

La justicia adversarial frente a las nuevas tendencias en la resolución alternativa de daños masivos a los consumidores. El ajuste al modelo español

Adversarial justice in the face of new trends in alternative resolution of mass consumer damages. Adjustment to the Spanish model

GISELA MORENO CORDERO

*Profesora Ayudante Doctora (acreditada a Contratada Doctora)
Universidad de Granada**

Recibido:14.01.2022 / Aceptado:12.02.2022

DOI: 10.20318/cdt.2023.7557

Resumen: En fecha relativamente reciente se aprobó la Directiva (UE) 2020/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. Su principal objetivo ha sido garantizar que los consumidores dispongan de al menos un mecanismo procesal capaz de proteger eficazmente sus intereses colectivos. Sin embargo, la Directiva se sustenta en un modelo adversarial de demostrada ineficacia que no tuvo en cuenta los nuevos modelos de resolución de controversias adoptados por algunos Estados miembros, cuya eficacia es incontestable en tiempo y resultados. Mediante estos nuevos modelos (nuevas tecnologías) se puede conseguir de forma rápida y sencilla la reparación de los daños masivos ocasionados a los consumidores a través de acuerdos voluntarios, sin que sea necesario acudir a un procedimiento. Tomando como punto de partida la amplia experiencia comparada y la doctrina científica, nuestra propuesta va dirigida a evaluar la posible introducción de las nuevas tecnologías -reparación regulatoria y el Defensor del Pueblo- en el ordenamiento español en aquellos sectores del consumo donde ello sea factible.

Palabras clave: Acciones colectivas, compensación regulatoria, Defensor del Pueblo.

Abstract: Relatively recently, Directive (EU) 2020/828 of the European Parliament and of the Council of 25 November on representative actions for the protection of consumers' collective interests was adopted. Its main objective has been to ensure that consumers have at least one procedural mechanism capable of effectively protecting their collective interests. However, the Directive is based on an adversarial model of proven ineffectiveness that did not take into account the new dispute resolution models adopted by some Member States, whose effectiveness is indisputable in terms of time and results. By means of these new models (new technologies) it is possible to quickly and easily obtain redress for the massive damage caused to consumers through voluntary agreements, without the need to resort to a procedure. Taking as a starting point the extensive comparative experience and scientific doctrine, our proposal is aimed at evaluating the possible introduction of new technologies -regulatory redress and the Ombudsman- in the Spanish legal system in those consumer sectors where this is feasible.

Keywords: Collective actions; regulatory redress; consumer ombudsman.

* El presente trabajo se adscribe al Proyecto Estratégico Orientado a la Transición Ecológica y a la Transición Digital 2021 del Ministerio de Ciencia e Innovación (Código/Referencia:TED2021-131127B-I00), titulado "Construcción de bases para una digitalización eficiente, legal y garantista de los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo mediante plataformas tecnológicas (CODIRE), y cuyos investigadores principales son Fernando Esteban de la Rosa y María José Fernández-Fígares Morales.

Sumario: I. Introducción. II. Respuesta normativa a las reclamaciones colectivas en España. 1. Estado de la cuestión. 2. Las entidades reguladoras como mejores intermediarios para la reparación de daños masivos y su intervención coordinada con el Defensor del Pueblo. III. La reparación regulatoria de daños masivos y el ombudsman en el sistema español. 1. Entidades reguladoras. 2. Necesidad de implementación de la figura del *ombudsman*. 3. La creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente como principal novedad del sistema RAL español. 4. El papel del Defensor del Pueblo español en materia de consumo. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. El panorama jurídico que en la actualidad se plantea en materia de daños masivos en los Estados miembros de la UE es muy heterogéneo¹. Entre los ordenamientos estatales se aprecian diferencias relevantes en casi todos los aspectos que atañan al recurso colectivo², destacando, entre ellos, la carencia de mecanismos indemnizatorios³ y de vías alternativas de resolución de controversias adaptadas a este tipo de reclamaciones⁴.

2. La consecuencia lógica que se desprende de la diversidad de respuestas normativas en los Estados miembros para alcanzar la reparación colectiva provoca que la protección de los derechos de los consumidores no sea igual de garantista en todos los Estados miembros, en la medida que el éxito de sus reclamos dependerá del concreto nivel de protección proporcionado por el ordenamiento ante el que se interponga la reclamación⁵.

3. Cuenta de ello ha dado el mediático escándalo “*Dieselgate*”, donde un considerable número de consumidores europeos y de terceros Estados resultaron perjudicados a causa de la actuación fraudulenta del grupo Volkswagen, al instalar un sofisticado *software* en 11 millones de coches⁶ que alteraba el impacto de las emisiones de óxido de nitrógeno legalmente permitidas en el momento en el que el vehículo era sometido a la prueba oficial de emisiones⁷.

4. En este controvertido asunto resultaron afectados unos 8.5 millones de consumidores europeos, muchos de los cuales no recibieron una protección adecuada debido a que algunos ordenamientos

¹ E. SILVESTRI, ‘Towards a common framework of collective redress in Europe: an update on the latest initiatives of the European Commission’, *Russ, Law J.* 1, 2013, pp. 46-56.

² Tipo de acción colectiva disponible y su enfoque (horizontal o vertical); admisibilidad; entidades habilitadas y requisitos que deben; mecanismos de integración (*opt-in*, *opt-out* o mixto); sistemas de publicidad; la financiación; alcance de la cosa juzgada; intereses protegidos, etc. L. MULLENIX, ‘Competing Values: Preserving Litigant Autonomy in an Age of Collective Redress’, *DePaul Law Review*, 64 (2), 2014, pp. 601-640; A. BIARD, Collective redress in the EU: a rainbow behind the clouds? *ERA Forum*, (19), mayo 2018, pp. 189-204.

³ Tal es el caso de Alemania, Austria, España, Estonia, Luxemburgo y Rumanía.

