal*, 2007, nº3-4, pp. 63-65.

⁷² Siendo así que unos países reconocen el perjuicio ecológico y daño al interés supraindividual en el Código civil, permitiendo legitimación en acciones civiles encaminadas a obtener reparación del daño, y otros no, reconociendo tan solo la posibilidad de litigar en procesos de naturaleza civil por daños individuales como los producidos a la salud o propiedad, derivados de daños ambientales, vid. *supra*.

sería esencial que las instituciones europeas priorizaran el pragmatismo en lo que respecta a la protección del medio ambiente, garantizando una aplicación efectiva del Derecho medioambiental y una participación ciudadana real, frente al debate teórico, quizás nunca acabable, sobre la exacta naturaleza de cada interés o derecho involucrado en un atentado ambiental y frente a las consecuentes diferencias de conceptualización y tradición en los Estados miembros. Estas diferentes “tradiciones” y el siempre alegado riesgo de abusos procesales no pueden servir de excusa para limitar la legitimación colectiva, cuya existencia en democracias representativas debe garantizarse activamente⁷³.

Por último, y en referencia a lo que contemplaron las Recomendaciones de 2013⁷⁴, consideramos que sería conveniente que no solo se abordasen los daños producidos en caso de que se hayan verificado acciones u omisiones “ilegales” –contarios a las normas en la materia de la UE–, sino también los derivados de casos en los que se alega responsabilidad objetiva por el riesgo asumido por una actividad o, incluso, por el incumplimiento del deber de cuidado o diligencia debida. Esto es, que no se limitara el remedio procesal en función de la fuente, creando una obtención de justicia a varias velocidades e incrementando la complejidad e inseguridad para los operadores jurídicos⁷⁵.

Por todo ello, consideramos que, en primer lugar, la armonización de las acciones colectivas debería contemplar, idealmente, además de la posibilidad de litigar para la defensa de derechos individuales homogéneos (propiedad, salud) que se han lesionado ante un daño medioambiental, la posibilidad de hacerlo ante lesiones al interés supraindividual de disfrute o goce de un medio ambiente saludable⁷⁶. En este sentido, como decíamos, para evitar la

⁷³ Compartimos la opinión al respecto de CARBALLO PIÑEIRO, L., “Recomendación...”, op.cit, p. 397.

⁷⁴ En la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, 2013/396/UE (DOUE 26 julio 2013, L 201/60), se utiliza el término de “daños masivos” de forma poco precisa y confusa. Amplia información en: http://ec.europa.eu/consumers/archive/redress_cons/collective_redress_en.htm [Consulta: 14/9/2020]. Análisis en: NAGY, C. I., “The European Collective Redress Debate after the European Commission’s Recommendation: One Step Forward, Two Steps Back?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 22, No. 4, pp. 530-552, 2015; CARBALLO PIÑEIRO, L., “Recomendación...”, pp. 395-399; SHELLEY, M., “Towards a Uniform European Approach to Collective Redress?”, <https://www.shb.com/-/media/files/professionals/s/shelleymarc/stateofeuclassactions.pdf> [Consulta: 11/09/2020].

⁷⁵ Vid. *supra* nota 18 y p. 6.

⁷⁶ Nótese que estamos pensando en daños de cierta gravedad al medio ambiente dado que: a) creemos que en la práctica tendrá lugar una selección natural de los casos de manera que sólo los más graves serán objeto de litigio, por el riesgo que suponen los procesos judiciales. No obstante, dicha gravedad puede encontrarse también en casos de daños atomizados de menor entidad pero que, de manera conjunta, representan un gran daño, bien por diferimiento temporal o multiplicidad de afectados; b) pensamos que el Derecho administrativo a través del cuerpo de normas de Derecho ambiental, debe encargarse, paralelamente, de establecer mecanismos que, pasando por la importante labor de prevención, compensen de manera indirecta por daños difusos o de menor relevancia que, por su naturaleza, difícilmente darían lugar a litigios privados pero que, sin embargo, sí perjudican el medio ambiente y, de forma acumulativa, a sus ciudadanos. Las acciones de representación que nos ocupan podrían

incoherencia de que el desarrollo de la herramienta procesal no lleve aparejada el reconocimiento del derecho alegado⁷⁷, sería positivo la inclusión de este último en el Derecho de la UE como tal, lo cual facilitaría no solo el fundamento de la legitimación de ONG sino también de organizaciones *ad hoc* o personas afectadas en representación del interés colectivo. En materia medioambiental urge, sin duda, superar el reconocimiento de los derechos individuales lesionados como exclusivo fundamento para iniciar acciones civiles –de cesación y reparación–, frente a particulares, por particulares, sin perjuicio del régimen administrativo y otras acciones de otra naturaleza.

5.3. Respeto de la legitimación para plantear acciones colectivas y respecto de las entidades habilitadas

Como ya apuntamos, las acciones de representación que propone la Directiva solo pueden interponerse mediante las llamadas “entidades habilitadas”. Estas entidades deberán cumplir una serie de requisitos, que son (ex artículo 4), obligatoriamente para casos transfronterizos⁷⁸, los siguientes: deberán estar válidamente constituidas según el Derecho de un Estado miembro, llevar al menos doce meses de actividad pública en defensa de los intereses de los consumidores con anterioridad a su solicitud de reconocimiento como entidad habilitada, no tener ánimo de lucro, no estar en situación de insolvencia, ser independiente y no estar influida por terceros distintos a los consumidores, publicar por medios apropiados, en especial en su página web, en lenguaje sencillo y comprensible, información sobre los criterios precedentes y sobre sus fuentes de financiación, estructura organizacional, directiva y de miembros, objetivos y actividades.

Estos requisitos, endurecidos respecto del texto previo publicado en abril de 2018, bien podrían extrapolarse a la materia ambiental, si bien, como ya se ha defendido, sería conveniente admitir la legitimación *ad hoc* para todos los casos, también para los transfronterizos, permitiendo, como mínimo, a las ONG de protección ambiental que cumplan con los requisitos el actuar como “entidades habilitadas”.

aplicarse en ambos tipos de litigios, con distinto papel de la ciudadanía y distinto título de legitimación. Al respecto, los sistemas nacionales de responsabilidad administrativa establecidos con la Directiva 35/2004/CE, en especial el español, deberían revisarse y mejorarse, no sólo por su complejidad y poca utilidad práctica, desconexión con otros aspectos civiles o penales o por la falta de participación ciudadana, sino también, especialmente, porque en cuestiones transnacionales o transfronterizas las previsiones son más que insuficientes.

⁷⁷ Y es que, como expresamente aclara la Directiva, las acciones de representación que prevé su texto solo podrán plantearse en base a derechos sustantivos reconocidos por el Derecho de la UE o por el Derecho nacional en cuestión.

⁷⁸ Esto es, para aquellos en los que la entidad habilitada va a litigar en un Estado miembro distinto a aquel que la habilitó, con independencia del domicilio del comerciante u otras cuestiones. En casos de litigación doméstica, esto es, el los que la entidad habilitada litiga en el Estado que la habilitó (con independencia de que el comerciante o consumidores afectados se domicilien en el extranjero) estos requisitos se pueden fijar libremente por los Estados miembros ex considerando 26, artículo 4.5 y 4.6.

Como vimos, dichas entidades deben ser “designadas” por los Estados miembros e incluidas en una lista pública. Los Estados miembros evaluarán periódicamente si las entidades habilitadas incluidas siguen cumpliendo estos criterios. Se prevé la posibilidad de que los Estados miembros puedan designar a una entidad habilitada específicamente para una acción de representación concreta, a petición suya, si cumple los criterios recogidos en el apartado 1. Igualmente, se da la posibilidad a los Estados miembros de que elijan si serán competentes tribunales o autoridades administrativas en función del área del Derecho o sector económico.

A pesar de estas previsiones, se ha criticado de la Directiva la limitación “injustificada” en el acceso a la representación colectiva por parte de la sociedad civil, que podría organizarse “ad hoc”, de forma no permanente, para emprender acciones colectivas. Según el texto actual, por tanto, la iniciativa de los ciudadanos se verá siempre supeditada a las asociaciones de consumidores que puedan actuar como “entidades habilitadas”, siguiendo con el modelo ya instaurado en España en materia de consumo e igualdad entre hombres y mujeres (*ex* artículo 11 LEC).

Esto, según expertos, redundará negativamente en su eficacia⁷⁹. A propósito de las Recomendaciones de la Comisión de 2013, numerosos autores y expertos ya criticaron que esa limitación en la legitimación —excusada con las constantes referencias al posible abuso procesal⁸⁰— era injustificada. Compar-timos esta opinión y por ello, proponemos, en lo que respecta a la materia

⁷⁹ Vid., LEVI S., fundadora de la plataforma Xnet (<https://xnet-x.net/>), critica que mantiene “una limitación injustificada” del acceso a la representación colectiva por parte de la sociedad civil, cuya iniciativa se verá completamente supeditada a las clásicas asociaciones de consumidores, como en el modelo español. Según esta experta, debería ampliarse a otras organizaciones “ciudadanas *ad-hoc* de carácter temporal” que tengan como único objetivo la acción colectiva y cuya actividad cese tras el cierre del caso. Vid., RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, S., “Trampas” y mejoras de la directiva europea sobre demandas colectivas”, *InfoLibre*, 10/01/2020, disponible en: https://www.infolibre.es/noticias/politica/2020/01/10/xnet_observa_luces_sombras_nueva_directiva_europea_sobre_demandas_colectivas_pide_que_no_sea_una_oportunidad_perdida_102678_1012.html [Consulta: 10/09/2020].

⁸⁰ Abuso que no se ha demostrado que exista en la práctica de los Estados miembros que sí las regulan. Al respecto, CARBALLO PIÑEIRO, L., recuerda la Conferencia *Increasing Access to Justice through EU Class Action. A Conference for Litigators and Policy-Makers* celebrada el 12 y 13 de noviembre de 2012 en la sede del Parlamento Europeo en Bruselas, con la que, citamos textualmente “sus directores, R. J. Gaudet Jr.; J. P. Federici y M. Koppenol-Laforce, trataron de conjurar los ya advertidos prejuicios contra las class actions al tiempo que se discutía sobre cómo mejorar la tutela colectiva en Europa. Respaldada institucionalmente por la Sección de Derecho Internacional de la American Bar Association (ABA), la Unión Internacional de Abogados (UIA), la New York State Bar Association, el Barreau de Bruselas, la Public Interest Law Alliance (PILA) y la Pan European Organization of Personal Injury Lawyers (PEOPIL), además de las Universidades Católica de Lyon, Católica de Lisboa, Maynooth y Santiago de Compostela, en la conferencia participaron ponentes procedentes de distintas jurisdicciones y, por tanto, con distintas ideas sobre la tutela colectiva (Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Holanda, Italia, Irlanda, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza), concluyéndose allí que los problemas de tutela colectiva tienen poco que ver con los abusos procesales denunciados y mucho con su falta de eficacia. Como puso de relieve en la citada Conferencia Arthur Bryant, presidente de Public Law —una organización estadounidense dedicada a plantear *class actions* en beneficio de la comunidad y que cuenta con un proyecto dedicado a contrarrestar los ataques a estas acciones—, existen muchos intereses en juego tras la mala propaganda de la tutela colectiva: las empresas persiguen maximizar beneficios y reducir deudas; las acciones

ambiental que nos ocupa, que la legitimación se amplíe a posibles grupos organizados *ad hoc* o, al menos, a entidades (ONG de protección ambiental), sin necesidad de que se hayan “habilitado” *ex ante*.

