

¡CONSUMIDORES, TODOS A UNA!

Cómo el *Diesel-gate* reactiva la armonización de las acciones colectivas en defensa de los consumidores en la Unión Europea. Analizamos la Propuesta de Directiva de la Comisión y las implicaciones que podría tener en España.

El fraude del diésel por el que varios fabricantes de automóviles reconocieron haber manipulado sus vehículos para evitar los límites de emisiones, infringiendo con ello lo dispuesto en el marco regulador de la Unión Europea para la homologación de vehículos y la legislación medioambiental, eventualmente ha podido ocasionar daños y perjuicios a algunos consumidores. Ante una situación así, un consumidor individual podría verse disuadido a reclamar una compensación económica debido a los costes asociados a la misma, los cuales podrían superar el importe de la compensación a la que podría tener derecho. Ahora bien, la suma de los perjuicios ocasionados a todos los consumidores afectados podría alcanzar una cifra muy significativa.

Pensando en este tipo de supuestos, la Comisión Europea se ha propuesto garantizar a los consumidores un derecho de reclamación colectiva a escala europea, articulado a través de entidades habilitadas, que permita a los consumidores obtener una compensación por los daños sufridos como consecuencia de este tipo de prácticas comerciales ilegales. En particular, el pasado 11 de abril de 2018, la Comisión Europea publicó una *Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo sobre reclamaciones representativas para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se pretende derogar la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores* (en adelante, "**Propuesta**"). Si bien el título se refiere a "reclamaciones representativas" (traducción literal de los términos en inglés "*representative actions*"), las acciones que regula son las que en nuestro ordenamiento jurídico denominamos "acciones colectivas", expresión que emplearemos en la presente nota.

Propuesta de armonización de las acciones colectivas:

- Unifica los criterios para designar a las entidades habilitadas para ejercitar acciones colectivas
- Impone un deber de transparencia sobre la financiación de la acción
- Pretende extender las acciones colectivas a la posibilidad de obtener un resarcimiento
- Se excluyen los daños punitivos característicos de las "*class actions*" de los EEUU
- Prevé medidas de disuasión para evitar prácticas comerciales ilegales
- Regula algunas cuestiones procesales para facilitar el ejercicio de la acción colectiva

Principales cambios que la Propuesta conllevaría a la regulación vigente en España:

- Presunción *iuris tantum* a favor de las declaraciones de infracción dictadas por órganos de otros Estados miembros
- Facilitar el acceso a la prueba en posesión del operador demandado
- Evitar posibles abusos en el ejercicio de las acciones colectivas, introduciendo medidas de transparencia en cuanto a la financiación y supervisión de los acuerdos transaccionales

Si bien las acciones colectivas ya están reguladas en algunos Estados miembros (como es el caso de España), la Propuesta pretende extender este tipo de acciones a todos los Estados miembros y asegurar que en todos ellos se respeten unos mismos principios que garanticen a los consumidores europeos la posibilidad de defender sus derechos y obtener una compensación, evitando al mismo tiempo el riesgo de litigios abusivos. El sistema europeo de acciones de resarcimiento colectivo que se pretende implementar quiere diferenciarse de las "class actions" de los Estados Unidos de América, motivo por el cual expresamente se excluyen los daños punitivos y se establece que dichas acciones deberán articularse a través de entidades acreditadas, sin ánimo de lucro, que cumplan una serie de requisitos y que sean transparentes en cuanto al origen de su financiación.

ÁMBITO DE APLICACIÓN

La Propuesta aplica a las acciones colectivas instadas contra los operadores que hayan infringido, ya sea a nivel nacional o transfronterizo, cualquiera de las disposiciones del Derecho de la Unión relativas a la protección de los consumidores y que hayan provocado o puedan provocar un daño a los intereses colectivos de los consumidores. Se acompaña a la Propuesta, como anexo I, una lista de 59 directivas y reglamentos comunitarios que regulan múltiples aspectos relativos a la protección de los consumidores y que versan sobre distintas áreas, como, por ejemplo, la protección de los datos personales, los servicios financieros, los derechos de los viajeros, la energía, las telecomunicaciones, el medio ambiente, la publicidad engañosa y la responsabilidad por productos defectuosos.

