



Gisela Moreno Cordero

Infravaloración de las nuevas tecnologías para la reparación de daños masivos a la luz de las nuevas directrices europeas y su impacto en el Derecho Español

DOI: [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(ne2v2\)2022.ic-05](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(ne2v2)2022.ic-05)

Secção I

Investigação Científica*

* Os artigos presentes nesta secção foram sujeitos a processo de revisão segundo o método *blind peer review*.

Infravaloración de las Nuevas Tecnologías para la Reparación de Daños Masivos a la luz de las Nuevas Directrices Europeas y su Impacto en el Derecho Español

Undervaluation of New Technologies for Mass Tort Redress in the light of the New European Guidelines and their Impact on Spanish Law

Gisela MORENO CORDERO¹

RESUMO: Em encerramento tardio, foi aprovada a Diretiva (UE) 2020/1828 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2020, relativa às ações de representação para a proteção dos interesses coletivos dos consumidores. O principal objetivo estabelecido pela diretiva é garantir que os consumidores em todos os Estados-Membros dispõem de, pelo menos, um mecanismo processual capaz de proteger eficazmente os seus interesses coletivos. No entanto, a sua proposta assenta num modelo de contencioso de ações judiciais altamente ineficaz e não foi considerada em resultado da experiência acumulada em vários Estados-Membros de eficácia comprovada no tempo e nos resultados, como a tutela regulamentar e o provedor de justiça. A transposição da portaria semeará direitos importantes para os legisladores estaduais cujas portarias possuem mecanismo de ação coletiva menos evoluído do que o projeto proposto pelo legislador comunitário, como no caso espanhol. Seguir por este caminho ficaria muito comprometido sabendo que a reparação do consumidor que é reclamada perante as autoridades espanholas pode demorar muito a concretizar-se, facto que por si só convence a “eficiência” proclamada na Directiva sobre aquecimento a vácuo.

PALAVRAS-CHAVE: Ações coletivas; reparação regulatória; ombudsman do consumidor.

ABSTRACT: In late closing, Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council, of November 25, 2020, on representation actions for the protection of the collective interests of consumers was approved. The main objective set by the Directive has been to ensure that consumers in all Member States have at least one process mechanism capable of effectively protecting their collective interests. However, his proposal is based on a highly ineffective litigation model of legal actions and has not been considered as a result of the experience accumulated in several Member States of proven effectiveness in time and results, such as regulatory redress and ombudsman. The transposition of the directive will sow important rights for state legislators whose ordinances have a less evolved mechanism of collective action than the design proposed by the community legislator, as in the Spanish case. Taking this

¹ Profesora Ayudante Doctora acreditada a Contratada Doctora, Departamento de Derecho internacional privado, Facultad de Derecho, Universidad de Granada, España (gmorenocordero@ugr.es). El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación I+D “La mediación de consumo: hacia una construcción legislativa estatal y autonómica con arquitectura europea” (DER2017-88501-P) IP F. Esteban de la Rosa.

path would be very compromised knowing that the reparation of the consumer who claims before the Spanish authorities can take a long time to materialize, a fact that alone convinces the "efficiency" proclaimed in the Directive on vacuum heat.

KEYWORDS: Collective actions; regulatory redress; consumer ombudsman.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de los consumidores a una compensación constituye un punto esencial en toda política encaminada a su protección, pues, al tiempo que permite potenciar la seguridad en el mercado interior y construir mercados más sostenibles, garantiza, por otro lado, que la confianza de los consumidores en dicho mercado no se vea mermada.

El panorama jurídico que en la actualidad se plantea en los Estados miembros de la UE en materia de daños masivos a los consumidores es ajeno a esta finalidad ya que el grado de protección de sus derechos no es el mismo en todos los ordenamientos estatales, y algunos de ellos no disponen siquiera de mecanismos para llevar a cabo reclamaciones compensatorias o indemnizatorias de alcance colectivo.

En las últimas iniciativas europeas este efecto nocivo se ha intentado recomponer con la adopción de la 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 Directiva del Parlamento Europeo² y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (Directiva 2020/1828)³. Entre otras cuestiones, la Directiva introduce medidas de reparación colectivas a través de acciones de representación que implican la intervención judicial, lo que resulta sorprendente si tomamos en consideración los resultados que arrojó el control de adecuación y eficacia de la legislación de la UE (REFIT) en materia de protección a los consumidores y comercialización, publicado el 23 de mayo de 2017⁴. Este control puso de relieve la inoperancia

² DOUE L 110, de 01.05.2009.

³ DOUE L 409/1, de 4.12.2020.

⁴ Control que incluyó la Directiva 2009/22/CE y el 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 a los consumidores por el Derecho de la UE.

del procedimiento judicial de acciones de clase, derivado, en lo fundamental, de los altos costes económicos, lo dilatado de estos procedimientos, la gran complejidad en su configuración y su escasa expectativa de éxito. Todo lo cual ha representado un importante elemento disociador para entablar reclamaciones colectivas, sobre todo, a la hora de exigir compensaciones económicas de escasa cuantía a los perjudicados.