Esto es, en materia medioambiental, consideramos que la representación debe reconocerse, como mínimo, a las ONG que velen por la protección ambiental y el disfrute de los ciudadanos de un medio ambiente saludable, y no solamente en los procedimientos previstos frente a la Administración sino también en procesos frente a particulares (normalmente, empresas), que han causado daños ambientales. No son mayoría, aunque cada vez son más, como vimos *supra*, los países en el ámbito de la UE que contemplan la legitimación de ONG en el proceso civil frente a particulares, sin que se hayan constatado casos preocupantes de litigación abusiva –justamente la excusa que sirve para la limitación de la legitimación–.

Lo cierto es que la tradición individualista del Derecho procesal civil no responde hoy de manera efectiva –lo cual implicaría garantizar su operatividad y reivindicación en litigio– a los nuevos derechos e intereses supraindividuales que se han desarrollado en las sociedades industriales por la creciente complejidad de las relaciones económicas y sociales. Ejemplo de aquellos es el derecho a disfrutar de un medio ambiente limpio y adecuado para la vida⁸¹. El reconocimiento de la legitimación de las ONG de protección ambiental para su protección en el proceso civil no es mayoritario aún, a pesar de las recomendaciones internacionales⁸² y de las indiscutibles ventajas que podría conllevar su actuación en la resolución de estos conflictos y en la protección de intereses supraindividuales⁸³.

colectivas les obligan a devolver lo indebidamente obtenido y de ahí la oposición radical a las mismas. (...)”. CARBALLO PIÑEIRO, L., “Recomendación...”, p. 397.

⁸¹ Vid., ORTEGA BERNARDO, J., “¿Quién ha apostado por la efectiva implantación del derecho de acceso a la justicia a favor de las organizaciones no gubernamentales en defensa del medio ambiente?”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, 3 de octubre de 2011, pp. 1-14, artículo disponible en: http://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2011/09/2011_09_Julia_Ortega_Acceso-justicia-ONG.pdf [Consulta: 10/7/2020]. Para una reflexión más profunda acerca de la necesaria adaptación del Derecho procesal a los intereses difusos, vid., PALOMO VÉLEZ, D.I., “Tutela del medio ambiente: abandono del paradigma de la *litis individual*”, *Revista de Derecho*, Vol. XIV, Julio 2003, pp. 187-201. Para este autor, el Derecho procesal debe incorporar legitimaciones supraindividuales que hagan efectivo el acceso a la justicia.

⁸² Entre otros, y además de las Recomendaciones e Informes de las instituciones de la UE citados *supra*, el principio número 10 de la Declaración de Río, precisa que “deberá proporcionarse un acceso a los procedimientos judiciales y administrativos, incluido el resarcimiento de daños y perjuicios”. En el Agenda 21, se insta a los Estados a “asegurar el derecho de las organizaciones no gubernamentales a proteger el interés público a través de acciones legales” (capítulo 27, punto 13), o el artículo 9 del Convenio de Aarhus sobre acceso a la justicia, *cit. supra*. Programa 21 es un plan de acción exhaustivo que habrá de ser adoptado universal, nacional y localmente por organizaciones del Sistema de Naciones Unidas, Gobiernos y Grupos Principales de cada zona en la cual el ser humano influya en el medio ambiente. Agenda 21, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y la Declaración de Principios para la Gestión Sostenible de los Bosques se firmaron por más de 178 países en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (UNCED), que tuvo lugar en Río de Janeiro, Brasil entre el 3 y el 14 de junio de 1992. Información disponible en: <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21toc.htm> [Consulta: 5/7/2020].

⁸³ Porque sus mayores recursos técnicos, jurídicos y económicos –respecto de los perjudicados en no pocas ocasiones– favorece pleitos más fundamentados y coadyuva a que los responsables de

No obstante, la experiencia de países de tradición individualista como Portugal o Francia y, recientemente, Italia, entre otros (Suecia, Hungría, Países Bajos)⁸⁴, que sí lo permiten para la litigación en interés propio o en representación de afectados, demuestran su viabilidad y, más allá, conveniencia, para la administración de justicia efectiva en este tipo de litigios colectivos en materia medioambiental. A tenor de la experiencia en Derecho comparado y considerando la regulación contenida en la actual Directiva, consideramos que sería viable incluir la legitimación de ONG dedicadas a la protección del medio ambiente en la posible ampliación de la Directiva, además de por supuesto otorgarla a otras entidades como podrían ser el Ministerio Fiscal –que podría tener un papel de control de eventuales conflictos de intereses–, el defensor del pueblo o una figura específica equivalente en materia medioambiental, entidades territoriales según el país, organismos públicos, entre otros posibles.

En cuanto a los requisitos que deberían cumplir las asociaciones/ONG de protección ambiental para poder estar legitimadas, estos podrían ser similares a los reconocidos en otros ámbitos, en esencia: no tener ánimo de lucro, demostrar una relación directa entre sus objetivos institucionales y los derechos vulnerados reconocidos en Derecho de la UE y tener capacidad suficiente en términos financieros, humanos y jurídicos o técnicos⁸⁵.

Quizás, la inclusión de la legitimación de personas físicas (en una suerte de acción popular, como en el ordenamiento portugués⁸⁶ o siguiendo con el

los daños “respondan” y paguen los costes de los daños causados por su actividad. Igualmente podría decirse respecto de los daños ecológicos. Vid., reflexión sobre la importancia de la legitimación de las ONG ambientales en este ámbito y la insuficiencia estatal, RELVE, K., “Standing of NGOs in relation to Environmental Matters in Estonia”, *Jurídica Internacional*, XI, 2006, pp. 166-168, p. 167. Disponible en: http://www.juridicainternacional.eu/public/pdf/ji_2006_1_166.pdf [Consulta: 20/7/2020].

⁸⁴ Vid. *supra* p.17.

⁸⁵ Consideramos que, dado que con frecuencia los demandados podrán ser empresas multinacionales con matrices en la UE pero que operan extraterritorialmente, podría considerarse un nuevo criterio de proximidad de manera que las asociaciones o entidades que, cumpliendo con el resto de requisitos, tengan como objetivo la vigilancia y denuncia de comportamientos contrarios a los derechos humanos, puedan también cumplir automáticamente el requisito de coherencia entre sus objetivos y el caso concreto con independencia del ámbito territorial en el que se verificase el daño o del domicilio de los perjudicados, siendo el “factor conector” el comportamiento empresarial denunciado.

⁸⁶ La Ley portuguesa de Acción Popular (LAP), n° 83/1995, de 31 de agosto, atribuye así la legitimación procesal activa, en su artículo 23, a cualquier ciudadano y a las asociaciones y fundaciones, que cumplan con los requisitos del artículo 3, defensoras de los intereses que la ley protege (los mismos que recoge la Constitución) con independencia de que tengan un interés directo en la demanda, por lo que si la base de la demanda es un daño ecológico, la indemnización va a parar a la Administración, no al particular que actuaría como “actor popular” en la jurisdicción civil. Si también se juzgan los daños individuales –patrimoniales o no–, tan a menudo coexistentes, habrá que entender que parte de la indemnización por el daño ecológico será para el fondo correspondiente y parte para el actor privado que sufrió los daños, como es lógico. Esto, aunque no es expreso en la ley portuguesa, sí lo es en otros ordenamientos como el boliviano (vid., Ley del Medio Ambiente de Bolivia (artículo 102.III)), que habilita al juez a repartir la suma entre los afectados y el Estado. La legitimación de la LAP portuguesa se extiende también al Ministerio Público (que representará a menores, ausentes, incapaces y otras personas colectivas públicas cuando sea autorizado por ley) y a las autarquías locales en relación a los intereses de los que sean titulares los residentes en su circunscripción en relación a cualquier acción

modelo italiano, más conservador, que requiere la vulneración de derechos individuales homogéneos) sea demasiado ambiciosa, en una primera regulación armonizada de esta cuestión, para lograr un consenso en una materia polémica, regulada de manera tan diversa en los ordenamientos de la UE, suspicaces ante el riesgo de litigación abusiva⁸⁷ y poco adaptados, por lo general, a las nuevas realidades del mundo globalizado del siglo XXI en las que los derechos y los daños trascienden al individuo considerado aisladamente como titular de bienes y derechos.

Ahora bien, desde nuestro punto de vista, sí se debe avanzar en esta dirección, ampliando la legitimación activa de manera que se enriquezca el debate procesal. Así, sería positiva la inclusión de la legitimación a grupos de afectados/entidades organizadas *ad hoc*, también para casos transfronterizos –con una adecuada coordinación entre Estados e información transparente que disminuya los riesgos que se tratan de evitar con su prohibición–, pudiendo ser esta legitimación complementaria⁸⁸ a la reconocida a entidades representativas/habilitadas *ex ante* que prevé la actual Directiva, y esto tanto en materia de consumidores como medioambiental. Esto seguiría lo que ya establecía la Propuesta de Directiva en el acceso a la justicia en materia medioambiental presentada por la Comisión en 2003⁸⁹: “La ventaja de combinar estos dos procedimientos se traduce en más eficacia y flexibilidad. Algunas organizaciones de medio ambiente prefieren el reconocimiento previo, mientras que otras pueden optar por el reconocimiento *ad hoc*. (...) Si el Estado miembro opta por el reconocimiento previo también deberá garantizar el reconocimiento *ad hoc* rápido”. Los criterios comunes para otorgar tal carácter deberían ser, a nuestro criterio, similares a los expuestos *supra*,

que prevea el Código del Proceso Civil; esto es, cautelares, declarativas condenatorias, ejecutivas... sin perjuicio de las acciones administrativas previstas por ley.