⁴ La Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE en adelante, Directiva 2013/11/UE (DOUE L 165/63, de 18 de marzo de 2013), fue traspuesta en cada Estado miembro de manera diversa y en muchos de ellos esta trasposición no responde adecuadamente a las acciones colectivas. M.C., SOLARTE-VÁSQUEZ, “El proceso de Institucionalización de los mecanismos de Resolución Alternativa de Conflictos en la Unión Europea”; *L’Europe Unie*, Vol. 7, 2014, pp. 94-111.

⁵ En la Recomendación de 2017 al Consejo y a la Comisión aprobada a raíz de la investigación sobre la medición de emisiones de la Volkswagen, el Parlamento instó a la Comisión a proponer un sistema armonizado del recurso colectivo, basado en las buenas prácticas dentro y fuera de la UE, que incluyera, junto a las medidas de cesación, medidas resarcitorias. Esta misma petición fue respaldada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).

⁶ La empresa utilizó el software para falsear las emisiones en los modelos Jetta (2009-2015), Beetle (2009-2015), Audi A3 (2009-2015), Golf (2009-2015) y Passat (2014-2015).

⁷ El fraude fue detectado en septiembre de 2015 por la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (EPA), quien notificó a Volkswagen de la violación de la ‘Ley del aire limpio’ (*Clean Air Act*) de los 11 millones de automóviles con motor diésel de Volkswagen y Audi vendidos entre 2009 y 2015. En junio de 2022 Alemania inició una investigación por posible fraude de emisiones en 210.000 vehículos diésel de Hyundai y Kia, vendidos hasta 2020 y equipados con presuntos dispositivos de desactivación, similares a los que usó el Grupo Volkswagen, disponible en <https://www.motorpasion.com/industria/hyundai-kia-pueden-sumarse-a-fiesta-dieselgate-alemania-inicia-investigacion-posible-fraude-emisiones>

Europeos no disponían de regulaciones adaptadas a los daños masivos⁸. Las diferencias de trato que evidenció este escándalo se han venido manifestado en distintos aspectos, ya que mientras algunas de estas reclamaciones han sido encausadas y resueltas por la vía judicial a través de acciones colectivas o individuales, otras siguen pendientes de resolución⁹, y en otros casos, el Consorcio alemán ha zanjado el dilema mediante la conclusión acuerdos extrajudiciales que incluyen indemnizaciones para los perjudicados¹⁰. Los contrastes también se aprecian en el tipo y el monto de la indemnización recibida por los afectados, así como en las sanciones económicas impuestas al gigante alemán en los distintos países¹¹.

5. En Alemania, por ejemplo, en los asuntos ya resueltos judicialmente (entre más de mil reclamaciones pendientes), el fabricante no solo ha quedado obligado a pagar una compensación económica -en algún caso, por valor de 28.257 euros-, sino a reembolsar al perjudicado el valor parcial del vehículo en función de los kilómetros recorridos, aunque el coche se hubiera vendido o su propietario hubiera recibido un bono para la compra de un nuevo vehículo¹². Por su parte, la solución adoptada en nuestro país por el Juzgado núm. 1 de Madrid (en el marco de un proceso colectivo con 5.444 afectados), Volkswagen España quedó obligada a indemnizar con 3.000 euros a cada propietario, así como a reparar los vehículos manipulados sin coste alguno para el comprador. En el caso de Holanda, el tribunal impuso la obligación de indemnizar a los propietarios de vehículos manipulados por un montante de 3.000 euros o a la mitad (1.500 euros), si el coche era de segunda mano; entretanto, el tribunal italiano, incrementó el monto de la indemnización (a unos de 63.000 afectados) a 3.300 euros. En el Reino Unido, con unos 91.000 afectados, se acordó una compensación de 226 millones de euros, mientras en los EE.UU., el total pactado en indemnizaciones alcanzó la jugosa cifra de 17.500 millones de dólares, correspondiendo a cada afectado (600.000 en total) entre 4.000 y 8.000 euros.

6. Como se observa, los consumidores estadounidenses defraudados no solo recibieron una compensación mayor que los europeos, sino que fueron compensados más rápidamente¹³. En estos dos últimos casos (acuerdos extrajudiciales) Volkswagen fundamenta las diferencias entre los montantes acordados en concepto de indemnización, en que, los niveles de emisión de óxido de nitrógeno permitidos en Europa son muy superiores (180 mg/Km) a los autorizados en los EE.UU. (31 mg/km)¹⁴.

7. El escándalo puso de relieve la necesidad de garantizar una protección real de los derechos de los consumidores en todos los Estados miembros y de recibir una compensación por los daños ocasionados por el infractor¹⁵. Devino así en esencial una nueva intervención europea¹⁶, que se materializó en

⁸ <https://www.usinenouvelle.com/article/ou-en-sont-les-sanctions-prises-contre-volkswagen-apres-ledieselgate.N422467>

⁹ En el caso de Holanda Volkswagen ha alegado que los propietarios no han sufrido ninguna pérdida económica con motivo del fraude, mientras en España alega cuestiones obstáculos de naturaleza procesal.

¹⁰ Tal y como ha sucedido con EE.UU. y el Reino Unido.

¹¹ En los EE.UU., la Volkswagen ha tenido que hacer frente a 4.300 millones de dólares en multas por delitos asociados al escándalo y otros 4.700 millones de dólares por daños medioambientales. España, sin embargo, no ha impuesto hasta la fecha ninguna sanción administrativa, frente a las importantes multas adoptadas en Polonia (28 millones de euros), Alemania (100 millones de euros) e Italia (4 millones de euros). Por su parte, la Comisión Europea ha impuesto una multa de 875 millones de euros a los grupos automovilísticos Volkswagen y BMW por participar durante cinco años en un cártel para evitar competir entre sí en las tecnologías de reducción de emisiones diésel. Información disponible en <https://www.motorpasion.com/volkswagen/volkswagen-ofrecio-gorra-llavero-a-afectados-dieselgate-espana-eeuu-indemnizo-8-000-euros; finanzas/noticias/11314440/07/21/Bruselas-multa-a-Volkswagen-y-a-BMW-con-875-millones-por-un-cartel-para-reducir-las-emisiones-diesel.html>

¹² <https://www.motorpasion.com/volkswagen/maximo-tribunal-alemania-sienta-precedente-al-obligar-a-volkswagen-a-indemnizar-a-cliente-dieselgate-30-000-euros>

¹³ Euractiv, 'EU clear path for colectivo law suits', 11 de abril de 2018, disponible en <https://www.euractiv.com/section/eupriorities-2020/news/eu-clears-path-for-collective-law-suits/>; A. Biard, Collective redress in the EU: a rainbow behind the clouds?, *op. cit.*, p.182

¹⁴ Las emisiones de óxidos de nitrógeno en los EE.UU. superó hasta 40 veces los estándares permitidos por la EPA.

