

Las acciones representativas de cesación y reparación: misión y visión del modelo comunitario europeo

Injunctions and Collective Redress: European Mission and Vision

ÁLVARO PÉREZ RAGONE*

Universidad Católica del Norte (Chile) / Universidad de San Pablo-Tucumán (Argentina)

Resumen: Este es un estudio descriptivo-evolutivo, dogmático y comparado sobre los procesos colectivos de la Unión Europea. El 25 de noviembre de 2020, la Unión adoptó uno de sus instrumentos legales más esperados: la primera legislación, que supuestamente creará un mecanismo de acción colectiva de alcance europeo para el alivio monetario. De acuerdo con la Directiva 2020/1828 sobre acciones representativas para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, los Estados miembros deben adoptar la incorporación de las medidas antes del 25 de diciembre de 2021, y darles efecto y aplicarlas a las acciones de representación que se interpongan a partir del 25 de junio de 2023.

El movimiento europeo por el litigio colectivo comenzó hace aproximadamente tres décadas. Obtuvo el reconocimiento oficial europeo en el derecho de la competencia en 2005, gracias al Libro Verde de la Comisión Europea sobre acciones por daños y perjuicios por incumplimiento de las normas antimonopolio de la Unión Europea, seguido por el Libro Blanco en 2008. Desde el año 2013 hasta la emisión de la reciente directiva de 2020, la particularidad de la tutela resarcitoria y de cesación colectiva comunitaria ha demostrado ser holística, a diferencia del modelo de la *class action* de Estados Unidos.

Este trabajo analiza los tres pilares de la visión europea sobre los procesos de reparación colectiva, a saber: a) los mecanismos extrajudiciales de *alternative dispute resolution*, b) los mecanismos regulatorios y de políticas públicas y c) los procesos o litigios colectivos. El juego de estos tres pilares hace que la mirada de la Unión Europea sobre la materia resulte singular al proponer un sistema de incentivos, prudencia y salvaguardas.

Palabras clave: Reparación colectiva, procesos colectivos, medidas regulatorias, ADR

Abstract: This is a descriptive-evolutive, dogmatic and comparative study on the collective processes of the European Union (EU). On November 25th, 2020, the Union adopted one of its most awaited legal instruments: the first legislation, that is supposed to create a European collective action mechanism

* Profesor titular de Derecho Procesal Civil de la Universidad de San Pablo, Tucumán (Argentina); e investigador externo de la Universidad Católica del Norte, Antofagasta (Chile). LL.M. y doctor en Derecho por la Universidad de Colonia (Alemania).
Código ORCID: 0000-0002-6069-4564. Correo electrónico: alvaro.perez01@ucn.cl

for monetary relief. According to Directive 2020/1828 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC, member States have to adopt the transposing measures by December 25th, 2021, and give effect to them on and apply them to representative actions that are brought on or after June 25th, 2023.

The European movement for collective litigation started approximately three decades ago. It earned official European recognition in competition law in 2005, owing to the European Commission's Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, followed by the White Paper of the same title in 2008. From 2013 to the emission of the recent 2020 directive, the particularity of community collective redress and inhibitory guardianship has proven to be holistic, unlike the US class action model.

This paper analyzes the three pillars of the European vision on collective redress seeking, namely: a) the extrajudicial alternative dispute resolution mechanisms, b) the regulatory and public policy mechanisms, and c) the collective processes or litigation. The interplay of these three pillars makes the European Union's view on the matter singular as it proposes a system of incentives, prudence and safeguards.

Key words: Collective redress, collective proceedings, regulatory measures, ADR

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. BREVE REVISTA HISTÓRICA.- II.1. PROPUESTA DE LA COMISIÓN EUROPEA.- II.2. POSICIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO.- III. LAS DIVERSAS AGENDAS.- III.1. LA AGENDA DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE LA UE.- III.2. LA AGENDA DE DAÑOS EN EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA DE LA UE.- III.3. LAS BASES COMUNES DE LAS AGENDAS.- IV. LA AGENDA DEL PROCESO CIVIL EUROPEO.- V. PARÁMETROS Y SALVAGUARDAS.- V.1. PUNTOS ESENCIALES.- V.2. LA POROSIDAD DE LAS SALVAGUARDAS.- V.3. LA DIVERSIDAD EN LOS ESTADOS MIEMBROS Y LOS COSTOS.- VI. EL USO DEL PROCESO DIGITAL PARA LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES.- VII. LA DIRECTIVA 2020/1828: ¿UN NUEVO AMANECER?.- VII.1. ACCIÓN REPRESENTATIVA E INTERÉS COLECTIVO.- VII.2. EL PROCESO COLECTIVO.- VII.3. CRÍTICAS FINALES. *QUO VADIS?*- VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El 11 de junio de 2013, la Comisión Europea emitió su tan esperada política colectiva de reparación y acciones de cese colectivas. Bajo la forma de una recomendación de la Comisión invitó a que cada Estado miembro introdujera un mecanismo genérico de acción colectiva dentro de los cuatro años siguientes. En este contexto, e incluso antes de la publicación, se encontró con una reacción mixta que es típica de este problema. La medida era bienvenida por los grupos de consumidores y la mayoría de los expertos, pero no muy bien vista por los negocios,

empresas y muchos Gobiernos de los Estados miembros (Hodges, 2014, pp. 67-89; Whitford, 1981, p. 1026).

A primera vista, la publicación de una política de la Comisión parecía un significativo avance en la obtención de reparación colectiva por parte de los consumidores. La pregunta es si la directiva logró ampliar los objetivos clave, como el acceso a la justicia, la justa y equitativa aplicación de la ley, el mayor pago de reparación y efectos de comportamiento más amplios (*private* y *public enforcement*); y también examinar si las salvaguardias propuestas lograron prevenir el peligro de abuso de los mecanismos (Pastor, 2018, pp. 93-120; Jiménez Cardona, 2021b, p. 99).

A pesar de estos defendibles objetivos, hay autores escépticos con el paralelo e imparable avance tecnológico que tornarían anticuadas las propuestas de regulación iniciales y posteriores (Javaux & Biard, 2019, pp. 1-10; Stadler, 2017, pp. 129-152; Hársagi & Van Rhee, 2014, pp. 19-30; Hensler, 2009, pp. 7-29; Marcus, 2018, pp. 183-201). Llegaremos luego a la propuesta de directiva de 2018, a lo concretado por el Proyecto ELI/Unidroit de 2020 y, finalmente, a lo regulado en la Directiva 2020/1828 del 25 de noviembre de 2020, que puede verse como la concreción de las miradas y observaciones críticas a los intentos previos realizados hasta entonces.

Este es un estudio esencialmente de examen evolutivo, histórico, descriptivo y analítico, en algunas partes, que trata de dar respuestas al problema de la reparación colectiva en casos complejos, y especialmente centrado en los consumidores, pero sin desconocer el área de la libre competencia de la Unión Europea (en adelante, UE). La metodología empleada es dogmática, comparativa y comunitaria. Además, no se centra en la legislación ni en la casuística de los Estados miembros de la UE, aunque a veces se haga referencia a ellos.

La Comisión fue consolidando un paquete regulatorio con relación a la reparación y tutela inhibitoria colectiva a lo largo de los años (Benedí Lahuerta, 2018, pp. 783-818; Statement of the European Law Institute European, 2014, pp. 1-20). Primero con una comunicación inicial del Parlamento Europeo (European Parliament Resolution of 2 February 2012 «Towards a Coherent European Approach to Collective Redress», 2011/2089(INI)) El segundo hito relevante es una comunicación de la Comisión que expone brevemente la historia de los debates colectivos, a la par que corrige y explica el pensamiento de dicha Comisión en torno a la política de protección colectiva (Communication from the Commission «Towards a European Horizontal Framework for collective Redress», COM(2013) 401/2, 11 de junio de 2013). A las propuestas de la Comisión se sumará luego una con igual finalidad y contenido, pero más detallada (Recomendación on common principles for collective redress mechanisms in the Member States for injunctions against and

233

LAS ACCIONES
REPRESENTATIVAS
DE CESACIÓN
Y REPARACIÓN:
MISIÓN Y VISIÓN
DEL MODELO
COMUNITARIO
EUROPEOINJUNCTIONS
AND COLLECTIVE
REDRESS: EUROPEAN
MISSION AND
VISION

claims on damages caused by violations of EU rights, COM(2013) 3539/3, 11 de junio de 2013). A ello se deben agregar las referencias específicas en la propuesta conjunta del Consejo y el Parlamento Europeo de una directiva sobre daños en materia de libre competencia (Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, COM(2013) 404, 11 de junio de 2013).

El hecho de que las propuestas hayan adoptado esta forma se debe enteramente a cuestiones políticas, más que científicas. Ha habido una presión para la introducción de acciones colectivas durante los últimos años en relación con las necesidades percibidas para mejorar la protección del consumidor, las acciones de cese y, de ser el caso, la reparación de daños por competencia irregular (Voet, 2014, pp. 97-128; Stadler, 2014, pp. 80-89). Los diferentes intereses de estas áreas y cómo estos se han entrelazado deben ser descifrados, de modo que se pueda apreciar la naturaleza de las propuestas de 2013 y el resultado político general del compromiso (Habbe & Gieseler, 2018, pp. 227-230; Gaboardi, 2019, pp. 1-31; Hodges, 2009, p. 41; Cafaggi & Micklitz, 2009; Hensler, 2009, pp. 6-29). Así, el inicio del final es la Directiva 2020/1828 sobre acciones representativas de noviembre de 2020, que veremos recepta parcialmente lo desarrollado estos años en el derecho de tutela colectiva comunitaria europea.

Este artículo se compone de las siguientes partes: luego de esta introducción (I), se realiza una breve revisión histórica del desarrollo reciente en la UE del problema (II), y se continúa con la descripción y el análisis de las diversas agendas (III). Luego, sigue la referencia al proyecto ELI/Unidroit respecto al tema (IV), los parámetros y salvaguardas son tratados en la siguiente sección (V) y se desarrolla el sistema de *Online Dispute Resolution* (ODR) (VI), para continuar con el análisis de la directiva de 2020 (VII). Finalmente, el estudio cierra con las conclusiones (VIII).

II. BREVE REVISTA HISTÓRICA

La reparación (tutela) colectiva es un concepto amplio que abarca cualquier mecanismo que pueda lograr el cese o la prevención de prácticas comerciales ilegales que afecten a una multitud de demandantes o la compensación por el daño causado por tales prácticas. Hay dos formas principales de tutela colectiva: a) a través de medidas de cese, los demandantes buscan detener la continuación de la conducta ilegal; y b) a modo de compensación compensatoria, solicitan la reparación de los daños causados. Los procedimientos pueden adoptar una variedad de formas, incluidos los mecanismos extrajudiciales para la

resolución de disputas o la asignación de competencia complementaria a entidades públicas u otras entidades representativas para la ejecución y el monitoreo de los reclamos colectivos (Stadler, 2014, pp. 80-89).

Ya en 2013, la Comisión Europea presentó una recomendación sobre principios comunes para los mecanismos de proceso colectivo cautelar y compensatorio en los Estados miembros en relación con las violaciones de los derechos otorgados en virtud del derecho de la UE (Recomendación de la Comisión sobre los principios comunes a los mecanismos de recursos colectivos por vía judicial y compensatoria en los Estados miembros en relación con las violaciones de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión Europea, 2013). La recomendación sigue el documento de consulta de 2011 y establece que «reparación colectiva» significa: a) un mecanismo legal que garantiza la posibilidad de reclamar el cese de un comportamiento ilegal colectivamente por dos o más personas físicas o jurídicas, o por una entidad con derecho a presentar una acción representativa (recurso colectivo cautelar); y b) un mecanismo legal que garantice la posibilidad de reclamar una indemnización colectiva por parte de dos o más personas físicas o jurídicas que aleguen haber sufrido daños en una situación de perjuicio masivo (individualmente), o por medio de una entidad con derecho a presentar una acción representativa (reparación colectiva compensatoria) (Silvestri, 2013, pp. 46-56; Fries, 2016, pp. 11-25).

A su vez, esta recomendación identificó los principios comunes, que deberían aplicarse en todos los casos de reparación colectiva, y también aquellos específicos, ya sea por mandato judicial o compensación colectiva. Además, señaló que los Estados miembros debían aplicar los principios establecidos en la recomendación en los sistemas nacionales de procesos colectivos dentro de los veinticuatro meses posteriores a su publicación.

Desde entonces, múltiples esfuerzos y documentos a nivel comunitario han generado una discusión en torno al tema, revisando también el qué, el cómo y el para qué. Así,

En el marco de los esfuerzos encaminados para mejorar el cumplimiento de las normas específicas a la protección de los consumidores, la Comisión Europea ha propuesto una Directiva relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores en el 2018. La propuesta, presentada como parte del «Nuevo marco para los consumidores», tiene por objeto permitir a los consumidores de toda la Unión las acciones de representación para exigir una indemnización de las empresas que vulneran sus derechos (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses

LAS ACCIONES
REPRESENTATIVAS
DE CESACIÓN
Y REPARACIÓN:
MISIÓN Y VISIÓN
DEL MODELO
COMUNITARIO
EUROPEO

INJUNCTIONS
AND COLLECTIVE
REDRESS: EUROPEAN
MISSION AND
VISION

colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, 2018).

Ello recién se concretaría sistémicamente con la directiva de noviembre de 2020 (Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE).