Además de no evaluar adecuadamente este impacto, la Directiva tampoco ha tomado en consideración otros mecanismos de probada eficacia en tiempo y resultados como la reparación regulatoria y el *ombudsman*. Estos mecanismos, definidos por la doctrina científica como “las nuevas tecnologías”, están en práctica desde hace ya algunos años en países de nuestro entorno y permiten la reparación de daños masivos a los consumidores de manera rápida y sencilla, a través de acuerdos voluntarios sin que sea necesario acudir a un procedimiento⁵.

La no consideración de las nuevas tecnologías en el modelo suscrito por la Directiva implica la convivencia en el ámbito europeo de mecanismos con distinto grado de eficacia. Esta circunstancia inevitablemente conllevará a que la protección de los intereses colectivos de los consumidores se haga depender del lugar donde se desenvuelva la reclamación, viéndose, por tanto, favorecidas las reclamaciones que se planteen ante una autoridad cuyo ordenamiento acoja las nuevas tecnologías, frente a la incertidumbre y lentitud a que va a quedar sometida la misma reclamación, si de ella conoce una autoridad donde la vía judicial (viejas tecnologías) sea la única habilitada al efecto, tal y como ocurre en el caso español.

Por tanto, dado que la efectividad práctica de los derechos de los consumidores ofrecida por la Directiva 2020/1828 no parece ser la más adecuada, el principal desafío que se plantea hoy al legislador local en aquellos Estados miembros en los que las nuevas tecnologías no estén implantadas, no es otro que abandonar el inoperante sistema de justicia tradicional basado en el

⁵ La introducción de una acción colectiva a la antigua podría dar lugar a un reclamo político de actuar en el interés del consumidor sin hacerlo de hecho. El reclamo político sería vacío, y los consumidores permanecerían sin reparación en demasiados casos. Una respuesta así sería ahora imperdonable frente a la evidencia empírica. HODGES, CH. y VOET, E., *Delivering Collective Redress. New Technologies*, Hart, 2018, pp. 170-176; HODGES, CH., “Collective Redress: The Need for New Technologies”, *Journal of Consumer Policy*, núm.42, 2019, pp. 59-90, p. 61.

proceso contradictorio (viejas tecnologías) para dar paso a mecanismos que permitan obtener la reparación del perjuicio causado a los consumidores de forma rápida y al menor coste (nuevas tecnologías).

El objeto del presente trabajo es doble. En primer lugar, queremos ofrecer una visión crítica sobre la ausencia de consideración en la Directiva 2020/1828 de nuevas respuestas normativas a los daños masivos a través de fórmulas más eficientes, tales como la reparación regulatoria y *ombudsman*, extraídas de la práctica comparada europea. En segundo lugar, pondremos de relieve el impacto de las modificaciones incorporadas por la nueva Directiva en la reconfiguración del sistema español en este punto, si bien el foco de atención lo centraremos en la necesidad de emprender las modificaciones pertinentes dentro de las estructuras reguladoras españolas, teniendo en cuenta la necesidad de instaurar mecanismo ágiles, seguros y efectivos. Para alcanzar este objetivo tomaremos como punto de partida la experiencia constatada en países de nuestro entorno.

2. LAS VIEJAS TECNOLOGÍAS FRENTE A LA EVIDENCIA EMPÍRICA

2.1 El modelo propuesto por la Directiva vs las nuevas tecnologías

La primera incoherencia que se aprecia en la Directiva 2020/1828 es cuando confirma en su parte expositiva⁶ que el modelo litigioso “acción colectiva”, se ha desarrollado teniendo en cuenta las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, cuando lo cierto es que las nuevas tecnologías, mecanismos que también forman parte de las tradiciones jurídicas de algunos Estados miembros, no han sido consideradas por el legislador comunitario⁷.

La Directiva 2020/1828, es cierto, abre la posibilidad de adoptar acuerdos de reparación entre la entidad habilitada y el infractor o comerciante,

⁶ Considerandos 11, 24 y 43.

⁷ El considerando 11 precisa que la Directiva no debe sustituir los mecanismos procesales nacionales existentes para proteger los intereses colectivos o individuales de los consumidores. Por lo que quedará a criterio de los Estados miembros integrar el mecanismo procesal para las acciones de representación establecido en la Directiva bien como un elemento de un mecanismo procesal ya existente para la obtención de medidas colectivas de cesación o resarcitorias, o como un elemento de un nuevo mecanismo procesal para la obtención de esas medidas, o como un mecanismo procesal distinto, siempre que al menos un mecanismo procesal nacional para las acciones de representación cumpla lo dispuesto en la presente Directiva.

lo que supone una significativa novedad desde la óptica de algunos ordenamientos internos menos desarrollados. Sin embargo, pese a que esta solución viene a representar una importante salida a las tradicionales acciones colectivas dentro del diseño de algunos derechos estatales de nuestro entorno, entre ellos, el español, por otro lado, también es forzoso reconocer que es posible alcanzar acuerdos de reparación voluntarios de manera menos traumática como parte de las funciones que desarrollan de las entidades reguladoras.