¹⁵ A. BIARD, Sale temps pour l'action de groupe. à la recherche de solutions alternatives pour résoudre les litiges de masse, *Rev. Lamy Droit Civ.*, 157, 2018, pp. 21-26; id., A. Collective redress in the EU: a rainbow behind the clouds?, *op. cit.*, p. 195.

¹⁶ La Unión Europea ha emprendido varias iniciativas para regular los recursos colectivos antes de la adopción de la Directiva. Sobre estos antecedentes véase. G. Moreno Cordero, "La tutela alternativa en los conflictos colectivos de consumo: directrices del derecho europeo y orientaciones para un nuevo modelo en el sistema español", en F. ESTEBAN DE LA ROSA, F. (dir.)

la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (Directiva (UE) 2020/1828)¹⁷.

8. La Directiva (UE) 2020/1828 ha nacido con vocación¹⁸ de adoptar un marco coherente sobre reparación colectiva, con el objetivo de trazar una política común a través de principios uniformes aplicables a todos los Estados miembros¹⁹. Su finalidad se sustenta en cuatro pilares básicos: a) eliminar la competencia entre empresarios que cumplen la normativa frente los que la incumplen; b) resarcir de los daños ocasionados a los perjudicados en un tiempo razonable e impedir que las distorsiones del mercado interior mermen la confianza de los consumidores y usuarios; c) evitar litigios abusivos e incentivos económicos especulativos²⁰ y d) garantizar un acceso igualitario a la justicia²¹. Para la consecución de este propósito, se requiere que los ordenamientos estatales adopten al menos un mecanismo procesal efectivo y eficiente de acciones de representación -medidas de cesación y resarcitorias-, tanto a escala de la Unión como nacional²².

9. En principio, la consolidación de un modelo europeo de acciones de representación que incluya medidas de reparación, debe ser evaluado como un paso de significativo calado para muchos ordenamientos de los Estados miembros, entre ellos el español. Sin embargo, existen dudas razonables en doctrina científica -que comparto- sobre la efectividad de este modelo, siendo varios los motivos subyacentes que respaldan esta postura.

10. Para empezar, la Directiva imprime gran flexibilidad en su implementación²³, lo que podría colisionar con la intención de armonización y con la garantía de un mercado único²⁴. Destacados estudios advierten sobre las disparidades resultantes de las realidades políticas domésticas y la diversidad de tradiciones legales a la hora de perfilar los mecanismos de reparación colectiva en la UE²⁵. Entre estas realidades se sitúan las nuevas formas de afrontar la reparación con dimensión masiva, conocidas como “nuevas tecnologías”, que no son más que novedosas herramientas de litigación desarrolladas con éxito desde hace algunos años (reparación regulatoria y el *ombudsman*) en países de nuestro entorno.

11. La utilidad de las “nuevas tecnologías” ha sido muy positivamente acogida por la doctrina científica y por la ciencia del comportamiento²⁶ frente al modelo anticuado y en declive que propone la Directiva, tendente a reproducir, o más bien a perpetuar, el *estatus quo* existente al tiempo de su adopción²⁷.

y O. OLARIU (coord.), *La resolución de conflictos de consumo*, Thomson-Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 539-563, pp. 540-545.

¹⁷ DOUE L 409/1, de 4 de diciembre de 2020.

¹⁸ T. S. ULEN, ‘The Law and Economics of Class Actions in Europe’, en J.G., Backhaus, A. Cassone and G. B., Ramello, *The Law and Economics of Class Actions in Europe: Lessons from America*, UK/Northampton, Edward Elgar Cheltenham, 2012, pp. 79-82.

¹⁹ Téngase en cuenta que, si bien todos los Estados miembros cuentan con el recurso colectivo judicial, 9 de ellos no disponen de mecanismos compensatorios, por consiguiente, la trasposición de la Directiva sin duda ayudará a superar las divergencias existentes, mejorando el acceso de los afectados a la justicia.

²⁰ R. MONEY-KYRLE and C. HODGES, *Safeguards in collective actions*, Oxford: The Foundation for Law, Justice and Society, 2012, pp. 477-504.

²¹ Art. 1.

²² Considerando 7.

²³ I. BENÖHR, Collective redress in the field of European consumer law. *Leg. Issues Econ. Integr.* 41, 2014, pp. 246–256; E. SILVESTRI, Towards a common framework of collective redress in Europe—an update on the latest initiatives of the European Commission. *Russ. Law J.* 1, 2013, pp. 46–56, p. 53.

²⁴ Lo que hace sustentada en el art. 67, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) cuando reclama que el establecimiento de un espacio de libertad, justicia y seguridad en la UE debe ser concomitante con el respecto por los diferentes sistemas jurídicos y tradiciones de los Estados miembros.

²⁵ R. MULHERON, ‘A channel apart: why the United Kingdom has departed from the European Commission’s Recommendation on class actions’, *Camb. Yearb. Eur. Leg. Stud.* 14, 2015, pp. 36-65.

²⁶ C. HODGES, Collective redress: A breakthrough or a damp squib?, *Journal of Consumer Policy*, núm. 37, 2014, pp. 67-89.