Cuando se vulneran los derechos de un gran número de consumidores, resulta más eficiente y eficaz que estos aúnen fuerzas para iniciar una acción de representación ante un tribunal u órgano administrativo; sin embargo, las normas específicas a estas acciones no están armonizadas en toda la UE (Benedí Lahuerta, 2018, pp. 783-818). La Directiva sobre acciones de cesación 2009/22/CE obliga a los Estados miembros a contar con procedimientos para las acciones de representación que tengan por objeto interrumpir o prohibir prácticas perjudiciales, pero no exigir indemnizaciones para los consumidores. No obstante, en 2013 la Comisión publicó una recomendación, indicando que las acciones de representación deben poder ser también resarcitorias de daños.

II.1. Propuesta de la Comisión Europea

El 11 de abril de 2018, la Comisión adoptó una propuesta para armonizar las disposiciones en este ámbito con el fin de transformar la igualdad de protección para los consumidores en toda la UE. Según esta propuesta, las acciones de representación podrían iniciarse en el supuesto de vulneraciones de un cuerpo jurídico más amplio que el por entonces existente. Incluye, entre otras, la legislación horizontal relativa a los consumidores y leyes sectoriales específicas de los sectores financiero, energía, telecomunicaciones, salud y medio ambiente.

Los Estados miembros tendrían que contar con procedimientos no solo para las órdenes de cesación, con el fin de interrumpir o prohibir una práctica; sino también con medidas de indemnización, arreglo, sustitución, reducción del precio, resolución del contrato y reembolso. Además, se delimitó que las acciones colectivas podían ser interpuesta solo por entidades habilitadas autorizadas para ese fin y no por bufetes de abogados por sí solos, como en los Estados Unidos de América (Voet, 2018, pp. 205-230).

II. 2. Posición del Parlamento Europeo

La Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento (en adelante, JURI) aprobó su informe el 6 de diciembre de 2018. La Comisión proponía que se exigiera a cada Estado miembro que designase, como mínimo, una entidad habilitada para interponer las acciones colectivas por representación. Dichas entidades habilitadas representantes tenían el

deber de dar a conocer públicamente cómo se financian, organizan y gestionan.

En el informe se propone, específicamente, la prohibición explícita de las indemnizaciones punitivas y de los honorarios para los abogados que solo cobran si ganan el caso (honorarios a porcentaje). Asimismo, en un plazo de tres años, la Comisión controlaría la evaluación de la necesidad de establecer un defensor del pueblo europeo para las acciones de reparación colectiva.

A ello se sumaron la respuesta y las recomendaciones del Parlamento Europeo en relación con la propuesta de directiva con múltiples observaciones (Reporte sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, 2018) hasta la última posición adoptada por este órgano en marzo de 2019 (Posición del Parlamento Europeo adoptada en la primera lectura del 26 de marzo de 2019 con miras a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE). Luego, el Consejo Europeo adoptó un proyecto de borrador conciliador en noviembre de 2019 (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE, Aproximaciones Generales) y la discusión continuó sobre los ejes de los últimos documentos mencionados. Finalmente, en junio de 2020 se dictó la Directiva 2020/1828/CE, adoptada en noviembre del mismo año, que será tratada luego en detalle.

Los elementos clave de revisión incluyen los detalles para el requisito de representatividad adecuada y comprenden: a) la condiciones y recaudos de las entidades sin fines de lucro calificadas y designadas por los Estados miembros (las llamadas «entidades calificadas») para iniciar acciones representativas en nombre de los consumidores; b) la capacidad de las entidades calificadas para instar a la prohibición de una infracción y procurar la reparación como compensación, reparación, reemplazo, reducción del precio, rescisión del contrato o reembolso del precio pagado; y c) una mayor colaboración y coherencia de los resultados entre los Estados miembros con respecto a la protección del consumidor (Wagner, 2011, pp. 55-82; Voet, 2018, pp. 205-230).

El texto revisado permite a los Estados miembros un alto grado de control sobre cómo implementar un mecanismo de acciones representativas. Cada Gobierno nacional tiene el poder de establecer reglas sobre admisibilidad, littispendencia, prueba o medios de

237

LAS ACCIONES
REPRESENTATIVAS
DE CESACIÓN
Y REPARACIÓN:
MISIÓN Y VISIÓN
DEL MODELO
COMUNITARIO
EUROPEOINJUNCTIONS
AND COLLECTIVE
REDRESS: EUROPEAN
MISSION AND
VISION

apelación aplicables a acciones representativas, y también pueden fijar sus propios condicionamientos para determinar cuándo se trata de una entidad calificada. Cada Estado miembro puede establecer reglas para limitar el derecho de una entidad calificada a llevar a cabo una acción representativa transfronteriza en el área de actividad de la misma (Schröder, 2016, pp. 59-62; Isacharoff & Miller, 2009, pp. 179-191).

Aún no puede preverse si estos desarrollos se traducirán en volúmenes de actividad de acción de clase y recuperación como en los EE. AA; sin embargo, el panorama de los litigios civiles, sin duda, cambiará en el futuro. La gestión efectiva de este riesgo de litigio requerirá un enfoque estratégico coordinado en todas las jurisdicciones que tenga en cuenta la posibilidad de que se realicen reclamos mientras las investigaciones y las propuestas regulatorias continúen en curso (Caponi, 2019, pp. 1-7; Stadler, 2018c, pp. 793-802).

III. LAS DIVERSAS AGENDAS

III.1. La agenda de protección del consumidor de la UE

La presión por las acciones colectivas de los consumidores se remonta al menos a la década de 1980. El crecimiento de las legislaciones sustantivas sobre protección del consumidor, para publicidad engañosa y términos contractuales injustos se consolidó en directivas sobre negocios injustos a las prácticas comerciales del consumidor y sus derechos como tal. Así, se ampliaron las expectativas que se aplicarían al corpus de derechos sustantivos que se enunciaba y se incluyeron muchos derechos susceptibles ser ejecutados por acciones privadas individuales bajo legislación nacional y procedimientos civiles tradicionales (Biard, 2018b, pp. 21-30). Además, se crearon mecanismos para el proceso transfronterizo, medidas cautelares por incumplimiento de las directivas específicas de protección del consumidor y una red de servicios públicos. Las autoridades de aplicación, por su parte, hicieron su trabajo con base en las regulaciones de protección de los consumidores (Bailey, 2010, pp. 2-3).

La directiva sobre medidas cautelares incluía la opción de la ejecución colectiva «privada» por parte de organismos particulares del sector, como las organizaciones de consumidores, ya que este era el modelo que existía en algunos países para la aplicación de algunas medidas de protección del consumidor, especialmente en Alemania y Austria. Durante algunos años, la Comisión alentó el cumplimiento privado (*private enforcement*), instando a los Estados miembros a mejorar su acceso a la justicia y aumentar su gasto en asistencia jurídica; sin embargo, en la década del año 2000, los fondos disponibles para fondos estatales en asistencia legal

se habían evaporado (Benedí Lahuerta, 2018, pp. 783-818; Stadler, 2018a, pp. 623-655).

La discusión sobre la habilitación de acciones colectivas por daños creció durante la primera década del siglo XXI. En 2008, solo trece de los entonces veintisiete Estados miembros tenían mecanismos judiciales de reparación colectiva, pero estos eran diferentes y tuvieron resultados diversos. Los estudios y consultas de la Comisión mostraron que la gran mayoría de los mecanismos de reparación colectiva existentes tienden a tener algunos elementos que funcionan y otros que no. Y si bien casi todos los mecanismos de reparación colectiva existentes tienen algún valor agregado en comparación con la reparación judicial individual y las *alternative dispute resolution* (en adelante, ADR, por sus siglas en inglés), su eficiencia y efectividad podrían mejorar (Blennerhassett, 2016, pp. 23 y 110-111).

Posteriormente, el Libro Verde produjo un importante aporte. A la luz de la consulta, dos iniciativas aparecen como relevantes: a) las ADR colectivas, combinadas con un esquema colectivo judicial de reparación como un «eje», y b) un fortalecimiento de las autoridades de protección al consumidor. Entre los instrumentos no legislativos se puede mencionar el esquema interno de los Estados para la tramitación de reclamos (Hodges, 2008, pp. 93-110), aunque el modelo de ADR colectivo parece estar mejor ubicado (Green Paper on Consumer Collective Redress, 2008; Recommendation on Consumer Dispute Resolution and Redress, 2007). Esa política de «tres pilares» (fortalecimiento de soluciones amistosas, asistencia pública regulatoria para la solución y proceso judicial de reparación colectiva) para la protección del consumidor ha diluido el ímpetu por el litigio. La política de ADR del consumidor resultó en la adopción en 2013 de una directiva que requería que los Estados miembros proporcionaran en dos años una cobertura completa de las instalaciones de ADR para consumidores. Además, era necesario que cada comerciante se adhiriera a un esquema de ADR, así como un reglamento capaz de establecer en la UE una plataforma de resolución de disputas en línea u ODR para facilitar la transmisión y solución de disputas fronterizas (y nacionales) de ADR. Por ello, el cuerpo normativo más importante de resolución alternativa de litigios y de litigios en línea de consumo es la Directiva 2013/11/UE.

La única armonización posible parecía la cooperación discrecional de la red de autoridades públicas hacia un imaginativo sistema integrado de ADR del consumidor, pero hay que aclarar que los mecanismos de aplicación privada no están armonizados (Hodges, 2008, pp. 239-246).

Cabe señalar que la misión de garantizar la competitividad global y crear un mercado abierto y funcional puede llevarse a cabo mediante la armonización de las reparaciones colectivas, al modo europeo. En esa

LAS ACCIONES
REPRESENTATIVAS
DE CESACIÓN
Y REPARACIÓN:
MISIÓN Y VISIÓN
DEL MODELO
COMUNITARIO
EUROPEO

INJUNCTIONS
AND COLLECTIVE
REDRESS: EUROPEAN
MISSION AND
VISION

línea, el 11 de abril de 2018 la Comisión dio a conocer la Comunicación COM(2018) 183 final, que contiene dos propuestas de directiva: la COM(2018) final y COM(2018) 185 final (Voet, 2018, pp. 205-230). A ellas se sumó la directiva —que corrige aspectos de lo anterior— de noviembre de 2020.

III.2. La agenda de daños en el derecho de la libre competencia de la UE

Por el contrario, el enfoque de la UE para la aplicación del derecho a la libre competencia se centra totalmente en la aplicación pública. En este, las autoridades públicas son primordiales y hasta hace poco se pensaba que operaban casi con exclusión de la aplicación privada. Durante el proceso de descentralización de la aplicación de la ley, las iniciativas de modernización y digitalización de la justicia en los Estados miembros se fueron concretando más en el marco de la pandemia, sin mencionar la aplicación privada de las regulaciones (Jiménez Cardona, 2021a, pp. 17-43; Jiménez Cardona, 2021b, pp. 100-110).

El impulso hacia una acción colectiva se remonta a la decisión del Tribunal de Justicia en 2001, cuando dictaminó que las partes privadas tienen derecho a una indemnización en virtud de la legislación de la UE relacionada con las infracciones de la ley de su competencia. Ello fue seguido por la creencia de que los daños solo se pagaban raramente; sin embargo, la evidencia posterior identificó muchas más reclamaciones y un aumento de estas desde la reforma de descentralización de 2004 (Torre Sustaeta, 2021, pp. 1-5; Hodges, 2008, p. 144).

La evidencia anecdótica también indicó que las empresas lograron una reparación invisible por los cartelistas, por ejemplo, en posteriores negociaciones de renovación de contrato. En 2005, un Libro Verde sobre daños por incumplimiento de la ley de competencia de la UE exploró una serie de reformas que facilitarían la presentación de reclamos por daños. El Libro Blanco de 2008 sobre los daños por incumplimiento de la ley de competencia de la UE, por su parte, incluyó dos mecanismos propuestos para reclamos por daños y perjuicios por reclamos de competencia: un reclamo colectivo por daños privados presentado por dos o más personas («una acción grupal») y una «acción representativa» presentada por una entidad calificada en nombre de las partes lesionadas (Delatre, 2011, p. 52; *Tavoulareas vs. Tsavlis*, 2006).

Durante ese periodo, se expresaron amplias críticas fundadas en que las *class actions* norteamericanas producirían conflictos de intereses inherentes, en los cuales el tamaño de los intereses financieros, especialmente de los intermediarios, era excesivo (Miller, 1979, p. 668; Kortmann & Swaak, 2009, pp. 340-351). La Comisión recibió así información sobre los males declarados del sistema estadounidense.

En 2008, la Comisión había concluido que la clase de estilo de las acciones estadounidenses sería inaceptable en la UE. Desde entonces, la Comisión ha declarado numerosas veces que el sistema estadounidense no será introducido en la UE, lo que implicó que una forma europea distintiva de acción privada colectiva sería diseñada (Stadler, 2018c, pp. 793-802; Hodges, 2008, pp. 47-149).

III.3. Las bases comunes de las agendas

Estas opciones deberían evitar elementos que fomentan una cultura de litigio, como se dice que existe en algunos países no europeos, entre ellos los daños punitivos, los honorarios de contingencia y otros. De hecho, hubo un cambio sutil en la terminología y la retórica alrededor de 2008, cuando se eliminó el término «acción de clase», que se había utilizado universalmente hasta ese momento, en favor de los de «acción colectiva» y «reparación colectiva» (Hodges, 2008, p. 149; Voet, 2018, pp. 205-230; Hensler, 2009, pp. 7-29). El término «reparación colectiva» se usó luego deliberadamente en lugar del de «acción colectiva» para ofuscar el punto de que solo se estaba haciendo referencia a un mecanismo en particular. Algunos análisis académicos también señalaron que el medio más rápido y económico de reparación colectiva eran la voluntaria, las ADR (especialmente, el defensor del pueblo) y la tecnología reguladora (Hodges, 2008, pp. 117-129).