La Propuesta no afecta a las normas de derecho internacional privado establecidas en la Unión sobre jurisdicción y legislación aplicable. Así pues, a los efectos de determinar la competencia judicial para interponer dicha acción seguirá siendo de aplicación lo dispuesto en el Reglamento conocido como "Bruselas I refundido", y en cuanto a la determinación de la ley aplicable, lo dispuesto en los Reglamentos "Roma I" y "Roma II" sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales, respectivamente.

PROPUESTA DE ARMONIZACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS: ¿CÓMO AFECTARÍA A LA REGULACIÓN VIGENTE EN ESPAÑA?

Legitimación activa: entidades habilitadas

Las acciones para proteger los intereses colectivos de los consumidores han de ser interpuestas por entidades habilitadas, las cuales deberán ser previamente designadas por los Estados miembros para estos fines y deberán constar como tales en una lista de acceso público.

Las entidades habilitadas deberán reunir los siguientes requisitos:

- han de haber sido constituidas de conformidad con las leyes de un Estado miembro,
- han de tener un interés legítimo en garantizar el cumplimiento de las normas del Derecho de la Unión cubiertas por esta Propuesta, y
- han de carecer de ánimo de lucro.

Los Estados miembros deberán ir comprobando de forma periódica el cumplimiento de estos requisitos, so pena de perder dicho estatus. Se entiende que las organizaciones de consumidores y entes públicos independientes reúnen *per se* estos requisitos y que, por tanto, son entidades que han de poder ser reconocidas como "habilitadas" a los efectos de esta Propuesta. Asimismo, se prevé la posibilidad de que un Estado miembro designe a una entidad habilitada *ad hoc* para una acción concreta, siempre, claro está, que dicha entidad reúna los requisitos antes apuntados.

La regulación prevista en la Propuesta relativa a las entidades habilitadas va en línea con la regulación vigente en España donde, actualmente, constan 28 entidades habilitadas para ejercitar acciones colectivas en defensa de los consumidores (lista publicada en la Comunicación de la Comisión Europea 2012/C 97/01).

Más allá de esta legitimación general, deberá irse caso por caso para comprobar si una entidad habilitada tiene o no legitimación para ejercitar acciones colectivas en un supuesto concreto. Y es que no toda entidad habilitada estará legitimada para interponer cualquier acción colectiva, sino que, por el contrario, la Propuesta prevé la necesidad de que exista una relación directa entre los objetivos perseguidos por la entidad habilitada en cuestión y los derechos conferidos por el Derecho de la Unión que pretenden salvaguardarse mediante esa concreta acción colectiva. Por ejemplo, una entidad habilitada que se hubiera constituido para salvaguardar los derechos de los afectados por las acciones preferentes no tendrá legitimación para instar una acción colectiva en defensa de los consumidores afectados por el fraude del diésel.

Esta regulación se ajusta a la prevista actualmente en España para iniciar este tipo de acciones colectivas.

La Propuesta también establece que las entidades habilitadas por un Estado miembro deberán poder instar las acciones colectivas correspondientes ante los órganos judiciales o administrativos de otro Estado miembro, siempre que acrediten estar en la lista de acceso público promulgada por el Estado miembro que las designó como tal. Esta lista será aceptada por los demás Estados miembros como prueba de que dicha entidad está habilitada para ejercer este tipo de acciones, sin perjuicio de la posibilidad de verificar *in casu* si, atendiendo a la finalidad perseguida por dicha entidad, ésta tiene legitimación para instar esa acción en concreto. En acciones transfronterizas, cabe incluso la posibilidad de que varias entidades habilitadas en distintos Estados miembros se unan y accionen conjuntamente o representadas por una única entidad habilitada para la protección de los intereses colectivos de los consumidores afectados.