²⁷ C. HODGES, ‘Collective Redress: The Need for New Technologies’, *Journal of Consumer Policy*, núm. 42, 2019, pp. 59-90, p. 61; C. HODGES and E. VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, op. cit., pp. 170-176. En igual sentido

Es un hecho constatado que la eficacia del recurso colectivo es muy limitada debido su rigidez, duración y altos costes. En tanto, el recurso a la reparación regulatoria y el *ombudsman* imprimen rapidez y resultados eficientes en la resolución de disputas y en la reparación de daños masivos, y ello no solo porque permite llegar a acuerdos voluntarios a bajos costes sin que sea necesario acudir a un procedimiento²⁸, sino porque desarrolla funciones distintas a las de un tribunal, como la asistencia a consumidores y comerciantes y la agregación datos sobre problemas comerciales que introduce mejoras al sistema²⁹.

12. Todo ello redundaría en el robustecimiento de la confianza de los consumidores, en la regulación del mercado y en la creación de condiciones de competencia equitativas para los empresarios que ejercen su actividad en el mercado interior, al tiempo que contribuye al perfeccionamiento de la cultura empresarial. De hecho, en los ordenamientos europeos en los que la reparación reguladora y el *ombudsman* están habilitados (Reino Unido³⁰, Bélgica³¹, Dinamarca³², Francia³³, Países Bajos³⁴, Holanda³⁵, Italia³⁶, Suecia³⁷, entre otros), las acciones colectivas y las ADR tradicionales (viejas tecnologías) han quedado prácticamente desplazadas³⁸.

La inadecuada evaluación del impacto de las “nuevas tecnologías” por parte del legislador europeo se traduce en que la protección a los consumidores no va a ser igual de efectiva en todos los Estados

R. MARCUS, *Treading Water? Current Procedural Issues in America*, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 23, 2018, pp. 183-202; S. VOET, ‘Where the wild things are. Reflections on the state and future of European collective redress’, in *Waves in Contract and Liability Law in Three Decades of Ius, Commune*, Intersentia, 2017, pp. 105–140; A. STADLER, ‘Stand und Perspektiven der kollektiven Rechtsdurchsetzung in Deutschland und Europa’, in *Tagungsband der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung*, 2017, pp. 129-152; B. JAVAUX and A. BIARD, *Recours Collectifs à l’heure de la Legaltech: l’initiative européenne serait elle déjà obsolète?* *Revue Lamy Droit Civil*, (173), 2019, pp. 1-5; V. HÁRSAGI and C. VAN RHEE, ‘Collective Redress in the Europe Union–Comparative Perspectives’, in V. HÁRSAGI y C. VAN RHEE (eds.), *Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Speaking Mice?*, Cambridge: Intersentia, 2014, pp. 19-30; D. HENSLER, ‘The globalisation of class actions’, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 622(1), 2009, pp.7-29.

²⁸ Según HODGES, “(...) la introducción de una acción colectiva a la antigua podría dar lugar a un reclamo político de actuar en el interés del consumidor sin hacerlo de hecho. El reclamo político sería vacío, y los consumidores permanecerían sin reparación en demasiados casos. Una respuesta así sería ahora imperdonable frente a la evidencia empírica”. La introducción de una acción colectiva a la antigua podría dar lugar a un reclamo político de actuar en el interés del consumidor sin hacerlo de hecho. El reclamo político sería vacío, y los consumidores permanecerían sin reparación en demasiados casos. Una respuesta así sería ahora imperdonable frente a la evidencia empírica. C. HODGES and E. VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, Hart, 2018, pp. 170-176; C. HODGES, ‘Collective Redress: The Need for New Technologies’, *Journal of Consumer Policy*, núm.42, 2019, pp. 59–90, p. 61.

²⁹ C. HODGES, ‘Collective Redress: The Need for New Technologies’, *op. cit.*, 2019, p. 59.

³⁰ En el Reino Unido la reparación regulatoria viene siendo utilizada desde el 2012 y se ha convertido en el mecanismo principal de reparación colectiva que ha llegado a eclipsar su aplicación en reparaciones individuales. *Vid.* C. HODGES and S. VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, *op. cit.*, pp. 177-258.

³¹ *Ibidem*, p. 158.

³² *Ibidem*, pp. 160-166.

³³ *Ibidem*, pp. 233-239.

³⁴ *Ibidem*, p. 246.

³⁵ Desde el año 2005 en Holanda existe un sistema de transacción de acciones colectivas en el ámbito financiero («*Wet collectieve afhandeling massaschade*», WCAM, ley aprobada el 27 de julio de 2005), *Vid.* M.J. VAN DER HEIDIJEN, “Class Actions/les actions collectives”, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 14, núm. 3, 2010, pp. 1-17; B. KRANS, ‘Dutch Act on Collective Settlement of Mass Damages’, 27 *Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J.* 2014, pp. 281-301; W. VAN BOOM, ‘Collective Settlements of Mass Claims in The Netherlands’, in M. CASPER, A. JANSSEN, P. POHLMAN and R. SCHULZE (eds), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, Sellier, 2009, p. 171; T. ARONS and W. VAN BOOM, ‘Beyond Tulips and Cheese: Exporting Mass Securities Claim Settlements from The Netherlands’, *European Business Law Review*, 2010, p. 857; I. TZANKOVA and H. VAN LITH, ‘Class Actions and Class Settlements Going Global: The Netherlands’, in D. FAIRGRIEVE and E. LEIN (eds), p. 67; X.E. KRAMER, ‘Enforcing mass settlements in the European Judicial Area: EU policy and the strange case of Dutch collective settlements (WCAM)’, in C. HODGES and A. STADLER (eds.), *Resolving Mass Disputes. ADR and Settlement of Mass Claims*, UK/Northampton, Edward Elgar Cheltenham, , 2013, pp. 63-78; *Id.*, ‘Securities collective action and private international law issues in Dutch WCAM settlements: global aspirations and regional boundaries’, *Global Business & Development Law Journal*, Vol. 27, núm. 2, 2014, pp. 235-279.

