

## III

(Actos preparatorios)

## COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO

### 442º PLENO DE LOS DÍAS 13 Y 14 DE FEBRERO DE 2008

#### Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Definición del papel y del régimen de las acciones colectivas en el ámbito del Derecho comunitario del consumo»

(2008/C 162/01)

El 16 de febrero de 2007, de conformidad con el apartado 2 del artículo 29 de su Reglamento Interno, el Comité Económico y Social Europeo decidió elaborar un dictamen sobre la

*«Definición del papel y del régimen de las acciones colectivas en el ámbito del Derecho comunitario del consumo»*

La Sección Especializada de Mercado Único, Producción y Consumo, encargada de preparar los trabajos en este asunto, aprobó su dictamen el 31 de enero de 2008 (ponente: Sr. PEGADO LIZ).

En su 442º Pleno de los días 13 y 14 de febrero de 2008 (sesión del 14 de febrero de 2008), el Comité Económico y Social Europeo ha aprobado por 134 votos a favor, 94 en contra y 6 abstenciones el presente Dictamen.

#### 1. Conclusiones y recomendaciones

1.1 El CESE ha decidido relanzar el debate sobre la necesidad y oportunidad de una amplia reflexión sobre el papel y el régimen jurídico de un tipo de acción colectiva armonizada a escala comunitaria, en especial en materia de Derecho del consumo y de competencia, al menos en una primera fase.

1.2 El CESE siempre ha sido partidario de la instauración, a escala comunitaria, de una acción colectiva cuyo objetivo sea obtener una reparación efectiva de los daños sufridos en caso de violación de derechos colectivos o difusos. Tal acción completaría adecuadamente la protección que ofrecen las vías de recurso, tanto alternativas como judiciales, como, entre otras, la acción inhibitoria en el sentido definido por la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998.

1.3 En efecto, en varias ocasiones, el CESE ha insistido en la necesidad de una intervención comunitaria en este ámbito, en la medida en que considera que:

- puede contribuir de manera decisiva a eliminar los obstáculos al buen funcionamiento del mercado interior provocados por las divergencias entre los distintos regímenes jurídicos nacionales, restituyendo así la confianza de los consumidores en las ventajas del mercado único y garantizando, además, las condiciones de auténtica y leal competencia entre las empresas [artículo 3, letras c) y g), del Tratado];
- permitiría reforzar la protección de los consumidores al resultar más fácil y eficaz hacer valer sus derechos ante el juez y garantizando así una aplicación más efectiva de la legislación comunitaria [artículo 3, letra t), del Tratado];
- respetaría el principio fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva ante un juez imparcial, consagrado por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 47).

1.4 La circunstancia de que varios Estados miembros hayan implantado durante los últimos años sistemas judiciales divergentes en cuanto a la representación de los intereses colectivos de los consumidores, mientras que otros aún no lo han hecho, provoca desigualdades respecto del acceso a la justicia que obstaculizan la realización del mercado interior. El CESE lamenta en particular esta circunstancia por ser la satisfacción y confianza de los ciudadanos uno de los objetivos declarados de la realización del mercado interior en el siglo XXI. El CESE estará atento a los efectos de toda medida que se considere respecto de la competitividad de las empresas europeas y las consecuencias que, a fin de cuentas, tendrían las cargas desproporcionadas para los trabajadores y consumidores.

1.5 Por consiguiente, el CESE se propone contribuir a esta reflexión mediante sugerencias concretas sobre el régimen jurídico de dicha acción colectiva, teniendo en cuenta los sistemas nacionales en vigor en los países europeos, así como las experiencias adquiridas por los demás países que han desarrollado tales acciones. Tendrá especialmente en cuenta los principios enunciados en la Recomendación C(2007)74 del Consejo de Ministros de la OCDE sobre la solución de litigios en materia de consumo y su reparación, de 12 de julio de 2007.

1.6 Para definir los parámetros propuestos para una iniciativa legislativa de alcance comunitario, el CESE ha tenido en cuenta la tradición jurídica común de los órganos jurisdiccionales europeos y los principios fundamentales comunes de los Estados miembros en materia procesal civil, rechazando por tanto ejemplos de determinados aspectos de la «*class action*» de los EE.UU. por ser incompatibles con sus tradiciones y principios. El CESE estima particularmente nefasto todo desarrollo de prácticas que atribuya a terceros inversores o abogados inspirados por las «*class actions*» de los EE.UU. una parte sustancial de los importes obtenidos como reparación o como perjuicios punitivos en los procedimientos incoados en nombre de los intereses de los consumidores.

1.7 Habida cuenta de los objetivos y finalidades de dicho instrumento, el CESE ha analizado las principales opciones posibles en cuanto al régimen jurídico [ventajas e inconvenientes de un sistema de «*opt-in*» (consentimiento previo), «*opt-out*» (exclusión *a posteriori*) o mixto], el papel del juez, el resarcimiento por los daños sufridos, el tipo de recursos y su financiación.

1.8 El fundamento jurídico de tal iniciativa así como el instrumento jurídico que debe emplearse son cuestiones importantes que se han analizado, dando lugar a propuestas.

1.9 Por otra parte, el CESE insiste en que esta reflexión sobre la introducción de un mecanismo de acción colectiva no se opone en absoluto, sino todo lo contrario, a la existencia y desarrollo de modalidades alternativas de solución de conflictos (siglas en inglés: ADR). El CESE fue uno de los pioneros al señalar la necesidad de crear instrumentos eficaces que permitan a los consumidores hacer valer sus derechos, ya sean individuales o colectivos, sin recurrir al juez. A este respecto, el CESE aboga por un mejor alineamiento de los regímenes de defensor del pueblo y similares en los sectores que constituyen el mundo del consumo y, en particular, allí donde el comercio transfronterizo esté más desarrollado o con más posibilidades de desarrollarse.

1.10 En efecto, los recursos colectivos disponibles para los consumidores perjudicados forman parte de una gama que cubre desde demandas individuales, voluntarias y consensuales, hasta recursos colectivos y judiciales. Cada uno de estos niveles de resolución de litigios debe funcionar de manera óptima, velando por facilitar la indemnización de los perjuicios sufridos en el nivel más accesible para las víctimas.

1.11 El CESE acoge con satisfacción la intención manifestada por la Comisión de emprender estudios al respecto. Insiste, sin embargo, en la necesidad de contar, paralelamente, con una auténtica voluntad política que suscite iniciativas legislativas adecuadas.

1.12 Interpretando la voluntad de los representantes de la sociedad civil organizada, el CESE se dirige también al Parlamento Europeo, al Consejo y a los Estados miembros con vistas a que esta reflexión se efectúe teniendo en cuenta los intereses de las distintas partes y ateniéndose a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, desembocando en las decisiones políticas indispensables, para que se emprenda lo antes posible una iniciativa en el sentido preconizado.

## 2. Introducción

2.1 El objetivo de este dictamen de iniciativa es promover una amplia reflexión sobre el papel y régimen jurídico de un tipo de acción colectiva <sup>(1)</sup> a escala comunitaria, en especial en materia de Derecho del consumo y competencia, al menos en una primera fase. <sup>(2)</sup> Su finalidad última es animar a la sociedad civil y a las instituciones competentes de la Unión Europea a analizar la necesidad y el impacto de dicha iniciativa y reflexionar sobre la definición de su naturaleza jurídica así como sobre los términos y condiciones de su puesta en práctica, en el marco de un espacio judicial europeo.

2.2 A tal efecto, la metodología empleada se basa en un análisis previo de las necesidades en el marco del mercado único y de la conformidad de la iniciativa con el Derecho comunitario. A continuación se evalúa su capacidad para resolver conflictos transfronterizos de manera eficaz y rápida, en particular en lo referente a los intereses económicos de los consumidores.

## 3. El mercado único y los intereses colectivos de los consumidores

3.1 La «masificación», a partir de la segunda mitad del siglo pasado, de las operaciones comerciales a raíz del desarrollo de la producción en serie ha provocado cambios drásticos en la manera de concluir los contratos y de recabar acuerdos en materia de compraventa y prestación de servicios.

La aparición de la sociedad de la información y las posibilidades que brindan las ventas a distancia y el comercio electrónico reportan nuevas ventajas para el consumidor, pero éste puede sufrir nuevas formas de presión y correr nuevos riesgos cuando se celebran contratos.

3.2 Cuando proliferan las ofertas públicas, los contratos de adhesión, las formas agresivas de publicidad y mercadotecnia, una información precontractual inadaptada, las prácticas comerciales desleales generalizadas y las prácticas contrarias a la libre competencia, pueden perjudicar a amplios grupos de consumidores que, generalmente, no están identificados y son difícilmente identificables.

3.3 Los intereses individuales homogéneos, los intereses colectivos de las agrupaciones o los intereses difusos de todos los ciudadanos en general no siempre hallan, en los sistemas procesales tradicionales, basados en el Derecho romano, formas adecuadas de demanda judicial que resulten fáciles, rápidas, baratas y eficaces <sup>(3)</sup>.

3.4 Por todo el mundo y, en particular en los Estados miembros de la UE, los distintos sistemas jurídicos proponen alguna forma de tutela judicial de los intereses colectivos o difusos.

3.4.1 No obstante, dichos sistemas son bastante dispares y presentan diferencias muy marcadas en cuanto a la protección de esos intereses. Tales diferencias distorsionan el funcionamiento del mercado interior.

<sup>(1)</sup> En el sentido del Derecho procesal, que está encaminado a salvaguardar los intereses colectivos o difusos ya sea con carácter preventivo (demanda de supresión) o de reparación (demanda de indemnización por daños y perjuicios). La expresión «acción colectiva» tiene también otro sentido a la luz, sobre todo, de la doctrina jurídica anglosajona al designar las raíces sociológicas de la asociabilidad (véase, «*Collective action in the European union; interests and the new politics of associability*», Justin GREENWOOD y Mark ASPINWALL, Routledge, London, 1998.). Especialmente interesante resulta la encuesta sobre los orígenes sociológicos y las necesidades sociales que justifican las acciones colectivas en el sentido estrictamente procesal.