Si eso fue así, la cuestión era cómo los operadores económicos podían ser alentados o, en última instancia, obligados a hacer una reparación voluntaria o supervisada. En el contexto del consumidor, eso podría lograrse mediante una combinación de ADR y mecanismos reguladores mejorados (Hodges, 2008, pp. 100-102). Un factor planteado fue que la Comisión estaba demostrando un enfoque inconsistente en las acciones colectivas entre los sectores de competencia y consumo. En los primeros días de la nueva Comisión, las recientes soluciones fueron discutidas por académicos y fuentes comerciales, especialmente en el desarrollo de una política racional de aplicación de la competencia que integraría las consecuencias privadas y públicas (Voet, 2018, pp. 205-230; Hodges, 2008, p. 15).

En primer lugar, la necesidad de mantener la proporcionalidad general de sanciones, acciones y, por lo tanto, la disuasión insuficiente o excesiva, requería que las autoridades públicas tomaran cuenta de sí y de la medida en que los daños fueron pagados. En segundo lugar, sin ese conocimiento, no se estaría rectificando un mercado desequilibrado. En tercer lugar, las autoridades públicas de otros sectores debían poder utilizar los poderes para realizar el pago debido de daños como parte de su función de aplicación y eso, de hecho, ahorró recursos. También se argumentó que todo el concepto de confiar en daños antimonopolio

privados para disuadir era defectuoso porque la posibilidad de daños no disuadía lo suficiente (Stadler, 2015, pp. 61-84; Hodges, 2008, pp. 10-25).

En 2010 el Parlamento Europeo anunció que emprendería su propia revisión del recurso colectivo y esto efectivamente bloqueó a la Comisión durante dos años. El informe del Parlamento en 2012 señaló los esfuerzos realizados por la Corte Suprema de los Estados Unidos para limitar los litigios frívolos y el abuso del sistema de acción de clase estadounidense (Hodges, 2008, pp. 15-20). La Comisión debía demostrar la evaluación de impacto acorde al principio de subsidiariedad y su necesidad a nivel de la UE para una mejor regulación integral que facilitara la compensación y, al mismo tiempo, no afectara negativamente el buen desempeño del mercado (Voet, 2018, pp. 205-230; Hodges, 2008, pp. 111-114).

El Parlamento Europeo, por su lado, solicitó a la Comisión que cualquier propuesta en el campo de la reparación colectiva tuviera horizontalidad, incluyendo principios comunes que proporcionaran acceso uniforme a la justicia para la reparación colectiva dentro de la UE y, específicamente, pero no exclusivamente, para la infracción de los derechos del consumidor (Voet, 2018, pp. 205-215).

El Parlamento también pidió salvaguardas para evitar abusos: a) usando primero solo el principio de admisibilidad, consistente en una verificación preliminar por un juez para confirmar que los criterios de calificación eran cumplidos y que la acción era adecuada para proceder; b) designando organizaciones calificadas para llevar a cabo acciones representativas que permitieran buscar la alternativa de reparación compensatoria individual, proporcionando una compensación total por daños reales y sin daños punitivos (representatividad adecuada); y c) con el acceso a la prueba («el *discovery* americano» no debía incluirse en el marco), manteniendo el principio del «perdedor paga» y sin incluir el financiamiento de terceros, que era desconocido en la mayoría de los Estados (Biard, 2018a, pp. 21-26; Stadler, 2018c, pp. 793-802).

Los resultados iniciales estuvieron disponibles en 2012 con un estudio sustancial sobre la aplicación privada del derecho de la libre competencia en toda la UE desde 1999 (European Parliament resolution of 2 February 2012 on «Towards a Coherent European Approach to Collective Redress» 2011/2089(INI)), el cual revela datos y hallazgos muy relevantes sobre los tipos de problemas que surgen y se litigan. Los resultados demuestran que: a) se han presentado muchos más casos de aplicación privada de los que se pensaba; b) la aplicación privada de la ley de competencia es utilizada principalmente por empresas comerciales en disputas contractuales; c) la velocidad de respuesta a las infracciones de competencia es de suma importancia, por lo que los remedios de acción son mucho más importantes que las acciones por

daños demorados; y d) casi no ha habido reclamos de consumo masivo de pequeño valor basados en el derecho de la competencia en los Estados miembros. Las razones de lo recién mencionado son variadas, incluida la complejidad inherente de la materia y de establecer cuestiones como el dominio o la existencia de un cartel, problemas para probar la cuantía del daño, pérdidas individuales inherentemente pequeñas, alto costo —tanto de litigios como de distribución de fondos— y costos extremadamente desproporcionados y poco atractivos a nivel costo-beneficio para los financiadores de litigios (Voet, 2018, pp. 205-230; Strong, 2013, pp. 233-256; Hensler, 2009, pp. 7-29).

Las deliberaciones de la Comisión concluyeron con la adopción en la materia en junio de 2013 (Communication from the Commission European Union «Towards a European Horizontal Framework for collective Redress», COM(2013) 401/2, 11 de junio de 2013). La conformación del paquete es notable. La política de clemencia resultó esencial para el descubrimiento de los carteles, pues los potenciales solicitantes serían disuadidos por el riesgo a estar expuestos a reclamos por daños de todas las víctimas (que podían presentarse en forma conjunta y solidaria —y así fue— por sumas muy grandes) (Voet, 2018, pp. 205-230). La prioridad era salvaguardar su sistema de clemencia y, por lo tanto, respaldar su credibilidad operativa en la «detección» temprana y el tratamiento de los cárteles (Strong, 2013, pp. 233-256). Se incluyeron claramente los siguientes tópicos: a) que los tribunales no pudieran tomar decisiones contrarias a las autoridades administrativas de la superintendencia sobre decisiones de infracción, b) plazos de prescripción, c) responsabilidad solidaria, d) defensa de traspaso, e) regulación sobre compradores indirectos, y f) una presunción refutable de que las infracciones causan daño (Biard, 2018, pp. 21-26; Stadler, 2015, pp. 61-84).

IV. LA AGENDA DEL PROCESO CIVIL EUROPEO

La acción colectiva es una institución del proceso civil. La creación de un sistema unificado de resolución de disputas civiles presenta desafíos técnicos y políticos considerables y llevará mucho tiempo. Tampoco es políticamente prudente anunciar el objetivo de la creación de un proceso civil europeo; en cambio, «la política de la Unión es desarrollar un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia que sirve a los ciudadanos y las empresas» (Caponi, 2019, pp. 1-7).

Las propuestas sobre reparación colectiva forman parte de los objetivos de armonización del proceso civil. La enunciación de una política coherente sobre reparación colectiva, cuando las disposiciones detalladas que existen en los Estados miembros son tan confusamente diversas en sus detalles, desempeña una función útil de liderazgo en la clarificación

243

LAS ACCIONES
REPRESENTATIVAS
DE CESACIÓN
Y REPARACIÓN:
MISIÓN Y VISIÓN
DEL MODELO
COMUNITARIO
EUROPEOINJUNCTIONS
AND COLLECTIVE
REDRESS: EUROPEAN
MISSION AND
VISION

de la política común. Su armonización también sirve claramente a la Comisión y a la UE (Revista Española de Derecho Internacional, 2015, pp. 279 y ss.).

En relación con los procedimientos colectivos en materia de protección del consumidor, los mandatos ya son atendidos, y las disputas contractuales entre un consumidor y un comerciante por compraventa de bienes o por la prestación de servicios pueden presentarse ante una entidad que aplique las ADR (Stürner, 2014, pp. 322-328; Gascon Inchausti, 2021, pp. 294-295). Entonces, los impulsores subyacentes para la compensación colectiva están en la agenda (que podría resolverse reformando el enfoque de aplicación y adopción de un poder de reparación regulatorio) y armonizando los sistemas de procedimiento civil (Gascón Inchausti & Hess, 2020, pp. 10-35).

En octubre de 2013, después de aproximadamente un año de preparativos, European Law Institute (ELI) y Unidroit lanzaron en Viena un proyecto internacional destinado a redactar las Reglas Europeas de Procedimiento Civil. El punto de partida y la fuente de inspiración fueron los Principios de los procedimientos civiles transnacionales, aprobados en 2004 por el American Law Institute (ALI) y Unidroit. La idea fue elaborar (bloques de) un código modelo europeo de procedimiento civil. Desde la perspectiva de Unidroit, es la primera de una serie de adaptaciones de los Principios en diferentes áreas geográficas y culturales del mundo (Gascón Inchausti, 2018, pp. 10-35). El cierre del trabajo y la publicación del texto final consolidado se hizo en el primer cuatrimestre de 2020 (Presentación y debate sobre el borrador de normas del Grupo de Trabajo sobre «Partes» (Acciones colectivas), 2018).

Uno de los grupos de trabajo se ocupó de la investigación de la reparación colectiva bajo la guía de dos de los principales estudiosos de la materia: la profesora A. Stadler y el profesor E. Jeuland. Al posponer la visualización detallada del texto en el momento de su publicación, se pueden indicar los fundamentos tal como se dieron a conocer en conferencias públicas y reuniones de estudio. El campo de aplicación es general. La herramienta principal es la acción restaurativa (reparación) colectiva; mientras que, en relación con las medidas cautelares, se aplican las disposiciones sobre medidas provisionales contenidas en el proyecto (Neira Pena, 2019, pp. 195-250). Además, se proporcionan herramientas para la aprobación de un acuerdo de solución colectiva alcanzado en espera de una acción restaurativa colectiva o independientemente de su propuesta (Stadler *et al.*, 2020, pp. 5-20). En cuanto a la legitimación para actuar, es más amplia que la legislación europea existente hasta entonces: no solo los organismos designados por los Estados miembros, sino también los comités creados *ad hoc*. En ambos casos, debe ser una entidad con recursos suficientes para manejar este tipo de disputa y que

no esté en una posición de conflicto de intereses con los miembros de la clase (Armenta Deu, 2020, pp. 133-148; Corominas Bach, 2018, pp. 29-30). En relación a los mecanismos de identificación de clase, la regla general es la aceptación, pero se prevé el poder del juez para cambiar a la fórmula de exclusión cuando sea apropiado. Comparar la amplitud, por cierto, con la actual regulación en la materia, entre otros, en Inglaterra (Andrews, 2021, pp. 153-175), Suiza (Brändli, 2021, pp. 176-194), Bélgica (De Wulf, 2021, pp. 194-216; Giudici & Zulfi, 2021, pp. 217-232), Alemania (Halfmeier, 2021, pp. 233-246), Francia (Azar-Baud & Magnier, 2021, pp. 247-271) y los Países Bajos (Van der Elst & Weterings, 2021, pp. 272-302).

En cuanto a la financiación de litigios, se confirma la regla general «quién pierde, paga los gastos»; y, luego, se hace referencia al capítulo del proyecto en relación con los gastos, que no establece normas sobre tarifas de contingencia y más bien rige, entre otras cosas, las finanzas —actuando por terceros— (Stadler, 2018b, pp. 189-194). El proyecto también establece una serie de reglas detalladas sobre los requisitos para el derecho a actuar, el poder del juez para seleccionar al demandante colectivo, la asistencia legal y el posible depósito para gastos, así como los requisitos especiales de elegibilidad para acciones correctivas colectivas; y en el intento obligatorio de conciliación, antes de iniciar la acción judicial, para las salvaguardas contra el conflicto de intereses, los poderes judiciales de gestión de casos (*case management*), el portal electrónico para la publicación de información y la aprobación judicial de los acuerdos de solución.

Asimismo, la parte VI del proyecto ELI/Unidroit contempla y regula la transacción fuera de un procedimiento de acción colectiva por daños. Allí se establecen los requisitos y calidades para cerrar un acuerdo de transacción o conciliación para un grupo, incluso si no se ha emitido una resolución favorable a la admisibilidad de la demanda colectiva por daños. Además, impone la necesidad de que el acuerdo se negocie de buena fe en beneficio de todos los miembros del grupo y la solicitud de homologación. La solicitud también debe especificar si la transacción prevé el uso del sistema de opción de suscripción o de exclusión voluntaria (Uzelac & Voet, 2021, pp. 1-15).

Si el tribunal no aprueba el acuerdo colectivo propuesto, debe dar las razones y enviar el proyecto a las partes. En caso de aceptarlo, lo publica con los plazos para optar. La transacción aprobada vincula a todas las personas que se han unido al caso de un procedimiento con opción de inclusión o todas las personas que no se hayan retirado en el caso de un procedimiento con opción de exclusión (Presentación y debate sobre el borrador de normas del Grupo de Trabajo sobre «Partes» (Acciones colectivas), 2018).

LAS ACCIONES
REPRESENTATIVAS
DE CESACIÓN
Y REPARACIÓN:
MISIÓN Y VISIÓN
DEL MODELO
COMUNITARIO
EUROPEO

INJUNCTIONS
AND COLLECTIVE
REDRESS: EUROPEAN
MISSION AND
VISION

El análisis de estudiosos del derecho y la economía sobre las medidas de incentivos financieros *ex post*, ya sean multas o daños, es que pueden afectar el comportamiento del mercado y sus operadores (Keske, 2010, pp. 10-25). En ese sentido, las acciones colectivas deben (como regla general) solo comenzar después de que los procedimientos públicos hayan concluido definitivamente. Adicionalmente, el equilibrio entre la aplicación pública y privada es fundamental y no ha sido claramente identificado o evaluado por la Comisión (Kelemen, 2011, pp. 15-35).