³⁶ En Italia, por ejemplo, las autoridades reguladoras de la electricidad, gas y agua (AEEGSI) y de la Banca. *Vid.* C. HODGES and S. VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, *op. cit.*, pp. 168-176 y 240; C. HODGES, ‘Collective Redress: The Need for New Technologies’, *Journal of Consumer Policy*, núm. 42, 2019, p. 64.

³⁷ C. HODGES and S. VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, *op. cit.*, pp. 241y 242.

³⁸ *Ibidem*, pp. 170-176; C. HODGES, ‘Collective Redress: The Need for New Technologies’, *op. cit.*, pp. 59-90, p. 61.

miembros. Ello explica por qué la probabilidad de éxito del modelo que consagra la Directiva (UE) 2020/1828 sea ciertamente escasa³⁹.

13. Las “viejas tecnologías” por la que opta el legislador europeo resulta un reclamo mal planteado por dos motivos palmarios. Primero, porque el control de adecuación y eficacia de la legislación de la UE (REFIT) en materia de protección a los consumidores y comercialización⁴⁰, publicado el 23 de mayo de 2017⁴¹, puso de relieve la falta de adecuación de las normas sustantivas de la UE en materia de consumo, ya que los consumidores europeos seguían enfrentándose a los mismos obstáculos que hace diez años a la hora de obtener la reparación individual⁴². Y lo cierto es que muchos de los obstáculos identificados entonces -especialmente, la excesiva duración de los procedimientos⁴³, incertidumbre en cuanto a los derechos y mecanismos procesales; elevado coste de los litigios; dificultad de acceso a la financiación para los demandantes, asociaciones o intermediarios habilitados; escasa probabilidad de éxito derivadas de la complejidad de estos procedimientos y pocas expectativas en sus resultados, sobre todo para reclamaciones de escaso valor⁴⁴-, no van a mitigarse con la trasposición de la Directiva⁴⁵. Todo ello nos lleva a considerar que, la respuesta europea concretada en la Directiva (UE) 2020/1828, podría resultar contraria a lo que precisamente pretende resguardar cuando en su Considerando 1 confirma que, “*Sin medios eficaces para que los consumidores puedan poner fin a las prácticas ilícitas y ser resarcidos, la confianza de los consumidores en el mercado interior se debilita*”.

14. El problema no es menor, pues tal y como sostiene HODGES los sistemas demasiado lentos o costosos que no ofrecen una justicia material o procesal deben modernizarse⁴⁶. Y las acciones colectivas son un ejemplo típico de esta necesidad de adaptación.

La evidencia empírica y la ciencia del comportamiento demuestran que el mejoramiento del modelo de daños masivos requiere de la intervención de sistemas más sofisticados que los tribunales, ya que estos sistemas permiten la recopilación y procesamiento de la información sobre los problemas, para ser posteriormente utilizados por los intermediarios adecuados a fin de intervenir en una futura

³⁹ C. HODGES and N. CREUTZFELDT, ‘Implementing the EU Consumer ADR Directive’, *Foundation for Law, Justice and Society-Policy Brief*, 2013, pp. 1-12; A. BIARD, ‘Monitoring Consumer ADR Quality in the EU: a Critical Perspective’, *European Review of Private Law*, núm. 2, 2018, pp. 171-196.

⁴⁰ Que incluyó la Directiva 2009/22/CE, así como el Informe de la Comisión, de 25 de enero de 2018, sobre la aplicación de la Recomendación 2013/396/ UE de la Comisión sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos a los consumidores por el Derecho de la UE.

⁴¹ DOUE L 201/60, de 26/07/2013.

⁴² Informe sobre la aplicación de la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre principios comunes para los mecanismos de recurso colectivo cautelar y compensatorio en los Estados miembros en relación con las violaciones de los derechos otorgados en virtud del Derecho de la Unión, COM(2018) 40 final, 25 de enero de 2018, disponible en www.ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?action=display&doc_id=49502; *Euractiv*, ‘EU clear path for collective law suits’, 11 de abril de 2018, disponible en: www.euractiv.com/section/eu-priorities-2020/news/eu-clears-path-for-collective-law-suits/; Recomendación tras la investigación sobre las mediciones de emisiones en el sector del automóvil, P8-TA (2017)0100, 4 de abril de 2017, párr. 59, disponible en www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0100+0+DOC+XML+V0//ES (véase Considerandos 8 y 9 de la Directiva (UE) 2020/18289).

⁴³ El largo tiempo que emplean las autoridades judiciales en resolver las reclamaciones colectivas es una nota común en la mayoría de los Estados miembros, y principal hándicap para responder de manera efectiva a numerosos consumidores perjudicados por una misma práctica ilícita.

⁴⁴ A. STADLER, ‘Die Umsetzung der Kommissionsempfehlung zum kollektiven Rechtsschutz’, *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft*, 1(1), 2015, pp. 149-159.

⁴⁵ “En algunas jurisdicciones, un número considerable de casos colectivos no cumplen con los criterios para la certificación y son desestimados en el escrutinio judicial inicial.9 En muchas jurisdicciones, el litigio colectivo toma años10 y solo es posible con una financiación significativa, que generalmente no está disponible en los estados (a través de *legal aid*) y solo puede provenir de abogados y/o financiadores externos. La dependencia de los financiadores privados tiene una serie de consecuencias, incluida la selección de casos que tienen una alta probabilidad de éxito y la probabilidad de generar grandes ganancias para los financiadores. Es poco probable que muchos reclamos menores de los consumidores satisfagan tales criterios comerciales”.

⁴⁶ C. HODGES, “El enfoque holístico del acceso a la justicia en la resolución de litigios de consumo”, en F. Esteban de la Rosa (dir.), G. MORENO CORDERO y O. OLARIU (coords.), *Justicia digital, mercado y resolución de litigios de consumo*, Cizur Menor, Thomson-Reuters/Aranzadi, 2021, pp. 177-200, pp.178 y 179.

modificación del comportamiento de los comerciantes y de los mercados que no respetan los requisitos éticos, cosa que los tribunales no pueden hacer⁴⁷.