Estos acuerdos, como inmediatamente se verá, juegan un papel decisivo en la reparación e indemnización de los daños masivos ocasionados a los consumidores y pueden alcanzarse en un reducidísimo término de tiempo, sin necesidad de activar una acción judicial ni acudir a un procedimiento. Y lo que es más significativo, por esta vía el control del comportamiento del mercado resulta bastante más efectivo que cuando se recurre a las viejas tecnologías.

La efectividad del sistema regulatorio responde a distintos criterios bien delimitados por la doctrina científica⁸: a) se trata de un proceso integrado en el que se establecen reglas claras de aplicación e interpretación; b) identifica problemas individuales y sistémicos, así como la causa que lo origina; c) decide sobre los comportamientos cuestionados; d) hace cesar la ilegalidad; e) adopta las acciones necesarias para prevenir que el comportamiento lesivo sea recurrente o la reducción del riesgo de repetición; f) difunde la información a las empresas, consumidores y a otros mercados; g) repara el daño; h) sanciona y controla y supervisa de manera continua el problema; y i) enmienda las reglas.

De ahí que el mecanismo propuesto por la Directiva sea considerado una tecnología arcaica y los esquemas regulatorios sean preferidos no solo a las acciones colectivas sino también a las ADR, lo que responde, en lo esencial, a que las viejas tecnologías⁹ no satisfacen los aludidos criterios⁹.

2.1 Dimensión comparada de la reparación regulatoria y el *ombudsman* en países del entorno europeo

⁸ HODGES, CH. y VOET, E., *Delivering Collective Redress. New Technologies*, op. cit., pp. 5 y 6.

⁹ HODGES, CH., "Collective redress: A breakthrough or a damp squib?", *Journal of Consumer Policy*, núm. 37, 2014, pp. 67-89.

Varios países europeos vienen adoptando acuerdos voluntarios de reparación dentro de las estructuras reguladoras (Reino Unido, Dinamarca, Países bajos, Italia¹⁰, Portugal), aunque su diseño presenta algunos matices diferenciadores.

En el Reino Unido la reparación regulatoria viene siendo utilizada desde el 2012 y se ha convertido en el mecanismo principal de reparación colectiva. Algunos ejemplos son muy representativos de la efectividad de estos mecanismos para alcanzar la reparación.

En el Reino Unido, por ejemplo, la entidad reguladora de la energía (Ofgem) decidió en un caso no abrir una investigación formal sobre Co-Operat Energy, pero sí se comprometió con la empresa para supervisar los pasos dados para restablecer los niveles de servicio a los clientes. Ofgem ha acordado asimismo paquetes de compensación con entidades infractoras que incluyen compensaciones a organizaciones benéficas para ayudar a consumidores de la energía con dificultades financieras y aceptó una oferta de una empresa de energía para invertir £ 4.5 millones con la finalidad de eliminar a clientes vulnerables, lo que provocó una importante reducción de la multa a la empresa infractora.

En otro asunto, la entidad reguladora de la radiodifusión en el Reino Unido (Ofcom), detectó que GMTV violaba algunas disposiciones del Código de Radiodifusión sobre la duración de los concursos y la falta de claridad en las reglas del premio. En este caso dicha entidad impuso una multa de £ 2,000,000 y reconoció que la sanción financiera habría sido mayor si GMTV no hubiera implementado un programa tan extenso de reparaciones y remedios. GMTV cooperó voluntaria y plenamente con la investigación realizada por Ofcom y tomó medidas exhaustivas para remediar las consecuencias de las infracciones, entre ellas: la renuncia de altos directivos (Director Gerente y el Jefe de Competencias); se filtraron fondos a través de 25 millones de entradas (que era un número mucho mayor que el número de personas que en realidad habrían sido privadas de sus derechos); publicaron el reembolso en los periódicos nacionales y regionales; incluyeron 250 nuevos sorteos de premios

¹⁰ HODGES, CH. y VOET, E., *Delivering Collective Redress. New Technologies*, op. cit., pp. 170-176; HODGES, CH., “Collective Redress: The Need for New Technologies”, op. cit., p. 64.

gratuitos para todos los participantes afectados por un valor de £ 25 millones; e hicieron una donación de £ 250 mil a una organización benéfica para niños.

En Italia, por su parte, la Autoridad Reguladora de Electricidad, Gas y Agua (AEEGSI), puede decretar la resolución de procedimientos regulatorios dirigidos a la imposición de sanciones si los comerciantes proponen una compensación económica u otra medida a favor de clientes afectados por la infracción. A través de este mecanismo se llegaron a compensar en 2014 a 86.000 clientes a razón de 25 € por cada afectado. La AEEGSI puede asimismo requerir a las empresas a realizar pagos automáticos de compensación a los clientes cuando los estándares de calidad configurados por el regulador se han quebrantado por interrupciones del suministro eléctrico. En 2014 la *Banca d' Italia* emitió dos órdenes de reparación a los clientes financieros afectados por errores en el cálculo de los intereses por valor de 118, 506, 000 €.