<sup>(2)</sup> No debe excluirse la posibilidad, ya consagrada en varios regímenes jurídicos nacionales, de ampliar el ámbito de aplicación de las acciones colectivas a la salvaguarda de todos los intereses colectivos o difusos en ámbitos como el medio ambiente, el patrimonio cultural o la ordenación territorial, ya sea frente a personas jurídicas de Derecho privado o público, entre ellas los Estados, las administraciones o los entes públicos.

<sup>(3)</sup> Rara vez se encuentra en la doctrina jurídica una fórmula tan lapidaria como la que empleó un insigne jurista, diputado portugués, para argumentar, durante un debate parlamentario, a favor de la introducción de las acciones colectivas en Portugal.

Refiriéndose a los nuevos derechos de 2ª y 3ª generación, es decir, los derechos laborales, de los consumidores, del medio ambiente, de la ordenación territorial y de la protección del patrimonio cultural, es decir, «derechos de alcance universal que, siendo su titular alguien en particular, pertenecen sin embargo a varios, incluso a todos», el diputado Almeida Santos se planteaba lo siguiente:

*¿Está justificado que la tutela de dichos derechos, de los que todos o al menos muchos son titulares, se haga con cuentagotas, obligando a los demandantes a hacer cola antes de que se conozca su causa, en su caso idéntica a la de su colega o vecino, obteniendo a menudo una resolución favorable aun cuando el resultado ya no tiene sentido, cuando el importe de la indemnización ha sido consumido por la inflación, cuando la recuperación del honor perdido llega demasiado tarde para impedir un divorcio o volver a hacerse respetar o, por último, cuando el resultado obtenido tras un largo calvario procesal es la viva imagen de la ineficacia y de la inutilidad? ¿Debemos mantener tal cual la visión kafkiana del purgatorio judicial? Súbitamente, nos damos cuenta de que una tutela judicial exclusivamente individual es insuficiente; que hay derechos e intereses metaindividuales, a medio camino entre los derechos individuales y los intereses colectivos; que el derecho a interponer recursos judiciales limitado a quienes han sufrido directa o indirectamente un perjuicio es insuficiente; que el fin de la concepción individualista del Derecho y de la justicia está próximo; que está a punto de romper el alba de un nuevo pluralismo y de un nuevo Derecho (Véase D.A.R., Serie I, n° 46, 21.2.1990, p. 1617).*

3.5 En efecto, a falta de armonización a escala comunitaria, los sistemas jurisdiccionales nacionales han evolucionado recientemente siguiendo orientaciones muy diferentes. Las diferencias no se deben tanto a principios fundamentales divergentes, sino más bien a tradiciones distintas en materia de Derecho procesal. Los cuadros que figuran como anexos ilustran las divergencias más importantes en la esfera nacional <sup>(4)</sup>.

3.6 Los inconvenientes de esta situación fueron denunciados, desde el principio, especialmente por las organizaciones representativas de los intereses de los consumidores, pero también por muchos juristas y profesores de Derecho comunitario por provocar desigualdades entre los ciudadanos europeos en cuanto al acceso al Derecho y a la justicia <sup>(5)</sup>.

3.7 Sin embargo, en el marco de las instituciones comunitarias, hubo que esperar hasta 1985, con la publicación, a raíz de un coloquio organizado en Gante en 1982 y con el patrocinio de la Comisión, del memorándum sobre el «Acceso de los consumidores a la justicia» <sup>(6)</sup>, para que la Comisión se pronunciara, entre otras cosas y por primera vez, sobre los sistemas de tutela judicial de los intereses colectivos.

3.8 No obstante, hubo que esperar hasta la publicación de su Comunicación complementaria de 7 de mayo de 1987 para que la Comisión anunciara claramente, al hilo de una Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 1987 <sup>(7)</sup>, su intención de emprender la elaboración de una directiva marco que reconociera a las asociaciones un derecho generalizado a defender judicialmente sus intereses colectivos y animara al Consejo a reconocer el papel preeminente de las organizaciones de consumidores, a la vez como intermediarios y agentes directos en el ámbito del acceso de los consumidores a la justicia.

3.9 Por su parte, en su Resolución de 25 de junio de 1987, dedicada exclusivamente al acceso de los consumidores a la justicia, el Consejo también destacó «la importancia de la función que están llamadas a desempeñar las organizaciones de consumidores» e invitó a la Comisión «a que examine si sería pertinente una iniciativa a nivel comunitario en ese ámbito» <sup>(8)</sup>.

3.10 Por último, en 1989, en el marco de la elaboración de sus «Futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección del consumidor», la Comisión consideró en su programa trienal <sup>(9)</sup> (1990-1992), que el acceso a la justicia y la reparación de los daños sufridos era mediocre en muchos Estados miembros debido a sus costes, complejidad y plazos, existiendo además dificultades relativas a las operaciones transfronterizas. Anunció haber emprendido estudios sobre las medidas que debían adoptarse, prestándose especial atención a la posibilidad de interponer acciones colectivas en reparación de los daños y perjuicios ocasionados a los consumidores <sup>(10)</sup>.

3.11 Sin embargo, hasta 1993 la Comisión no relanzó un debate público sobre esta cuestión mediante la publicación del importante «Libro verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único» <sup>(11)</sup>.

<sup>(4)</sup> El estudio del Centre de Droit de la Consommation de l'Université Catholique de Louvain elaborado por encargo de la Comisión (DG SANCO) es también un excelente compendio que permite inferir conclusiones de los distintos enfoques nacionales en materia de resolución de litigios transfronterizos, sobre todo cuando consumidores de varios Estados miembros se ven afectados por las mismas prácticas comerciales desleales de carácter transnacional, por los vicios y defectos de los mismos productos o por contratos negociados a distancia que incluyen las mismas cláusulas generales abusivas.

<sup>(5)</sup> Dentro de la doctrina, es ineludible el libro precursor de Jacques van COMPERNOLLE «Le Droit d'action en justice des groupements», Larcier, Bruselas, 1972, así como el estudio colectivo «L'aide juridique au consommateur» elaborado por Thierry BOURGOIGNIE, Guy DELVAX, Françoise DOMONT-NAERT y Christian PANIÉR, CDC Bruylant, Bruselas, 1981.

<sup>(6)</sup> Transmitido al Consejo el 4 de enero de 1985 y completado, el 7 de mayo de 1987, mediante una «Comunicación complementaria sobre el acceso de los consumidores a la justicia». Además, en su Comunicación de 4 de junio de 1985, titulada «Nuevo impulso a la política de protección de los consumidores» [COM(85) 314 final], cuyas orientaciones aprobó el Consejo el 23 de junio de 1986 (DO C 167 de 5.6.1986), la Comisión ya subrayó que los procedimientos jurídicos clásicos son lentos y, a menudo, onerosos en relación con las cantidades litigiosas en materia de consumidores, siendo necesario disponer de medios adecuados de consulta y de recursos para proteger adecuadamente los derechos de los consumidores.

<sup>(7)</sup> Actuó como ponente la Sra. BOOT, diputada neerlandesa. Uno de los aspectos del texto que cabe destacar, a raíz de las enmiendas presentadas por los diputados SQUARCIALUPI y PEGADO LIZ, es la solicitud dirigida a la Comisión para que proponga una directiva que armonice las legislaciones de los Estados miembros, de manera que se garantice la defensa de los intereses colectivos de los consumidores, brindando a las asociaciones de consumidores la posibilidad de interponer recursos para salvaguardar los intereses de los colectivos que representan y de los consumidores individuales [Doc A2-152/86, de 21 de noviembre de 1986 (PE 104.304)].

<sup>(8)</sup> Resolución 87/C, DO C 176 de 4.7.1987.

<sup>(9)</sup> Aprobadas por el Consejo el 9 de marzo de 1989 (DO C 99 de 13.4.1989).

<sup>(10)</sup> COM(90) 98 final, de 3.5.90. Fue la primera vez en que la Comisión empleó la expresión «acciones colectivas» en un documento oficial.

<sup>(11)</sup> COM(93) 576 final, de 16 de noviembre de 1993. Para comprender mejor este documento, conviene recordar que entre 1991 y 1992 surgieron por todas partes iniciativas para debatir sobre las cuestiones relativas al acceso al Derecho y la justicia, entre las que destaca la conferencia sobre los mecanismos de indemnización de los consumidores organizada por el Office of Fair Trading en Londres en enero de 1991; la III Conferencia sobre el acceso de los consumidores a la justicia organizada en Lisboa los días 21 a 23 de mayo de 1992 auspiciada por la Comisión y el Instituto do Consumidor así como el coloquio sobre la protección del consumidor transfronterizo, organizado en Luxemburgo en octubre de 1993 por el Ministerio de Economía y el Ministerio de Familia y Solidaridad, con el respaldo de la Comisión, que dio lugar a la elaboración de informes que siguen siendo esenciales actualmente. Además, en aquella época varios catedráticos eméritos y juriscónsultos de gran renombre se pronunciaron al respecto (véase, en particular, «Group actions and Consumer Protection», Thierry BOURGOIGNIE, Col. Droit et Consommation, Vol. XXVIII, 1992; «Group Actions and the Defence of the Consumer Interest in the European Community», Anne MORIN, INC, Francia, 1990).

En efecto, en aquella ocasión se examinó por primera vez, en detalle y desde una perspectiva comunitaria, el establecimiento de un régimen uniforme de acciones inhibitorias, que muchos creyeron serviría de base para una auténtica acción colectiva en defensa de los intereses de los consumidores <sup>(12)</sup>.

3.12 Por su parte, en su Resolución de 22 de abril de 1994 <sup>(13)</sup>, el Parlamento Europeo concluyó que sería útil efectuar una cierta armonización de las normas procesales de los Estados miembros, previendo la posibilidad de instaurar, para asuntos hasta cierta cuantía, un procedimiento comunitario que permita dirimir rápidamente litigios transfronterizos. Indicó, además, que convendría armonizar, hasta cierto punto, los requisitos para ejercitar acciones inhibitorias de prácticas comerciales ilícitas.

3.13 Además, en el dictamen que aprobó por unanimidad en el Pleno de 1 de julio de 1994 <sup>(14)</sup>, el CESE de refirió, entre otras cosas, al principio de «reconocimiento genérico de la legitimidad procesal activa de las asociaciones de consumidores para representar intereses colectivos y generalizados en cualquier instancia judicial o extrajudicial de cualquier Estado miembro, independientemente de la nacionalidad de los interesados, de las propias asociaciones o del lugar originario del conflicto» e invitó expresamente a la Comisión a definir un procedimiento uniforme en materia de acciones colectivas y acciones conjuntas, encaminadas no sólo al cese de las prácticas ilícitas, sino también a la obtención de una indemnización por daños y perjuicios <sup>(15)</sup>.