La posibilidad de que las entidades habilitadas por España ejerzan acciones de cesación en otros Estados de la Unión, y de que entidades habilitadas en otros Estados puedan ejercer dichas acciones ante los órganos españoles, también se encuentra prevista en la regulación actual.

Acciones de cesación

De conformidad con lo dispuesto en la Propuesta, dichas entidades habilitadas han de poder instar acciones colectivas tendentes a:

- solicitar una medida cautelar de cesación de la práctica infractora,
- obtener una declaración de que la práctica constituye una infracción del Derecho de la Unión y, de ser necesario, una acción de cesación de dicha práctica, y
- eliminar la continuidad de los efectos de dicha infracción.

Para ejercitar cualquiera de estas acciones, las entidades habilitadas no necesitan obtener el mandato de los consumidores individuales afectados por la práctica comercial ilícita, ni tampoco han de demostrar que dicha práctica haya causado unos daños y perjuicios reales en los consumidores ni que el operador hubiera incurrido en dolo o negligencia.

Las acciones de cesación fueron objeto de armonización en la anterior Directiva 2009/22/CE, que la Propuesta pretende reemplazar, y ya están contempladas en nuestro ordenamiento jurídico.

Acciones de resarcimiento de daños

La Propuesta establece también que las entidades habilitadas han de poder instar acciones colectivas dirigidas a obtener un resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados a los consumidores afectados.

De acuerdo con la Propuesta, la acción de resarcimiento podrá consistir en la compensación económica, reparación, sustitución, reducción de precio, resolución contractual o reembolso del precio pagado, según sea lo más apropiado atendiendo al caso concreto.

En nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de acumular una acción resarcitoria con una acción de cesación está prevista en algunos supuestos, dependiendo de la norma infringida en que se base la demanda colectiva.

Para instar este tipo de acciones de resarcimiento, la entidad habilitada deberá aportar información suficiente (según sea necesario de conformidad con el derecho nacional) para sustentar dicha acción, incluyendo la descripción de los consumidores afectados y una exposición de los hechos y de los fundamentos de derecho relevantes para su resolución.

En relación con la acción colectiva de resarcimiento, la Propuesta prevé dar a los Estados miembros cierta flexibilidad en su transposición.

Por un lado, prevé la posibilidad de que los Estados miembros, al transponerla, requieran a la entidad habilitada haber obtenido previamente un mandato por parte de los consumidores individuales afectados.

La necesidad de recabar un mandato previo no está prevista en nuestro ordenamiento, aunque la entidad habilitada ejercite también una acción de resarcimiento. Ahora bien, lo que sí se prevé es que se haga un llamamiento a quienes tengan la condición de consumidores perjudicados a los efectos de que éstos puedan intervenir en el proceso, de estimarlo oportuno.

También se faculta a los Estados para especificar qué entidades habilitadas pueden ejercitar todas las acciones establecidas en la Propuesta (acción de cesación, ya como medida cautelar o en el marco de un procedimiento principal, y acción de resarcimiento), o bien sólo algunas de ellas.

Asimismo, los Estados miembros pueden facultar a la autoridad administrativa u órgano judicial correspondiente para que, en lugar de dictar una orden de resarcimiento, simplemente emitan una declaración de responsabilidad del operador por infringir el Derecho de la Unión. Esta posibilidad deberá en todo caso limitarse a aquellos supuestos en los que, debido a las características del daño individual producido a los consumidores, la cuantificación del resarcimiento individualizado sea compleja.

Dado que nuestro ordenamiento jurídico no prevé que, de oficio, el órgano judicial pueda dictar una sentencia meramente declarativa dejando la determinación de los daños para un momento posterior, quedará por ver si el Legislador decide introducir dicha facultad al implementar la Propuesta pues, a priori, encaja mal con los principios procesales operantes en el mismo.