En el caso de Francia, la Autoridad del Mercado Financiero (*Autorité des Marchés Financiers*) también podrá adoptar una orden o acuerdo donde se establezcan los parámetros del esquema de reparación o dejar ciertos aspectos para resolverlos en una resolución posterior¹¹.

3. EVALUACIÓN DE LA CONVIVENCIA DE LAS VIEJAS Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA LA RESOLUCIÓN DE DAÑOS MASIVOS EN EL ÁMBITO ESPAÑOL: ACCIONES NORMATIVAS PARA SU IMPLEMENTACIÓN

3.1 La trasposición de la Directiva al ordenamiento español

En el punto anterior he defendido la necesidad de dar paso a las nuevas tecnologías (reparación regulatoria y *ombudsman*) a partir de las claras limitaciones que plantea el modelo de acciones colectivas como única alternativa desarrollada en la Directiva 2020/1838 para responder a los daños masivos ocasionados a los consumidores.

En el caso español esta defensa cobra todo sentido si tenemos presente que el único mecanismo procesal habilitado en nuestro país para encausar las

¹¹ Una visión más extensa de éstos y de otros ejemplos se encuentra en, HODGES, CH. y VOET, E., *Delivering Collective Redress. New Technologies*, op. cit., pp. 170-174; 197-204 y 208-210; HODGES, CH., "Collective Redress: The Need for New Technologies", *Journal of Consumer Policy*, op. cit., p. 64.

reclamaciones que afectan los intereses colectivos y difusos de los consumidores es el judicial. Sin embargo, defender y apostar por las nuevas tecnologías en modo alguno significa que el mecanismo de acción de clase deba excluirse de nuestro sistema. De hecho, no sería lo recomendable en la situación actual de España, distinta a la de otros ordenamientos de nuestro entorno en los que las nuevas tecnologías están bien ancladas y principal motivo por el que una acción de clase presenta una utilidad práctica nula o muy residual.

La trasposición de la Directiva 2020/1838, sin duda, va a suponer cambios de significativo calado dentro del complejo entramado normativo vigente en materia de acciones colectivas en nuestro país y una mejora para superar las carencias presentes en nuestro sistema, originado, en lo esencial, por la gran dispersión normativa que provoca la coexistencia de normas generales, sectoriales y autonómicas.

En este orden se requiere, en primer lugar, sistematizar todas aquellas disposiciones que afectan al procedimiento civil sobre tutela colectiva en un capítulo segregado dentro de la LEC y establecer una coordinación entre las normas contenidas en la LEC, en el TRDCU, las leyes sectoriales y normativa autonómica a efectos de evitar duplicidades, descoordinación y falta de coherencia con las disposiciones europeas.

Además de responder a los problemas de dispersión normativa, el legislador español deberá llevar a cabo algunas reformas en las regulaciones vigentes para atemperarlas a las exigencias europeas, así como la incorporación nuevas disposiciones.

Las modificaciones van a afectar con carácter general a: los requisitos de procedibilidad para la admisión a trámite de la demanda colectiva; las reglas sobre la exhibición de las pruebas; las disposiciones sobre legitimación extraordinaria; la acumulación de las medidas de cesación y de reparación, que tantas dudas plantean hoy a nuestra jurisprudencia¹²; los mecanismos de

¹² El art. 12.2, segundo párrafo, de la Ley 7/1998, de 3 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC), que dispone lo siguiente, “a la acción de cesación podrá acumularse, como accesorio, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones”. La misma previsión fue recogida por el art. 53 TRDCU. Esta norma, sin embargo, presenta un alcance muy limitado para nuestra jurisprudencia puesto que solo es utilizada para tutelar intereses pluriindividuales de los

vinculación a efectos de abrir la posibilidad de desvinculación de los resultados con la consecuente modificación del alcance subjetivo de la cosa juzgada previsto en el art. 222.3.1 LEC que en la actualidad implica que decisión adoptada dentro de un proceso colectivo, una vez alcanzada su firmeza, vincule por igual a todos los perjudicados por el hecho dañoso, hayan participado o no del proceso colectivo y al margen del sentido de la decisión (favorable o desfavorable)¹³.

Entre las nuevas regulaciones será necesario incluir la consulta como condición previa al ejercicio de la acción de cesación y de reparación, así como articular la posibilidad de celebrar un acuerdo entre la entidad habilitada y el empresario o comerciante infractor, lo que a su vez requerirá desarrollar los requisitos de forma y de fondo que el referido acuerdo deberá cumplimentar para su posterior homologación por parte de la autoridad judicial.

3.2 Implementación de las nuevas tecnologías en España. Revisión y adaptación de las funciones de las entidades reguladoras y la asimilación de la figura del *ombudsman*

Al margen de las transformaciones que necesariamente se tienen que acometer para la correcta trasposición de la Directiva por parte del legislador español, es preciso comprender que no se puede hablar de una mejora real dentro del sistema de reclamaciones por daños masivos actualmente vigente en nuestro país si no se implementan las nuevas tecnologías.