<sup>(12)</sup> Nótese, sin embargo, que el Libro Verde se basa en varias decisiones y documentos de trabajo anteriores, que lo respaldan y le confieren la legitimidad política indispensable para su aceptación. En efecto, en marzo de 1992, la Comisión confió a un grupo de personalidades independientes, presidido por el Sr. Sutherland, la elaboración de un informe sobre el funcionamiento del mercado interior para evaluar los logros en cuanto a la puesta en práctica del Libro Blanco sobre el mercado interior.

Publicado el 26 de octubre de 1992, en dicho informe dedicado especialmente al acceso a la justicia se precisa que no hay certeza en cuanto a la eficacia de la salvaguarda de los derechos del consumidor, se manifiesta la inquietud suscitada por la ineficacia del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil así como por las dificultades que de ello se derivan para obtener la ejecución, en un Estado miembro, de un título ejecutivo procedente de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, recomendándose por consiguiente que la Comunidad analice urgentemente esta materia (recomendación n.º 22). Esta recomendación se plasmó en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 2 de diciembre de 1992, sobre «El funcionamiento del mercado interior de la comunidad después de 1992 – Seguimiento del Informe sutherland» [SEC (92) 2277 final]. En el documento de trabajo «Programa Estratégico para el Mercado Interior», presentado en junio de 1993, la Comisión reconoció la necesidad de crear un marco operativo coherente en materia de acceso a la justicia integrado en una serie de medidas encaminadas a la difusión, transparencia y aplicación del Derecho comunitario [COM(93) 256 final]. Por otra parte, en su Comunicación al Consejo, de 22 de diciembre de 1993, la Comisión llamó la atención sobre la circunstancia de que la plena realización del mercado interior podría hacer aumentar el número de casos en que los residentes en un Estado miembro reclamen la tutela de sus derechos en otro Estado miembro [COM(93) 632 final].

Habida cuenta de que, en su opinión, no incumbe a la Comunidad intentar una armonización que suprima las características específicas de los distintos regímenes jurídicos nacionales, la Comisión propuso sin embargo hacer esfuerzos en aras de la información y formación sobre Derecho comunitario; de la transparencia, eficacia y rigor en la aplicación de dicho Derecho así como de la coordinación y cooperación en materia judicial entre los Estados miembros y la Comisión, facilitada por la entrada en vigor del Tratado de Maastricht y, en particular, de su «tercer pilar». Dichos esfuerzos presagiaban la publicación del Libro Verde y la gran consulta que se lanzó a raíz de este. En su reunión de 27 de septiembre de 1993 (868ª sesión «Mercado interior»), el Consejo concluyó que era primordial profundizar en la reflexión sobre el acceso a la justicia, en particular sobre la base de un Libro Verde anunciado por la Comisión para finales de año en el que preveía analizar los medios procesales así como, en su caso, el posible aumento de la transparencia en materia de sanciones. Por último, en aquella época se presentó un importante estudio encargado por la Comisión a E. BALATE, CL. NERRY, J. BIGOT, R. TECHEL M. A. MUNGE, L. DORR y P. PAWLAS, con la ayuda de A. M. PETTOVICH, precisamente sobre el tema «A right to group actions for consumer associations throughout the Community» (Contract B5-1000/91/012369), que sigue siendo ineludible en esta materia.

<sup>(13)</sup> DOC PE 207.674, de 9 de marzo; ponente: Sr. MEDINA ORTEGA.

<sup>(14)</sup> CES 742/94; ponente: Sr. ATAÍDE FERREIRA (DO C 295 de 22.10.1994). Por otra parte, no era la primera vez que el CES se interesaba por este asunto. En otros documentos, en particular dos dictámenes de iniciativa sobre la realización del mercado interior y la protección de los consumidores, elaborados por el Sr. Ataíde Ferreira y aprobados respectivamente el 26 de septiembre de 1992 (CESE 1115/91, DO C 339 de 31.12.1991) y el 24 de noviembre de 1992 (CESE 878/92, DO C 19 de 25.1.1993), ya se llamó la atención de la Comisión sobre la necesidad de identificar las posibilidades de acción para la resolución de litigios transfronterizos y otorgar capacidad de representación a las organizaciones de consumidores en litigios tanto nacionales como transfronterizos (punto 5.42 del documento. CES 1115/91; (punto 4.12 del documento CES 878/92 y capítulo 4 del interesante estudio que figura como anexo del anterior efectuado conjuntamente por Eric Balate, Pierre Dejemepe y Monique Goyens, publicado por el CES (CES-93-003) p. 103 y siguientes).

<sup>(15)</sup> Precisamente, el CESE retomó ulteriormente esta cuestión en varios dictámenes entre los que destaca, dada su trascendencia, el dictamen de iniciativa «Mercado Único y protección de los consumidores: oportunidades y obstáculos en el gran mercado» (ponente: Sr. CEBALLO HERRERO), aprobado por el Pleno el 22 de noviembre de 1995, en el que se constata que no se habían incorporado las sugerencias y propuestas formuladas por el CESE en su dictamen anterior sobre el Libro Verde (CES 1309/95); el dictamen sobre el «Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo — El mercado único en 1994 [COM(95) 238 final]» (ponente: Sr. VEVEËR), en el que se denunciaron retrasos en la instauración efectiva del mercado interior, en particular los relativos a las legislaciones en materia de consumidores, especialmente en cuanto a las relaciones transfronterizas (CES 1310/95 — DO C 39 de 12.2.1996); dictamen sobre la «Comunicación de la Comisión sobre las prioridades de la política de los consumidores (1996-1998)» (ponente: Sr. KOOPMAN), en el que el Comité, tras acoger favorablemente la propuesta de Directiva relativa a las acciones inhibitorias y el Plan de Acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia, declaró que seguiría atentamente la evolución en este ámbito y constató que una «defensa consciente de los derechos de los consumidores» es condición *sine qua non* para ganarse la confianza de éstos (CESE 889/96, DO C 295 de 7.10.1996). El mismo tipo de preocupaciones deja translucir el dictamen del CES sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo — Impacto y efectividad del Mercado Único» [COM(96) 520 final, de 23 de abril de 1997] (Ponente: Sr. PASOLLI; CES 467/97 — DO C 206 de 7.7.1997).

3.14 Por su parte, la Comisaria Bonino, al enunciar sus prioridades, insistió en la instauración de un procedimiento comunitario que permitiera resolver rápidamente los litigios transfronterizos y armonizar los requisitos necesarios para ejercitar una acción de cesación de prácticas comerciales ilícitas, completado por el reconocimiento mutuo de la legitimidad activa de las asociaciones de consumidores <sup>(16)</sup>.

3.15 Posteriormente, el 25 de enero de 1996 se publicó una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones inhibitorias en materia de protección de los intereses de los consumidores <sup>(17)</sup>.

Mediante esa Directiva, la Comisión atendió a la recomendación del Informe Sutherland, respondiendo así a la sugerencia, ampliamente corroborada, que figuraba en el Libro Verde <sup>(18)</sup> <sup>(19)</sup>.

3.16 La Directiva en cuestión revolucionó indudablemente el Derecho comunitario puesto que, por primera vez y con carácter general, la Comunidad legisló en materia de Derecho procesal civil <sup>(20)</sup>.

No obstante, no se acogió la sugerencia de ampliar el ámbito de aplicación a la indemnización de los daños.

3.17 Paralelamente, la Comisión elaboró un «Plan de Acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior», presentado el 14 de febrero de 1996, en el que, tras definir y caracterizar la problemática de los litigios en materia de consumo y haber estudiado las distintas soluciones de ámbito nacional halladas por los Estados miembros, enunció determinadas iniciativas que se disponía a emprender. Entre ellas, cabe destacar una reflexión sobre la posibilidad de que los consumidores perjudicados por un mismo profesional puedan conferir un mandato a las organizaciones de consumidores para agrupar sus quejas «ex ante», con vistas a poner en común casos individuales homogéneos y someterlos conjuntamente a un mismo órgano jurisdiccional <sup>(21)</sup>.

3.18 A este respecto, el Parlamento Europeo, en su Resolución de 14 de noviembre de 1996, «considerando que el acceso a la justicia es al mismo tiempo un derecho humano fundamental y una condición necesaria de garantía para la certeza del Derecho, tanto nacional como comunitario», reconoció la importancia de los

<sup>(16)</sup> Desde su primera alocución en público, durante una audiencia organizada en el Parlamento Europeo el 10 de enero de 1995, la nueva Comisaria de consumo señaló que la política de consumidores es un elemento especialmente importante para la construcción de la Europa de los ciudadanos y se comprometió expresamente a efectuar un seguimiento concreto de las consultas ya efectuadas en el marco del Libro Verde sobre el acceso a la justicia.

Interrogada concretamente sobre la situación existente al respecto, la Comisaria reconoció que el acceso de los consumidores a la justicia no era satisfactorio y que la duración de los procesos judiciales en determinados Estados miembros podía comprometer fuertemente la efectividad del derechos de consumo.

<sup>(17)</sup> COM(95) 712 final.

<sup>(18)</sup> Tomando como fundamento jurídico el artículo 100 A del Tratado sobre la Unión Europea, y ateniéndose a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, la Comisión previó la armonización de las normas procesales de los distintos Estados miembros relativas a determinados recursos, con arreglo a los siguientes objetivos:

- la inhibición o prohibición de cualquier acto que atente contra los intereses de los consumidores protegidos por las Directivas que figuran en el anexo;
- adoptar las medidas necesarias para contrarrestar los efectos de la infracción, incluida la publicación de la resolución; y
- condenar a la parte perdedora a una sanción pecuniaria obligatoria en caso de incumplimiento de la resolución en el plazo establecido por la misma.

En la misma propuesta se preveía que cualquier entidad representativa de los intereses de los consumidores situada en un Estado miembro, en caso de que los intereses que representa se vean afectados por una infracción cuyo origen se sitúe en otro Estado miembro, pudiera acudir al juez o a la autoridad competente de dicho Estado miembro para hacer valer los intereses que representa.