15. La dificultad del tema no se reduce, pues, a la posibilidad de tener acceso a un proceso que resuelva un litigio colectivo, sino a que en ese proceso se aseguren resultados justos para los perjudicados en un tiempo reducido y que la información extraída sirva para modificar el comportamiento y consolidar un mercado más justo y equitativo⁴⁸. De esta forma se garantizaría el cumplimiento de la legislación en materia protección al consumidor⁴⁹ y la confianza de los consumidores en el mercado interior saldría reforzada.

16. Conviene, por otro lado, retener que pese a que la Directiva reconoce la compatibilidad de sus regulaciones con la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva 2013/11/CE)⁵⁰, que dicho instrumento ha tenido un impacto muy escaso o nulo en eventos masivos, al ser pocos los Estados miembros en los que su transposición se ha adaptado a las reclamaciones con repercusión colectiva⁵¹, y el caso español, es uno de ellos⁵².

17. El mantenimiento de dos respuestas diferentes y con ritmos de ejecución distintos tiene con principal consecuencia que los consumidores afectados no cuenten con un acceso igualitario a la justicia, al tiempo que estimula la manipulación del foro competente para obtener beneficios del litigio (*fórum shopping*). Tal manipulación no solo puede venir motivada por los intereses en juego de las partes, sino también por el concreto grado de eficacia de los mecanismos habilitados en el ordenamiento donde se haya planteado la reclamación. Así, por ejemplo, la reclamación interpuesta ante una autoridad cuyo ordenamiento acoja las “nuevas tecnologías” podrá verse favorecida frente a la incertidumbre y lentitud a la que va a quedar sometida la misma reclamación, si de ella conoce una autoridad donde la vía judicial⁵³ (“viejas tecnologías”) sea la única habilitada al efecto, tal y como ocurre en España⁵⁴.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 22.

⁴⁸ Una conclusión a la que llegó *Legal Services Board* en una evaluación llevada a cabo en 2012.

⁴⁹ S. ISSACHAROFF and G.P.MILLER, Will Aggregate Litigation Come to Europe? *Vanderbilt Law Review*, 62, 2009, pp. 37-68.

⁵⁰ DOUE L 165/63, de 18 junio de 2013.

⁵¹ Consúltase el estudio encargado por el Departamento Temático de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo a petición de la Comisión de Asuntos Jurídicos, titulado, “El recurso colectivo en los Estados miembros de la UE”, de octubre de 2018. El estudio se marcó como objetivo evaluar la situación entonces existente de las acciones colectivas a nivel nacional y europeo, y contiene algunas recomendaciones extraídas de las respuestas ofrecidas por expertos de 12 Estados miembros (Austria, Bélgica, Estonia, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo, Polonia, Rumanía, España, los Países Bajos y el Reino Unido), dirigidas a garantizar un acceso igualitario a la justicia, cuestionado por las grandes divergencias existentes en este ámbito, especialmente, pp. 38 y 39, disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608829/IPOL_STU\(2018\)608829_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608829/IPOL_STU(2018)608829_EN.pdf)

⁵² G. MORENO CORDERO, “El recurso colectivo de consumo en el sistema español: elementos para la implantación de una nueva tecnología”, en F. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), G. MORENO CORDERO y O. OLARIU (coords.), *Justicia digital, mercado y resolución de litigios de consumo*, Cizur Menor, Thomson-Reuters/Aranzadi, 2021, pp. 479-510, pp. 482-485.

⁵³ A. BIARD, Collective redress in the EU: a rainbow behind the clouds?, *ERA forum*, mayo 2018, pp. 190-202, disponible en: https://www-researchgate-net.translate.google/publication/325207411_Collective_redress_in_the_EU_a_rainbow_behind_the_cloudspp.

⁵⁴ Durante años ha sido un reclamo de nuestra doctrina la necesidad de emprender una modificación en el sistema español de acciones colectivas y la consecuente introducción de vías alternativas más eficientes. L.M. BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses del grupo*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 637; C. GONZÁLEZ CARRASCO y J. CANTERO MARTÍNEZ, *La producción normativa en materia de consumo. Técnica legislativa y regulación sectorial*, Universidad de Castilla-La Mancha y Centro de Estudios del Consumo, Castilla-La Mancha, 2006, pp.18-28; E. LLAMAS POMPO, “Acciones colectivas contra daños (1)”, *Revista La Ley de Práctica de Derecho de Daños*, núm. 60, mayo 2008; F. GASCÓN INCHAUSTI, “Acciones colectivas y acciones de cesación para la defensa de los consumidores (arts. 53 a 56 TRDCU)”, en *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007*, M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO (dirs.), Iustel, Madrid, 2011, pp. 891-967; Id., “Azioni collettive e azioni inibitorie per la protezione dei consumatori nel processo civile spagnolo: il ruolo delle associazioni deiconsumatori”, en *Consumatori e processo. La tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, S. CHIARLONI y P. FIORIO (coords.), Giappichelli, Turín, 2005, pp. 129-157; A. FERRERES COMELLA y A. LÓPEZ DE ARGUMENTO, “Las limitaciones del sistema de tutela colectiva de intereses individuales homogéneos dispuesto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. Una propuesta inicial de sistemas alternativos de resolución de disputas”, *Actualidad*

18. Bajo este paraguas diverso es bastante probable que entre los Estados miembros sigan perpetuándose las significativas diferencias de trato a los consumidores y usuarios ya identificadas en control de adecuación y eficacia de la legislación de la UE. Por tanto, resulta arriesgado vaticinar que el tratamiento de este tipo de reclamos sea igual de garantista para los consumidores europeos una vez traspuesta la Directiva⁵⁵. De ahí que sea muy probable que su trasposición a los ordenamientos estatales, tenga un impacto muy residual en orden a la reparación y a la simplificación de los procedimientos, debido a la incapacidad práctica e ineficacia que viene mostrando el modelo adversarial (viejas tecnologías) en orden a la reparación de daños masivos⁵⁶.