En este sentido consideramos que los principales esfuerzos del legislador español deben centrarse en potenciar un mecanismo realmente eficaz que ofrezca de forma rápida y sin cortapisas la reparación al consumidor

consumidores afectados -bien por acumulación de acciones o mediante intervención adhesiva simple-, no así los intereses supraindividuales. FERRERES COMELLA, A., "Algunas pautas para regular adecuadamente las acciones colectivas, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 45, 2017, pp. 23-35, pp. 24-30.

¹³ GASCÓN INSCHAUSTI ha reconocido que el alcance que ha querido dar nuestro legislador ex art. 222.3.1 es que no exista más que un proceso colectivo o, a lo sumo, un proceso colectivo y varios procesos individuales, pero que una vez dictada sentencia firme, no puedan incoarse más procesos, en especial, demandas individuales. GASCÓN INSCHAUSTI, F., "Azioni collettive e azioni inibitorie per la protezione dei consumatori nel processo civile spagnolo: il ruolo delle associazioni deiconsumatori", en *Consumatori e processo. La tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, S. Chiarloni y P. Fiorio (Coord.), Giappichelli, Turín, 2005, pp. 129-157, p. 156. Idea que reproduce en, *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 125 y 126. En igual sentido, CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2009, p. 249.

afectado, sin que éste se vea obligado a recurrir a una justicia lenta y sin resultados palmarios, que es, en definitiva, la respuesta normativa que ofrece el legislador europeo al perpetuar el modelo litigioso de acciones judiciales, sujeto, como se ha visto ya, a procedimientos interminables e innecesarios y poco efectivos en orden a la reparación.

El momento no puede ser más oportuno para que nuestro legislador lleve a cabo la necesaria adaptación de la legislación interna de protección de los intereses colectivos de los consumidores a las directrices europeas, sino también para emprender otras acciones legislativas que impliquen un cambio de paradigma en las actuales estructuras y funciones de las entidades reguladoras y en la figura del defensor del consumidor.

En consecuencia, nuestra propuesta se resume en dar paso las nuevas tecnologías en aquellos sectores del comercio regulados en el ámbito español. Las nuevas tecnologías deberán aplicarse siempre con carácter prioritario al recurso judicial e incluso a un eventual procedimiento de resolución alternativa de conflicto, como puede ser, el “arbitraje colectivo”, lo que a día de hoy no es posible en nuestro ordenamiento¹⁴.

Un cambio de paradigma en las funciones reguladoras implica, naturalmente, una evaluación previa del estado de cuestión en España.

En España las entidades reguladoras surgieron con la finalidad de corregir las imperfecciones del mercado y regular los sectores que ofrecen servicios básicos a los ciudadanos (financiero, energía, comunicaciones, transporte, telecomunicaciones, entre otros).

En el sector financiero existen tres entidades reguladoras que desenvuelven su actuación en distintos ámbitos, ellas son, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

¹⁴ En estudios anteriores hemos puesto de relieve la imposibilidad de tramitar reclamaciones colectivas por la vía del denominado “arbitraje colectivo”. Un ejemplo de ello lo encontramos en las reclamaciones de las preferentes a distintas entidades bancarias, todas ellas tramitadas a través arbitrajes individuales. MORENO CORDERO, G., “La tutela alternativa en los conflictos colectivos de consumo: directrices del derecho europeo y orientaciones para un nuevo modelo en el sistema español”, en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.), OLARIU, O. (coord.), *La resolución de conflictos de consumo*, Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 539-563, pp. 549-555.

Fuera del ámbito financiero opera la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia (CNMC) que, creada con la finalidad adoptar una visión integradora de la regulación, procura imponer las cautelas necesarias para la defensa de la competencia en beneficio de los consumidores a efectos de garantizar la seguridad jurídica y consolidar la confianza en la institución.

Un elemento común a la mayoría de las entidades reguladoras es que sus resoluciones no resuelven conflictos colectivos y sus pronunciamientos normalmente contienen una respuesta represiva frente a la infracción, sin implicación reparadora para el consumidor o usuario afectado. Este signo es muy notorio en las resoluciones adoptadas en materia de competencia desleal, que en su mayoría culminan con una multa a la entidad como castigo por su comportamiento desleal, sin más.

Así, por ejemplo, en 2020, el Director de Energía acordó la incoación de un expediente sancionador a la empresa Holaluz-Clidom, S.A., por posible vulneración del derecho de los consumidores a elegir su suministrador y a formalizar un contrato de acceso con la empresa suministradora de electricidad, ya que dichos derechos podían ser ejercidos por un tercero, con pleno desconocimiento del titular del suministro. La supervisión llevada a cabo puso de manifiesto que el sistema web de contratación de dicha empresa permitía con facilidad que cualquier persona cambiara el contrato de otra entidad, simplemente seleccionando uno entre varios domicilios, sin que el sistema pusiera ningún tipo de impedimento. En este caso la Sala de Competencia de la CNMV resolvió imponer una sanción a la empresa consistente en una multa de 75.000 euros por la comisión de una infracción grave, sin que los consumidores afectados recibieran compensación alguna por dicha infracción.