⁸⁷ Injustificadamente, como se ha argumentado por expertos de diferentes países (vid. *supra* nota 73). Aunque pudiera defenderse dicho riesgo, existen maneras alternativas y preferibles de limitarlo, en un balance coste-beneficio, a prohibir o limitar sobremanera la legitimación en las acciones colectivas o su existencia misma. Entre otras, el desestimar la pretensión si se estima infundada, denunciar un fraude procesal, intervención del Ministerio Fiscal a fin de controlar los posibles conflictos de intereses, etc. Vid., sobre la polémica: CARBALLO PIÑERO, L., *Las acciones...*, op. cit., pp. 70 y 130, especialmente, p. 111 y bibliografía allí citada; HESS, B., “Collective redress and the jurisdictional model of Brussels I Regulation”, en: NUYTS, A. & HATZIMIHAİL, N. (eds.), *Cross-border Class Actions, The European Way*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2014, pp. 59-68, p. 67

⁸⁸ Así, en caso de que una entidad acreditada o considerada representativa y apta, por tanto, para representar y demandar con una acción colectiva, no quisiera hacerlo, la acción podría ser planteada por un grupo de perjudicados que *ad hoc* se organizaran para hacerlo, siendo representados por el grupo como tal o por una persona física individual, pudiendo redundar esto en un mejor cumplimiento de la legislación medioambiental.

⁸⁹ COM (2003), 624 final, p.15. Esta propuesta se limitaba a los procedimientos administrativos o civiles frente a actos u omisiones de las Administraciones Públicas sin profundizar en lo relativo a los particulares. Esta cuestión quedaba así enunciada como obligación por estar recogida en la Convención de Aarhus (artículo 9.3) pero, en atención al principio de subsidiariedad, se dejaba a los EE.MM. su regulación total. Consideramos que esto no debiera ser así porque la opción mayoritaria ha sido su no reconocimiento o su marginación a un mero poder de denuncia en el marco de un procedimiento administrativo, con los obstáculos que eso supone cit. *supra*, y sin que quede satisfecha la obligación contraída con la firma de la Convención de Aarhus.

resumiéndose en: 1) el carácter independiente, sin ánimo de lucro, de la entidad; 2) suficiente capacidad –jurídica, económica, etc.– para poder defender adecuadamente sus objetivos institucionales y 3) la coherencia entre tales objetivos y el caso concreto.

Hay que tener en cuenta, al definir la legitimación en las acciones colectivas, los posibles problemas de agencia, entendidos estos como conflictos de intereses entre el representante de un grupo, que es parte en la acción, y los miembros representados del grupo, cuando aquel no actúa para la mayor satisfacción de los intereses de estos. En este sentido, no debería darse la legitimación en exclusiva para iniciar acciones colectivas en materia ambiental a ningún organismo público o financiado con recursos públicos en parte o en su totalidad. Aunque esto parece quedar salvaguardado en la actual Directiva, y debiera, a nuestro juicio aplicarse a materia medioambiental –como mínimo ampliarse, esto es, a entidades habilitadas–, es importante recordarlo y garantizarlo en materia ambiental (en la que el Estado tiene un papel esencial, vid. *supra*), ya que de lo contrario cabe el riesgo de que la actuación de dichos organismos públicos esté sujeta a la agenda política y se perjudique, así, el cumplimiento efectivo de los derechos que se pretenden proteger mediante las acciones colectivas⁹⁰.

Compartimos con GIDI, entre otros autores⁹¹, que la mejor opción para regular la legitimación frente a los intereses difusos es un sistema plural y combinado entre las legitimaciones públicas y las privadas. No obstante en materia ambiental, la posible consideración de una acción colectiva híbrida común a la UE parece, hoy por hoy, utópica a la vista de todo lo expuesto. La coordinación, cuando sea necesario, entre las acciones vinculadas a los intereses públicos y las acciones colectivas privadas dependerá pues del Estado en cuestión, y podría abarcar desde su tramitación conjunta ante un tribunal ambiental especializado con competencias administrativas, civiles y penales, pasando por la intervención del Ministerio Fiscal en las acciones privadas hasta otros mecanismos –más tradicionales– como la intervención de ciudadanos en procedimientos administrativos, etc.

En el siguiente apartado se aborda una cuestión clave respecto de la legitimación, muy ligada por tanto a lo que acaba de exponerse, que es el reconocimiento extra territorial de las entidades habilitadas o representativas y las posibilidades en casos transfronterizos.

⁹⁰ CLOUGH, QC, M. et al., *Statement of the European Law Institute on Collective Redress and Competition Damages Claims*, European Law Institute, December, 2014, disponible en: <https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/statement-of-the-european-law-institute-on-collective-redress-and> [Consulta: 17/9/2020], pp. 24 y 25.

⁹¹ CAPPELLETI, M., PISANI, P., MOREIRA, B., etc. en: GIDI, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n° 151, México D.F., 2004, pp. 71-72.

5.4. Respeto de las previsiones para casos transfronterizos

La actual Directiva, en su *iter* legislativo, fue criticada⁹² por no regular la colaboración entre entidades habilitadas de diferentes países de la UE ni la legitimación para actuar fuera de las propias fronteras nacionales, algo que permitiría, por ejemplo, en caso de abusos transnacionales, especialmente relevantes por su número y gravedad en la actualidad, que una determinada entidad pudiera representar entidades habilitadas de distintos países o, directamente, que una entidad pudiera representar afectados de distintos países. En el texto final sí se incluyen algunas previsiones al respecto⁹³, aunque, como veremos, no con el alcance ni desarrollo que solicitaban plataformas y algunos expertos para la óptima protección de los derechos de consumidores en casos que trascienden de las fronteras nacionales.

Antes de comentar dichas previsiones, recordamos que, lo que la Directiva entiende por “cross-border representative actions” que, en español se ha traducido por “acciones de representación transfronterizas”, son, exclusivamente, aquellas en las que la entidad habilitada lo es por un país distinto a aquel en el que litiga, con independencia del domicilio de los afectados, del demandado, o del lugar o lugares del daño o riesgo. Esto es relevante porque, si bien en el caso que plantea la Directiva, al verificarse un elemento internacional (que será el domicilio de la entidad habilitada, ajeno al Estado del foro) y siempre que el litigio sea entre particulares, entrarán en juego las normas de Derecho internacional privado con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que conozca del asunto, esto también ocurrirá cuando el elemento internacional no venga dado por el domicilio de la entidad habilitada –y por tanto, estaríamos ante un caso que la Directiva califica de “doméstico”, lo cual puede dar lugar a equívocos–. Así, por ejemplo, cuando el caso sea doméstico según la terminología de la Directiva pero tengamos un elemento internacional por otro factor, como puede ser el domicilio del demandado (si la competencia judicial internacional se basa, por ejemplo, en el artículo 7.1 o 7.2 Reglamento Bruselas I bis) o el lugar del daño o riesgo. Hecha esta aclaración, volveremos sobre las previsiones en materia de Derecho internacional privado más adelante.

Pues, en materia de acciones transfronterizas, según el artículo 6.1 de la Directiva, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que cualquier entidad habilitada designada previamente en otro Es-

⁹² Entre otros, por LEVI S., fundadora de la plataforma Xnet, op.cit., experta en litigación colectiva. Vid., RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, S., “Trampas”..., op.cit.

⁹³ Entre otras, sobre la posibilidad de que varias entidades habilitadas de distintos Estados miembros unan fuerzas en una única acción de representación, considerando 31 y artículo 6.2; sobre la necesidad de garantizar el reconocimiento mutuo de la legitimación procesal de las entidades habilitadas para acciones de representación transfronterizas, vid. considerando 32 y artículo 6.3; sobre la necesidad de mantener medidas de desarrollo y cooperación entre entidades habilitadas de diferentes Estados miembros, vid. considerando 71; también, vid. artículo 20.4, en el cual se establece que los Estados miembros y la Comisión apoyarán y facilitarán la cooperación entre entidades habilitadas y la divulgación de buenas prácticas y experiencias exitosas al respecto.

tado miembro con arreglo a los requisitos dispuestos en el artículo 4, pueda acudir a los órganos jurisdiccionales o a las autoridades administrativas de otro Estado miembro previa presentación de la lista pública a la que se hace referencia en ese artículo. Así, los órganos jurisdiccionales o las autoridades administrativas aceptarán dicha lista como prueba de la legitimación de la entidad habilitada sin perjuicio de su derecho a examinar si la finalidad de la entidad habilitada justifica que ejercite acciones en un caso concreto (ex artículo 6.3).

Estas previsiones son importantes y extrapolables, como mínimos, en materia ambiental. Incluso en los países que sí contemplan la legitimación de las ONG en procesos civiles por daños o riesgos ambientales (por ejemplo, Francia, Países Bajos, Bélgica, Portugal, Suecia, etc.), condicionada lógicamente a determinados requisitos⁹⁴, las limitaciones territoriales de representatividad de las asociaciones pueden resultar problemáticas en casos de daños plurilocalizados, transfronterizos o transnacionales, en los que el elemento internacional podrá ser inmaterial o jurídico⁹⁵. En ausencia de regulación supraestatal, pues, dependiendo del país cuyos tribunales conozcan del litigio, unas asociaciones podrán litigar y otras no, pudiendo esto conllevar la ausencia de acción legal cuando las víctimas no quieren litigar solas o no pueden hacerlo, así como procedimientos paralelos. Esto hace que sea positivo, como punto de partida, al menos, el mecanismo que prevé la Directiva en materia de consumo para el reconocimiento mutuo de las entidades habilitadas incluidas en la lista pública respectiva de cada Estado miembro. Así, deberá ser aceptada como “entidad habilitada” en otro Estado miembro, sin perjuicio de que este pueda examinar si la finalidad estatutaria de la entidad habilitada justifica que ejercite acciones en un caso concreto.

Por otra parte, la Directiva que analizamos, establece, en el artículo 6, apartado 2, que los Estados miembros velarán por que, cuando la infracción

⁹⁴ Esto es: personalidad legal, la inexistencia de ánimo de lucro, la conexión territorial, el tiempo de antigüedad, su representatividad, su carácter democrático, que esté acreditada por el Gobierno en base a estándares objetivos como número de miembros, actividades, transparencia, etc. Estos criterios no son en absoluto uniformes en Derecho comparado en la UE y algunos pueden resultar arbitrarios o limitadores, en la práctica, del acceso a la justicia por parte de las ONG que mayoritariamente se limita al ámbito administrativo y solo minoritariamente se permite en procesos civiles. Esta limitación hace que, por muy abiertos que sean los requisitos de la legitimación de las ONG, estas puedan, en el mejor de los casos, ser buenas controladoras de la actividad de la Administración pero no consigan realizar verdaderamente la función de protección del interés colectivo en la salvaguarda del medio ambiente. Vid., RELVE, K., op.cit., p. 174; DE SADELEER, N., ROLLER, G., DROSS, M., et al., *Access to Justice in Environmental Matters and the Role of NGOs*, Final Report, 2005, pp. 21-28 y 38, disponible en: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2008-23/Amicus%20brief/AnnexHSadeleerReport.pdf> [Consulta: 20/7/2020].