19. Frente a la senda tan estrecha que dibuja la trasposición de la Directiva, la salida más adecuada para responder de manera eficiente a la reparación de los daños masivos a los consumidores dentro del escenario español es a través de la implementación y consolidación de las “nuevas tecnologías”⁵⁷. Tal planteamiento no implica restar importancia a las mejoras que la trasposición de la Directiva va a introducir al único mecanismo habilitado en nuestro país para responder a las reclamaciones colectivas, el judicial, plagado de carencias que demandan de mejoras sustanciales para acompañarlo con las nuevas directrices europeas en distintas direcciones, debido a que las acciones de representación (“viejas tecnologías”) deben continuar utilizándose en aquellos sectores en los que la reparación regulatoria no intervenga.

Jurídica Uria Menéndez, n.º extraordinario, 2011, pp. 111-120, p. 116; A. FERRERES COMELLA, “Algunas pautas para regular las acciones colectivas”, *Actualidad Jurídica Uria Menéndez*, n.º 45, 2017, pp. 23-35, p. 28; A. MONTESINOS GARCÍA, “La tutela extrajudicial de los derechos e intereses colectivos”, *InDret*, n.º 3, 2018, pp.1-54, pp. 24-30; F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Desafíos de la contratación electrónica para los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo: radiografía de una transformación necesaria”, *VLEX*, diciembre-2018, pp. 42-59, p. 11; G. MORENO CORDERO, “La tutela alternativa en los conflictos colectivos de consumo: directrices del derecho europeo y orientaciones para un nuevo modelo en el sistema español”, en F. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), O. OLARIU (coord.), *La resolución de conflictos de consumo*, Thomson-Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 539-563, pp. 549-5; Id., “Impacto de las nuevas directrices europeas en las regulaciones españolas sobre protección de los intereses colectivos de los consumidores”, en F. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), G. MORENO CORDERO y O. OLARIU (coords.), *Justicia digital, mercado y resolución de litigios de consumo*, Cizur Menor, Thomson-Reuters/Aranzadi, 2021, 455-478, pp. 455-466; N. MARCHAL ESCALONA, “Las relaciones entre las entidades de RAL de consumo y los sistemas judiciales en las reclamaciones transfronterizas: Especial referencia al proceso europeo de escasa cuantía”, en F. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), O. OLARIU (coord.), *La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en Línea (ODR)*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2018, pp. 509-534, pp. 529-531, Id., “El marco regulador en proyecto en España para la resolución alternativa de conflictos: ¿nuevas perspectivas para las reclamaciones de consumo?”, *REDI*, 2019, vol. 71, núm. 2, pp. 145-170, pp.149-156.

⁵⁵ M.J. AZAR-BAUD and M. SOUSA FERRO, *Directive on consumer representative actions: a sheep in wolf's clothing?*, *EU Law live*, 2020, pp. 1-20.

⁵⁶ Será necesario acompañar algunas regulaciones vigentes con las nuevas directrices europeas en relación con: la admisión a trámite de las acciones colectivas; la prescripción de determinadas acciones; las reglas de legitimación de las entidades nacionales y transfronterizas; la prueba; la forma de articular las distintas medidas susceptibles de ser activadas en una acción de representación -de cesación y de reparación-; la posibilidad de que los consumidores tengan ocasión de manifestar su voluntad de ser representados o no por la entidad habilitada cuando se reclamen medidas resarcitorias, así como de desvincularse de los resultados de la acción entablada o del acuerdo adoptado. Esta última posibilidad implicaría a su vez un cambio significativo en el alcance subjetivo de la cosa juzgada tal y como ha sido diseñada en nuestra LEC, ya que solo afectaría a aquellos consumidores que hayan decidido participar en el proceso colectivo sin haberse desvinculado de sus resultados, así como también que estos se beneficien directamente de una medida resarcitoria después de dictarse, sin que quepa exigirle su participación previa en una acción de representación. La incorporación de nuevas regulaciones no previstas en nuestro actual sistema. En este sentido sería deseable, en primer lugar, implementar la consulta entre la entidad habilitada y la empresa infractora como exigencia previa al ejercicio de una acción de cesación o de reparación, a efectos de que el empresario infractor ponga fin a la infracción que será objeto de una acción de representación. Con ello se conseguirá la no activación de la demanda colectiva de hacer cesado la infracción. En segundo lugar, y lo que a nuestro juicio resulta la principal novedad desde la perspectiva española, además de un viejo reclamo de nuestra doctrina, es posibilitar la celebración de un acuerdo entre la entidad habilitada y la empresa infractora, acuerdo que, una vez homologado, también pondrá término a la acción de representación ejercitada para solicitar medidas resarcitorias. G. MORENO CORDERO, “Impacto de las nuevas directrices europeas en las regulaciones españolas sobre protección de los intereses colectivos de los consumidores”, en F. ESTEBAN DE LA ROSA (dir.), G. MORENO CORDERO y O. OLARIU (coords.), *Justicia digital, mercado y resolución de litigios de consumo*, Cizur Menor, Thomson-Reuters/Aranzadi, 2021, pp. 455-478, pp. 466-474.

⁵⁷ S. VOET, ‘European Collective Redress: A Status Question’, *International Journal of Procedural Law*, núm. 4, 2014, pp. 97-128.

20. En el presente estudio evaluaremos tal posibilidad, y para hacerlo, será necesario conocer hasta qué punto nuestras estructuras reguladoras están preparadas para asumir un cambio de paradigma en sus funciones, cosa que haremos valorando sus fortalezas y debilidades. Junto a la potenciación de la reparación reguladora, consideramos igualmente oportuno poner en valor el papel del Defensor del Pueblo sectorial en el mejoramiento del sistema español de protección del consumidor en su conjunto. En este punto nos detendremos en el novedoso diseño que de esta figura acoge la última iniciativa legislativa proyectada para el sector financiero.