En esta resolución se observa que la protección va dirigida al interés general, pero no al individual, toda vez que sus pronunciamientos no repercuten económicamente en los consumidores afectados, ni siquiera si estos han sufrido algún perjuicio económico constatable.

Por lo demás, observamos que las entidades reguladoras en España cuentan con las estructuras requeridas y están apertrechadas de los poderes necesarios para incorporar la reparación colectiva en el marco de las múltiples funciones que desarrollan: supervisión, inspección, consultiva, resolutive,

potestad sancionada, seguimiento de las medidas impuestas a las personas, entre otras. Asimismo, gozan de total independencia, operan bajo rigurosas reglas de transparencia e imparcialidad y son objeto de control estatal. Por consiguiente, la incorporación de un poder reparador con repercusión colectiva no parece necesitar, al menos en principio, modificaciones sustanciales al sistema actualmente vigente, si bien la introducción de este poder debe venir acompañada de medidas de desarrollo lo suficientemente amplias y flexibles para hacer frente de forma rápida, sencilla y en cualquier fase del procedimiento a los problemas sistémicos detectados en el ejercicio de sus funciones.

Para ello será esencial tomar la referencia comparada prolija en ejemplos que ilustran la amplitud que pueden llegar a tener las entidades reguladoras en orden a la resolución de los daños masivos. Estas entidades deben estar facultadas para concluir acuerdos colectivos de reparación con el empresario o comerciante infractor, siempre bajo la premisa de que el afectado tenga ocasión de decidir si quiere quedar o no vinculado por su resultado. Estos acuerdos deben ser homologados ante la entidad RAL correspondiente, como ocurre en el Reino Unido o ante la autoridad judicial. Los reguladores también deben tener ocasión de alentar a las empresas infractoras para que ofrezcan esquemas de reparación colectivos a los consumidores y concederles un período de tiempo para que acuerden voluntariamente con sus víctimas una compensación, y que posteriormente sea controlado por la entidad efectos de comprobar si el acuerdo ha respetado los intereses de los consumidores afectados¹⁵. Las propias empresas deben poder ofrecer esquemas de reparación voluntaria sin la intervención directa de los poderes reguladores, aunque los reguladores podrán involucrarse en discusiones sobre su idoneidad. En circunstancias complejas que involucran a un gran número de potenciales perjudicados y donde existe mayor incertidumbre sobre quiénes tienen derecho y qué cantidad de dinero ha de pagarse a cada uno de ellos, tales entidades podrán adoptar una orden o acuerdo donde se establezcan los parámetros del esquema de reparación o dejar ciertos aspectos para resolverlos en una

¹⁵ Es un poder atribuido en Francia a la Autoridad del Mercado Financiero (*Autorité des Marchés Financiers*). HODGES, CH., "Collective Redress: The Need for New Technologies", *Journal of Consumer Policy*, *op. cit.*, p. 64.

resolución posterior. Del mismo modo la autoridad reguladora debe tener la facultad de interrumpir un proceso de ejecución tras culminar la etapa de investigación y establecer un tiempo de espera para proponer técnicas de estímulo preventivo antes de imponer una sanción a la empresa infractora. A efectos de reducir la sanción pecuniaria, la entidad reguladora debe tener ocasión de evaluar las circunstancias atenuantes relacionadas con la conducta del infractor, en caso de que el infractor ya hubiera tomado alguna medida para hacer una reparación voluntaria a los afectados¹⁶.

En otro orden de cosas será igualmente deseable fortalecer la difusión en general, especialmente, para que los consumidores conozcan de la existencia de un daño con implicación masiva, así como el establecimiento de reglas claras y comprensibles para el cliente en relación con el acceso a la información para interponer una queja o reclamación, sobre el contenido de las resoluciones adoptadas y en torno a los resultados de su gestión¹⁷, que es, a primera vista y sin entrar en otras posibles debilidades del sistema actualmente vigente, el talón de Aquiles de estas entidades en nuestro país.

Finalmente, no hay que perder de vista la importante labor que desempeña la figura del Defensor del Pueblo, sobre todo cuando su actuación tiene lugar de manera coordinada con las empresas reguladoras. Sin embargo, en el ordenamiento español no se puede hablar propiamente de *ombudsman*, según la concepción que de esta figura se tiene en el Reino Unido, Bélgica, Alemania, por citar algunos ejemplos¹⁸.

El ejemplo lo tenemos en la figura del defensor del cliente financiero¹⁹. En primer lugar, el defensor del cliente es un ente privado que carece de otras

¹⁶ HODGES, CH., y VOET, S., *Delivering Collective Redress. New Technologies*, op. cit., pp. 170-174;197-204 y 208-210.

¹⁷ En el caso del Banco de España el último informe de gestión publicado data de 2013.