<sup>(19)</sup> La versión final de esta Directiva fue aprobada por el Consejo «Consumidores», celebrado en Luxemburgo el 23 de abril de 1998, por mayoría cualificada con el voto en contra de Alemania. Dicha versión final incorpora en gran medida las sugerencias y críticas formuladas al respecto y fue publicada el 11 de junio de 1998.

<sup>(20)</sup> Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, DO L 166 de 11.6.1998. Conviene recordar que el Parlamento Europeo se mostró muy crítico respecto del ámbito de aplicación y de las limitaciones de la Propuesta, aportando una serie de modificaciones al texto inicial, en particular:

- la ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva a todas las directivas futuras en materia de protección de los intereses de los consumidores;
- la inclusión, entre las entidades cuya legitimidad se reconoce, de las organizaciones y federaciones representativas de los consumidores o de empresas que actúan también en la esfera comunitaria y no exclusivamente nacional.

Por su parte, en un dictamen elaborado por el Sr. RAMAEKERS, el CESE se manifestó en contra del fundamento jurídico de la Propuesta —por considerar que debía ser el artículo 129 A en lugar del artículo 100 A del Tratado—, sobre el ámbito de aplicación demasiado limitado y en contra de la obligación de recurrir previamente a un organismo del país en el que se deba emprender la acción ya que dicha exigencia puede alargar, considerablemente y sin necesidad, los plazos para la interposición de la acción (CES 1095/96 — DO C 30 de 30.1.1997).

<sup>(21)</sup> COM(96) 13 final.

procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en materia de consumo, pero llamó la atención sobre la necesidad de «*garantizar al consumidor la posibilidad, una vez agotados sin resultado todos los procedimientos extrajudiciales de conciliación, de recurrir a las vías judiciales ordinarias, en el respeto del principio de eficacia y de la certeza del Derecho*». Por consiguiente, pidió a la Comisión que «*elabore otras propuestas para mejorar el acceso de los ciudadanos europeos no residentes a los procedimientos jurisdiccionales nacionales*» y animó a los Estados miembros a «*fomentar la actuación de las asociaciones de consumidores [...] como mandatarias de los titulares individuales en las acciones de reclamación*» y a «*reconocer a dichas asociaciones la legitimación activa para el ejercicio de acción de interés colectivo frente a determinados comportamientos comerciales ilícitos*» (22).

3.19 A partir de entonces, la cuestión pareció quedar paralizada en la Comisión Europea (23).

En el CESE, por el contrario, se evocó en varias ocasiones para demostrar la necesidad de un instrumento procesal civil de ámbito comunitario, que permita defender judicialmente intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos (24).

3.20 Recientemente, la Comisión ha relanzado la cuestión mediante su Libro Verde sobre el incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (25), en unos términos que conviene destacar:

*«Por razones prácticas será muy improbable, por no decir imposible, que consumidores y compradores con pequeñas reclamaciones interpongan una acción por daños y perjuicios por incumplimiento de la legislación de defensa de la competencia. Deberían, por tanto, buscarse maneras en las que estos intereses puedan ser mejor protegidos por acciones colectivas. Más allá de la protección específica de los intereses de los consumidores, las acciones colectivas pueden servir para reunir toda una serie de pequeñas indemnizaciones en una demanda, ahorrando así tiempo y dinero».*

3.21 En su Dictamen de 26 de octubre de 2006, el CESE respaldó dicha iniciativa de la Comisión y confirmó la necesidad de disponer de acciones colectivas para la reparación de daños y perjuicios en la medida en que «*satisfacen plenamente algunos objetivos cruciales: i) la reparación efectiva de los daños, dado que facilita la reclamación de los daños por las organizaciones en nombre de los consumidores afectados y contribuye a un acceso real a la justicia; ii) la disuasión y la prevención de comportamientos antitrust dada la mayor repercusión social de este tipo de acciones*» (26).

3.22 Entretanto, la Comisión encargó al Centro Europeo para el Derecho del Consumo de la Universidad Católica de Lovaina un importante estudio, publicado recientemente, sobre los medios alternativos para dirimir conflictos. Una parte nada desdeñable de dicho estudio, de 400 páginas en total, está dedicada a describir 28 sistemas nacionales de medios colectivos de tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores, a saber, los de 25 Estados miembros más los EE.UU., Canadá y Australia (27).

(22) Doc A-0355/96 (PE 253.833).

(23) Lo que no impide que, episódicamente, en determinadas directivas del acervo comunitario se haga referencia a recursos colectivos como medio adecuado y eficaz para garantizar el cumplimiento de sus disposiciones. Tal es el caso, por ejemplo, de la Directiva 97/7/CE, de 20.5.1997 (ventas a distancia), artículo 11, o de la Directiva 2002/65/CE, de 23.9.2002 (comercialización a distancia de servicios financieros), artículo 13.

(24) Cabe citar al respecto:

- el Dictamen de iniciativa CESE 141/2005 (DO C 221 de 8.9.2005) sobre «*La política de los consumidores tras la ampliación de la Unión Europea*», punto 11.6;
- el Dictamen del CESE 230/2006 (DO C 88 de 11.4.2006), sobre el programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud y la protección de los consumidores (2007-2013), punto 3.2.2.2.1;
- el Dictamen CESE 594/2006 (DO C 185 de 8.8.2006), sobre el marco jurídico para la política de los consumidores.

(25) COM(2005) 672 final, de 19.12.2005.

(26) Dictamen CESE 1349/2006 — DO C 324 de 30.12.2006; ponente: Sra. Sánchez Miguel. Esta cuestión ya fue examinada en el Dictamen de iniciativa del Comité sobre la «*Regulación de la competencia y consumidores*» (Dictamen del CESE 949/2006; DO C 309 de 16.12.2006).

(27) Este estudio se evocó en la nota 4 *supra*. Pese a ser muy completo, no cubre la situación de Bulgaria ni Rumanía, no tiene en cuenta la reciente evolución de Finlandia ni sistemas tan avanzados como los de Brasil, Israel y Nueva Zelanda, ni tampoco las disposiciones debatidas en Francia e Italia. En cuanto al sistema australiano, véase el estudio colectivo «*Consumer Protection Law*» de J. GOLDRING, L.W. MAHER, Jill McKEOUGH y G. PEARSON, The Federation of Press, Sydney, 1998; sobre el sistema neozelandés, véase «*Consumer Law in New Zealand*», de Kate TOKELEY, Butterworth, Wellington, 2000; para hacerse una idea de la evolución en Asia, especialmente en India, Filipinas, Hong Kong, Tailandia e Indonesia, véase «*Developing Consumer Law in Asia*», Acta del seminario IACL/IOCU, Kuala Lumpur, Faculty of Law, University of Malaya, 1994.

Entretanto, la Comisión ha emprendido recientemente un estudio sobre el tema «*Evaluación de la eficacia de los mecanismos de recurso colectivo en la Unión Europea*» (anuncio de licitación 2007/S 55-067230 de 20.3.2007).

3.23 La nueva Comisaria de Protección de los Consumidores, Sra. KUNEVA, ha anunciado en varias alocuciones que esta cuestión era una de las prioridades de su mandato. Por otra parte, se recoge ya en la reciente Comunicación sobre «Estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores 2007–2013»<sup>(28)</sup>. En este extremo insistieron tanto la Comisaria KROES como la Comisaria KUNEVA en una conferencia celebrada recientemente en Lisboa por iniciativa de la Presidencia portuguesa<sup>(29)</sup>.

3.24 El Consejo de Ministros de la OCDE, por su parte, acaba de aprobar una Recomendación sobre la solución de litigios en materia de consumo y su reparación [C(2007)74 de 12 de julio de 2007]. Reconoce que la mayoría de los sistemas establecidos por los Estados miembros para la solución de litigios en materia de consumo y su reparación fueron instituidos para conocer de asuntos al nivel nacional y no siempre están adaptados para indemnizar a los consumidores procedentes de otro Estado miembro.

#### 4. Razones para disponer de una acción colectiva de ámbito comunitario

4.1 Para tomar en consideración los intereses de los consumidores en los Estados miembros y en el ámbito de la Unión Europea es preciso, en el plano jurídico, no sólo reconocer los derechos materiales, sino también establecer procedimientos adecuados para hacer valer tales derechos.

Nótese, además, que la proliferación de los intercambios transfronterizos ha suscitado litigios en materia de consumo con alcance comunitario.

En muchos casos, se ha comprobado que la resolución individual de los litigios resulta insuficiente. Su coste y lentitud contribuyen ampliamente a la inaplicación de los derechos de los consumidores, especialmente cuando una misma práctica perjudica a multitud de consumidores (varios miles o, incluso, millones) y cuando el importe del perjuicio individual es relativamente reducido. Además, el desarrollo progresivo de la «sociedad europea» plantea dificultades en cuanto a la determinación del Derecho aplicable, de manera que conviene que los ciudadanos europeos puedan hacer valer sus derechos de manera uniforme. Actualmente, determinados comportamientos abusivos, que se producen en circunstancias idénticas y ocasionan idénticos perjuicios en varios Estados miembros, sólo pueden resarcirse mediante indemnización en los pocos Estados miembros que disponen de un sistema de acción colectiva.

4.2 Además, las constituciones de todos los Estados miembros y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales consagran el derecho a un proceso equitativo. Ese derecho incluye, en particular, el derecho a acudir de manera útil y efectiva a un juez.

4.3 Con arreglo a los sistemas judiciales actuales, los ciudadanos no siempre pueden impugnar de manera concreta y efectiva determinadas prácticas que les perjudican acudiendo a un órgano jurisdiccional.

Varios Estados miembros han aportado, desde hace varias décadas, dos tipos de respuesta a esta problemática.

En una primera fase, reconocieron que los intereses colectivos de los consumidores debían poder tutelarse mediante acciones ejercitadas, ya sea ante instancias administrativas o ante órganos jurisdiccionales. Otra respuesta igualmente adecuada ha sido admitir que un procedimiento agrupe las acciones individuales. Dichas acciones se justifican esencialmente en función de la economía procesal, en la medida en que engloban una serie de acciones sintetizándolas en un procedimiento único.

<sup>(28)</sup> COM(2007) 99 final, de 13.3.2007, punto 5.3, documento sobre el que se pronunciará el CESE que está en fase de elaboración. Ponente: Sra. DARMANIN.