⁹⁵ Podemos citar como ejemplos las decisiones de la sociedad matriz en un territorio extranjero que estén en la causa del daño, el origen extranjero del capital o tecnología que facilita las actividades causantes de los daños, etc.; y esto aunque el acto y el resultado dañoso se localicen en el territorio de un mismo Estado. Difiere este concepto del daño “transfronterizo”, en el que el hecho dañoso se verifica en una pluralidad de Estados limítrofes, y en este caso sí es el elemento territorial/físico el que da el carácter internacional a la situación. Vid., VINAIXA MIQUEL, M., *La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos*, Universidad de Santiago de Compostela, 2006, pp. 24 y 374.

afecte o pueda afectar a los consumidores de distintos Estados miembros, la acción de representación pueda ser ejercitada ante el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa competente de un Estado miembro por varias entidades habilitadas de distintos Estados miembros que actúen conjuntamente⁹⁶. Esta previsión sería igualmente aplicable en materia ambiental y nos parece positiva su inclusión, ya que parece abrir la puerta a una mayor colaboración entre entidades de diferentes países. Igualmente, es bienvenida la previsión de que una entidad habilitada de un Estado miembro pueda representar a consumidores de más de un Estado miembro (domiciliados en distintos Estados, se entiende). Por el contrario, atrás quedó la posibilidad, sugerida por asociaciones de defensa de consumidores, entre otros, de que, tal y como preveía el texto de la Propuesta, antes de su aprobación el 30 de junio, una entidad habilitada de un Estado pudiera representar a otras entidades de Estados distintos.

En nuestra opinión, no hay motivos suficientemente probados que aconsejen la limitación de la legitimación *ad hoc* –que sí se permite en la Directiva para los casos “domésticos” ex artículo 4.6– para los casos transfronterizos, pudiéndose arbitrar un procedimiento de legitimación rápido para estos supuestos, manteniéndose los requisitos principales (a saber, no tener ánimo de lucro, demostrar suficiencia de recursos y la coincidencia entre los intereses lesionados y los que se protegen en estatutos) y obviando la necesidad de acreditar doce meses de actividad, entre otras cuestiones. Un buen sistema de información y colaboración entre organismos encargados del procedimiento de habilitación en los distintos Estados miembros podría ser de utilidad en esta tarea.

En materia ambiental sería, como ya hemos dicho, positivo, ampliar la legitimación a la sociedad civil mediante la participación de grupos de afectados de distintos países o, como mínimo, mediante la legitimación de ONG, ya sea *ex ante* o *ad hoc*, que pudieran representar a afectados –no necesariamente miembros de la ONG– de un solo país o de varios, siempre que pudieran agruparse en base a los mismos hechos y daños alegados. Entendemos que, en el camino de mejorar e incrementar el Espacio europeo de justicia, sería deseable que dicha posibilidad de legitimación se mantuviera en casos transfronterizos dentro de la UE, sin perjuicio de que el Derecho procesal de cada Estado miembro pudiera llevar a cabo el control de los requisitos que deben cumplirse, en cada caso, cuando la legitimación se produce *ad hoc*. Esto, la extensión de las previsiones para casos transfronterizos de la Directiva a las organizaciones *ad hoc* parece fundamental para garantizar un acceso más democrático y eficaz a la justicia.

Además, todas estas disposiciones contenidas en el artículo 4 de la Directiva podrían desarrollarse o detallarse más, especialmente en lo que respecta a las posibilidades de representación por entidades habilitadas de ciudadanos de otros Estados miembros (o incluso de países terceros que contraten con empresarios domiciliados en la UE) y respecto de las posibles colaboraciones entre aquellas.

⁹⁶ En la versión aprobada en junio de 2020 (previa a la finalmente publicada), ya se eliminó la posibilidad de que una única entidad habilitada para la protección del interés colectivo de los consumidores actuara en representación de diferentes entidades habilitadas (vid. artículo 16.2 del texto fechado en abril de 2018, disponible aún, a fecha de 5 de diciembre de 2020 en la web de EUR-lex).

Ahora bien, al margen de estas previsiones, en supuestos transfronterizos o transnacionales, es importante hacer notar que, mientras el grado de reconocimiento jurídico de los intereses y derechos lesionados ante un atentado ambiental en los Derechos sustantivos de los Estados miembros sea tan desigual, existirá un acceso igualmente desigual a la justicia según el país en el que se plantee el litigio y la ley que se aplique al fondo. Esto es, tendremos distorsiones derivadas de las insuficientes previsiones de Derecho internacional privado respecto de las acciones colectivas y de la falta de armonización del Derecho sustantivo en el reconocimiento de derechos e intereses ambientales.

Piénsese, por ejemplo, en un litigio por un daño ambiental por contaminación del aire que se plantea en el foro del domicilio del demandado (en un país donde la sociedad además tiene su matriz) por una ONG que representa a otras entidades habilitadas de otros Estados o a afectados de esos países de la UE en los que la empresa tiene filiales. El tribunal se declara competente en base al foro general del domicilio del demandado (artículos 4 del Reglamento 1215/2012 y 8.1, o bien 7.5 –sin perjuicio de que se pudiera considerar la competencia judicial internacional en base también al 7.2–). Se aplicará la ley que determina, frente a un caso de daños extracontractuales, el artículo 7 del Reglamento Roma II, cit. *supra*, según el cual la ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de un daño medioambiental o de un daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño, será la ley determinada en virtud del artículo 4, apartado 1 (ley del lugar del daño), a menos que la persona que reclama el resarcimiento de los daños elija basar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño.

En este caso, al verificarse el daño en múltiples lugares, para no aplicar para cada caso una ley (dado que se trata de una acción colectiva)⁹⁷, cabe pensar que se aplicaría la ley del lugar del hecho generador del daño, considerando que es la ley del lugar del domicilio de la matriz⁹⁸. En este sentido, puede ocurrir que el Derecho, pongamos, francés, reconozca el derecho supraindividual a un medio ambiente saludable y, además –como en efecto ocurre en el ordenamiento francés– contemple el perjuicio ecológico en el código civil, con las implicaciones procesales que ello tiene. Así, las posibilidades de que los individuos tengan éxito en el fundamento de sus alegaciones (por

⁹⁷ Algunos autores han contemplado la posibilidad de creación de “sub-grupos” dentro de una acción colectiva en atención a la ley aplicable al procedimiento, aunque esto podría generar ulteriores problemas. Vid., STADLER, A., “Conflicts of laws in multinational collective actions –a judicial nightmare?” en: FAIRGRIEVE, D. & LEIN, E., (ed.), *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford University Press, Oxford, 2012, cap. 11.

⁹⁸ No obstante, habrá que ver cómo se pronuncia el TJUE al respecto. Otra opción es que se dé la alternativa al demandante, en tanto que puede considerarse “parte débil”, de elegir bien la ley del lugar del hecho generador bien *una* de las leyes de los lugares de verificación del daño, como paralelamente ha considerado el TJUE en relación a la aplicación del artículo 7.2 del Reglamento 1215/2012 (y predecesor 5.3 del Reglamento 44/2001) en sede de competencia judicial internacional, aunque los fundamentos que justifiquen esta decisión no sean coincidentes.

la prueba del daño, entre otras cosas, ya que no haría falta probar daños en la propiedad o la salud ni la relación de causalidad en ello) es mucho mayor que si la matriz de la sociedad se ubica en un Estado miembro donde el único fundamento para plantear acciones colectivas en materia medioambiental es la vulneración de derechos individuales homogéneos, sean de donde sean los afectados. Este caso, que no es en absoluto improbable, subraya la importancia de la armonización en el reconocimiento sustantivo, a nivel europeo, de los distintos bienes, derechos e intereses afectados ante un atentado ambiental, a pesar de que, se intuye, existirán presiones en contra de tal regulación que, de lograrse, incrementaría sobremanera el *efecto disuasor* de conductas empresariales conducentes a los daños medioambientales y, también, el *efecto reparador* de dichos daños.

Mientras esta armonización a nivel sustantivo no acompañe la procesal, en lo relativo a las acciones colectivas, podemos encontrarnos no solo con distorsiones en el espacio de justicia (por un acceso desigual a la misma, como hemos visto, según el lugar de domicilio de la matriz y por las consecuentes decisiones empresariales sobre la domiciliación de sociedades –que buscarán los regímenes más laxos–, con las repercusiones en el mercado único que esto puede conllevar, entre otras), sino también, con un claro problema vinculado a la legitimación material⁹⁹. Esto es, una ONG, entidad habilitada *ex ante* o *ad hoc*, puede tener legitimación procesal en toda la UE –en virtud de la hipotética Directiva sobre acciones colectivas en materia ambiental¹⁰⁰– pero, si el Derecho aplicable al fondo no reconoce más que la posibilidad de intervenir para solicitar cesación o reparación de daños individuales homogéneos (salud, propiedad de los ciudadanos afectados y representados), el valor añadido de dicho reconocimiento será muy limitado frente a los mecanismos clásicos, ya existentes, de acumulación de acciones para estos mismos derechos y, sin duda, frente al que podría derivarse si la vulneración del interés legítimo a un medio ambiente saludable y la posibilidad de solicitar reparación ante daños ecológicos puros fuera reconocido de manera armonizada a nivel europeo. Parece que esta es una cuestión que debiera abordarse sin demora de cara a la consecución de objetivos de protección medioambiental en el espacio de justicia de la UE.

⁹⁹ Sobre dicha problemática y la ley aplicable a la legitimación, ampliamente, vid.: GARCÍA ÁLVAREZ, L., “Acciones colectivas...”, op.cit., pp. 25-28; CARBALLO PIÑEIRO, L., “Cross-border...”, op.cit., pp. 2 y ss.

¹⁰⁰ También podría ocurrir que, de ser la hipotética Directiva de mínimos, si se limita a regular, como en el caso de la que nos ocupa en materia de consumo, la legitimación de entidades habilitadas *ex ante* –salvo para casos nacionales donde la Directiva da la opción a los Estados miembros de reconocerla en casos domésticos– unos Estados reconozcan legitimación a ONG o grupos de afectados *ad hoc* y otros no, de manera que puede verificarse el problema contrario: que sí se tenga legitimación material en base a la ley que se aplicará al fondo pero no se les permita litigar en otro Estado miembro cuyos tribunales ostentan la competencia judicial internacional.