¹⁸ Los países del norte de Europa fueron los primeros en aplicar el concepto moderno del Defensor del Pueblo, con el objetivo de proteger a los ciudadanos con respecto a los servicios prestados por los Gobiernos. En América Latina, los sistemas del Defensor del Pueblo incluyen investigaciones y sentencias oficiales y oficiosas por el encargado del caso de una autoridad pública independiente que investiga las reclamaciones y propone o impone una solución. Uno de sus puntos fuertes es que están mejor informados y son más conscientes de las condiciones del mercado y los derechos de los consumidores que la mayoría de los jueces ordinarios. El Servicio del Defensor Financiero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte es un buen ejemplo de esos sistemas. Véase Nota de la Secretaría de la UNCTAD, de 3 de abril de 2018: "Solución de controversias y compensación", p. 6.

¹⁹ Su régimen jurídico se encuentra regido en la Ley 44/2002 de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (BOE núm. 250, de 19.09.2020) y en la Orden ECO/734/2004, de 11 de

importantes funciones como la de inspección, supervisión y control. A ello se suma que su intervención es residual en términos estructurales y funcionales, puesto que opera como una segunda instancia de los servicios de atención al cliente y su incorporación al sistema de reclamaciones financiero no es obligatorio para dichas entidades, aunque la mayoría de ellas suelen contemplarlo. Sus funciones dentro de las estructuras reguladoras queda en entredicho, aún más si cabe, pues a partir de la entrada en vigor de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre de trasposición de la Directiva 2013/11/UE (Ley//2017)²⁰, los defensores del cliente no podrán acreditarse como entidades de RAL, al clasificar dentro de sujetos empleados o retribuidos por la empresa reclamada²¹, a menos que sean empleados o retribuidos exclusivamente por una organización profesional o por una asociación empresarial y acrediten un presupuesto independiente, específico y suficiente para el cumplimiento de sus funciones (art. 25 Ley 7/2017)²². Por consiguiente, de esta figura se cuestiona una exigencia esencial para un correcto ejercicio del poder de reparación, que es, el cumplimiento del principio de independencia e imparcialidad, si bien estas dudas no quedarán colmadas hasta que la nueva regulación que afecta a este concreto sector vea la luz.

De todas formas, al margen de lo que resulte de estas regulaciones consideramos esencial que el ordenamiento español disponga de la figura del *ombudsman* ya que encarna una forma diferente de afectar el comportamiento futuro que desmitifica la idea asentada que presupone que las infracciones se pueden prevenir imponiendo sanciones a los responsables. A este respecto téngase presente que al *ombudsman* se le atribuye una efectividad y rapidez

marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras (BOE núm. 72, de 24/03/2004).

²⁰ BOE, de 4.11.2017.

²¹ Como defensor del cliente se podrá designar a cualquier persona o entidad de reconocido prestigio en el ámbito jurídico, económico o financiero ajena a la organización de la entidad de crédito para la que presta sus servicios, debiendo actuar con independencia de dicha entidad y con plena autonomía en cuanto a los criterios y directrices a aplicar en el ejercicio de sus funciones. Concorre honorabilidad comercial y profesional en quienes hayan venido observando una trayectoria personal de respeto a las leyes mercantiles u otras que regulan la actividad económica y de los negocios, así como las buenas prácticas comerciales y financieras (art. 5).

²² ESTEBAN DE LA ROSA, F., "Desafíos de la contratación electrónica para los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo: radiografía de una transformación necesaria", VLEX, diciembre-2018, pp. 42-59, p.11; Id., "El sistema español de resolución alternativa de litigios de consumo y la nueva Ley 7/2017, de 2 de noviembre", *op. cit.*, pp. 81-106.

incontestable en los procesos de reparación, sobre todo, cuando su actuación tiene lugar de manera coordinada con las entidades reguladoras²³.

4. CONCLUSIONES

De todo cuanto se ha dicho cabe concluir que una mejora en el sistema de protección a los consumidores por daños masivos en el ámbito español actualmente vigente implica, en primer lugar, que el legislador español emprenda modificaciones sustanciales siguiendo las nuevas directrices europeas trazadas por la Directiva 2020/1838. La trasposición de la Directiva al ordenamiento español va a suponer la eliminación de la gran dispersión normativa advertida en las distintas leyes generales, sectoriales y en la LEC, así como la modificación de algunas regulaciones vigentes que no se acomodan ya a las exigencias europeas y la incorporación de nuevas regulaciones.

Entre las disposiciones que requieren ser acompañadas con las exigencias europeas encontramos las reglas de admisión a trámite de la demanda colectiva, acreditación de las pruebas, legitimación, acumulación de las acciones de reparación a las acciones de cesación; pero, sobre todo, se requieren poner especial énfasis en los mecanismos de vinculación y en el alcance subjetivo de la cosa juzgada a efectos de abrir la posibilidad de desvinculación de los resultados de las decisiones o, en su caso, del acuerdo, de forma tal que permita que los consumidores puedan desvincularse del resultado, cosa que no es posible a la luz del art. 222.3.1 LEC. Asimismo, se requerirá incorporar como novedad la consulta como condición previa al ejercicio de la acción de representación y la posibilidad de celebrar un acuerdo entre la entidad habilitada y el empresario o comerciante infractor.