<sup>(29)</sup> Conferencia sobre el tema «Collective Redress: Towards European Collective Redress for Consumers?» (9 y 10 de noviembre de 2007), durante la cual la Comisaria KROES afirmó, entre otras cosas, que «los consumidores no solo tienen derechos sino que deben poder hacerlos valer eficazmente en su caso ante el juez. Y cuando sólo puede emprender una acción cada uno de los consumidores individualmente, ninguno acude al juez: por consiguiente, los mecanismos de resarcimiento colectivo son indispensables. Sólo entonces podrán (los consumidores) aprovechar plenamente las ventajas del Mercado Único». Por su parte, la Comisaria KUNEVA destacó precisamente: «los consumidores no podrán aprovechar plenamente de las ventajas del Mercado Único hasta que se establezcan sistemas efectivos para presentar sus quejas y se les otorguen medios adecuados para obtener el debido resarcimiento. El resarcimiento colectivo debe constituir un medio eficaz para reforzar el régimen actual de indemnizaciones a favor de los consumidores europeos, mediante el fomento de las modalidades alternativas de solución de conflictos y del establecimiento de un procedimiento transfronterizo simplificado de presentación de quejas.»



4.4 La instauración de una acción colectiva europea permitiría acceder a la justicia a todos los consumidores, cualquiera que sea su nacionalidad, situación económica y perjuicio individual sufrido. Presentaría, además, ventajas para los profesionales dada la economía procesal que permitiría realizar. Los costes de dicho proceso serían inferiores a los derivados de múltiples acciones individuales. Además, este procedimiento brinda seguridad jurídica, ya que mediante una misma resolución judicial se dirimen innumerables asuntos similares <sup>(30)</sup>. Por último, evitaría contradicciones entre la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tengan que dirimir litigios similares.

Por tanto, dicho sistema común a todos los países europeos permitiría no sólo proteger mejor a los consumidores, sino también reforzar la confianza de los profesionales y, por consiguiente, los intercambios y el comercio intracomunitarios.

4.5 Así perfilada, dicha acción tendría un efecto positivo en materia de Derecho internacional privado, habida cuenta de las dificultades de interpretación y aplicación de las normas de resolución de conflictos contractuales y extracontractuales (Roma I et Roma II). Permitiría, además, determinar con precisión las normas sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [Reglamento (CE) n° 44/2001] <sup>(31)</sup>.

4.6 Así, el Derecho del consumo quedaría reforzado mediante la incoación cada vez más frecuente de recursos que permitan a los consumidores obtener una justa compensación y una protección efectiva de la «parte débil», que es un principio fundamental del Derecho comunitario. Este sería en particular el caso de la reciente Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales. Estas prácticas suelen desarrollarse de modo concomitante en varios Estados miembros lesionando los intereses de múltiples consumidores sin que estos puedan solicitar reparación colectivamente. La acción colectiva es un complemento procedimental indispensable para la aplicación efectiva de dicha directiva.

De este modo, la eficacia del conjunto de directivas en vigor en materia de protección de los consumidores, tal y como han sido transpuestas por los Estados miembros, se vería reforzada mediante la introducción de una acción colectiva en los ámbitos de aplicación de las referidas directivas.

Convendría poder aplicar dichas disposiciones igualmente en favor de las pequeñas y medianas empresas que se encuentran en situación similar.

4.7 Evidentemente, la incoación de un procedimiento judicial colectivo de alcance comunitario, como última opción para dirimir los conflictos, no afecta a los sistemas de resolución extrajudicial de los conflictos en materia de consumo. El CESE respalda éstos sin reservas. Aún cabe ahondar y desarrollar su potencial.

## 5. Terminología

5.1 Para delimitar bien el objeto de la propuesta, es preciso determinar el tipo de acción judicial de que se trata.

Como demuestra la síntesis de los sistemas adoptados por los Estados miembros, la denominación y el contenido de los diferentes tipos de acción varían mucho. Así, conviene distinguir entre las acciones de representación, las acciones de interés colectivo y las acciones colectivas.

<sup>(30)</sup> Como acertadamente recordó el Sr. von BRAUNMUHL en el «Leuven Brainstorming Event on Collective Redress», organizado por la Comisión el 29 de junio de 2007, «las acciones colectivas podrían reducir el número de casos individuales derivados de un incidente específico. Especialmente con un sistema de "opt out" (exclusión a posteriori), una empresa puede responder a las quejas de gran cantidad de consumidores en un mismo procedimiento. Puede negociar con un grupo de representantes de todos los consumidores afectados y concentrar sus recursos en un solo asunto judicial en lugar de en muchos distintos. Incluso cuando resulta imposible llegar a un acuerdo y el juez tiene que decidir, la seguridad jurídica es mayor si la resolución dirime todos los asuntos relativos a un mismo incidente o infracción de la legislación».

<sup>(31)</sup> Este extremo fue analizado detalladamente en el Seminario «Roma I & Roma II», organizado por la Presidencia portuguesa, con la colaboración de las Presidencias alemana y eslovena así como la Europäische Rechtsakademie (ERA) en Lisboa, los días 12 y 13 de noviembre de 2007.

5.2 Sólo pueden emprender acciones de representación las asociaciones de consumidores o entes administrativos (tipo Ombudsman) para lograr que cesen prácticas contrarias a los derechos de los consumidores así como, en determinados países, que se eliminen cláusulas abusivas o ilícitas de los contratos en materia de consumo.

5.3 Las acciones de interés colectivo brindan a las asociaciones de consumidores la oportunidad de acudir a un órgano jurisdiccional cuando el interés colectivo, global, de los consumidores ha sido lesionado por el incumplimiento de una disposición concreta de Derecho material o de una norma general de comportamiento. El interés colectivo no es la suma de los intereses individuales de los consumidores y se asemeja al interés general.

5.4 La acción colectiva es una acción judicial que permite a un amplio colectivo de personas hacer valer sus derechos y obtener resarcimiento. Técnicamente, constituye por tanto el ejercicio procesal colectivo de derechos individuales.

5.5 La acción colectiva no está reservada sólo a los ámbitos de la protección de los consumidores y de la competencia.

Sin embargo, a efectos del presente dictamen, se circunscribe a los únicos ámbitos materiales reconocidos por el Derecho comunitario.

5.6 Por consiguiente, se propone emplear en éste la expresión «acción colectiva» <sup>(32)</sup>.

## 6. Fundamento jurídico

6.1 El fundamento jurídico de la política de protección de los consumidores radica en el título XIV del Tratado titulado «Protección de los consumidores».

El artículo 153 constituye, manifiestamente, una faceta importante de la reflexión.

6.2 En efecto, aunque el Derecho del consumo se ha desarrollado esencialmente en torno al artículo 95 del Tratado, la política de protección del consumidor tal como se plantea aquí constituye evidentemente una medida encaminada a fomentar los intereses económicos de los consumidores.

6.3 Es indiscutible que la acción colectiva garantizará un nivel elevado de protección y permitirá a las asociaciones de consumidores organizarse para preservar los intereses de los consumidores, es decir, asegurarles una compensación justa en caso de que se lesionen los derechos que les reconoce especialmente el Derecho comunitario general, incluido el Derecho de la competencia.

6.4 Además, una acción colectiva de alcance comunitario contribuiría a mejorar el funcionamiento del mercado interior en favor de los consumidores, como preconiza la «revisión del mercado interior». Los consumidores se mostrarían más confiados a la hora de desarrollar el comercio transfronterizo <sup>(33)</sup>.

<sup>(32)</sup> Véase un análisis comparativo de la terminologías empleadas en distintos Estados miembros y de su significado en cada lengua en el artículo de Louis DEGOS y Geoffrey V. MORSON, «Class System», Los Angeles Lawyer Magazine, noviembre de 2006, páginas 32 y sig. En Irlanda, se emplea el término «Multi-party litigation» (MPL). En Reino Unido, emplean «group litigation order» (GLO) o simplemente «group action»; en Alemania se las denomina «Gruppenklage»; en Suecia, «Grupptalan» o «Collective lawsuit»; en Portugal «Popular lawsuit» y en Hungría, «Combined lawsuit».

<sup>(33)</sup> Véase la comunicación de la Comisión «Un mercado único para la Europa del siglo XXI» COM(2007) 724 final, de 20 de noviembre de 2007.

6.5 Cabe añadir que tratándose de un instrumento estrictamente judicial, los artículos 65 y 67 podrían considerarse eventualmente un fundamento jurídico adecuado. En efecto, a partir de 1996 la Comisión basó en dicho fundamento jurídico sus propuestas, adoptadas por el Consejo y por el Parlamento, relativas a toda una serie de instrumentos jurídicos en materia de Derecho procesal civil de ámbito comunitario <sup>(34)</sup>.

Podría plantearse esta solución en la medida en que se emplee la acción colectiva tanto para los conflictos transfronterizos como para litigios nacionales y en otros ámbitos distintos del Derecho del consumo.

6.6 En cualquier caso, la acción colectiva deberá atenerse a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, sin exceder lo necesario para garantizar la consecución de los objetivos del Tratado, en la medida en que los Estados miembros no puedan alcanzar satisfactoriamente dichos objetivos y, por tanto, se logren mejor a escala comunitaria.

6.7 Deberá atenerse también a los principios y mecanismos propuestos en la Recomendación del Consejo de Ministros de la OCDE [Rec. C(2007)74 de 12 de julio de 2007], que, pese a la diversidad de las culturas jurídicas de los Estados miembros, se presentan como principios y mecanismos comunes.