Respecto de las previsiones de Derecho internacional privado¹⁰¹, que se omiten en la actual Directiva –más allá de una referencia genérica a los instrumentos en vigor¹⁰²– resultan a nuestro criterio imprescindibles, dada la frecuente transnacionalidad de los supuestos, en una hipotética regulación de dichas acciones a nivel europeo en el marco de litigios entre particulares por daños ambientales. Aunque su estudio en profundidad desborda el objeto del presente trabajo, consideramos que sería muy bienvenida y positiva la consideración de los siguientes aspectos: necesidad de foros específicos o adaptación de foros existentes a acciones colectivas; ley aplicable a la legitimación para evitar posibles distorsiones o incoherencias entre *la lex causae* que determina la legitimación *ad causam* según la mayor parte de la doctrina y *la lex fori* que establece los requisitos para accionar colectivamente y faculta a determinadas entidades –ejemplo *supra*–; interpretación y aplicación del artículo 7 del Reglamento Roma II; efectos de las resoluciones y posibles problemas de orden público; posible regulación supranacional sustantiva; criterios flexibles –con especial referencia a la identificación de las partes– para la consolidación de acciones a fin de evitar resoluciones contradictorias; etc.

Respecto de los casos transfronterizos, nos gustaría llamar la atención sobre el valor de “prueba” que se otorga a las decisiones definitivas de tribunales o autoridades administrativas en el texto de la Directiva (vid. artículo 15¹⁰³) en el contexto de que pueda plantearse cualquier otra acción buscando reparación frente al mismo comerciante por el mismo incumplimiento. Esta previsión, entendemos, se refiere a los efectos *ultrapartes* de la eventual resolución, ya que en lo que respecta a los efectos entre las partes, si estamos ante un litigio entre particulares –consumidores representados por entidad frente a una empresa–, para buscar cesación y/o reparación, si la materia –independientemente de la naturaleza del órgano jurisdiccional en cuestión– puede ser considerada *civil o mercantil* (concepto autónomo europeo), tanto la competencia judicial internacional como el reconocimiento de resoluciones se regiría por el Reglamento 1215/2012, lo cual, siempre que se cumpla el ámbito de aplicación¹⁰⁴, implica, respecto del reconocimiento, que este se produce automáticamente, y que por tanto los efectos de una resolución de otro Estado miembro serán idénticos a los que tendría una resolución nacional, máxime cuando en el considerando

¹⁰¹ El análisis de todas las cuestiones de Derecho internacional privado que se vincularían a la regulación de las acciones colectivas en materia ambiental desborda el objeto de este artículo y ha sido ya abordado por la autora en otro trabajo al que nos remitimos. Vid., GARCÍA ÁLVAREZ, L., “Las acciones colectivas...”, *op.cit.*, pp. 11-28 y amplia bibliografía allí citada.

¹⁰² Vid., entre otros, considerandos 21, 34 y artículo 2.3. En el primero se hace referencia a que los datos sobre los consumidores afectados –no es necesario identificarlos individualmente a todos para iniciar la acción– y, entre otros posibles, el del lugar del hecho dañoso, determinarán la competencia judicial internacional y la ley aplicable, sin que se haga referencia a los casos transfronterizos ya que en los llamados “domésticos” por la Directiva, como explicamos, también puede verificarse un elemento internacional.

¹⁰³ En la versión de abril de 2018 del texto se diferencia entre el efecto de la resolución para otros tribunales nacionales (establece de manera “irrefutable” la infracción) y el que se producirá para otros Estados miembros que deberán considerarlas “presunciones refutables”.

¹⁰⁴ El Reglamento no se aplicará –entre otras cuestiones que no se ven afectadas por las materias que nos ocupan– a materia administrativa, ni a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*).

21 se afirma la aplicación de los instrumentos de la UE en materia de Derecho internacional privado a las acciones representativas que se planteen en base a la Directiva.

En lo que respecta a la posible ampliación de la Directiva a daños medioambientales, esto será especialmente relevante en litigios entre particulares en los que puede ser frecuente que haya daños causados por la misma empresa en distintos Estados y en la acción inicial no se hayan agrupado todos los afectados.

5.5. Respeto del tipo de acciones disponibles: de cesación e indemnización, *opt-in* u *opt-out*

Como vimos *supra*, en la presente Directiva, las entidades habilitadas podrán solicitar distintas medidas, de cesación y de reparación, en una única acción de representación o en varias. Si bien en materia de consumo, las previsiones relativas a las medidas de cesación y reparación, que a continuación se analizarán, no aportan, en principio, gran cosa –recordemos que se trata de una Directiva de mínimos– respecto de la regulación española en vigor, contenida en el artículo 11 LEC, su hipotética extensión a la materia ambiental sí podría ser muy significativa, ya que en España, como vimos *supra*, las posibilidades de acciones ante daños medioambientales se limitan exclusivamente a la solicitud de *inicio* de procedimiento administrativo –si se pretende la responsabilidad de un tercero– o para demandar a la Administración por acción u omisión contraria a la normativa medioambiental, pero nunca directamente frente al tercero que ha contaminado¹⁰⁵, lo cual implica que cualquier posibilidad de reparación pase por la acción correcta y diligente de las administraciones públicas. Por tanto, con la eventual extensión del texto a la materia ambiental, las acciones, sean de cesación o de reparación, podrían plantearse tanto frente a autoridades públicas como frente a particulares (generalmente, empresas).

En primer lugar, respecto de las medidas de cesación que prevé la Directiva, estas incluyen: una orden de cesación como medida cautelar o una orden de cesación para prohibir una práctica que constituye una infracción,

¹⁰⁵ La legitimación de las ONG se contempla de manera residual en el ordenamiento administrativo español en relación a los daños ambientales en los arts. 22 y 23 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE), BOE nº 171, 19 de julio de 2006, para los casos en los que las conductas reprochables del artículo 18 sean atribuibles a autoridades públicas, y, en la Ley 26/2007, de Responsabilidad medioambiental (LRM), referida exclusivamente a los daños ecológicos, como mero poder de solicitud de inicio del procedimiento administrativo (pudiendo ser desestimada su solicitud motivadamente por la autoridad administrativa competente en una decisión que será recurrible) sin legitimación directa en el contencioso – a excepción del recurso de revisión–, sujeto a que: a) Tengan entre los fines acreditados en sus estatutos la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular; b) se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos y, c) que según sus estatutos desarrollen su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por el daño medioambiental o la amenaza de daño.

declarándose y publicándose la decisión sobre la medida. Para las órdenes de cesación, tal y como establece el apartado 3 del artículo 8, se establece la posibilidad de una acción *opt-out*, esto es, de que los consumidores afectados no necesiten expresar su deseo para ser representados por la entidad habilitada, de manera que esta no tendrá que probar pérdida o daño real de los consumidores afectados por el incumplimiento o intención o negligencia del comerciante. Los Estados miembros podrán introducir o mantener la necesidad de que, antes de plantear la acción, se requiera, por la entidad representativa y/o un ente público independiente designado por el Estado miembro en cuestión (ex considerando 41), el cese de la práctica al comerciante, siendo esta petición desatendida.

Por otra parte, se prevén medidas destinadas a obtener reparación, que pueden plantearse sin necesidad de que antes se declare la infracción en un procedimiento separado. Entre otras, pueden solicitarse indemnización, arreglo, reposición, reducción del precio, desistimiento de contrato, etc., conforme a las normas europeas o nacionales (ex artículo 9.1). En este caso, se da la posibilidad a los Estados miembros de que se regulen acciones *opt-in* u *opt-out*, salvo para los consumidores afectados que no residan habitualmente en el Estado ante el cual se promueve la acción colectiva, debiendo dar siempre, en este caso, su expreso consentimiento a ser representados y por tanto a quedar vinculados por el resultado del litigio (ex artículo 9.3 y considerando 45).

Esta cuestión, de elección entre un modelo *opt-in* u *opt-out* en relación a la formación del grupo y efecto de las resoluciones, ha sido siempre muy polémica a propósito de la armonización de remedios colectivos en la UE, por la supuesta contrariedad de las acciones *opt-out* con el orden público procesal de algunos Estados miembros y el asociado riesgo –no probado, según muchos autores– de abuso procesal de este modelo de litigación colectiva. Alegando estas cuestiones la Comisión se decantó por un modelo *opt-in* en las Recomendaciones de 2013, si bien consideramos que esta elección no estaba suficientemente justificada, dado que el modelo *opt-out* no es una institución ajena a muchos Estados miembros (Portugal, Países Bajos, Dinamarca, Bélgica... la reconocen de manera no excepcional) y dado que ha probado sus ventajas, entre otras, la mayor tasa de participación al evitar el sesgo de la inercia, y la mayor eficacia ya que dicho incremento en la participación logra mayor éxito en la reparación y mejor efecto disuasorio de conductas potencialmente lesivas¹⁰⁶. Por ello, valoramos positivamente el paso dado hacia la no prohibición de un modelo *opt-out* de manera generalizada en la UE.

En lo que respecta a la materia ambiental, podrían, bien contemplarse directamente ambas posibilidades, en función del tipo de acción y del fin

¹⁰⁶ Entre otros, y considerando la Opinión en Acciones por Daños Privados del European Consumer Consultative Group (2010), así lo recoge el informe del European Law Institute: "(...) Europe's recent experience that the rate of participation in opt-in procedure for consumer claims was less than one percent, whereas under opt-out regimes, rates are typically very high (97% in the Netherlands and almost 100% in Portugal)". Vid., CLOUGH QC, M. et al., *Statement of the...*, op.cit., p. 43

de la misma¹⁰⁷, bien dejarse a los Estados miembros la elección al respecto, garantizando siempre una correcta definición del grupo, la disponibilidad y publicidad de la información para que cualquier afectado pueda ejercitar su derecho libremente y la garantía de los derechos de los ausentes (con o sin constancia del proceso).

Los criterios de admisibilidad de la acción se remiten a las leyes nacionales¹⁰⁸, además de a los requisitos que establece la Directiva, estableciéndose la conveniencia de que la eventual desestimación de la demanda ante casos infundados pueda hacerse lo antes posible en el curso del procedimiento. Dicha admisibilidad, tanto en materia ambiental como de consumo, consideramos, debiera estar siempre basada en criterios objetivos, preestablecidos y formales, sin que quepa un “juicio anticipado” sobre el fondo, vulnerándose así el derecho de acceso a la justicia de los demandantes si fuera inadmitida o perjudicándose injustamente a los demandados cuando tal decisión –si fuere positiva– se hiciera antes del fin del plazo para entrar a formar parte del proceso (*opt-in*), ya que la estimación favorable podría animar a otros demandantes. De permitirse cierta valoración sobre el fondo, excepcionalmente y siempre en base a criterios objetivos y tasados, la resolución sobre la misma no podrá tener en ningún caso efectos de cosa juzgada. El European Law Institute (ELI) encuentra precisamente por esto indeseable la precisión del punto 8 de las Recomendaciones de la Comisión Europea sobre la “verificación”, que parece incluir, además de la revisión del cumplimiento de los requisitos de la acción colectiva, una valoración sobre el fondo con la expresión “casos manifiestamente infundados”¹⁰⁹.