Ahora bien, la Propuesta prevé que no cabe esta facultad cuando:

- Los consumidores afectados son identificables y han sufrido un daño similar como consecuencia de una misma práctica comercial con relación a un determinado periodo de tiempo o compra. En este caso, el resarcimiento obtenido deberá ser entregado a los consumidores afectados. Para ello, la autoridad administrativa u órgano judicial competente ha de poder solicitar al operador demandado que aporte la información relevante para identificar a dichos consumidores y concretar el periodo en el que duró la práctica comercial ilegal.

Actualmente, el ordenamiento jurídico español prevé que, en las acciones colectivas en las que se hubiera pretendido una condena dineraria, en la sentencia se determine individualmente los consumidores que han de entenderse beneficiados por dicha condena o, cuanto menos, se establezcan los datos, características y requisitos necesarios para su identificación.

Asimismo, la posibilidad de solicitar esta información al operador sólo está actualmente contemplada en el marco de las diligencias preliminares, previas a su interposición y a instancias de la entidad habilitante que vaya a interponer la acción, por lo que la Propuesta podría conllevar algunos cambios en nuestra regulación a fin de recoger la posibilidad de que, de oficio, el órgano competente pueda requerir dicha información.

- El daño sufrido por los consumidores es reducido, por lo que resultaría del todo desproporcionado pasarles la carga de tener que instar una acción de resarcimiento para verse compensados por ese daño. En este caso, el resarcimiento obtenido deberá ser destinado a finalidades públicas para proteger los intereses colectivos de los consumidores como, por ejemplo, campañas publicitarias o un fondo de asistencia legal para los consumidores.

No contamos en nuestro ordenamiento vigente con una excepción similar, por cuanto la misma debería introducirse de aprobarse la Propuesta.

El resarcimiento que pudiera obtenerse por resolución firme como consecuencia de una acción colectiva no afecta a los derechos adicionales a obtener un resarcimiento que los consumidores pudieran tener en virtud del Derecho nacional o de la Unión.

Transparencia en el origen de la financiación

A fin de evitar cualquier tipo de abusos en las acciones colectivas por las que se pretende obtener un resarcimiento por parte del operador, la Propuesta establece un mecanismo de transparencia en cuanto al origen de la financiación de este tipo de acciones. Así, la entidad habilitada deberá, al inicio del procedimiento, declarar la fuente de los fondos que se utilicen para financiar dicha acción.

Y en el caso de que esta financiación provenga de un tercero, la Propuesta impone a los Estados miembros la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurarse de que ese tercero: (i) no va a influir en las decisiones que la entidad habilitada deba tomar a lo largo del procedimiento, (ii) ni tampoco va a financiar una acción colectiva dirigida contra uno de sus competidores, o una acción dirigida contra un demandado del que dicho tercero sea dependiente. Con ello se quiere evitar que las acciones colectivas sean instadas de forma abusiva, alejándose de su finalidad.

Dicha medida de transparencia no está prevista en la regulación vigente en España, por lo que deberá procederse a su implementación de aprobarse finalmente la Propuesta.

Supervisión de los acuerdos transaccionales

También con el objeto de evitar posibles abusos, la Propuesta establece que las autoridades administrativas u órganos judiciales competentes supervisen los acuerdos transaccionales que las entidades habilitadas puedan alcanzar con el operador demandado, a fin de verificar que dicho acuerdo es justo, legal y que tiene en consideración todos los intereses en juego, incluido el de los consumidores. Asimismo, se establece que, cuando se hubiera alcanzado un acuerdo transaccional que ponga fin a la acción colectiva, los consumidores individuales han de ser informados de ello y se les ha de dar la posibilidad de aceptar o rechazar el quedar vinculados por dicho acuerdo.

Nuestro ordenamiento jurídico vigente tampoco contempla una medida de supervisión similar, por lo que deberá ser introducida de aprobarse la Propuesta.