<sup>(34)</sup> Cabe citar, entre otros:

- Comunicación de la Comisión «Plan de Acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior», de 14 de febrero de 1996 (COM(96) 13 final).
- Comunicación de la Comisión «Hacia una mayor eficacia en la obtención y la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea» COM(1997) 609 final, DO C 33 de 31.1.1998).
- «Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios de consumo en el mercado único» (COM(1993) 576 final).
- «Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil» (COM(2002) 196 final de 19.4.2002).
- Recomendación de la Comisión, de 12 de mayo de 1995, relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales, y la Comunicación de la Comisión correspondiente, DO L 127 de 10.6.1995 y DO C 144 de 10.6.1995.
- Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO L 166 de 11.6.1998).
- Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales, DO L 200 de 8.8.2000.
- Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (Bruselas I) en el DO L 12 de 16.1.2001. El Dictamen del CESE sobre este asunto fue elaborado por el Sr. Malosse (CESE 233/2000 de 1 de marzo de 2000, DO C 117 de 26.4.2000).
- Reglamento CE/805/2004, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados, en DO L 143 de 30.4.2004. El Dictamen del CESE a este respecto fue elaborado por el Sr. Ravoet (CESE 1348/2002, de 11 de diciembre de 2002) en DO C 85 de 8.4.2003.
- Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, en DO L 174 de 27.6.2001. El Dictamen del CESE a este respecto fue elaborado por el Sr. Hernández Bataller (CESE 228/2001 de 28 de febrero de 2001; DO C 139 de 11.5.2001).
- Programas de medidas destinadas a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en materia civil y mercantil (DO C 12 de 15.1.2001).
- Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a los procesos de insolvencia, en el DO L 160 de 30.6.2000. El Dictamen del CESE a este respecto fue elaborado por el Sr. Ravoet (CESE 79/2001, de 26 de enero de 2001, DO C 75 de 15.3.2000).
- Propuesta de Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, ídem. El Dictamen del CESE a este respecto fue elaborado por el Sr. Braghin (CESE 940/1999, de 20 de octubre de 1999, DO C 368 de 20.12.1999).
- Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil. ídem. El dictamen del CESE a este respecto fue elaborado por el Sr. Hernández Bataller (CESE 947/1999, de 21 de octubre de 1999, DO C 368 de 20.12.1999).
- Decisión del Consejo, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, DO L 174, de 27.6.2001. El dictamen del CESE a este respecto fue elaborado por el Sr. Retureau (CESE 227/2001, de 28 de febrero de 2001, DO C 139 de 11.5.2001).
- Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 (DO L 399 de 30.12.2006), relativo a los procesos de insolvencia. El dictamen del CESE sobre la Propuesta de Reglamento (COM (2004)173 final, de 19.3.2004) fue elaborado por el Sr. Pegado Liz (CESE 133/2005, de 22.2.2005, DO C 221 de 8.9.2005).
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (COM (2005) 87 final de 15.3.2005). El dictamen del CESE sobre el asunto fue elaborado por el Sr. Pegado Liz (CESE 243/2006, de 14 de febrero de 2006).
- «Libro verde sobre una mayor eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la unión europea: embargo de activos bancarios» (COM(2006) 618 final. El dictamen del CESE a este respecto fue elaborado por el Sr. Pegado Liz (CESE 1237/2007, de 26 de septiembre de 2007).

## 7. Parámetros de una acción colectiva de ámbito comunitario

### 7.1 *Lo que no debe ser la acción colectiva*

#### 7.1.1 La acción colectiva no debe ser una acción de representación

7.1.1.1 Sólo pueden interponer acciones de representación ciertas entidades especialmente habilitadas para ello (asociaciones de consumidores, Ombudsman). En general, los consumidores no pueden lograr que se compense su perjuicio individual.

7.1.1.2 El principal objetivo de este procedimiento consiste en que cesen las actuaciones contrarias a los derechos de los consumidores así como, en determinados países, que se eliminen las cláusulas abusivas o ilícitas de los contratos en materia de consumo, supuesto en el cual el juez no puede imponer ninguna medida de resarcimiento.

7.1.1.3 Algunos países han introducido mecanismos para poder indemnizar a los consumidores. Sin embargo, las indemnizaciones no se abonan a los consumidores individuales, sino que las conservan las entidades representativas o revierten al Estado con fines sociales.

7.1.1.4 Por consiguiente, en la práctica este mecanismo no equivale a una auténtica acción colectiva mediante la cual se logra indemnizar a todos los consumidores al término de un único procedimiento.

#### 7.1.2 La acción colectiva no debe ser una «class action» como en los EE.UU.

7.1.2.1 Instaurar una acción colectiva europea no equivale a trasladar a Europa la «class action» de los Estados Unidos. El sistema judicial estadounidense es muy distinto de los existentes en los Estados miembros. Los puntos débiles de la «class action», criticados por dar lugar a desviaciones, son propios de dicho sistema judicial y no podrían instaurarse en Europa.

7.1.2.2 En Estados Unidos, las resoluciones judiciales las dicta un jurado popular junto con magistrados elegidos. Esta peculiar composición de los órganos jurisdiccionales, distinta de la que se practica en la mayoría de los Estados miembros (magistrados profesionales) implica a menudo que en determinados Estados se estimen demandas fantosmas o se dicten resoluciones demasiado favorables a los demandantes, de manera que los consumidores ejercitan preferentemente sus demandas ante ciertos tribunales en lugar de otros considerados menos benévolos («forum shopping» o búsqueda del órgano jurisdiccional más ventajoso).

7.1.2.3 Por el contrario, la acción colectiva europea debería permitir evitar el «forum shopping» puesto que en cada Estado miembro se diseñaría e implantaría un tipo de procedimiento único, de manera que, cualquiera que fuera el órgano jurisdiccional escogido por los demandantes, el desarrollo del proceso y las medidas impuestas por el juez serían de igual naturaleza.

7.1.2.4 A los daños y perjuicios compensatorios podrían añadirse daños y perjuicios punitivos. Las indemnizaciones, que imponen los jurados y magistrados elegidos, son a menudo astronómicas. Los daños y perjuicios punitivos no existen en casi ningún país europeo.

7.1.2.5 Los letrados son remunerados con arreglo a un sistema generalizado de «contingency fees» (honorarios por imprevistos). Se trata de una especie de pacto de «quota litis» en el que los letrados, que pueden incluso actuar como demandantes, participan de los resultados de la demanda. Este sistema está prohibido en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea, ya sea por Ley o por los códigos deontológicos de los letrados.

### 7.2 *La principal dicotomía: «opted-in» u «opted-out»*

El análisis de los procedimientos de acción colectiva adoptados en los Estados miembros permite clasificarlos en función del mecanismo principal de ejercicio de la acción y de intervención del consumidor en el procedimiento. Si éste tiene que efectuar voluntariamente una gestión para ser parte en el proceso, entonces el mecanismo se denomina de «opted-in»; cuando el ejercicio de la acción implique automáticamente la intervención de dicho consumidor en el procedimiento sin que necesite manifestarse, se tratará de un dispositivo de «opted-out». En este último supuesto, el consumidor siempre puede abandonar el procedimiento. Por consiguiente, el diseño de una acción colectiva europea requiere necesariamente escoger un mecanismo en el que basarla.

### 7.2.1 «Opted-in» y «test case»

7.2.1.1 El sistema de «*opted-in*» (consentimiento previo) supone que la persona exprese su voluntad de ser parte en el proceso. Los interesados, por tanto, deben manifestarse y formalizar expresamente su intervención adhesiva antes de que se dicte la resolución.

Paralelamente a este mecanismo de «*opted-in*» se han desarrollado sistemas denominados «*test cases*» («asunto piloto»), basados en una primera resolución judicial declaratoria. Estos procedimientos se asemejan a las acciones colectivas basadas en el «*opted-in*», puesto que, también en ese supuesto, los interesados deben manifestarse para ser parte en el proceso y presentar demandas individuales. La particularidad de este mecanismo reside en que el juez selecciona una de las demandas individuales y resuelve únicamente sobre ésta. La resolución que dicte en el «asunto piloto» se hará extensiva a las demás demandas individuales admitidas por dicho órgano jurisdiccional.

#### 7.2.1.2 Ventajas de dichos mecanismos

7.2.1.2.1 Cada miembro del grupo debe manifestarse para ser parte en el proceso, generalmente solicitando su inclusión en un registro. Por consiguiente, manifiestan expresamente su voluntad, lo que permite conformarse al principio de libertad para interponer recursos. El demandante sólo actúa en nombre de las personas que le hayan otorgado formalmente su autorización.

7.2.1.2.2 La modalidad «*opted-in*» permite evaluar *ex ante* el importe previsible de las indemnizaciones objeto de litigio. Ello es importante tanto, con carácter general, para las partes demandadas contra las que va dirigida directamente la demanda de indemnización como respecto de la posibilidad de que suscriban pólizas de seguro que cubran parte de los perjuicios de que se trata. Así, se reservarán recursos económicos adecuados para satisfacer demandas legítimas de indemnización.

7.2.1.2.3 En el sistema de «*test case*», se somete un único caso individual a la apreciación del juez: ello permite ganar tiempo y eficacia, puesto que el juez se pronuncia acerca de la responsabilidad del profesional demandado partiendo únicamente de dicho caso concreto.

#### 7.2.1.3 Inconvenientes de dichos mecanismos

7.2.1.3.1 Estos mecanismos son difíciles de gestionar, además de costosos: los interesados se tienen que manifestar para ser parte en el proceso y constituir un expediente individual. La gestión de los expedientes individuales pasa a ser compleja en cuanto el número de interesados es elevado.

7.2.1.3.2 Ello da lugar a plazos procesales muy amplios, porque el tribunal tiene que organizar y tramitar todos los expedientes individuales. Sin embargo, en los litigios masificados, que dan lugar a la mayoría de las acciones colectivas, los perjuicios individuales son relativamente homogéneos y a menudo no requieren un análisis individualizado.

7.2.1.3.3 El mecanismo de asunto «piloto» implica que el juez no siempre fija el importe de las indemnizaciones y se remite en ocasiones a procedimientos individuales. Ello suscita dificultades de gestión y la prolongación de los plazos procesales.

7.2.1.3.4 Además, del análisis de las acciones colectivas con «*opted-in*» o «*test case*» emprendidas en países que cuentan con este mecanismo se desprende que gran parte de los consumidores no presentan demandas ante el tribunal por falta de medidas eficaces de información sobre la existencia del procedimiento. Por otra parte, muchos de los interesados se niegan a someter su caso al tribunal en razón de los obstáculos materiales, económicos y psicológicos que genera la acción judicial (exigencia de tiempo y dinero, así como complejidad extrema).

7.2.1.3.5 Por consiguiente, hay una gran divergencia entre el número de personas que interponen realmente recursos y las que podrían hacerlo. En consecuencia, los consumidores no son indemnizados íntegramente. El profesional que mediante determinadas prácticas obtiene un beneficio ilícito lo conserva en gran parte. El objetivo disuasivo del procedimiento no se alcanza.