Especialmente interesante nos parecía la previsión que hacía la Propuesta de Directiva en su texto fechado en abril de 2018 (versión anterior a la finalmente aprobada, en la que se ha eliminado) respecto del supuesto de los denominados “casos de escasa cuantía”, en los que varios consumidores han sufrido una pérdida de cuantía tan baja que sería desproporcionado distribuir la reparación entre ellos. En este caso, se preveía que dichos fondos concedidos como reparación se destinasen a un fin público al servicio de los intereses colectivos de los consumidores, como pueden ser las campañas de sensibilización. Esto, en materia medioambiental, puede resultar ser una buena solución y precedente legislativo a tener en cuenta por cuanto uno de los aspectos más discutidos al debatir sobre la posibilidad de otorgar legiti-

¹⁰⁷ Esto es, no es lo mismo una acción colectiva para reclamar daños a derechos individuales homogéneos (a salud o propiedad) como consecuencia de un daño ambiental que otra para pedir la reparación del daño ecológico puro o para solicitar el cese de una actividad lesiva para el interés supraindividual al disfrute de un medio ambiente saludable. La distinta facilidad para identificar a los miembros del grupo, los incentivos para sumarse individualmente a la acción, etc., son factores que pueden determinar la conveniencia de uno u otro tipo de acción para lograr un mejor acceso a la justicia y una mejor protección ambiental que es, al final, el objetivo.

¹⁰⁸ También se hace dicha remisión respecto de las posibilidades de recurso, respecto del grado de semejanza que deben presentar las demandas individuales o el mínimo número de consumidores necesario para constituir una acción de representación (vid., considerando 12).

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 28, respecto a las Recomendaciones europeas de 2013, op.cit., punto 8.

mación sobre la protección ambiental a entidades o personas distintas del Estado –titular del medio ambiente– en acciones de naturaleza reparadora –cuando la reparación *in natura* es imposible–, era precisamente el destino de la indemnización que pudiera concederse cuando se alegasen daños al bien ecológico puro o al interés supraindividual a disfrutar de un medio ambiente saludable¹¹⁰. En la última versión del texto únicamente se señala que los Estados miembros podrán desarrollar normas sobre el destino de los fondos obtenidos en base a una acción de reparación que no se recuperen por los consumidores afectados en los plazos establecidos (artículo 9.7).

Soluciones como las de la creación de un Fondo especial o la posibilidad de que sea el demandante (ONG o entidad legitimada en cuestión) el que se encargue de emplear esos fondos para la consecución de la reparación ambiental o, si este no puede, el Estado¹¹¹, en paralelo a la regulación que se había previsto o a la que ya tienen otros Estados, serían precedentes suficientes como para considerar e incluir, en una hipotética ampliación de la Directiva, las acciones tanto de cesación como de reparación en materia ambiental. Esto sería positivo también respecto de los daños ecológicos, aunque, como ya vimos, será necesario que se acompañe de una armonización sustantiva que haga efectivos y dote de contenido a los avances procesales.

5.6. Respeto de la información y publicidad

Es esencial, como afirma el mismo texto de la Directiva (considerandos 58 y ss), un buen sistema de información y notificación que permita llegar al número más alto posible de personas con interés en el litigio que pudieran querer unirse (o salirse, si estamos en el modelo *opt-out*) a la acción colectiva. En dichos considerandos y en el artículo 13, se señalan como posible medio

¹¹⁰ Por ejemplo, en Francia, se incluyó en la Proposición de Ley n° 1043, la creación de un Fondo de Reparación Medioambiental que se nutriría, entre otros, de las indemnizaciones conseguidas en este tipo de litigios. Vid., Proposition n° 1043, disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1043.asp> [Consulta: 14/09/2020]. Sobre la misma, vid., JEGOUZO, Y. (dir.) et al, *Pour la réparation du préjudice écologique*, Rapport du groupe de travail installé par Madame Christiane Taubira, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 17 septembre 2013. También se prevén “fondos” con este fin en la legislación brasileña

¹¹¹ Esta última es la solución francesa que finalmente se ha consagrado en el Cc. Vid.: Finalmente, se consagró el reconocimiento del perjuicio ecológico en el Cc, en virtud de la *Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (JORF n°0184 du 9 août 2016)*, según la cual se modifica el Cc y se reconoce, respecto de la titularidad de la acción, que: « Article 1386-21.-L'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'Etat, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations, agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance, qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement. Y, respecto de la reparación:« Article 1386-22.-La réparation du préjudice écologique s'effectue par priorité en nature. En cas d'impossibilité de droit ou de fait ou d'insuffisance des mesures de réparation, le juge condamne le responsable à verser des dommages et intérêts, affectés à la réparation de l'environnement, au demandeur ou, si celui-ci ne peut prendre les mesures utiles à cette fin, à l'Etat. (...)»

de publicidad la publicación de la información sobre la acción colectiva en la página web de la entidad habilitada, incluyendo datos, en lenguaje sencillo y comprensible, sobre el objeto, consecuencias legales posibles, descripción del grupo, pasos necesarios que deben seguir los consumidores, cuestiones respecto de la salvaguarda de las pruebas, etc. Es esencial que dicha información sea suficiente y se ofrezca a tiempo para que los consumidores puedan ejercitar su derecho a unirse o a “salirse” del grupo, según el modelo cuando corresponde, sin merma para sus derechos.

Además de este medio, la Directiva atribuye a los Estados miembros la obligación de informar sobre las acciones de representación que se planteen a los consumidores (considerandos 59-63) y sobre los resultados de la misma, incluyendo la declaración de infracciones con identificación del infractor; ya que el daño reputacional de dicha información es un factor clave a tener en cuenta para lograr el efecto disuasorio de conductas contrarias a los derechos de los consumidores. Esto puede publicarse, entre otros, en: la página web del comerciante, la de la entidad habilitada, prensa, bases de datos nacionales electrónicas, redes sociales, etc.

En cuanto a los consumidores que ya estén vinculados por una acción de representación, la Directiva establece que sea el comerciante que infringió la norma el que deba informar de la decisión final a los consumidores implicados, asumiendo el coste (artículo 13.3), salvo que los Estados miembros establezcan que serán informados por el tribunal o autoridad administrativa o por la entidad habilitada, responsable, eso sí, de informar en caso de desestimación de las pretensiones o inadmisión de la demanda.

En el considerando 63 y artículo 14 se hace una previsión interesante respecto de la *posibilidad* que se ofrece a los Estados miembros de crear una base de datos electrónica, de acceso público, en forma de página web, para informar a la ciudadanía de las entidades que están habilitadas para presentar acciones domésticas y/o transfronterizas y, también, para proporcionar información general sobre las acciones de representación que están en curso o que se han concluido. La dirección de esta web, de crearse, debe comunicarse a la Comisión.

Consideramos, al respecto, que podría haberse establecido como obligación más que como posibilidad, e incluso incluyendo la creación de una equivalente a nivel europeo –no limitada, como veremos, a lo que establece el artículo 14 solamente, como veremos– ya que parece un medio muy adecuado para hacer llegar la información al público, entre otros posibles. En el artículo 14.3 sí se establece la obligación para la Comisión de mantener una base de datos electrónica, disponible para los puntos de contacto nacionales, tribunales y autoridades administrativas competentes y entidades habilitadas, con el fin de que sirva de medio para las comunicaciones entre los Estados miembros y la Comisión en el marco de lo establecido en la Directiva (artículo 5, apartados 1, 4 y 5, y artículo 23, apartado 2), así como para la cooperación entre entidades habilitadas a la que hace referencia el artículo

20.4. La información sobre las entidades habilitadas para plantear acciones transfronterizas debe estar disponible al público en general.

Por tanto, estas previsiones podrían extrapolarse a la materia ambiental, incluyendo la obligatoriedad de la página web de alcance nacional para los Estados miembros y una página web gestionada a nivel europeo en la que se albergara un registro electrónico¹¹² de dichas acciones y un tablón de avisos, localizables fácilmente por materias, empresas o países, en los que pudiera accederse a la información completa sobre un caso y sobre los procedimientos que pretendieran iniciarse –por vía judicial o extrajudicial– en alguno de los países de la Unión o extraterritorialmente pero que afecten a alguno de aquéllos. También podría crearse desde esa plataforma europea, un acceso a los registros nacionales, de acceso uniforme con iguales formatos, apariencias, criterios de búsqueda y herramientas (foro, plataforma de intercambio de información entre miembros de un grupo, etc.), en los distintos idiomas de la UE.

Esta forma de comunicación tendría particular importancia en los casos transnacionales o transfronterizos. Esto, en el marco ya del litigio y en fase de *opt-in* u *opt-out*, debería poder complementarse con notificaciones más específicas y dirigidas a los potenciales interesados de acuerdo a la zona, al mercado u otro denominador común que pudiera identificar al mayor número de perjudicados para que pudieran ejercitar sus derechos sin obstáculos.

5.7. Respeto de la financiación

A este respecto, la Directiva 2020/1828 incluye un largo considerando (52) dedicado en exclusiva a la financiación, junto con el artículo 10. En estos se admite la posibilidad de que exista un financiador tercero (por ejemplo, de donaciones de miembros de una organización, fondos de la responsabilidad social corporativa, iniciativas de *crowdfunding*¹¹³, etc.), en la medida en que lo permita el Derecho nacional y siempre bajo los requisitos de transparencia, independencia y ausencia de conflicto de intereses.

Para ello, en primer lugar, es establece la obligación, por parte de las entidades habilitadas, de ser absolutamente transparentes sobre sus fuentes de financiación y, en especial, en relación a los fondos que respaldan la acción de

¹¹² Vid., sobre sus virtudes: Opinion of the European Economic and Social Committee on the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Towards a European Horizontal Framework for Collective Redress COM(2013) 401 final, CESE 2013/5439, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013AE5439&from=ES> [Consulta: 27/09/2020], p. 4.6: "(...) Such a register, which could be consulted by those suffering harm throughout the European Union, would be cheap and efficient to run and would help the public and businesses to exercise their rights".

¹¹³ Término "micromecenazgo" en castellano, que se refiere a la financiación en masa llevada a cabo por un colectivo de personas que participan en una red para conseguir dinero u otros recursos con el fin de financiar esfuerzos e iniciativas de otras personas u organizaciones, generalmente mediante el uso de Internet.

representación, y esto para que los tribunales o autoridades administrativas competentes puedan valorar si puede existir un conflicto de intereses entre el financiador tercero y la entidad habilitada y evitar, así, el riesgo de litigación abusiva (piénsese, por ejemplo, en litigación entre competidores en un mercado, que lógicamente no se permite al amparo de la Directiva) y de que el posible interés directo del tercero en el pleito pueda desviar la acción de la protección de los intereses de los consumidores (por ejemplo, que influya a la entidad habilitada para aceptar un acuerdo que puede ser perjudicial para aquellos).