Vale aclarar que el modelo propuesto se muestra más restrictivo que el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (2004), bien conocido en la evolución doctrinaria, jurisprudencial y legislativa de los países iberoamericanos; y que las tendencias que se fueron perfilando, sintetizadas en la exposición de motivos de dicho código, aprobado en Caracas en 2004 (Azar-Baud, 2018, pp. 445-480; Gidi & Ferrer Mac-Gregor, 2008, pp. 410-445).

V. PARÁMETROS Y SALVAGUARDIAS

La Comisión estableció cuatro parámetros políticos presentes explícita o tácitamente en todos los documentos. En particular, es común que cualquier enfoque europeo deba: a) poder afrontar y resolver una enorme cantidad de reclamos individuales con la celeridad y economía procesal adecuada; b) poder ofrecer resultados legalmente ciertos y justos dentro de un plazo razonable, respetando los derechos de todas las partes involucradas; c) proporcionar salvaguardas sólidas contra litigios abusivos; y d) evitar cualquier incentivo económico para presentar reclamos especulativos (Money-Kyrle & Hodges, 2012, pp. 477-504).

Con acierto, la doctrina señala que

Las principales preocupaciones expresadas en contra de la introducción del mecanismo de reparación judicial colectiva se concentran en evitar litigios abusivos que de otra manera tendrían un impacto negativo en las actividades económicas de las empresas de la UE. El litigio puede considerarse abusivo cuando es apuntado intencionalmente contra empresas respetuosas de la ley para causar daños a la reputación o infligirles una carga financiera indebida (Stadler, 2018a, pp. 623-655).

V.1. Puntos esenciales

La política de salvaguardas y equilibrios adquiere enorme importancia en la regulación de las tutelas colectivas de cese y de reparación. Al examinar los bloques necesarios para garantizar la efectividad y las salvaguardas, se debía considerar una consulta pública, la que finalmente confirmó la heterogeneidad de procesos colectivos en los Estados miembros pues hay diferencias respecto a) al tipo de acción colectiva disponible y sus

requerimientos, b) su admisibilidad y el rol de la representatividad adecuada, c) la aplicación de sistemas de *opt-in* y *opt-out*, d) el rol del juez en el proceso colectivo y e) los distintos sistemas de publicidad de las acciones colectivas (Mullenix, 2014, pp. 601-630). A ello se suma que cada mecanismo de reparación colectiva opera en diferentes contextos, tanto sustantivos como procesales, con diversas normas que regulan la profesión y asistencia jurídica.

En consecuencia, la lista de garantías necesarias se vincula con que: a) las acciones colectivas solo deben interponerse luego de un cierto examen de admisibilidad; b) en las acciones colectivas se debe asegurar que el representante (entidad calificada) se desempeñe siempre en el mejor interés del grupo representado; c) se combina prefiriendo el modelo *opt-in*, pero, dado que algunos Estados miembros ya tienen mecanismos *opt-out*, ese enfoque debe estar «debidamente justificado por razones de buena administración de justicia» (Corominas Bach, 2018, pp. 169-179); d) el suministro efectivo de información a posibles reclamantes; y e) haya interacción en la aplicación por organismos públicos en ciertas áreas (competencia, medio ambiente y protección de datos), ya que la aplicación pública (*public enforcement*) juega un papel importante que no debe poner en peligro el litigio que se inicia antes de la conclusión de la investigación pública. También conversa con f) los daños punitivos, que no deben ser permitidos; g) que debe preverse la aplicación efectiva transfronteriza; h) la disponibilidad de resolución consensuada de disputas y que se llegue a una solución consensuada, pues el tribunal debe verificar la legalidad del resultado y confirmarlo; i) la financiación de la acción colectiva, partiendo del principio de «el perdedor paga», que debería aplicarse a casos de reparación; y j) que un sistema inapropiado de financiamiento de terceros corre el riesgo de litigio abusivo estimulante o litigio que hace poco para servir a los mejores intereses de litigantes y, por lo tanto, el financiamiento de terceros debe estar sujeto a ciertas condiciones (Stadler, 2018b, pp. 189-194).

V.2. La porosidad de las salvaguardas

En primer lugar, en la propia recomendación, las salvaguardas contienen demasiadas exenciones; así, los Estados miembros deben designar entidades privadas representativas, pero pueden empoderar también a las autoridades públicas. El perdedor debe pagar los costos legales necesarios, pero sujeto a condiciones de la ley nacional. Por otro lado, los financiadores privados están permitidos, pero no pueden basar tarifas o intereses sobre el monto del acuerdo, a menos que esté regulado; y los procedimientos deben ser aceptados, pero pueden ser excluidos donde esté justificado por razones de buena administración de justicia. Por último, los honorarios contingentes no deberían permitirse, pero pueden ser excepcionales, si están regulados (Biard, 2018a, pp. 189-204).

247

LAS ACCIONES
REPRESENTATIVAS
DE CESACIÓN
Y REPARACIÓN:
MISIÓN Y VISIÓN
DEL MODELO
COMUNITARIO
EUROPEOINJUNCTIONS
AND COLLECTIVE
REDRESS: EUROPEAN
MISSION AND
VISION

En segundo lugar, es imposible insistir en que los Estados miembros cumplan con un paquete de salvaguardas por razones de subsidiariedad. El artículo 67, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) reconoce que, «aunque la Unión debe establecer un espacio de libertad, justicia y seguridad, debe respetar los diferentes sistemas jurídicos y tradiciones de los Estados miembros. Esa restricción da lugar a salvaguardas como también las exenciones muy diferentes».

En tercer lugar, la incidencia de acciones colectivas está influenciada por múltiples factores, la mayoría relacionados con cuestiones de viabilidad financiera que giran en torno a la financiación y los costos. La existencia de evidencia de una violación de derechos y la disponibilidad de un procedimiento colectivo son condiciones previas, pero no decisivas de la viabilidad financiera del litigio. Así, el juego de cómo las reglas afectan la viabilidad es un tema complejo que difiere en cada jurisdicción (Stadler, 2018a, pp. 519-544).

Cuarto: todos los factores individuales se rigen por los contextos nacionales. Incluso puede discutirse si las salvaguardas son vagas, pero ello se deja a los Estados miembros, que las introducirán de una manera que se adapte al contexto local. Sin embargo, la naturaleza de cómo operan las salvaguardas a nivel nacional individual y colectivamente, y en qué medida pueden o no alentar el litigio o impedir su abuso, variará entre ellos.

Quinto: ya existe una variación sustancial en la medida en que hay o no salvaguardas particulares en los Estados miembros, y dicha diversidad parece estar expandiéndose. Entre los ejemplos se pueden incluir la admisibilidad de honorarios contingentes (Dinamarca, Lituania, Inglaterra y Gales, propuesta en los Países Bajos, con muchos Estados que permiten tarifas condicionales), variaciones en el efecto de la regla de «el perdedor paga» (en el Reino Unido) y la imposibilidad de prohibición de honorarios de contingencia o financiadores de litigios por terceros (utilizando intermediarios se evitan fácilmente las prohibiciones existentes) (Money-Kyrle & Hodges, 2012, pp. 477-504).

¿Cómo debe evaluarse la política de la Comisión? Los criterios establecidos anteriormente por esta son la efectividad de la resolución, la promoción de la economía procesal y la seguridad jurídica, además de resultados justos y plazos razonables, sin abuso y sin incentivos económicos para reclamos especulativos (Hodges, 2014, pp. 67-89).

V.3. La diversidad en los Estados miembros y los costos

La evidencia también muestra que la mayoría de los Estados miembros no introdujeron acciones colectivas para mejorar el acceso a la justicia. Es notable que el origen de los procedimientos colectivos fuera a menudo

que los jueces se enfrentaron a la gestión de múltiples reclamos similares y necesitaban un procedimiento para ser capaces de hacerlo (Stadler *et al.*, 2020, pp. 1-10); o que los introdujeran, pero con funcionalidad limitada como en Francia (Azar-Baud, 2021, pp. 247-271). Los principales ejemplos son España con el escándalo del petróleo contaminado (*Organización de consumidores y usuarios vs. Volkswagen*, 2017), Inglaterra con una serie de casos de responsabilidad del producto (*MasterCard vs. Merricks*, 2019), Alemania con el litigio de Deutsche Telekom y múltiples casos en los Países Bajos (Mom, 2011, pp. 5-50). De esa manera, la historia demuestra más una simple necesidad administrativa que una de mejorar el acceso a la justicia o la salud del mercado (Ortells Ramos, 2020, pp. 49-102; Hodges, 2014, pp. 67-89).

Los litigios costosos no pueden sostenerse sin fuentes confiables de financiamiento, sin costos ni riesgos predecibles y sustentables. Los financiadores seleccionarán jurisdicciones atractivas y tipos de casos, como lo hacen ahora, rechazando otros; mientras que las jurisdicciones con bajos costos atraerán reclamos masivos. Los que siguen el modelo alemán de los procedimientos civiles son inherentemente más atractivos: se han presentado algunas demandas masivas de consumidores traídos a Austria y a Alemania, donde hay fondos privados disponibles para el consumidor, así como organismos para reclamos de aceptación de *Prozessfinanzierer* sobre la base de que los costos adversos son predecibles y limitados (Stadler, 2018b, pp. 189-194; Vallespín Pérez, 2018, pp. 10-50). Pero tampoco puede ignorarse que también hay Estados miembros que en la actualidad no cuentan con ningún sistema de proceso colectivo. Esto disminuye la confianza y la capacidad de los consumidores y las empresas para operar en el mercado interior, distorsiona la competencia y obstaculiza la aplicación efectiva de la legislación de la UE en el ámbito de la protección del consumidor (Issacharoff & Miller, 2009, pp. 37-68).

Los tipos de casos más atractivos para invertir son aquellos con altas cuantías de daños y elevadas probabilidades de éxito, como las infracciones de competencia posteriores (que podrían resolverse más rápidamente si los reguladores estuvieran preparados para ejercer presión, a veces asistidos por el tipo ADR de asistencia de expertos independientes). Los inversores actualmente eligen un sistema de agrupado de casos y casi todos rechazan cualquier caso independiente. Las reclamaciones de los inversores también están aumentando la presentación de numerosas acciones. Muchos no cumplieron con los criterios de certificación de la admisibilidad y fueron rechazados (Vallespín Pérez, 2018, pp. 10-30). Los honorarios de contingencia, por su lado, son (excepcionalmente) aprobados para reclamos de clase y tienen un tope del 20 %. La demanda colectiva es opcional y todos los reclamantes deben solicitar la cantidad (por lo tanto, requiere de negociación entre ellos). De esa manera, el

LAS ACCIONES
REPRESENTATIVAS
DE CESACIÓN
Y REPARACIÓN:
MISIÓN Y VISIÓN
DEL MODELO
COMUNITARIO
EUROPEO

INJUNCTIONS
AND COLLECTIVE
REDRESS: EUROPEAN
MISSION AND
VISION

procedimiento de clase ha resaltado —en lugar de resuelto— problemas subyacentes con el sistema de justicia civil.

La mayoría de tipos de disputas entre empresas generalmente puede ser resuelta sin litigio; por ejemplo, mediante negociación cuando los acuerdos de suministro se renuevan. Según la evidencia actual, es probable que el número de puntos críticos de litigio sea limitado (el Reino Unido, Polonia, Italia y los Países Bajos son un ejemplo). Sobre una base más amplia, en muchas jurisdicciones los inversores (abogados o financieros) muestran pocas señales de interés en invertir en reclamos masivos menores (Stadler, 2015, pp. 149-149).

La entidad representativa calificada que interponga la acción con arreglo a la Directiva debe procurar las medidas oportunas y pertinentes, incluyendo las de reparación, en interés y en nombre de los consumidores afectados por una infracción. La entidad calificada debe tener los derechos y obligaciones procesales de la parte demandante en el procedimiento (Armenta Deu, 2013, pp. 20-45). Asimismo, los Estados miembros podrían otorgar a los consumidores individuales afectados por la acción ciertos derechos dentro de la acción de representación, pero no deberían ser parte demandante en el procedimiento (Azar-Baud, 2021, pp. 1-4). En cualquier caso, los consumidores individuales no deben poder interferir con las decisiones procesales tomadas por las entidades calificadas, solicitar individualmente pruebas dentro del proceso, o apelar individualmente las decisiones procesales del tribunal o la autoridad administrativa supervisora del actuar de las entidades (Guski, 2018, pp. 353-375). Los consumidores individuales tampoco debieran tener obligaciones procesales dentro de la acción de representación ni asumir las costas del proceso, salvo en circunstancias excepcionales (Bujosa Vadell, 2020 pp. 137-165); sin embargo, los consumidores afectados sí deben tener derecho a beneficiarse de la acción de representación. En las acciones representativas de medidas cautelares, el beneficio sería el cese o la prohibición de una práctica que constituya una infracción (Guski, 2018, pp. 353-375; Armenta Deu, 2018, pp. 9-16).

El equilibrio que la UE ha logrado en relación con las acciones colectivas es un compromiso político. La decisión refleja que se desean más acciones colectivas, pero no una sobreabundancia. La base de esa opinión radica en el efecto acumulativo de las diversas salvaguardas que han sido establecidas por el Parlamento Europeo y la Comisión, basándose en las que existen en los Estados miembros. Un punto clave es que el litigio es un medio para ofrecer una indemnización por el incumplimiento de las normas legales y no un medio principal de ventilación de cuestiones políticas o sociales, o de regulación de empresas o Gobiernos. Lo importante es lograr una reparación y, al hacerlo, uno debe observar

todos los medios disponibles: no solo el litigio, sino el marco regulatorio y las vías de ADR (Voet, 2014, pp. 97-128).