7.2.1.3.6 Estos mecanismos plantean asimismo un problema en cuanto al efecto relativo de la cosa juzgada. La resolución dictada en el procedimiento incoado mediante la acción colectiva sólo surte efecto respecto de las personas que se han formalizado su intervención adhesiva en el proceso. Por consiguiente, los consumidores que no se han manifestado podrán ejercitar libremente acciones individuales que podrán desembocar en resoluciones contradictorias respecto de la obtenida a raíz de la acción colectiva.

## 7.2.2 «Opted-out»

7.2.2.1 La acción colectiva tradicional basada en un sistema de «*opted-out*» (exclusión *a posteriori*) involucra por defecto a todas las víctimas de determinado comportamiento, salvo las que hayan manifestado expresamente su voluntad de ser excluidas.

Algunos Estados miembros se han inspirado en este mecanismo para instaurar un procedimiento «*sui generis*» de acción colectiva.

### 7.2.2.2 Ventajas de este mecanismo

7.2.2.2.1 Del análisis de los sistemas nacionales adscritos al sistema de «*opted-out*» se desprende que este procedimiento es más fácil de gestionar y más eficaz que otros mecanismos instaurados en determinados Estados miembros.

7.2.2.2.2 Garantiza el acceso real de los interesados a la justicia y, por consiguiente, una reparación justa y efectiva a todos los consumidores perjudicados por las prácticas de que se trate.

7.2.2.2.3 Evita dificultades de gestión al demandante y al tribunal (en efecto, los miembros del grupo no se manifiestan hasta el final del proceso, en lugar de en sus fases iniciales).

7.2.2.2.4 Por otra parte, tiene un efecto realmente disuasorio para la parte responsable, ya que se ve obligada a resarcir a todas las personas perjudicadas por determinada práctica y, en su caso, a devolver el importe del beneficio obtenido mediante ésta.

7.2.2.2.5 También hay que tener en cuenta las ventajas que presenta este tipo de procedimientos para los profesionales. La acción colectiva permite ahorrar recursos humanos y financieros, resultando más eficaz la defensa del profesional. En lugar de tener que gestionar, simultáneamente, multitud de litigios similares pendientes antes muchos órganos jurisdiccionales diferentes; prepara su defensa ante un único tribunal.

### 7.2.2.3 Inconvenientes de este mecanismo

7.2.2.3.1 Este mecanismo podría considerarse contrario a los principios constitucionales de determinados países y al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, en particular la libertad de interponer recursos judiciales en la medida en que las personas integran automáticamente el grupo sin haber manifestado de forma expresa su acuerdo respecto de la acción. Si no se retiran, podrían quedar vinculadas por la resolución que se dicte.

No obstante, es perfectamente posible salvaguardar esta libertad individual, ya sea transmitiendo a los afectados una información personalizada que permita considerar, a continuación, que las personas que no se retiran otorgan un mandato tácito para ejercitar la acción; o bien otorgando a los miembros del grupo la posibilidad de retirarse del procedimiento en cualquier momento, incluso después de dictarse la resolución y, en caso de que les sea desfavorable, permitiéndoles emprender acciones individuales.

7.2.2.3.2 Los derechos de la defensa tales como el principio del debate contradictorio y el principio de igualdad de las armas quedarían igualmente salvaguardados: el profesional debe poder formular sus alegaciones específicas contra uno de los afectados que integran el grupo. Este principio está vinculado al de proceso equitativo consagrado en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. En efecto, en el sistema de «*opted-out*» es posible que no se designe personalmente a cada interesado y que el profesional no los conozca a todos. Por consiguiente, éste podría verse imposibilitado para formular sus alegaciones individualizadas.

Ahora bien, en el marco de una acción colectiva las situaciones individuales son necesariamente homogéneas, extremo éste que garantiza el juez. Los litigios en materia de consumo y competencia generalmente versan sobre contratos, de manera que las situaciones de los interesados son casi idénticas. La «*causa petendi*» es una sola. Así, difícilmente podría el profesional formular contra determinado consumidor alegaciones individualizadas.

El juez puede, en cualquier fase del proceso, desestimar un recurso en el que detecte una gran heterogeneidad entre las situaciones de hecho o de Derecho.

Por último, en la fase de indemnización, el juez puede crear subgrupos para adaptar en particular el importe de la misma a las situaciones individuales y, por tanto, a las posibles atenuaciones de responsabilidad.

### 7.2.3 «Opted-out» y «opted-in» según el tipo de litigio

7.2.3.1 El sistema escogido recientemente por Dinamarca y Noruega prevé mecanismos tanto de «*opted-out*» como de «*opted-in*». El juez puede escoger un sistema de «*opted-out*» si los litigios son de escasa cuantía, las demandas similares y si resulta difícil incoar un procedimiento sobre la base de «*opted-in*». En materia de consumo, surgen muchos conflictos en los que los consumidores carecen de recursos individuales eficaces debido al elevado número de afectados y a las reducidas cantidades litigiosas. El procedimiento basado en «*opted-out*» permite considerar eficazmente a todos los afectados e imponer una sanción proporcional al beneficio ilícito que se haya podido obtener. Para los litigios en los cuales el perjuicio individual es elevado, se escoge el sistema basado en «*opted-in*», lo cual implica que cada consumidor se dé a conocer para ser parte en el procedimiento.

#### 7.2.3.2 Ventajas de este mecanismo

Para los litigios masificados, queda facilitada la instrucción del proceso. El objetivo de resarcimiento se alcanza si la medida publicitaria es eficaz. También se logra el objetivo de disuasión.

Las posibles violaciones de los principios constitucionales y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos quedan compensadas por la eficacia del resarcimiento y de la disuasión.

#### 7.2.3.3 Inconvenientes de este mecanismo

Cabe señalar, en primer lugar, la dificultad de delimitar la frontera entre los mecanismos de «*opted-in*» y «*opted-out*». Los dos países que han adoptado estos mecanismos lo han hecho recientemente y aún no han surgido casos concretos. En la legislación sólo se hace referencia a «*litigios masificados de escasa cuantía que, previsiblemente, no desembocarán en procesos individuales*».

Esta dificultad para delimitar claramente esta diferencia puede suscitar amplios debates durante el proceso y recursos que alargarán los plazos procesales.

## 7.3 El papel del juez

7.3.1 En este tipo específico de procedimiento que implica a múltiples demandantes, la potestad otorgada al juez es una cuestión clave.

7.3.2 En efecto, en la mayoría de los mecanismos de «*opted-out*» el juez conoce, en una primera fase, de la admisibilidad del recurso. En los «*test case*» el análisis del expediente individual responde a la misma finalidad.

7.3.2.1 El interés de la fase de admisibilidad consiste en descartar al iniciarse el procedimiento todas las demandas que manifiestamente carecen de fundamento o son fantasiosas, ya que podrían socavar ilegítimamente la imagen de la parte adversa, evitando que prosperen procedimientos abusivos o inadecuados.

7.3.2.2 El juez garantiza el desarrollo satisfactorio de esta fase de admisibilidad. Concretamente, ha de comprobar el cumplimiento de los requisitos impuestos por la Ley para emprender una acción colectiva.

7.3.2.3 Se trata concretamente de que:

- el litigio exista (la acción del demandante no puede haber prescrito);
- la composición del grupo impida incoar un procedimiento conjunto o mediante mandato;
- los miembros del grupo sometan cuestiones comunes de hecho o de Derecho (misma «*causa petendi*»);
- la demanda interpuesta contra el profesional sea coherente respecto de los hechos alegados (criterio de apariencia jurídica seria o «*fumus boni iuris*»);
- el demandante pueda representar y salvaguardar adecuadamente los intereses de los miembros del grupo.

7.3.3 En una fase posterior, también es importante que el juez pueda dar su visto bueno a una eventual propuesta de transacción o descartarla por considerarla contraria a los intereses de los miembros del grupo. Para ello debe disponer de una potestad más amplia que la de homologar transacciones que le otorga habitualmente la ley en la mayoría de los sistemas judiciales de los Estados miembros.

7.3.4 La particularidad de este procedimiento requiere asimismo prever modalidades adecuadas de aportación de pruebas. El juez debe poder dictar una orden conminatoria dirigida a la parte adversa o a terceros para que aporten determinados documentos, o bien acordar medidas de instrucción para que se aporten nuevas pruebas. La legislación mediante la que se instaura la acción colectiva debe prever expresamente que el juez no puede negarse a ello si los demandantes lo solicitan.

7.3.5 Para que los magistrados puedan asumir lo mejor posible estas potestades, parece necesario prever que sólo determinados órganos jurisdiccionales debidamente identificados sean competentes para conocer de las acciones colectivas. Por consiguiente, habría que adaptar las estructuras judiciales de los Estados miembros y organizar cursos específicos para los jueces de dichos órganos jurisdiccionales.

#### 7.4 La reparación efectiva de los daños

7.4.1 La acción colectiva debe permitir solicitar la reparación de los daños materiales (económicos), de los daños personales y del *pretium dolores*, así como de otros perjuicios morales. Dado que el objetivo de la acción consiste tanto en indemnizar a los consumidores como en disuadir, parece necesario prever la indemnización íntegra de los daños ocasionados. También debe ser posible facilitar a los órganos jurisdiccionales métodos de evaluación sencillos, poco costosos y transparentes sin renunciar al principio de reparación.

7.4.2 Asimismo, los demandantes de la acción colectiva deben poder obtener del juez varios tipos de reparación. Además del cese de las prácticas ilícitas o de la anulación del acto que siguen siendo posibles, la reparación de los daños debería poder ser directa o indirecta. Debería también verse reforzada por otras medidas de resarcimiento, como dar publicidad a la difusión, la publicación, etc.

7.4.3 La reparación directa e individual no puede ser la única disponible, ya que en ciertos casos será difícil —o incluso, imposible— de alcanzar, ya sea por la imposibilidad de identificar a los integrantes de un grupo en el marco de un mecanismo de «*opted-out*», por ser demasiado numerosos o porque el importe de su perjuicio individual es demasiado reducido. Lo esencial es resarcir en cualquier caso a los afectados, aunque sea de manera indirecta, y lograr el efecto disuasorio.