Si se detectara un conflicto de intereses, el tribunal o autoridad administrativa en cuestión estará habilitado para requerir a la entidad habilitada que rechace dicha financiación, o, incluso, para desestimar la acción o rechazar la legitimación de la entidad habilitada, siempre sin perjuicio de los derechos de los consumidores implicados en la acción (artículo 10.4). A estos efectos, ex considerando 52, se debe considerar que la financiación directa de una acción de representación concreta procedente de un empresario que opera en el mismo mercado que el demandado supone un conflicto de intereses, dado que el competidor podría tener un interés económico en el resultado de la acción de representación que no coincida con el interés del consumidor.

En lo que respecta a las acciones de entidades habilitadas de otros Estados, esto es, acciones transfronterizas, estas cautelas se mantienen, añadiéndose además, ex considerando 25 y artículo 4, la necesidad de que se haga pública, por cualquier medio apropiado (en particular, la web), en un lenguaje sencillo y comprensible, la información que muestre, entre otras cosas, de forma transparente, las fuentes de financiación.

Igualmente, en el considerando 70, se prevé, en atención al interés público implicado en la protección de los intereses colectivos de los consumidores, que los Estados miembros deban establecer medios para que la escasez de medios económicos no sea un impedimento a la hora de plantear acciones de representación para las entidades habilitadas (vid., también, artículo 20). A este respecto se proponen: limitar las tasas, facilitar el acceso a la asistencia jurídica gratuita, proporcionar fondos públicos para este tipo de acciones, entre otros, sin que se obligue en ningún caso a los Estados miembros a financiarlas directamente. Igualmente, se prevé la posibilidad de que los Estados miembros establezcan normas para permitir a las entidades habilitadas exigir el pago de tarifas modestas o contribuciones asemejables a los consumidores que expresamente manifiesten su voluntad de ser representados para obtener medidas resarcitorias (artículo 20.3).

En cuanto a la financiación de los procedimientos colectivos en materia de medio ambiente, la posibilidad de financiación por un tercero y de que

se garantice el acceso a la justicia gratuita¹¹⁴ –total o parcial¹¹⁵– en caso de necesidad, también es positiva.

No consideramos que sea necesario proporcionar una información muy detallada sobre el origen de los fondos; bastaría con una declaración genérica que hiciera referencia al origen privado propio o de un tercero de los fondos, sin que fuese necesario decir de qué organismo o persona concreta derivan para evitar ventajas estratégicas para el demandado y, en caso de que así se considerase, por evitar conflictos de intereses, tal información debería proporcionarse solo al tribunal y no al demandado.

Igualmente, tanto en materia de consumo como en materia de medioambiente, si eventualmente llegara a regularse, sería positiva una mayor atención al aspecto de la financiación para el funcionamiento eficaz de las acciones colectivas. En primer lugar, ofrecer más desarrollo normativo para que las limitaciones impuestas en relación a la financiación de un tercero, tan necesaria para el éxito de las acciones colectivas, no resulten en una exclusión de facto de dicha financiación, debiéndose acreditar motivadamente el riesgo de que exista un conflicto de intereses, entre otros. Si las llamadas “contingency fees” –vinculadas al riesgo de litigación abusiva si la acción está financiada por el abogado del grupo en base a aquellas–, no existen o son limitadas (por ejemplo, en Suecia, Austria o Alemania) las cautelas respecto al posible riesgo en cuanto a la financiación no serán tan necesarias.

Además, podrían proponerse medidas alternativas. Por ejemplo, la creación de algún fondo, a nivel europeo o estatal para casos transnacionales, que pudiera nutrirse con las aportaciones derivadas de los litigantes que hayan tenido éxito –en un porcentaje–, de multas medioambientales o de aportaciones de empresas o donantes pero que, para evitar conflictos de intereses no fueran asociados a un caso concreto sino que se destinaran al fondo para los casos necesitados de remedios colectivos en temas medioambientales¹¹⁶.

¹¹⁴ Nos parecería interesante la ampliación de la ayuda legal (que parte de la Directiva 2002/8/CE de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios, DOCE, L 26/41, y que ya proporciona un marco para la ayuda económica en casos transfronterizos) para las víctimas extraterritoriales cuyos casos, de considerable relevancia, estén conectados a empresas domiciliadas en la UE y sobre los que sean competentes tribunales europeos de acuerdo al Reglamento 1215/2012, con fundamento en el artículo 81.2.e del TFUE. Así lo proponen también: SKINNER, G., MCCORQUODALE, R. & DE SCHUTTER, O., *The Third Pillar– Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, ICAR – CORE - ECCJ, December 2013, p. 78.

¹¹⁵ El derecho a la asistencia jurídica gratuita debería quizás considerarse a favor de asociaciones sin ánimo de lucro en mayor o menor medida de acuerdo a los medios económicos disponibles, siendo así que se limite la eventual litigación abusiva y sin indicios y se haga partícipe en cierta medida a la asociación del riesgo/coste de la litigación sin impedir el acceso a la justicia por motivos económicos.

¹¹⁶ Sobre financiación de los remedios colectivos, vid., entre otras posibles, HAMU ÁKOVÁ, K., “Funding of Collective Actions”, *International and Comparative Law Review*, 2016, vol. 16, n° 2, pp. 127–144; TZANKOVA, I.N., “Funding of Mass Disputes: Lessons from The Netherlands”, *Journal of Law, Economics & Policy*, vol. 8, 2012, pp. 571–591; citado por: CLOUGH QC et al., Statement of the..., op.cit., p. 33. También: MULHERON, R.P., “Cost shifting, Security for Costs and Class Actions”, en: NUYTS, A. & HATZIMIHAİL, N.E.(eds.), op.cit., pp. 192 y ss.; Ibídem, “Costs and funding of collective actions: realities and possibilities”, A Research Paper for submission to the European Consumers’

También nos parece especialmente interesante, como mecanismo complementario de financiación, el del micromecenazgo, al que se hace referencia el considerando 52 en la Directiva comentada y cuya regulación a nivel europeo, desde un marco de requisitos comunes para que pudiera funcionar en casos transnacionales respecto de las ONG litigantes, puede resultar muy conveniente.

5.8. Respeto de la regla “quien pierde paga” y los “daños punitivos”

La actual Directiva contempla la regla de “quien pierde paga” para las acciones de reparación, si bien de acuerdo a las condiciones y excepciones que establezca el Derecho nacional (vid. considerando 38), salvo que se incurriera en dichos costes por la parte vencedora de manera innecesaria. Los consumidores individuales no estarán obligados a asumir dichos costes salvo en circunstancias excepcionales¹¹⁷. Los costes incluyen, entre otros, los derivados de la notificación o traslado o traducción de documentos, o del hecho de que cualquiera de las partes esté representada por un letrado u otro profesional de la Justicia.

El principio “quien pierde el litigio paga los costes del ganador” debería matizarse en el caso de las acciones planteadas por asociaciones ambientalistas. Si bien su supresión total no se encontraría justificada, sí podría defenderse la posibilidad de que el juez tuviera cierto margen discrecional para decidir qué parte de los costes serían asumidos por la parte perdedora según las circunstancias de ésta y las del caso. En esta línea, el Comité Económico y Social de la UE propuso limitarlos en su Opinión sobre la Comunicación de la Comisión¹¹⁸.

En lo que respecta a los daños punitivos, estos están prohibidos en la actual Directiva (vid. considerandos 10 y 42)¹¹⁹, con la intención de evitar la litigación abusiva, en línea con lo que establecían las Recomendaciones de 2013¹²⁰. No obstante, a pesar de su papel disuasorio de las conductas que

Organisation (BEUC), febrero 2011, pp. 1-140, en: <https://www.qmul.ac.uk/law/media/law/docs/staff/department/71112.pdf> [Consulta: 12/9/2020].

¹¹⁷ Por ejemplo, ex considerando 38, si prolongaron el procedimiento por su conducta ilícita, incrementando los costes de manera deliberada o negligente.

¹¹⁸ Opinion of the European Economic and Social Committee..., op.cit., COM(2013) 401 final, CESE 2013/5439, p. 4.9.2: “Court costs and lawyers’ fees can be an insurmountable hurdle for non-profit representative bodies, especially if they are to be saddled with crippling expert’s fees if they lose. For this reason, consideration should be given – by analogy with the labour and social law provisions in some Member States – to capping legal costs for such non-profit organisations”.

¹¹⁹ No hay que confundirlos con la posibilidad que establece el artículo 19 de determinar “sanciones”, en forma de multas, para cuando el infractor no tome las medidas impuestas por el tribunal o autoridad administrativa en relación a las acciones de cesación, al deber de información o a la revelación de pruebas ex artículo 18.

¹²⁰ Vid., Comisión Europea, Recomendaciones..., op.cit., p. 10.

derivan o pueden derivar en daños¹²¹, no existe consenso en la doctrina sobre si serían o no compatibles con los principios de la UE, ya que algunos países los contemplan¹²² y también los permiten normas europeas¹²³. Aunque este tema daría para un amplio análisis sobre la naturaleza de los *punitive damages* que desborda el objeto de este artículo, parece esencial que, en tanto no se determine de manera clara por parte de las instituciones europeas si son o no son contrarios a los principios del Derecho europeo, cada Estado miembro pudiera utilizarlos, en cierta medida, si son acordes a su Derecho interno, reflexión que es compartida tanto en el ámbito de protección de los consumidores como en el del medio ambiente.

5.9. Respeto de los métodos alternativos de resolución de conflictos

El texto de la Directiva contempla en los considerandos 53-57, y en el artículo 11, previsiones sobre los acuerdos en el marco de las acciones de representación. Básicamente, los acuerdos se permiten tanto si han sido iniciativa de las partes como del tribunal o autoridad competente, siempre sujetos al control del tribunal o autoridad administrativa en cuestión, que podrá homologarlos o bien rechazarlos si los considera contrarios a las normas imperativas nacionales e imposible de cumplir y, potestativamente –según si el Estado miembro lo desea incorporar o no– en base a que la autoridad competente en cuestión no lo considere “equitativo”, ex considerando 56. El considerando 55 cita como caso de una eventual denegación de homologación un acuerdo que expresamente mantenga inalterada una cláusula contractual por la que

¹²¹ Así lo defiende COROMINAS BACH, S., quien, a pesar de advertir su incompatibilidad con sistemas jurídicos como el italiano o el español, señala la importancia de la función reguladora de los “punitive damages” en Derecho continental, al funcionar como elemento disuasorio y poderse articular como daños socialmente compensatorios para aquellos miembros del grupo que, si bien no se han visto afectados, podrían haberse visto afectados. El autor sugiere la conveniencia de introducirlos, flexibilizando las normas de dichos ordenamientos, y establece una analogía para las acciones colectivas con lo que Becker establece en el ámbito criminal: “si un ladrón sólo ha de pagar el valor de los objetos robados, tiene un mayor incentivo a seguir robando” (BECKER, G., “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, 76: 2, 1968, pp. 169-217). *Ibidem*, *La legitimación activa en las acciones colectivas*, Tesis Doctoral, Universidad de Girona, p. 272.