Ahora bien, al margen de la imperiosa necesidad de realizar los ajustes pertinentes en el sentido indicado, paralelamente propugno la implantación de las nuevas tecnologías para la reparación colectiva, lo que implica a su vez que nuestro legislador lleve a cabo ajustes en el modelo vigente en dos direcciones: para dotar a las entidades reguladoras del poder de reparación colectiva del que hoy no disponen y para incorporar la figura del *ombudsman*.

²³ HODGES, CH., "Collective Redress: The Need for New Technologies", *op. cit.*, p. 68.

Es un hecho demostrado que los reguladores y el *ombudsman* son los mejores situados para emprender la reparación colectiva ya que son intermediarios independientes que están sujetos a requisitos objetivos de gobernanza y transparencia y actúan a favor del interés público, por consiguiente, no tienen conflictos de intereses a la hora de responder a daños ocasionados a los consumidores. A ello se suma su alta especialización en los sectores donde desenvuelven su actividad, identifican como nadie los problemas sistémicos y toman decisiones de acuerdo con sus políticas organizacionales sujetas siempre a mecanismos de supervisión externa, lo cual se traduce en una intervención más eficiente y rápida que la ofrecida por los tribunales.

La convivencia en nuestro ordenamiento de las viejas y las nuevas tecnologías requiere establecer una jerarquía entre ellas, de forma tal que las viejas tecnologías (acciones colectivas, incluso las ADR) se conviertan en un mecanismo residual al que se debe recurrir solo en aquellos sectores que no estén cubiertos por las nuevas tecnologías. Por tanto, donde estén implantadas las nuevas tecnologías estas deberán ser aplicadas con carácter prioritario. En todo caso, las reformas que se deben emprender en este sentido deberán nutrirse de las soluciones que aporta la experiencia comparada, donde estas prácticas están muy consolidadas y encuentran un amplio respaldo en la doctrina científica.

BIBLIOGRAFÍA

ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El sistema español de resolución alternativa de litigios de consumo y la nueva Ley 7/2017, de 2 de noviembre», en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.), OLARIU, O. (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018. ISBN: 9788491775010.

Id., “Desafíos de la contratación electrónica para los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo: radiografía de una transformación necesaria”, *VLEX*, diciembre-2018.

Id., “El sistema español de arbitraje de consumo en la encrucijada: diagnóstico y claves para un nuevo diseño europeo”, en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., ARENAS GARCÍA, R., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., SÁNCHEZ LORENZO, S.A., STAMPA, G. (edts.), *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho*, Thomson-Reuters/Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2020. ISBN 978-84-1308-6.

CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2009.

GASCÓN INCHAUSTI, F., “Azioni collettive e azioni inibitorie per la protezione dei consumatori nel processo civile spagnolo: il ruolo delle associazioni dei consumatori”, en Chiarloni, S. y Fiorio, P. (coords.), *Consumatori e processo. La tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, Giappichelli, Turín, 2005.

Id., *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

Id., “Acciones colectivas y acciones de cesación para la defensa de los consumidores (arts. 53 a 56 TRDCU)”, en REBOLLO PUIG M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007*, Iustel, Madrid, 2011.

FERRERES COMELLA, A., “Algunas pautas para regular adecuadamente las acciones colectivas”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 45, 2017.

HODGES, CH., “From class actions to collective redress”, *Civil Justice Quarterly*, 2009.

HODGES, CH., “Collective redress in Europe: the new model”, *Civil Justice Quarterly*, 2010.

HODGES, CH., “Mass collective redress: Consumer ADR and regulatory techniques”, *European Review of Private Law*, 2015.

HODGES, CH., & VOET, S., *Delivering collective redress: new technologies*, Oxford: Hart Publishing, 2018.

MORENO CORDERO, G., “La tutela alternativa en los conflictos colectivos de consumo: directrices del derecho europeo y orientaciones para un nuevo modelo en el sistema español”, en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.), OLARIU O (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018. ISBN: 9788491775010.

MARCHAL ESCALONA, N., El marco regulador en proyecto en España para la resolución alternativa de conflictos: ¿nuevas perspectivas para las reclamaciones de consumo?, *REDI: Revista Española de Derecho internacional*, 2019, vol. 71, no. 2, pp. 148-149.

Id., Las relaciones entre las entidades de RAL de consumo y los sistemas judiciales en las reclamaciones transfronterizas: Especial referencia al proceso europeo de escasa cuantía, en ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.), OLARIU, O. (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018. ISBN: 9788491775010.

VOET, S., “Cultural dimensions of group litigation: the Belgian case”. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 2013.

VOET, S., “Consumer collective redress in Belgium: class actions to the rescue?”, *European Business Organization Law Review*, 2015.

Data de submissão do artigo: 10/10/2021

Data de aprovação do artigo: 24/02/2022

Edição e propriedade:

Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL

Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 - 4200-072 Porto

Email: upt@upt.pt