7.4.3.1 Es preciso crear mecanismos adecuados en el caso de que el juez pueda calcular el importe de cada reparación individual para los miembros identificados o identificables del grupo («*opted-in*», asunto «piloto» o, incluso, «*opted-out*» cuando, por ejemplo, el profesional ha aportado la lista de los clientes afectados), pero también en el caso en que dicha distribución individual resulte demasiado onerosa en relación con el reducido importe del perjuicio individual.

7.4.3.2 De igual modo, si no se distribuyen íntegramente las cantidades, hay que privilegiar una medida de reparación indirecta empleando el remanente en su totalidad. En su resolución, el juez deberá describir detalladamente la acción financiada con cargo al remanente y fijar las modalidades de control de su realización que se puede delegar a un tercero.

7.4.3.3 En caso de que incluso esta medida de reparación indirecta resulte imposible, el importe del remanente fijado por el juez deberá ingresarse íntegramente en un fondo de ayuda a las acciones colectivas para financiar nuevos procesos.

7.4.3.4 Si el juez no puede calcular el importe de cada reparación individual en caso de que no se pueda identificar a todos los integrantes del grupo (mecanismo de «*opted-out*» únicamente), debe poder fijar un sistema de evaluación para los distintos tipos de perjuicio. La distribución de dichas cantidades puede delegarse a la secretaría del órgano jurisdiccional, o también al abogado del representante del grupo o a un tercero (aseguradora, contable, etc.) con la ventaja de eximir al tribunal de esta fase compleja y larga de análisis de las demandas individuales.

7.4.3.5 En la segunda hipótesis, el juez debe imponer una indemnización individual a favor de los integrantes del grupo que se hayan dado a conocer a raíz de la medida de información sobre la resolución judicial y el remanente debe dedicarse a emprender acciones para reparar indirectamente el perjuicio sufrido por dicho grupo.

7.4.3.6 Si resulta imposible acordar ninguna medida indirecta, el remanente deberá restituirse al fondo de ayuda.



### 7.5 *Los recursos*

7.5.1 En respuesta a una acción colectiva, una y otra parte deben poder interponer recursos.

7.5.2 Habida cuenta de la importancia que reviste, por una parte, la necesidad de indemnizar rápidamente a las víctimas y, por otra, la certeza de que se han apreciado ecuánimemente los derechos de ambas partes, conviene conciliar dichos imperativos con el derecho de cada una de las partes a impugnar la resolución.

7.5.3 Por consiguiente, parece importante que el reconocimiento de dicho derecho compela a los Estados miembros a instaurar un procedimiento acelerado de apelación que permita evitar mecanismos puramente dilatorios.

7.5.4 Por otra parte, la certeza de que las indemnizaciones que la parte adversa se ve condenada a pagar están debidamente provisionadas en su contabilidad constituye asimismo una garantía en caso de impugnación por los integrantes del grupo.

### 7.6 *Financiación del sistema*

7.6.1 Con el tiempo, el sistema de acción colectiva debe autofinanciarse.

7.6.2 Habida cuenta de que no es aconsejable, ni incluso tampoco posible, instaurar un sistema generalizado de «contingency fees» (honorarios por imprevistos) como en Estados Unidos, por ser contrario a la tradición jurídica europea, es indispensable prever un modo de financiación que permita a los demandantes que no dispongan de medios económicos emprender una acción colectiva, obtener un adelanto de las costas (honorarios del letrado, gastos de peritaje en el marco de medidas de instrucción acordadas por el juez, etc.).

7.6.3 Uno de los modos de financiación de este sistema sería crear un «Fondo de ayuda para los recursos colectivos», alimentado por los «beneficios ilícitos» obtenidos por las empresas condenadas, cuyo importe fije el juez en el procedimiento, en la medida en que no los reclamen directamente los afectados que hayan sido identificados <sup>(35)</sup>

7.6.4 Además, el fondo de ayuda puede servir para centralizar todos los datos relativos a las acciones colectivas pendientes y recibir el encargo de difundir información sobre las gestiones a emprender para darse a conocer, excluirse del grupo u obtener una indemnización.

### 7.7 *Otras normas procesales*

En la práctica, habrá que establecer multitud de normas procesales que se enuncian a continuación «*pro memoria*».

Concretamente, se trata de:

- un sistema de notificación a los interesados;
- las costas y la asistencia judicial;
- la cooperación entre las autoridades judiciales y administrativas de los Estados miembros;
- los plazos para practicar las actuaciones judiciales y los plazos de prescripción;
- la utilización de Internet (*ejustice*).

## 8. Instrumento jurídico: reglamento o directiva

8.1 La introducción de esta acción colectiva en el ámbito comunitario podría efectuarse mediante directiva o reglamento; por definición, se considera que, dada su naturaleza, una mera recomendación no garantiza las condiciones de eficacia y uniformidad necesarias para la adopción armonizada de tal iniciativa en los veintisiete Estados miembros.

<sup>(35)</sup> Buen ejemplo de ello es el «Fondo de ayuda al recurso colectivo» de Quebec, considerado indispensable para el buen desarrollo de los recursos colectivos. Este fondo se nutre del reembolso de las cantidades avanzadas a los demandantes que han ganado su recurso colectivo y por el remanente de las indemnizaciones que no han sido reclamadas por los miembros del grupo. El demandante que interpone una demanda colectiva debe obtener del juez únicamente el reembolso, en base a los justificantes, de los gastos en que haya incurrido para presentar su demanda.

8.2 En la medida en que está previsto dotar otras cuestiones de un alcance más amplio sin vincularlas exclusivamente a los derechos de los consumidores y habida cuenta de que los artículos 65 y 67 del Tratado constituyen su base jurídica, sería posible adoptar un Reglamento al igual que, por ejemplo, en el caso de los Reglamentos sobre los procedimientos de insolvencia, el título ejecutivo europeo, el proceso monitorio europeo, el procedimiento europeo para demandas de menor cuantía o el embargo de activos bancarios.

8.3 Aunque se ha decidido restringir, al menos en una primera fase, el ámbito de aplicación de esta iniciativa a los derechos de los consumidores, la manera más adecuada de instaurar esta acción colectiva en la esfera comunitaria parece ser la directiva, que constituiría la prolongación de la Directiva sobre la acción inhibitoria.

8.4 En efecto, aún subsisten importantes divergencias entre los Estados miembros en cuanto a las normas procesales y, por consiguiente, procede extraer con carácter general los principios fundamentales de la acción colectiva, habida cuenta de que los Estados traspondrán la directiva ateniéndose a sus principios procesales habituales.

En efecto, no es seguro lograr, por ejemplo, una armonización, ya que los órganos jurisdiccionales designados para conocer de esta acción han de atenerse a las normas organizativas del sistema judicial de cada Estado.

Las formas de interposición de recursos ante el juez han de adaptarse a las especificidades de cada Estado. Por consiguiente, un reglamento resultaría inadecuado.

8.5 Además, resulta evidente que, en tal supuesto, la directiva debe prever una armonización total para evitar que los Estados miembros instauren un sistema más restrictivo en detrimento de las empresas cuya sede se halle en el Estado miembro en cuestión.

Bruselas, 14 de febrero de 2008.

El Presidente  
del Comité Económico y Social Europeo  
Dimitris DIMITRIADIS

---

## ANEXO

## al Dictamen del Comité Económico y Social Europeo

Las propuestas de enmienda siguientes, que obtuvieron al menos un cuarto de los votos emitidos, fueron rechazadas en el transcurso de los debates:

**1. Punto 7.2.2.2.4**

~~«Por otra parte, tiene un efecto realmente disuasorio para la parte responsable, ya que se ve obligada a resarcir a todas las personas perjudicadas por determinada práctica y, en su caso, a devolver el importe del beneficio obtenido mediante ésta.»~~

Exposición de motivos

Véanse los motivos expuestos respecto del punto 7.6.3.

Resultado de la votación

Votos a favor: 104 Votos en contra: 114 Abstenciones: 13

**2. Punto 7.6.1**

Suprímase.

~~«Con el tiempo, el sistema de acción colectiva debe autofinanciarse.»~~

Exposición de motivos

El acceso a la justicia es una responsabilidad que incumbe a las autoridades públicas y no puede depender del desenlace de recursos anteriores que no guardan relación con otros posteriores (véanse también los motivos expuestos respecto del punto 7.6.3).

Resultado de la votación

Votos a favor: 107 Votos en contra: 116 Abstenciones: 10

**3. Punto 7.6.3**

Sustitúyase el punto 7.6.3

«Uno de los modos de financiación de este sistema sería crear un "Fondo de ayuda para los recursos colectivos", alimentado por los "beneficios ilícitos" obtenidos por las empresas condenadas, cuyo importe fije el juez en el procedimiento, en la medida en que no los reclamen directamente los afectados que hayan sido identificados. Corresponde a las autoridades públicas garantizar el acceso a la justicia, por ejemplo, dedicando los fondos recaudados en concepto de multas por infringir el Derecho del consumo a financiar recursos colectivos.»

Exposición de motivos

El recurso previsto está encaminado a obtener una indemnización por los perjuicios sufridos por los consumidores, excluyéndose cualquier «indemnización punitiva». Este concepto, procedente de la práctica en los Estados Unidos, amalgama erróneamente intereses civiles y ámbito penal. La obligación de indemnizar a los consumidores perjudicados tiene para el infractor un importante efecto disuasorio y otorga a las víctimas una indemnización plena de su perjuicio.

En cuanto a la cuestión del beneficio obtenido a resultas de una infracción o fraude, entra en el ámbito de las sanciones impuestas por las autoridades públicas. Así, éstas pueden dedicar los fondos recaudados en concepto de multas por dichas prácticas a facilitar la incoación de recursos colectivos. En efecto, la responsabilidad de garantizar el acceso a la justicia incumbe a los poderes públicos, sujetos a un control democrático, en lugar de a personas y organizaciones sometidas al Derecho privado.

Como las indemnizaciones se otorgarán a consumidores perjudicados, resulta inoportuno crear vínculos artificiales entre el remanente de una acción y recursos incoados posteriormente, especialmente en aquellos casos en que la gestión presente un interés distinto del de lograr una justa compensación para los consumidores perjudicados en un caso determinado.

Resultado de la votación

Votos a favor: 104 Votos en contra: 106 Abstenciones: 18