Dado que tanto los procedimientos judiciales como los administrativos son útiles para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores, los Estados miembros son responsables de su adecuada regulación y ámbito de aplicación. Ello con una hermenéutica del derecho a un recurso efectivo, en virtud del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Luther, 2012, pp. 306-326), para habilitar la impugnación de decisiones administrativas ante un tribunal de justicia (recurso efectivo) en aplicación de la presente directiva, lo que comprende la posibilidad de obtener una orden de no innovar que suspenda los actos lesivos (Ortells Ramos, 2011, pp. 419-482).

Las organizaciones de consumidores, en particular, deben actuar decididamente como avalistas de la vigencia e implementación de la directiva. De acuerdo con las tradiciones jurídicas nacionales, los organismos públicos también pueden colaborar activamente para ello (Azar-Baud & Sousa Ferro, 2020, pp. 1-20). También se garantiza —y así deben hacerlo las legislaciones nacionales— un reconocimiento recíproco de la aptitud de las entidades representantes calificadas en los procesos transfronterizos. Ello, no obstante la posibilidad de considerar y examinar siempre el propósito de la entidad en el contexto del caso concreto (Azar-Baud, 2021, pp. 1-4).

VI. EL USO DEL PROCESO DIGITAL PARA LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES

Los documentos de la Comisión se refieren a la «reparación colectiva», pero se enfocan casi exclusivamente en las «acciones colectivas» privadas en los tribunales. Este uso del lenguaje esconde un intento deliberado de giro político y un gran fracaso en la formulación de políticas. La Comisión sabe que la «reparación» es un objetivo más que una técnica o procedimiento, y que, de hecho, existen otras técnicas que pueden proporcionar reparación, además de los litigios privados; pero parece haber olvidado su propia visión de que hay tres técnicas principales, como ya referimos, en tanto tres pilares: litigio, ADR y derecho regulatorio (Föhlich & Löwer, 2019, pp. 48-52).

Existe una creciente evidencia de que las técnicas reguladoras y de ADR brindan ambas reparación individual y colectiva, y también de que son mucho más baratas, rápidas y efectivas que la acción colectiva anticuada. También hay evidencia de que cuando esas dos técnicas son combinadas, funcionan particularmente bien y brindan reparación y control de comportamiento del mercado y sus actores. Ello explica por qué, en la mayoría de los Estados miembros, las acciones

251

LAS ACCIONES
REPRESENTATIVAS
DE CESACIÓN
Y REPARACIÓN:
MISIÓN Y VISIÓN
DEL MODELO
COMUNITARIO
EUROPEO

INJUNCTIONS
AND COLLECTIVE
REDRESS: EUROPEAN
MISSION AND
VISION

colectivas existentes están deliberadamente limitadas en alcance a sectores específicos y no son horizontales (Stadler, 2015, pp. 145-149; Bignami, 2011, pp. 411-461).

Una técnica más poderosa es dar a las autoridades públicas de cumplimiento normativo suficientes poderes para proporcionar reparación (es decir, restitución de pérdidas) como parte de su aplicación. Los ejemplos mencionados anteriormente son el defensor del consumidor danés y un gran número de regulaciones en el Reino Unido, los cuales han logrado éxitos notables en la entrega completa, rápida y de reparación efectiva. La Comisión, incluso en 2013, provocó la reparación en un contexto regulatorio mucho más rápidamente que si se hubieran seguido años de litigios (Communication from the Commission European Union «Towards a European Horizontal Framework for collective Redress», COM(2013) 401/2, 11 de junio de 2013).

En la última década se han construido estructuras digitales de ADR para consumidores que se expandirán considerablemente (Stadler, 2015, pp. 145-149). Estas operan procedimientos para identificar problemas masivos y atraen así la atención del regulador para producir una reparación rápida y lograr el cumplimiento conductual continuo. En Suecia, Dinamarca, Finlandia, y en un grado cada vez más significativo en el Reino Unido, los Países Bajos, España, Portugal e Italia, los consumidores apenas usan los tribunales y prefieren las ADR (Voet, 2014, pp. 97-128). Y a ello se ha sumado la tecnología mediante el sistema de ODR.

La Comisión cree que se requieren acciones colectivas privadas para obligar a las empresas a la resolución de reclamos por daños a través de ADR; sin embargo, la evidencia muestra que ahí donde las autoridades utilizan un poder de reparación regulatorio, se puede llegar a un acuerdo con adecuadas fases de investigación en aspectos sancionadores y de daños, ahorrando litigios largos y costosos. Los impedimentos para establecer tal acercamiento son la insistencia por parte de las autoridades de competencia en la bifurcación de las fases del cumplimiento público (que apoyan) y el privado (que rechazan). A partir de resolución alternativa de conflictos y de litigios en línea de la Directiva 2013/11/UE, ello se tornó realidad (Stürner *et al.*, 2014, pp. V-X).

La Comisión no ha tenido una visión clara de todas estas opciones ni ha emprendido una evaluación de impacto adecuada. Tampoco ha examinado la aplicación de manera integral ni ha evaluado cómo las diversas técnicas se comparan en términos de criterios como los que ha establecido (efectiva resolución de controversias, resultados ciertos y justos, tiempo razonable, sin abuso o incentivos para reclamos especulativos) o de velocidad, costo, efectividad y resultados

comparativos. La Comisión aquí sufre de un punto ciego importante que no es consecuencia de las acciones de implementación de políticas públicas, por lo que tiene poca experiencia de aplicación pública. Son los Estados miembros los responsables de hacer cumplir los principios de subsidiariedad, sujetos al requisito único de que se apliquen sanciones proporcionales, efectivas y disuasorias (Hodges, 2014, pp. 85-88).

Por otra parte, la Comisión ha recomendado que los Estados miembros tengan un régimen de actuación colectiva horizontal para todo tipo de casos. El enfoque horizontal fue solicitado por el Parlamento y evita inconsistencias entre las diferentes iniciativas de la Comisión sobre reparación colectiva, un hecho que apunta a la necesidad de un sistema más coherente. Asimismo, se confiaron otras técnicas a los Estados miembros, como la capacidad de los tribunales y de los sistemas de ADR para procesar reclamos individuales similares. Además, no hay indicios de un gran entusiasmo por parte de los Estados miembros por alterar el equilibrio interno de sus sistemas legales mediante un cambio importante, finalmente focalizando todo hacia el litigio (Cortés, 2015, pp. 114-130; 2016, pp. 10-25; Faure *et al.*, 2008, pp. 361-401).

Primero, se debe señalar que todos los Gobiernos desean como prioridad promover el crecimiento y mantenimiento de mercados competitivos, así como la pronta rectificación de desequilibrios mediante el pago de una compensación justa y completa. A simple vista, regular las acciones puede favorecerlas, pero la pregunta sigue siendo si hay otras opciones (las hay) y cuál de ellas es más efectiva, rápida y barata. En segundo lugar está la conciencia del riesgo de que el movimiento hacia cualquier mecanismo de acción colectiva pueda ser percibido por los negocios internacionales y los mercados como negativo, y de que eso inevitablemente tenga un efecto perjudicial en la competitividad de la UE, produciendo una falta de entusiasmo para invertir en un Estado (Guski, 2018, pp. 353-375). En tercer lugar, la adopción de un modelo de aplicación generalizada por litigios privados podría resultar contrario al modelo de la UE para la aplicación de muchas normas a través de mecanismos regulatorios y otros. La arquitectura regulatoria europea tiene un aspecto diferente dado por el equilibrio entre la aplicación pública y privada (y ahora, además, la incorporación y el fortalecimiento de los métodos complementarios de solución de controversias [ADR]) (Bignami, 2011, pp. 411-461).

VII. LA DIRECTIVA 2020/1828: ¿UN NUEVO AMANECER?

La directiva sobre las acciones representativas busca ser la respuesta del legislador europeo a una situación inaceptable en la UE, relativa a la ausencia de acciones colectivas paneuropeas en contexto con las

discordantes soluciones (legislativas y casuísticas) presentes en los distintos Estados miembros (Augenhofer, 2019, pp. 5-10). En modelos como los de Estados Unidos, Canadá, Australia o Israel una empresa que infringe la ley y causa daños masivos a los consumidores suele verse obligada a indemnizar a todas las víctimas y puede preferir concluir acuerdos extrajudiciales (Dangl, 2020, pp. 798-805; Azar-Baud, 2021, pp. 1-6).

El artículo 1 de la directiva sobre acciones representativas establece un doble objetivo: garantizar que en todos los Estados miembros se disponga de un mecanismo de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, al mismo tiempo que se proporcionan salvaguardas adecuadas para evitar un ejercicio abusivo de la acción procesal. A tal fin, los Estados miembros deben introducir o (si es necesario) revisar las normas nacionales para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (Axtmann & Staudigel, 2020, pp. 80-93). Además, se reconocen acciones representativas que engloban tanto las medidas de cese como las de indemnización, y se define al interés colectivo *lato sensu*, pues comprende el interés general de los consumidores y los intereses individuales homogéneos (Räthemeyer, 2021, pp. 4-6). No obstante, aún será necesario esperar la transposición de la directiva (en un plazo de dos años) y su entrada en vigor (seis meses después) (Augenhofer, 2021, pp. 113-118).

Ya la Recomendación 2013/396/UE de la Comisión Europea del 11 de junio de 2013, relativa a los principios comunes aplicables a los mecanismos colectivos en materia de acciones de cesación e indemnización en los Estados miembros por violación de los derechos conferidos por el derecho de la UE, proponía la adopción de acciones colectivas con un alcance horizontal. Ello ya que, para obtener una reparación de daños o cesación de actos lesivos, no hay duda de que las acciones colectivas son más eficaces que las individuales. Además, esto tiene validez especialmente en las pequeñas causas pues, por sus montos, a veces resulta ser el único mecanismo viable y eficaz por el costo elevado de una acción individual, aunque también funciona en litigios de derecho de la competencia. Es decir, dicho texto no imperativo va más allá de la protección específica de los intereses de los consumidores y abarca a los ciudadanos. Como la mayoría de los Estados miembros no la siguieron, la UE optó por intervenir mediante esta directiva (Räthemeyer, 2021, pp. 4-8).

VII.1. Acción representativa e interés colectivo

La designación del nuevo mecanismo europeo de «acción representativa» resulta ser original si se confronta con los modelos comparados. Además, y sobre todo, denota su principal característica,

ya que la acción representativa solo puede ser ejercida por «entidades calificadas» que pueden actuar en nombre de los consumidores para la tutela del interés colectivo. El interés colectivo, por su parte, abarca el interés general de los consumidores y, en particular, los intereses de un grupo de estos. Al igual que en los sistemas iberoamericano y angloamericano, comprende subtipos como los derechos divisibles (intereses individuales homogéneos o la suma de intereses individuales) y los intereses indivisibles (difusos) (Lühmann, 2020, pp. 1706-1710). De forma similar al derecho francés, estas características asoman como salvaguardas contra el uso abusivo de las acciones colectivas (Azar-Baud, 2020, pp. 233-240; Eckert, 2020, pp. 1-5).

Contraria al enfoque horizontal adoptado anteriormente (Recomendación 2013/396/UE), la directiva solo es aplicable en su ámbito sustantivo a las violaciones del derecho de la UE enumeradas en su anexo I. Una acción representativa puede tener por objeto medidas (pretensiones) de cesación y resarcitorias; y dado que la parte procesal formal es solo la entidad calificada, es esta quien asume los derechos y obligaciones derivados del procedimiento (Cordón Moreno, 2020, pp. 166-180). Cabe precisar que solo los consumidores-personas físicas o naturales pueden ser representados procesalmente, lo que excluye tanto a las pequeñas empresas como a las autoridades locales que, no obstante, suelen ser frecuentemente víctimas de los mismos actos dañosos masivos (Philipp, 2020, pp. 1051-1056).

El consumidor se beneficia del resultado de la acción según lo que dispongan los Estados miembros. En efecto, la directiva deja a estos la libertad de establecer un sistema de inclusión (*opt-in*) o exclusión (*opt-out*) voluntaria, con dos excepciones (art. 9.3). Esta crítica no alienta a los Estados miembros a adoptar un régimen de exclusión voluntaria, que resulta ser la única forma eficaz de dar a la acción colectiva el efecto compensatorio para todos y, por lo tanto, el incentivo negativo disuasivo deseado. Así las cosas, los consumidores deberán adherir (*opt-in*) a cualquier acción representativa transfronteriza como a una acción representativa nacional en la que el Estado miembro haya determinado la inclusión voluntaria. Los Estados miembros quedan así libres para prever un mecanismo de aceptación o exclusión voluntaria (*opt-in* u *opt-out*), o bien una combinación de ambos, cuando un consumidor interesado en una acción representativa desee entrar o salir de proceso pendiente. Los Estados miembros también tienen la facultad discrecional de decidir en qué etapa procesal de la acción representativa el consumidor individual puede optar. También es cierto que las demandas colectivas pueden llegar a ser más frecuentes en ciertos Estados miembros, donde la flexibilidad en la admisibilidad y los mecanismos de financiación existentes son más favorables. Así se confirman como válidos los temores esbozados en respuesta al borrador

255

LAS ACCIONES
REPRESENTATIVAS
DE CESACIÓN
Y REPARACIÓN:
MISIÓN Y VISIÓN
DEL MODELO
COMUNITARIO
EUROPEOINJUNCTIONS
AND COLLECTIVE
REDRESS: EUROPEAN
MISSION AND
VISION

de la directiva respecto a la posibilidad de que se presenten acciones sin mérito con fines exclusivamente lucrativos (Biard, 2018b, pp. 21-26; Voet, 2018, pp. 205-230; Stadler, 2018d, pp. 519-544).