Información a los consumidores de las decisiones firmes dictadas o de los acuerdos transaccionales acordados

La Comisión es plenamente consciente de que uno de los mayores incentivos de las empresas para respetar las normas es evitar el daño reputacional que implica la publicación en los medios de que han incurrido en prácticas comerciales ilegales en perjuicio de sus consumidores. Con esto en mente, la Propuesta prevé que dichos operadores informen a los consumidores afectados, a su costa, de la decisión firme que se hubiera adoptado declarando la infracción y adoptando las medidas correspondientes de resarcimiento, así como cualquier acuerdo transaccional que se hubiera alcanzado. Como se apunta en los considerandos, ello puede hacerse a través de la página web del propio operador infractor, las redes sociales y periódicos de ámbito nacional, a parte de la comunicación individualizada a cada uno de los consumidores afectados.

En la actualidad, nuestro ordenamiento sólo establece que si se estima la acción de cesación el Tribunal puede acordar, a costa del demandado, la publicación total o parcial de la sentencia. Esta facultad debería pasar a obligación de aprobarse la Propuesta.

Efectos de las decisiones firmes y sanciones en caso de incumplimiento

Con la finalidad de evitar aplicaciones distintas del Derecho de la Unión y aumentar con ello la seguridad jurídica y la efectividad y eficiencia de las acciones colectivas y de las acciones de resarcimiento que se pudieran instar tras ellas, la Propuesta establece que la resolución firme que se adopte por parte de una autoridad administrativa u órgano judicial declarando la infracción de los intereses colectivos de los consumidores será considerada como prueba irrefutable de la existencia de dicha infracción a los efectos de poder instar, tras la misma, las correspondientes

acciones de resarcimiento ante los órganos nacionales de dicho Estado miembro contra el mismo operador y por la misma infracción.

En España ya se prevé la posibilidad de extender los efectos de una sentencia declarativa de la ilicitud de una práctica comercial a consumidores que no hubieran sido partes en el proceso.

Ahora bien, la Propuesta va más allá y establece que cuando la resolución firme hubiera sido adoptada por los órganos de otro Estado miembro, dicha resolución será considerada como una presunción *iuris tantum* (es decir, refutable) de la existencia de infracción. Con ello la Propuesta prevé implementar en las acciones colectivas en defensa de los consumidores una medida similar a la prevista para las acciones de daños en materia de derecho de la competencia (*antitrust*).

Dicha presunción a favor de las declaraciones de infracción en materia de consumidores dictadas por órganos de otros Estados miembros no está prevista en nuestra regulación, por lo que deberá introducirse si se aprueba la Propuesta, como ya se hizo en materia de daños de antitrust.

Para garantizar el cumplimiento de las resoluciones firmes que se pudieran dictar al respecto, la Propuesta prevé la posibilidad de sancionar a los operadores que no cumplan con las mismas. Dichas penalizaciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

El ordenamiento jurídico español ya prevé una sanción de entre 600 y 60.000 euros por día de retraso en el cumplimiento de una sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos. Deberemos ver, no obstante, si esta multa se considera "efectiva, proporcionada y disuasoria" en los términos de la Propuesta o se opta por incrementarla.

Cuestiones procesales: efectos sobre el plazo de prescripción, agilización del procedimiento, acceso a la prueba y gastos del procedimiento

La Propuesta también regula algunas cuestiones procesales de interés. Por un lado, se establece que la presentación de una acción colectiva deberá tener como efecto la suspensión o interrupción del plazo de prescripción aplicable a las acciones de resarcimiento de los consumidores afectados. Este hecho es relevante por cuanto, ya se opte por la suspensión o por la interrupción, en la práctica dicho plazo puede verse ostensiblemente extendido.

Esta suspensión o interrupción del plazo de la acción individual del consumidor como consecuencia de la interposición de una acción colectiva por una entidad habilitada no está expresamente previstas en nuestro ordenamiento jurídico para este tipo de acciones.

Asimismo, se impone a los Estados miembros una obligación de implementar las medidas necesarias para asegurarse de que las acciones colectivas instadas en virtud de dicha Propuesta serán tramitadas con la premura debida para evitar demoras en su tramitación.