¹²² Especialmente, Irlanda o Chipre (Inglaterra y Gales también pero quedan ya fuera de consideración).

¹²³ considerando 32 del Reglamento 864/2007, que considera que, los daños punitivos excesivos pueden ser valorados como contrarios al orden público del foro, por lo que, hasta una determinada cantidad, los permite (interpretación *contrario sensu*): “(...) En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva, puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro”. También encontramos otros artículos como el 18 del Reglamento UE n° 1768/95 o sentencias del TJUE en el que parece aceptarse tal posibilidad (vid. STJCE, 10 abril 1984, as. 14/83, Sabine von Colson and Elizabeth Kamann vs. Land Nordrhein-Westfalen o STJUE, 13 de julio 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Vincenzo Manfredi vs. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito vs. Fondiaria Sai SpA, Nicolò Tricarico y Pasqualina Murgolo vs. Assitalia SpA). Citadas por: CLOUGH QC et al., *Statement of the...*, op.cit., pp. 53 y 54.

se otorgue al empresario el derecho exclusivo a interpretar cualquier otra cláusula de ese contrato.

Si se aceptan, los acuerdos serán vinculantes para todas las partes aunque los Estados miembros podrán desarrollar normas para que consumidores individualmente considerados elijan verse o no verse vinculados por el acuerdo. La reparación obtenida en base al acuerdo se entenderá sin perjuicio de que existan derechos adicionales a reparación que los consumidores tengan en base al Derecho de la UE o nacional.

En materia medioambiental, la previsión de métodos alternativos de solución de conflictos es también deseable. Estos, voluntarios, deberían ser siempre supervisados por la autoridad judicial competente, tanto para acciones preventivas como compensatorias o de reparación. La supervisión judicial debería ser necesaria siempre que los derechos de los ausentes debieran ser protegidos ante los efectos de la cosa juzgada de las resoluciones; así, cuando se llegase a acuerdos, la autoridad competente debería valorar, necesariamente, no solo la legalidad del acuerdo –que este no sea contrario a normas imperativas– sino también, y no potestativamente como plantea la Directiva comentada sino de manera obligatoria– que este fuese justo y adecuado para el caso y las partes, especialmente cuando existe un evidente desequilibrio de poder entre estas y se justifica el principio de protección a la parte débil.

5.10. Otras cuestiones: sobre la posible creación de un “Defensor del Pueblo Europeo” y los medios puestos a disposición de las acciones de representación

En el considerando 73 de la Directiva se prevé la posible creación de un Defensor del Pueblo europeo (*European Ombudsman*) para los remedios colectivos si, valorando el funcionamiento de las acciones de representación transfronterizas, la Comisión considera que estas pueden ser mejor abordadas a nivel de la UE. Esta previsión de creación de una figura supraestatal es sin duda positiva, y también lo sería en materia medioambiental, aunque habría que ver cómo se concretan sus funciones y el alcance que tendrían las mismas en los litigios colectivos.

A propósito de la creación de instituciones supranacionales, en relación a los daños ambientales, reales o potenciales, vinculados al cambio climático, merece la pena leer con detalle todas las propuestas del Informe, cit. *supra*, *Achieving Justice and Human Rights in an Era of Climate Disruption*, del International Bar Association¹²⁴, en el que, entre otras muchas medidas –como la ampliación de la legitimación, mecanismos procesales para facilitar la prueba del daño y el acceso a los documentos relevantes, etc.– se plantea la elaboración de una “Ley Modelo” sobre los remedios jurídicos para el cambio

¹²⁴ Resumen de las medidas propuestas en: IBA, *Achieving Justice...*, op.cit., pp. 9-31.

climático, al estilo de la Ley Modelo de UNCITRAL y, entre otras medidas, la creación a largo-plazo de un Tribunal Internacional para el Medioambiente.

Si bien estas propuestas se refieren a los daños derivados exclusivamente del cambio climático, y si bien el Tribunal Internacional estaría enfocado a resolver litigios con Estados como parte (esto es, no entre particulares), sí parecería interesante, si bien poco plausible a corto-medio plazo, en la misma línea, la creación de un tribunal especializado en asuntos medioambientales vinculado al Tribunal General de la UE, ex artículo 257 TFUE¹²⁵, con competencias coincidentes con el ámbito de aplicación material de la Convención de Aarhus y ante el cual, claro está, las ONG de protección medioambiental tendrían plena legitimación y deberían contar con asistencia jurídica gratuita –o ayudas– por los costes considerables que hay que asumir en una litigación de estas características.

Finalmente, uno de los grandes ausentes del acuerdo, respecto de la Directiva, es el **refuerzo material y humano, siempre necesario para implementar exitosamente novedades procesales de este calado, tanto en materia de protección de los consumidores como en materia medioambiental**. Por ejemplo, sería muy conveniente que tanto los Estados miembros como la UE establezcan programas de formación para los jueces y funcionarios que deban manejar casos de acciones colectivas. La Red Judicial Europea podría ser un buen punto de partida para compartir y armonizar información como parte del programa de formación.

Por último, “una justicia lenta, no es justicia”, como destaca la plataforma Xnet, que sugiere establecer un límite temporal máximo para que se resuelvan los casos, para así asegurar “la tutela judicial efectiva”¹²⁶, frente a la única referencia, genérica, en el texto de la Directiva de adoptar las medidas para garantizar que las acciones se tramiten con la diligencia debida y que las medidas de cesación cautelares puedan tramitarse mediante procedimiento acelerado.

6 CONCLUSIONES

La Directiva comentada, en su considerando 6, advierte que la diversidad de tratamiento de las acciones colectivas en los diferentes Estados miembros de la UE así como el hecho de que algunos Estados ni siquiera cuentan con algún tipo de remedio colectivo, disminuyen la confianza de los consumidores y de los empresarios y su capacidad para operar en el mercado interior, distorsionan la competencia y obstaculizan el cumplimiento efectivo del Derecho de la UE en el ámbito de la protección de los consumidores. Esto

¹²⁵ En la misma línea, ELIANTONIO, M., et al., *Standing up for your right(s) in Europe: Locus Standi, A comparative study on legal standing before the EU and member states' courts*. European Parliament's Committee on Legal Affairs, 2012, p. 116.

¹²⁶ RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, S., “Trampas”..., op.cit.

mismo puede ser afirmado respecto del ámbito del medio ambiente, en el que, como ya hemos visto, las diferentes –y a menudo insuficientes– regulaciones sustantivas y la ausencia en muchos Estados miembros de mecanismos procesales colectivos, desalientan a los afectados de emprender acciones legales¹²⁷ e impiden, consecuentemente, un adecuado cumplimiento de los compromisos adquiridos y de la normativa en este ámbito, además de que pueden generar un acceso muy desigual a la justicia en cada Estado miembro y consecuentes distorsiones en el mercado interior.

Clara queda, pues, la necesidad, a nuestro juicio, de contar con acciones colectivas para la protección del medio ambiente. Si bien recordamos que la eventual disponibilidad de al menos una acción colectiva –tanto para solicitar cesación como reparación– en todos los Estados miembros no logrará su máxima eficacia si no va acompañada de una armonización sustantiva, al menos, de mínimos, que haga despejar la protección del medio ambiente de la exclusiva tutela de los derechos individuales tradicionales lesionados (propiedad o salud), como mínimo, mediante el reconocimiento –con implicaciones en la legitimación procesal– del interés legítimo en el disfrute de un medio ambiente saludable.

Tras haber analizado los diferentes aspectos clave de la Directiva sobre las acciones de representación para la protección de los derechos de consumidores, a su favor podemos decir que sin duda es el primer paso para contribuir a la generalización de la tutela colectiva –sin duda necesaria en este mundo globalizado– en la Unión Europea, y que son muy bienvenidas cuestiones como la introducción de acciones de representación para solicitar medidas de reparación, no solo de cesación, o la posibilidad de plantear acciones *opt-out*, entre otras. No obstante, habría sido más favorable que no se limitara solo a un área del Derecho y, en línea con la Recomendación del 2013, hubiera incluido otras áreas que en la mayoría de países de la UE no cuentan con remedios colectivos; y es que, a pesar de que menciona en su texto diversos sectores, la protección que ofrece la tutela colectiva que instaura exige una relación de consumo, como vimos al analizar su ámbito de aplicación.

Igualmente, consideramos que la Directiva podría haber ido más allá en su regulación, por ejemplo, permitiendo la legitimación *ad hoc* a grupos de afectados, también en casos transfronterizos, o estableciendo las acciones *opt-out* como preferibles en determinados supuestos, ya que han demostrado ser más eficaces, o previendo con mayor detalle y claridad los casos transnacionales.

Estas consideraciones son predicables igualmente respecto de una eventual regulación de las acciones colectivas en materia ambiental, si bien haría falta un nuevo texto normativo específico para la materia ambiental –si se

¹²⁷ Entre otros, por la inseguridad acerca de sus derechos y de los procedimientos disponibles, por la reticencia psicológica a litigar y el balance negativo que se hace de los costes esperados frente a los beneficios potenciales de la acción individual.

opta por una regulación sectorial– o uno global que instituyera una herramienta procesal colectiva para distintos ámbitos, lo cual exigiría redefinir conceptos incluidos en esta Directiva y, probablemente, en atención a la específica naturaleza de cada ámbito, algunas variaciones (por ejemplo, respecto a la manera en que se usará la indemnización por un daño ecológico y no sea posible la reparación *in natura*, siempre preferible, aspecto que será propio del ámbito medioambiental).

Sea como fuese, lo cierto es que la Directiva analizada no instaura ninguna tutela colectiva eficaz que proteja de manera directa, sin vincularla a la relación de consumo, el medio ambiente, y, de esta forma, la existencia de remedios colectivos, civiles, armonizados, en materia ambiental, sigue siendo una asignatura pendiente. Esperemos que los legisladores, tanto europeos como nacionales, se den cuenta de la urgencia de esta cuestión y del impacto que su regulación tendría en la protección del medio ambiente, en el acceso a la justicia por parte de la sociedad civil y en la consecución de un mercado común más libre de distorsiones, ineficacias e injusticias.