Dado que la mayoría de los Estados miembros con acciones de clase han adoptado un sistema de consentimiento expreso, es probable que la inclusión voluntaria siga siendo el principio predominante en Europa. Hasta la fecha, pocos Estados miembros cuentan con un mecanismo de exclusión voluntaria (Portugal y los Países Bajos) o un mecanismo mixto (de inclusión o exclusión voluntaria, en función de las especificidades del caso, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca y el Reino Unido) (Domej, 2019, pp. 446-450).

VII.2. El proceso colectivo

La directiva incorpora pocas normas procesales, respetando la autonomía de los Estados miembros. Así, las condiciones de admisibilidad de una acción específica se dejan a la discreción de los Estados miembros, como en el caso del grado de similitud requerido de las declaraciones individuales o del número mínimo de consumidores afectados (Armenta Deu, 2020, pp. 133-148), para los que solo se prevén algunas disposiciones. De manera general, vale la pena mencionar las siguientes: a) una referida al deber de información sobre los consumidores afectados y alcanzados por la acción cuando esta inicia el proceso (art. 7); y b) otra con el deber/potestad dado a los jueces o las autoridades para desestimar los casos manifiestamente infundados lo más tempranamente posible, según el derecho local. Resalta la regulación de las «cautelares de cese», que pueden ordenarse como una «medida provisional» para las prácticas que, se «presume», constituyen una infracción; y como una «medida definitiva» cuando constituyen una vulneración al derecho sin lugar a duda (Prütting, 2020, pp. 197-202). La tutela cautelar persigue la protección provisoria de los intereses colectivos de los consumidores, ello independientemente de cualquier pérdida o daño real sufrido de forma individual por estos. De esa forma, se puede disponer que el empresario asuma conductas específicas como informar completa y adecuadamente al consumidor sobre el contrato que se celebra. Asimismo, la decisión sobre una cautelar es independiente de cualquier ponderación sobre la intencionalidad, negligencia o culpa de la práctica dañosa (Azar-Baud & Sousa Ferro, 2020, pp. 1-20; Taruffo, 2019a, pp. 97-118; 2019b, pp. 119 y 136; Bujosa Badell, 2020, pp. 12-48).

Las normas sobre la «prueba» son muy tenues, quizás por la consideración a la autonomía de cada Estado, donde incluso la prueba a veces se regula no solo procesalmente, sino de manera sustantiva. El demandante no debe acreditar el perjuicio real a los consumidores individuales, ni la intención o la negligencia por parte del demandado.

Las decisiones judiciales y/o administrativas previas que establezcan la infracción pueden ser material probatorio independiente del Estado en cuestión (Directiva 2020/1828, art. 18). No obstante la buena intención de la norma, quizás hubiera sido preferible la solución del artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE del 26 de noviembre de 2014, relativa a las acciones de indemnización por daños y perjuicios en materia de competencia (Philipp, 2019, pp. 308-311), en vista de que determina una presunción irrefutable para las decisiones finales de una autoridad nacional de competencia o un órgano de apelación a los efectos de una acción por daños y perjuicios interpuesta ante sus tribunales nacionales.

La directiva prevé la hipótesis de la financiación de una acción representativa de indemnización por un tercero cuando lo permita el Estado miembro en el que se interpone la acción (art. 4) (Corominas Bach, 2018, pp. 29-30). No debe olvidarse que, históricamente, el mercado de financiación de litigios ya se fue expandiendo lentamente por toda la UE (Stadler, 2018a, pp. 189-194; Wagner, 2006, p. 124). En caso de fondos remanentes, hubiera sido deseable una mejor regulación, dado que son los fondos asignados no reclamados por los consumidores incorporados al grupo en los plazos previstos, aunque sí se dispone que los Estados miembros cuenten con la posibilidad de establecer normas sobre su asignación. Hubiera sido preferible una disposición imperativa como «deben», que es lo que ha demostrado mejor funcionamiento; sin embargo, la directiva se contenta con una especie de *fluid recovery* anómalo y muy limitado (Azar-Baud & Sousa Ferro, 2020, pp. 1-4).

Hay disposiciones para disuadir y evitar el abuso procesal, tal es el caso de aquellas que establecen que: a) los representantes no deben tener ningún conflicto de intereses ni fines de lucro, deben ser independientes de toda influencia —en particular, de terceros financiadores— y deben revelar la fuente de financiación; b) el cumplimiento de las condiciones por parte de los representantes debe ser evaluado periódicamente por los Estados miembros; c) el tribunal debe examinar la legitimidad de una entidad calificada en cada caso (más allá de la mera inclusión en la lista por un Estado miembro); d) el demandado afectado por el cumplimiento por parte de una entidad habilitada de los criterios establecidos por la directiva puede plantearlo, al igual que la Comisión y los jueces o las autoridades; e) el tribunal tiene derecho a rechazar las reclamaciones manifiestamente infundadas en una fase temprana; f) la obligación de la entidad habilitada de sufragar las costas si la acción no prospera; y g) el tribunal puede rechazar la legitimación activa de la entidad en caso de financiamiento no conforme a las reglas enunciadas con antelación.

Pero también es cierto que son acotadas y podrían haberse considerado cuestiones como: a) la interrupción de la prescripción de las infracciones continuas (Blagojevic, 2020, pp. 301-332); b) soluciones a nivel de la

LAS ACCIONES
REPRESENTATIVAS
DE CESACIÓN
Y REPARACIÓN:
MISIÓN Y VISIÓN
DEL MODELO
COMUNITARIO
EUROPEO

INJUNCTIONS
AND COLLECTIVE
REDRESS: EUROPEAN
MISSION AND
VISION

UE para las infracciones con alcance comunitario; c) la jurisdicción y competencia, ya que el domicilio social del profesional del país rige en las reglas generales, lo que incentivará a las empresas a que se constituyan en los Estados miembros con normas más favorables a sus intereses; d) la conexidad, coordinación y litispendencia de casos que se refieran a la misma infracción, tanto en casos individuales como colectivos paralelos; e) la designación de un demandante principal si son varias las entidades calificadas; y f) la posibilidad de constituir un *fluid recovery* que ordene a los infractores pagar daños y perjuicios globales (sobre una base de *opt-out*), y que el residual no reclamado por los consumidores se destine a una causa específica vinculada con el proceso (Corominas, 2018, pp. 169-179).

Finalmente, pese a la diferencia entre las acciones de cesación y las acciones de reparación, no puede dudarse de su complementariedad ni de que puedan hacerse valer conjuntamente. Ello ya que un mismo hecho dañoso puede ocasionar acciones de trascendencia colectiva con diverso contenido, pero que pueden conocerse y decidirse en un mismo proceso. La acumulación de las acciones mencionadas debe ser promovida y no se ve obstáculo en esta directiva para ello (art. 7.5), pues los Estados miembros han de poder permitir que las medidas de cesación y de reparación se soliciten en una sola demanda y que se acuerden en una misma resolución. Ello, a su vez, es una recomendación e instrucción fuerte para los Estados miembros: que disposiciones procesales internas puedan obstar aquellos objetivos perseguidos por la directiva (Gascón Inchausti, 2020, pp. 1311-1314).

VII.3. Críticas finales. *Quo vadis?*

La presente directiva debe tener por objeto garantizar que los consumidores cuenten, al menos, con una alternativa procesal colectiva por representación para requerir medidas cautelares y de reparación que permita las tutelas de derechos en forma eficaz y eficiente. Esto impulsaría, quizás parcialmente, la confianza de los consumidores, los empoderaría para ejercer sus derechos, contribuiría a una competencia más justa y crearía condiciones equitativas para los comerciantes que operan en el mercado interior (Backhaus, 2012, pp. 69-75; Azar-Baud & Sousa Ferro, 2020, pp. 1-20).

En un mecanismo de participación voluntaria, se debe exigir a los consumidores que expresen explícitamente su voluntad de ser representados por la entidad calificada en una acción representativa de reparación (Azar-Baud, 2021, pp. 1-4; Gutierrez de Cabiedes, 2018, pp. 17-60). En un mecanismo de exclusión voluntaria, se debe exigir a los consumidores que expresen explícitamente su voluntad de no ser representados por la entidad calificada en una acción representativa de

reparación (Azar-Baud & Sousa Ferro, 2020, pp. 1-20). Por otro lado, los Estados miembros deben poder decidir en qué fase de la acción de representación los consumidores individuales pueden ejercer su derecho a participar o excluirse del procedimiento. Los consumidores afectados por una acción representativa de reparación deben tener oportunidades adecuadas, después de que se haya interpuesto la acción, para expresar su voluntad sobre si deben o no estar representados por la entidad calificada en esa acción representativa específica, y si deben beneficiarse o no de los resultados relevantes de esa acción. Asimismo, para responder mejor a sus tradiciones jurídicas, los Estados miembros deben prever un mecanismo de inclusión o exclusión voluntaria, o una combinación de ambos.

Un problema evidente y que deja dudas abiertas es que, tras analizar los elementos básicos del sistema que se establece en la directiva de 2020 y los antecedentes que se escogieron para el desarrollo evolutivo, es un poco difícil predicar la existencia de un sistema completo y coherente. Primero, porque no se ha logrado (ni es de considerarse) ni se aspira a fórmulas únicas de tutela colectiva, sino que el mosaico de soluciones propuestas por los ordenamientos procesales nacionales puede disponer —y lo hacen— de otros mecanismos que difieren a los de la directiva. Segundo porque, normativamente, es la propia directiva la que delega la definición de muchos aspectos claves y de extrema relevancia a los Estados miembros como parte de su autonomía procesal (Nagy, 2020, pp. 127-130).

Se podría haber esperado que un mecanismo europeo de acción colectiva protegiera todos los derechos concedidos a los consumidores o, mejor aún, a los ciudadanos, pero esta directiva no lo consigue, pues solo se aplica a unas sesenta directivas y reglamentos enumerados en el anexo. Fundamentalmente, no abarca las infracciones de la legislación antimonopolio de la UE, que podría decirse que es una de las esferas en las que la reparación al consumidor es más compleja y deficiente. Tampoco se incluyen los derechos fundamentales y la discriminación. En cuanto a las personas con derecho a deducir acciones representativas, la directiva solo define los criterios de designación cuando se trata del derecho a entablar acciones transfronterizas, dejando así a los Estados miembros una amplísima discreción para las acciones colectivas nacionales, algo ya observado en el proyecto de directiva (Halfmeier & Rott, 2018, pp. 243-244). A ello se suma que el derecho a actuar en una acción de representación está sujeto a la condición de proporcionar información suficiente sobre los consumidores afectados por la acción, lo que puede generar una casuística y regulaciones contradictorias entre sí (Lühmann, 2019, pp. 570-575; Ortego Pérez, 2020, pp. 1-21). Tampoco resulta atendible la exclusión de las escasas referencias a la propuesta de la Comisión en las que se permitía ver un equivalente del *opt-out*.

259

LAS ACCIONES
REPRESENTATIVAS
DE CESACIÓN
Y REPARACIÓN:
MISIÓN Y VISIÓN
DEL MODELO
COMUNITARIO
EUROPEOINJUNCTIONS
AND COLLECTIVE
REDRESS: EUROPEAN
MISSION AND
VISION

La directiva solo excluye el *opt-in* en las cautelares de cese de una conducta ilícita, pero ello no era necesario, ya que las órdenes de cese tendrían en todo caso de hecho o de derecho efectos *erga omnes* (Corominas Bach, 2018, pp. 169-170). No siguiendo el aporte académico mayoritario de que la reparación de los consumidores por pequeñas cantidades resulta efectiva con un mecanismo de *opt-out*, la directiva no solo lo ignora, sino que además prohíbe a los Estados miembros adoptar ese modelo si se trata de los consumidores de otros Estados miembros (Philipp, 2019, pp. 308-311).

Los consumidores y las entidades calificadas pueden desanimarse por el hecho de que deberán lidiar con las diferentes reglas de cada jurisdicción si desean presentar un reclamo transfronterizo (Voet, 2018, pp. 210-211). Con estas conclusiones iniciales es más probable que cada jurisdicción adopte su propia forma de acción de clase y que haya un alto grado de variación entre los Estados miembros, lo que generará litigios costosos y poco atractivos en al menos algunos de ellos. Esta opinión se ve resaltada por el hecho de que algunos Estados miembros ya se han movido para implementar alguna forma de acción colectiva como el Reino Unido, los Países Bajos e Italia, adoptando acciones colectivas de exclusión voluntaria que pueden ser dirigidas con representantes de reclamos individuales y respaldadas por fondos de terceros (Kramer, 2013, p. 63; Voet, 2013, pp. 457-464; Gaboardi, 2019).

Por lo tanto, para responder a la pregunta clásica de si esta directiva es realmente una novedad, la respuesta a futuro no parece ser positiva ni muy optimista (Bruns, 2018, pp. 2753-2760). La globalización y la digitalización han aumentado el riesgo de que un gran número de consumidores resulten perjudicados por la misma práctica ilegal; así, las infracciones del derecho de la UE perjudican al consumidor. Sin medios efectivos para lograr el cese de prácticas ilegales y reparar las pérdidas de los consumidores, la confianza de estos en el mercado interior se ve obstaculizada (Ulen, 2012, pp. 75-100). Y ello se suma a que los procedimientos de acción representativa, tanto para medidas cautelares como de reparación, varían en la UE y ofrecen diferentes niveles de protección a los consumidores (Azar-Baud & Sousa Ferro, 2020, pp. 1-20).