Además, se prevé la posibilidad de que la entidad habilitada que hubiera presentado unos hechos razonables y prueba suficiente para sustentar su acción solicite a la autoridad administrativa u órgano judicial correspondiente el acceso a aquella prueba que estuviera bajo el control del operador demandado. Lógicamente, a la hora de adoptar dicha medida el órgano competente deberá verificar la necesidad y proporcionalidad de dicha prueba, así como las medidas pertinentes para garantizar su confidencialidad. Con ello se pretende salvar la asimetría en la información que suele producirse en estos casos, en los que el operador demandado suele tener a su disposición documentación relevante para poder fundamentar la acción colectiva.

Nuestro ordenamiento sólo contempla la posibilidad de acceder a información en posesión del operador para la práctica de diligencias preliminares a los efectos de determinar los consumidores afectados (en aquellos casos en los que la entidad habilitada desconoce los concretos consumidores afectados, pero estos son perfectamente identificables) o en el régimen general de la exhibición documental, que presenta en la práctica algunas limitaciones. Siendo ello así, no descartamos que, de tener que implementarse el acceso a la prueba contemplado en la Propuesta, nuestro Legislador adopte unas medidas similares a las previstas para las acciones de daños en materia de antitrust,

en las que se ha ampliado y flexibilizado la posibilidad de solicitar la exhibición documental, respetando en todo caso los principios de proporcionalidad, necesidad y confidencialidad.

Para garantizar que los costes del procedimiento no constituyan ningún impedimento para que las entidades habilitadas puedan ejercitar las acciones colectivas correspondientes, se prevé que los Estados miembros adopten medidas como la reducción de las tasas judiciales, el acceso a la justicia gratuita o la aportación de fondos públicos para su financiación.

Medidas similares están ya previstas en nuestro ordenamiento jurídico. De hecho, las asociaciones de consumidores tienen derecho de asistencia jurídica gratuita y están exentas del pago de la tasa judicial.

UNA OPORTUNIDAD PARA MEJORAR LA REGULACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN ESPAÑA

Como hemos ido viendo, si bien la Propuesta conllevaría algunas novedades en la regulación vigente en España para las acciones de clase, su implementación no debería suponer un cambio radical, pues muchos de los aspectos que se regulan ya se encontrarían previstos. Ahora bien, la regulación vigente está recogida en distintas normas, tanto sustantivas como procesales, dispersión que dificulta el ejercicio de dichas acciones en la práctica.

Si finalmente la Propuesta se aprobara, su implementación podría ser aprovechada por nuestro Legislador para sistematizar la regulación vigente y consolidarla en una única norma a fin de facilitar la interposición de este tipo de acciones colectivas en defensa de los derechos de los consumidores.

CONTACTOS

Miquel Montaña
Partner

T +34 93 344 2223
E miquel.montana
@cliffordchance.com

Josep Montefusco
Partner

T +34 93 344 2225
E josep.montefusco
@cliffordchance.com

Rais Amils
Senior Associate

T +34 93 344 2262
E rais.amils
@cliffordchance.com

Laura Cachón
Associate

T +34 93 344 2272
E laura.cachon
@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, 10 Upper Bank Street,
London, E14 5JJ

© Clifford Chance 2017

Clifford Chance LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales under number OC323571

Registered office: 10 Upper Bank Street,
London, E14 5JJ

We use the word 'partner' to refer to a member of Clifford Chance LLP, or an employee or consultant with equivalent standing and qualifications

If you do not wish to receive further information from Clifford Chance about events or legal developments which we believe may be of interest to you, please either send an email to nomorecontact@cliffordchance.com or by post at Clifford Chance LLP, 10 Upper Bank Street, Canary Wharf, London E14 5JJ

Abu Dhabi • Amsterdam • Bangkok •
Barcelona • Beijing • Brussels • Bucharest •
Casablanca • Doha • Dubai • Düsseldorf •
Frankfurt • Hong Kong • Istanbul • Jakarta* •
London • Luxembourg • Madrid • Milan •
Moscow • Munich • New York • Paris • Perth •
Prague • Rome • São Paulo • Seoul •
Shanghai • Singapore • Sydney • Tokyo •
Warsaw • Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.

Clifford Chance has a co-operation agreement with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.