VIII. CONCLUSIONES

La Directiva 2020/1828 de noviembre de 2020 marca un hito significativo que, no obstante, puede tener consecuencias decepcionantes y ser un paso en falso. El paquete de propuestas revela compromisos políticos relevantes. Las preguntas clave son: ¿la Comisión y el Parlamento logran con su modelo una mayor certeza en la reparación y evitan el abuso? La evidencia empírica actual sugiere

que el paquete no generará un aumento significativo en la reparación para consumidores o empresas. ¿Y se han logrado los objetivos establecidos en su comunicación? La acción colectiva propuesta es capaz de resolver efectivamente una gran cantidad de reclamos individuales por compensación de daños y de entregar resultados legalmente ciertos y justos (Augenhofer, 2019, p. 6; Goldsmith, 2013, pp. 30-45); sin embargo, es poco idónea para promover la economía procesal y casi imposible de aplicar a la hora de resolver reclamos dentro de un plazo razonable. Si bien respeta los derechos de todas las partes involucradas, proporciona algunas robustas salvaguardas (pero no evita) contra litigios abusivos y límites económicos como desincentivos para presentar reclamos especulativos (Axtmann & Staudigel, 2020, p. 84; Harsági & Van Rhee, 2014, pp. 19-30).

¿Estamos viendo un nuevo amanecer de la reparación colectiva? Hay evidencia de que sí, pero a medias: una era de renovadas acciones colectivas. Si la UE se toma en serio la entrega de reparaciones, evitando el abuso, será una era de mayor reparación entregada a través de mecanismos regulatorios y de ADR respaldados por las presiones del mercado competitivo. De hecho, las instituciones de la UE se enfrentan a una importante elección de políticas públicas. En ese sentido, ¿la UE quiere un sistema que priorice la aplicación privada de los derechos públicos y privados como en Estados Unidos, o prefiere continuar con un enfoque equilibrado entre la aplicación pública y privada? Y, de cara a ello, ¿cómo debería ser ese equilibrio ahora? Para responder a esa pregunta crucial se necesita mucha más evidencia y reflexión. La recomendación de que todos los Estados miembros tengan una acción colectiva horizontal para todo tipo de reclamo es revolucionaria y resulta improbable que encuentre el favor de la mayoría de los Gobiernos.

Los factores clave que afectan el litigio colectivo se controlan a nivel nacional, por lo que la diversidad de la situación actual continuará sin ser armonizada. En ese sentido, el paquete no logrará igualdad de condiciones y la diversidad continua promoverá *forum shoppings* entre los diferentes Estados miembros.

REFERENCIAS

Andrews, N. (2021). English System of Multiparty Litigation. En B. Fitzpatrick y R. Thomas (eds.), *The Cambridge Handbook of Class Actions* (pp. 153-175). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108770927.014>

Armenta Deu, T. (2013). *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*. Madrid: Marcial Pons.

Armenta Deu, T. (2018). Introducción. En T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert (eds.), *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectiva de futuro)* (pp. 9-16). Madrid: Marcial Pons.

Armenta Deu, T. (2020). La legitimación en las acciones colectivas. En A. Montesinos García (ed.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del Siglo XXI* (pp. 133-148). Valencia: Tirant lo Blanch.

Augenhofer, S. (2019). Die Reform des Verbraucherrechts durch den "New Deal" - ein Schritt zu einer effektiven Rechtsdurchsetzung? *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 40(1), 5-10.

Augenhofer, S. (2021). Die neue Verbandsklagen-Richtlinie - effektiver Verbraucherschutz durch Zivilprozessrecht? *Neue Juristische Wochenschrift*, 74(3), 113-118.

Axtmann J., & Staudigel, A. (2020). Richtlinienvorschlag zur Verbandsklage - kurzer Überblick. *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 53(3), 80-93.

Azar-Baud, M. J. (2018). Acciones colectivas en Francia y la Unión Europea: diferencias con Argentina e Iberoamérica. En T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert (eds.), *Acciones colectivas (Cuestiones actuales y perspectivas de futuro)* (pp. 445-480). Barcelona: Marcial Pons.

Azar-Baud, M. J. (2020). French Group Action Lawsuits - Between tradition and modernity. *European Journal of Consumer Law*, 2, 233-240.

Azar-Baud, M. J. (2021). A propósito de la Directiva Europea sobre Acciones Representativas para la Protección de los Intereses Colectivos de Consumidores. *La Ley*, LXXXV(5), 1-10.

Azar-Baud, N. J., & Magnier, V. (2021). Class Action à la française. En B. Fitzpatrick y R. Thomas (eds.), *The Cambridge Handbook of Class Actions: An International Survey* (pp. 247-271). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108770927.014>

Azar-Baud, M. J., & Sousa Ferro, M. (2020). *Directive on consumer representative actions: a sheep in wolf's clothing?* *EU Law live*, Op.-Eds 4/12/2020.

Blagojevic, D. (2020). *Die effektive Durchsetzung kapitalmarktrechtlicher Ansprüche mittels Gruppenklage*. Berlín: Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783748921868>

Bailey, D. (2010). Early Case-Law of the Competition Appeal Tribunal. En B. Rodger (ed.), *Ten years of UK Competition Law Reform* (caps. 2-3). Dundee: DUP.

Benedí Lahuerta, S. (2018). Enforcing EU Equality Law through Collective Redress: Lagging behind? *Common Market Law Review*, (55).

Biard, A. (2018a). Collective redress in the EU: a rainbow behind the clouds? *ERA Forum*, (19). <https://doi.org/10.1007/s12027-018-0509-4>

Biard, A. (2018b). Sale temps pour L'action de groupe... la nécessaire recherche d'outils alternatifs pour résoudre les litiges de masse. *Revue Lamy Droit Civil*, (157).

Bignami, F. (2011). Cooperative legalism and the non Americanization of European regulatory styles: The case of data privacy. *The American Journal of Comparative Law*, 59(2). <https://doi.org/10.5131/ajcl.2010.0017>

Blennerhassett, J. (2016). *A Comparative Examination of Multi-Party Actions. The Case of Environmental Mass Harm*. Oxford, Berlín: Beck-Hart-Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845280301>

Brändli, B. (2021). Class Actions in Switzerland. En B. Fitzpatrick y R. Thomas (eds.), *The Cambridge Handbook of Class Actions* (pp. 176-194). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108770927.014>

Bruns, A. (2018). Instrumentalisierung des Zivilprozesses im Kollektivinteresse durch Gruppenklagen? *Neue Juristische Wochenschrift*, 71 (38), 2753-2760.

Bujosa Badell, L. (2020). ¿De qué hablamos cuando hablamos de procesos colectivos? En A. Montesinos Garcia (ed.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del Siglo XXI* (pp. 12-48). Valencia: Tirant lo Blanch.

Cafaggi, F., & Micklitz H.-W. (2009). *New Frontiers of Consumer Protection. The Interplay between Private and Public Enforcement*. Cambridge: Intersentia.

Caponi, R. (2019). Ultime dall'Europa sull'azione di classe (con sguardo finale sugli Stati uniti e il Dieselgate). *Foro Italiano*, 2 (9).

Cordón Moreno, F. (2020). Examen de los instrumentos de tutela previstos en la directiva, del parlamento y del consejo, relativa a las acciones de representación para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores. *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, (36), 166-180. https://doi.org/10.18239/RCDC_2020.36.2639

Corominas Bach, S. (2018). *Procesos colectivos y legitimación. un necesario salto hacia el futuro*. Barcelona: Marcial Pons.

Cortés, P. (2016). *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198766353.003.0001>

Cortés, P. (2015). A new regulatory framework for extra-judicial consumer redress: where we are and how to move forward. *Legal Studies*, 35 (1), 114-141. <https://doi.org/10.1111/est.12048>

Dangl, M. (2020). Die EU-Richtlinie über Verbandsklagen - ein Ultra-vires-Akt? *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 31 (5), 798-805.

De Wulf, H. (2021). Class Actions in Belgium. En B. Fitzpatrick y R. Thomas (eds.), *The Cambridge Handbook of Class Actions* (pp. 194-216). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108770927.014>

Delatre, J. (2011). Beyond the White Paper: Rethinking the Commission's Proposal on Private Antitrust Litigation. *Competition Law Review*, 11 (1), 29-58.

Domej, T. (2019). Die geplante EU-Verbandsklagenrichtlinie - Sisyphos vor dem Gipfelsieg? *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, (3), 446-450.

Eckert, J. (2020). Klagebefugnis von Umweltverbänden: Nationales Recht und EuGH-Rechtsprechung. *Zeitschrift für Verwaltung in Praxis und Wissenschaft*, 53 (1), 1-5.

LAS ACCIONES REPRESENTATIVAS DE CESACIÓN Y REPARACIÓN: MISIÓN Y VISIÓN DEL MODELO COMUNITARIO EUROPEO
INJUNCTIONS AND COLLECTIVE REDRESS: EUROPEAN MISSION AND VISION

Faure, M., Ogus, A., & Philipsen, N. (2008). Enforcement practices for breaches of consumer protection legislation. *Loyola Consumer Law Review*, 20(4), 361-401.

Föhlisch, C., & Löwer, D. (2019). Die Entwicklung des E-Commerce-Rechts seit Mitte 2017. *Verbraucher und Recht*, (2), 48-52.

Fries, M. (2016). *Verbraucherrechtsdurchsetzung*. Tubinga: Mohr Siebeck. <https://doi.org/10.1628/978-3-16-154588-7>

Gaboardi, M. (2019). Inquiry into the Dieselgate Scandal in Italy. How to Enforce the Italian Consumer and Capital Market Law within the European Legal Context. *Enforcing Consumer and Capital Market Law*. Bocconi Legal Studies Research Paper N° 3553331. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3553331>

Gascón Inchausti, F. (2018). *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*. Barcelona: Marcial Pons. <https://doi.org/10.2307/j.ctv10rrcnp>

Gascón Inchausti, F. (2020). ¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(2), 1290-1323. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5672>

Gascón Inchausti, F. (2021). Las European Rules of Civil Procedure: ¿un punto de partida para la armonización del proceso civil? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(1), 277-297. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5960>

Gascón Inchausti, F., & Hess, B. (2020). *The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?* Cambridge: Intersentia. <https://doi.org/10.1017/9781839700071>

Gidi, A., & Ferrer Mac-Gregor, E. (eds.). (2008). *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano: comentarios artículo por artículo* (pp. 10-45). México: Porrúa.

Giudici, P., & Zulfi, B. (2021). The New Italian Regulation on Class Actions. En B. Fitzpatrick y R. Thomas (eds.), *The Cambridge Handbook of Class Actions* (pp. 217-232). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108770927.014>

Goldsmith, J. (2013). European collective redress. *The Law Gazette*, 20/6/2013, 1-5.

Gutierrez de Cabiedes, P. (2018). Acciones colectivas: pretensiones y legitimación. En T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert (eds.), *Acciones colectivas (Cuestiones actuales y perspectivas de futuro)* (pp. 17-60). Barcelona: Marcial Pons.

Guski, R. (2018). Konfliktermöglichung durch überindividuellen Rechtsschutz: Funktion und Dogmatik der Verbandsklage. *Zeitschrift für Zivilprozess*, 131(3), 353-375. <https://doi.org/10.1515/zzp-2018-1310304>

Habbe, S., & Gieseler, K. (2018). Der Vorschlag der EU-Kommission zur Einführung von Musterklagen aus deutscher Perspektive. *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht*, 39(6), 227-230.

Halfmeier, A., & Rott, P. (2018). *Verbandsklage mit Zähnen? - Zum Vorschlag einer Richtlinie über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher. Verbraucher und Recht*, (7), 243-250.

Halfmeier, A. (2021). Collective Litigation in German Civil Procedure. En B. Fitzpatrick y R. Thomas (eds.), *The Cambridge Handbook of Class Actions* (pp. 233-246). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108770927.014>

Hársagi, V., & Van Rhee, C. (2014). Collective Redress in the Europe Union-Comparative Perspectives. En V. Hársagi y C. Van Rhee (eds.), *Multi-Party Redress Mechanism in Europe: Speaking Mice?* (pp. 1-10). Cambridge: Intersentia.

Hensler, D. (2009). The globalisation of class actions. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 622(1), 7-29. <https://doi.org/10.1177/0002716208328327>

Hodges, C. (2008). *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems*. Oxford: Hart Pub. <https://doi.org/10.5040/9781472564542>

Hodges, C. (2009). From Class Actions to Collective Redress: A Revolution in Approach to Compensation. *Civil Justice Quarterly*, 28(1), 41-66.

Hodges, C. (2014). Collective Redress: A Breakthrough or a Damp Squib? *Journal of Consumer Policy*, 37, 67-89. <https://doi.org/10.1007/s10603-013-9242-0>

Isacharoff, S., & Miller, G. (2009). Will Aggregate Litigation Come to Europe? *Vanderbilt Law Review*, 62. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1296843>

Javaux, B., & Biard, A. (2019). Recours Collectifs à l'heure de la Legaltech: l'initiative européenne serait elle déjà obsolète? *Revue Lamy Droit Civil*, (173), 1-5.

Jiménez Cardona, N. (2021a). *La Dimensión Constitucional del Derecho de la Competencia - Teoría y Práctica*. Curitiba: Jurúa.

Jiménez Cardona, N. (2021b). *Acciones por daños derivados de las infracciones del Derecho de la Competencia: aspectos sustantivos y procesales*. Madrid: Bosch.

Kelemen, D. (2011). *Eurolegalism. The Transformation of Law and Regulation in the European Union*. Boston: Harvard University Press. <https://doi.org/10.4159/harvard.9780674061057>

Keske, S. (2010). *Group litigation in European competition law: A law and economics perspective*. Mortsel: Intersentia.

Kortmann, J., & Swaak, C. (2009). The EC White paper on antitrust damage actions: why the member states are (right to be) less than enthusiastic. *European Competition Law Review*, 3(7), 340-351.

Kramer, X. (2013). Enforcing mass settlements in the European judicial area: EU policy and the strange case of Dutch collective settlements (WCAM). En C. Hodges y A. Stadler (eds.), *Resolving mass Disputes and settlement of mass claims* (pp. 63-90). Cheltenham: Edward Elgar. <https://doi.org/10.4337/9781782546917.00010>

LAS ACCIONES
REPRESENTATIVAS
DE CESACIÓN
Y REPARACIÓN:
MISIÓN Y VISIÓN
DEL MODELO
COMUNITARIO
EUROPEO

INJUNCTIONS
AND COLLECTIVE
REDRESS: EUROPEAN
MISSION AND
VISION

Lühmann, T. (2019). Der Vorschlag einer europäischen Verbandsklage. *Neue Juristische Wochenschrift*, 72(13), 570-575.

Lühmann, T. (2020). Kollektiver Rechtsschutz - Ein aktueller Überblick. *Neue Juristische Wochenschrift*, 72(9), 1706-1710.

Luther, J. (2012). The Constitutional Impact of Class Actions in European Legal Systems. En J. Backhaus, A. Cassone y G. Ramello (eds.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe* (pp. 306-326). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited. <https://doi.org/10.4337/9781781001240.00022>

Marcus, R. (2018). Treading Water? Current Procedural Issues in America. *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 23, 183-202.

Miller, A. (1979). Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the Class Action Problem. *Harvard Law Review*, 92(3), 664-694. <https://doi.org/10.2307/1340397>

Mom, A. (2011). *Kollektiver Rechtsschutz in den Niederlanden*. Tübinga: Mohr Siebeck.

Money-Kyrle, R., & Hodges, C. (2012). *Safeguards in collective actions*. Oxford: The Foundation for Law, Justice and Society.

Mullenix, L. (2014). Competing Values: Preserving Litigant Autonomy in an Age of Collective Redress. *DePaul Law Review*, 64(2), 601-640.

Nagy, C. I. (2020). The long-awaited directive on representative actions: still waiting for godot... *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 2, 127-138.

Neira Pena, A. M. (2019). Tutela colectiva y principios procesales. Las necesarias limitaciones del principio dispositivo en los procesos colectivos. *Ius et Praxis*, 25(1), 195-250. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000100195>

Ortego Pérez, F. (2020). Poderes del juez y eficacia en los procesos colectivos: entre la dogmática y la praxis. *Revista General de Derecho Procesal*, 52, 1-21.

Ortells Ramos, M. (2011). Protección de intereses jurídicos supraindividuales: actuación de las administraciones públicas, justicia civil y combinación de sistemas de protección. *Ius et Praxis*, 17(2), 419-482. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122011000200016>

Ortells Ramos, M. (2020). Tutela judicial civil colectiva y nuevos modelos de los servicios de defensa jurídica en España. En A. Montesinos García (ed.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del Siglo XXI* (pp. 49-102). Valencia: Tirant lo Blanch.

Pastor, J. M. (2018). La tutela de los intereses colectivos de los consumidores en España y en la Unión Europea: de las acciones colectivas de cesación a las acciones representativas de cesación y reparación. En T. Armenta Deu y S. Pereira (eds.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI* (pp. 93-120). Madrid: Marcial Pons.

Philipp, B. (2019). Prozessrecht: Verbandsklage für Verbraucher. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 40(4), 308-311.

Philipp, B. (2020). Verbraucherrecht: EU-Verbandsklage verabschiedet. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 41(8), 1051-1056.

Prütting, H. (2020). Neue Entwicklungen im Bereich des kollektiven Rechtsschutzes. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 41(5), 197-202.

Räthemeyer, M. (2021). Die neue Verbandsklagen-Richtlinie. *Verbraucher und Recht*, (1), 4-8.

Schröeder, M. (2016). *Der Unternehmerregress beim Verbrauchsgüterkauf im Falle von Grenzüberschreitenden Handelskaufen*. Tubinga: Mohr. <https://doi.org/10.1628/978-3-16-154418-7>

Revista Española de Derecho Internacional (2015). Información y documentación. *Revista española de Derecho Internacional*, 67(1), 1-10.

Silvestri, E. (2013). Towards a Common Framework of Collective Redress in Europe? An Update on the Latest Initiatives of the European Commission. *Russian Law Journal*, 46, 46-56. <https://doi.org/10.17589/2309-8678-2013-1-1-46-56>

Stadler, A. (2014). European Developments in Collective Redress. *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht*, 3(2), 80-89.

Stadler, A. (2015). Die Umsetzung der Kommissionsempfehlung zum kollektiven Rechtsschutz. *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft*, 1(1), 61-84.

Stadler, A. (2017). Stand und Perspektiven der kollektiven Rechtsdurchsetzung in Deutschland und Europa. En *Tägungsband der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung* (pp. 129-152). Basilea, Tubinga: Mohr Siebeck.

Stadler, A. (2018a). Abtretungsmodelle und gewerbliche Prozessfinanzierung bei Massenschäden. *Wirtschaft und Wettbewerb*, 68(4), 189-194.

Stadler, A. (2018b). Kollektiver Rechtsschutz – Chancen und Risiken. *Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 182(6), 623-655.

Stadler, A. (2018c). Kollektiver Rechtsschutz quo vadis? *Juristen Zeitung*, (17), 793-802. <https://doi.org/10.1628/jz-2018-0235>

Stadler, A. (2018d). Kollektiver Rechtsschutz bei Anlegermassenschäden. En M. Lehmann y D. Zetsche (eds.), *Grenzüberschreitende Finanzdienstleistungen* (pp. 519-544). Tubinga: Mohr Siebeck.

Stadler, A., Smith, V., & Jeuland, E. (eds.). (2020). *Collective and Mass Litigation in Europe: Model Rules for Effective Dispute Resolution*. Cheltenham: Edward Elgar. <https://doi.org/10.4337/9781789906059>

Statement of the European Law Institute European (2014). *Collective Redress and Competition Damages Claims*. Viena: ELI. https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/S-5-2014_Statement_on_Collective_Redress_and_Competition_Damages_Claims.pdf

LAS ACCIONES
REPRESENTATIVAS
DE CESACIÓN
Y REPARACIÓN:
MISIÓN Y VISIÓN
DEL MODELO
COMUNITARIO
EUROPEO

INJUNCTIONS
AND COLLECTIVE
REDRESS: EUROPEAN
MISSION AND
VISION

Strong, S. (2013). Cross-Border Collective Redress in the European Union: Constitutional Rights in the Face of the Brussels I Regulation. *Arizona State Law Journal*, 44.

Stürner, M., Gascón Inchausti, F., & Caponi R. (coord.). (2014). *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice New Trends in Access to Justice under EU Directive 2013/11*. Berlín: Otto Schmidt/De Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783866536098>

Stürner, R. (2014). Principles of European civil procedure or a European model code? Some considerations on the joint ELI–UNIDROIT Project. *Uniform Law Review*, 19(2), 322-328. <https://doi.org/10.1093/ulr/unu015>

Taruffo, M. (2019a). Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective. En S. Pereira Campos (ed.), *Justicia Colectiva en Iberoamérica* (pp. 97-118). Montevideo: La Ley.

Taruffo, M. (2019b). Notes on the Collective Protection of Rights. En S. Pereira Campos (ed.), *Justicia Colectiva en Iberoamérica* (pp. 119-136). Montevideo: La Ley.

Torre Sustaeta, V. (2021). Sobre las reclamaciones de daños por infracción de las normas de Derecho de la Competencia tras la Directiva 104/2014: Vicisitudes procesales en torno a la acumulación de acciones por el actor y por el demandado. *La Ley Mercantil*, (21), 1-5.

Ulen, T. (2012). The Economics of Class Actions Litigation. En J. Backhaus, A. Cassone y G. Ramello (eds.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe* (pp. 75-100). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited. <https://doi.org/10.4337/9781781001240.00022>

Uzelac, A., & Voet, S. (eds.). (2021). *Class Actions in Europe. Holy Grail or a Wrong Trail?* (pp. 1-15). Suiza: Springer.

Vallespín Pérez, D. (2018). *Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas: conflictos y reclamaciones habituales*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.

Van der Elst, C. F., & Weterings, W. (2021). The Dutch Mechanisms for Collective Redress: Solid, and Excellent Within Reach. En B. Fitzpatrick y R. Thomas (eds.), *The Cambridge Handbook of Class Actions* (pp. 272-302). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108770927.014>

Voet, S. (2013). Cultural Dimensions of Group Litigation: The Belgian Case. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 41, 433-450.

Voet, S. (2014). European Collective Redress: A Status Quaestionis. *International Journal of Procedural Law*, 4.

Voet, S. (2018). Europe's Collective Redress Conundrum. *Japanese Yearbook of International Law*, (61), 189-204.

Wagner, G. (2006). Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht: Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden. *Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages* (vol. I, pp. 11-130). München: Beck.

Wagner, G. (2011). Collective Redress—Categories of Loss and Legislative Options. *Law Quarterly Review January*, 127, 55-82.

Whitford, W. (1981). Structuring Consumer Protection Legislation to Maximize Effectiveness. *Wisconsin Law Review*, 1981 (5), 1018-1043.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure (2004). <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000/C 364/01 (Unión Europea). https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal [Caracas], 2004). http://www.adacu.org.ar/ada/assets/reports/2017_08_28_Codigo_Modelo_de_Procesos_Colectivos_para_Iberoamerica.pdf

Communication from the Commission European Union «Towards a European Horizontal Framework for collective Redress», COM(2013) 401/2, 11.6.2013

Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for collective redress mechanisms in the Member States for injunctions against and claims on damages caused by violations of EU rights, COM(2013) 3539/3, 11.6.2013. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0396&from=en>

Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo 2018/0089(COD), COM(2020) 693 final (5 de noviembre 2019). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0693&from=EN>

Deutsche Bahn (IP/13/780) (Comisión Europea, 15 de agosto de 2013).

Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2009/22/CE (2009). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0022&from=ES>

Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2013/11/UE (2013). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0011&from=ES>

Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/104/UE (2014). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=ES>

Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE.

ELI/Unidroit Model European Rules of Civil Procedure (ELI Council and Membership y Unidroit Governing Council, 2021). <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/English-integral.pdf>

269

LAS ACCIONES
REPRESENTATIVAS
DE CESACIÓN
Y REPARACIÓN:
MISIÓN Y VISIÓN
DEL MODELO
COMUNITARIO
EUROPEO

INJUNCTIONS
AND COLLECTIVE
REDRESS: EUROPEAN
MISSION AND
VISION

European Parliament Resolution of 2 February 2012 «Towards a Coherent European Approach to Collective Redress», 2011/2089(INI). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52012IP0021>

Libro Verde sobre acciones por daños y perjuicios por incumplimiento de las normas antimonopolio COM(Comisión de las Comunidades Europeas, 2005) 672 final (2005). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=ES>

Libro Blanco de las Comunidades Europeas sobre Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia COM(2008) 165 final (Comisión de las Comunidades Europeas, 2008). https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_es.pdf

MasterCard vs. Merricks. UKSC 2019/0118, sentencia (Corte Suprema [Reino Unido], 11 de diciembre de 2020).

Organizacion de Consumidores y usuarios (OCU) vs. Volkswagen (Juzgado Mercantil de Madrid [España], 2017).

Posición del Parlamento Europeo adoptada en la primera lectura del 26 de marzo de 2019 con miras a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (Parlamento Europeo, 2018).

Presentación y debate sobre el borrador de normas del Grupo de Trabajo sobre “Partes” (Acciones colectivas) (Instituto de Derecho Europeo e Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, 2018). https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Projects/Unidroit_Materials/Trier_2018/WG_Parties_-_Draft_on_Collective_Redress.pdf

Propuesta del Parlamento Europeo: Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, COM(2013) 404 (11 de junio de 2013). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52013PC0404>

Propuesta del Parlamento y Consejo Europeo: On certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, COM(2013) 404 (11 de junio de 2013). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52013PC0404>

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, COM(2018) 185 final 2018/0090 (11 de abril de 2018). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0185&from=ES>

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (Comisión Europea, 2018).

271

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE – Aproximaciones Generales (Consejo de la Unión Europea, 2019). <https://www.consilium.europa.eu/media/41491/st14600-en19.pdf>

Recomendación de la Comisión sobre los principios comunes a los mecanismos de recursos colectivos por vía judicial y compensatoria en los Estados miembros en relación con las violaciones de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión Europea (Comisión de la Unión Europea, 2013). *Diario Oficial de la Unión Europea*. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:JOL_2013_201_R_NS0013

Recomendación 2013/396/UE de la Comisión UE relativa a la política colectiva de reparación y acciones de cese colectivas (Comisión de la Unión Europea, 11 de junio de 2013).

Recommendation on Consumer Dispute Resolution and Redress (OCDE, 2007). <http://www.oecd.org/dataoecd/43/50/38960101.pdf>

Reporte sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (Parlamento Europeo, 2018). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0447_EN.html

Vista la propuesta de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo (COM(2018)0184).

Tavoulareas vs. Tsavlis (EWHC 414, § 39) (High Court [Inglaterra y Gales], 9 de marzo de 2006).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea 1957 (última modificación por el Tratado de Lisboa) (2009).

Recibido: 11/01/2021
Aprobado: 10/05/2021

LAS ACCIONES
REPRESENTATIVAS
DE CESACIÓN
Y REPARACIÓN:
MISIÓN Y VISIÓN
DEL MODELO
COMUNITARIO
EUROPEO

INJUNCTIONS
AND COLLECTIVE
REDRESS: EUROPEAN
MISSION AND
VISION