21. Nuestra propuesta tiene un amplio sustento en la experiencia comparada y en estudios dogmáticos de gran impacto en este ámbito.

II. Respuesta normativa a las reclamaciones colectivas en España

1. Estado de la cuestión

22. Para tutelar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, el ordenamiento español opta por un modelo descentralizado⁵⁸ caracterizado por su gran dispersión normativa y donde convergen, de un lado, normas sustantivas generales junto a un abanico diverso de leyes sectoriales, y, de otro, normas procesales integradas básicamente en la LEC. En algunas de las referidas leyes generales y sectoriales encontramos referencias puntuales a cuestiones procedimentales sobre acumulación de acciones⁵⁹, la prueba⁶⁰, la publicidad de las sentencias⁶¹ y las reglas de legitimación activa, pero lo cierto es que el único procedimiento habilitado en la actualidad en el Derecho español para el ejercicio de la amplia tipología de acciones colectivas reconocidas en nuestras leyes de protección al consumidor se halla contenido en los arts. 6, 11, 15, 76, 217, 221, 222, 249, 250, 256.6 y 519 LEC.

Fuera del procedimiento colectivo previsto en la LEC, a día de hoy no es posible sostener que nuestro sistema cuente con mecanismos alternativos de tutela colectiva⁶². Ni el mal denominado “arbitraje colectivo” recogido en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo⁶³ (RDAC), ni el contrato de transacción previsto en los arts. 1809 y ss del Código Civil⁶⁴, repre-

⁵⁸ C. GONZÁLEZ CARRASCO y J. CANTERO MARTÍNEZ, *La producción normativa en materia de consumo. Técnica legislativa y regulación sectorial*, Castilla-La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha y Centro de Estudios del Consumo, 2006, pp.18-28.

⁵⁹ Art. 53 párrafo 5º, con similar alcance el art. 12. 2 segundo párrafo LCGC.

⁶⁰ Art. 8 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (BOE núm. 79, de 1 de abril de 2009).

⁶¹ Así, por ejemplo, el art. 32.2 de la Ley 29/2009, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE núm. 178 de 27 de Julio de 2006).

⁶² Sobre la ausencia de mecanismos RAL para daños masivos en el ámbito del transporte aéreo *vid.* R. RUEDA VALDIVIA, “Orden TMA/201/2022, de 14 de marzo: un paso más hacia la consolidación de la resolución alternativa de litigios de consumo en el transporte aéreo”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 106, 5, 2022, pp. 37-76. Para reclamaciones de consumo en general *vid.* N. MARCHAL ESCALONA, “Las relaciones entre las entidades de RAL de consumo y los sistemas judiciales en las reclamaciones transfronterizas: Especial referencia al proceso europeo de escasa cuantía”, *op. cit.*, pp. 529-531, Id., “El marco regulador en proyecto en España para la resolución alternativa de conflictos: ¿nuevas perspectivas para las reclamaciones de consumo?”, *op. cit.*, pp.149-156.

⁶³ BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2008.

⁶⁴ F. GASCÓN INCHAUSTI, *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2010, pp. 79-89 y 175; J. LÓPEZ SÁNCHEZ, *El sistema de las clases actions en los Estados Unidos de América*, Comares, Granada, 2011, pp. 113-126; A. PLANCHADELL GARGALLO, *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 329 y 338; L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, pp. 220-222; T. ARMENTA DEU, *Reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 38-46; R. GAUDET, ‘Turning blind eye: the Commission’s rejection of opt-out class actions overlooks Swedish, Norwegian, Danish and Dutch experience’, *European Competition Law Review*, núm. 30, 2009, pp.107-117, p. 112; M. CHRISTIAN KRUEHL, and H. PUGGAARD, “Denmark”, en J. S. Feldman and J. E. Anderson (Editors), *Class Actions in the European Union*, London, Law Business Research, 2016, pp. 29-32; M. TURRA and A. CHIMIENTI, ‘Class Actions and Arbitration Procedures Italian’, in J. S. FELDMAN and J. E. ANDERSON (editors), *Class Actions in the European Union*, London, Law Business Research, 2016, p. 183.

sentan una alternativa real a la solución judicial de conflictos colectivos en los términos en que ambas instituciones han sido concebidas por el legislador español⁶⁵, a menos que se produzca un cambio normativo⁶⁶.

23. El hecho de que en España exista una única vía para dar respuesta a los conflictos colectivos y que esa vía sea la judicial, implica, por un lado, la desprotección de los consumidores, al tiempo que presupone que la adaptación que operará en la normativa vigente a través de la trasposición de la Directiva (UE) 2020/1828, tampoco vaya a modificar sustancialmente el *estatus quo* existente, si tenemos en cuenta que la evidencia empírica ha demostrado que los perjudicados no reclaman ante los tribunales por resultar una vía excesivamente gravosa en costes, tiempo y energía invertida frente a las escasas expectativas de éxito⁶⁷.

24. En países de nuestro entorno, según vimos en la parte introductoria, se están produciendo cambios de importante calado en la reparación de daños masivos con resultados muy satisfactorios, que han ido desplazado gradualmente la forma tradicional adversarial de impartir justicia. Se trata de un cambio de proyección del que se ha hecho eco la doctrina científica, cada vez más interesada en justiciar mediante ejemplos sacados de la experiencia práctica lo que está sucediendo a nuestro alrededor.

El panorama descrito impone, en consecuencia, la necesidad reflexionar sobre la posibilidad de adoptar modelos similares en España que respondan de manera más eficiente a la reparación de los daños masivos consumidores y a la regulación del mercado⁶⁸. Y para ejecutarlo, será necesario evaluar la situación actual de nuestras entidades reguladoras, con más razón si cabe, si tenemos en cuenta que España se encuentra entre los primeros países europeos con mayor número de fraudes masivos a los consumidores⁶⁹.

⁶⁵ En el caso del arbitraje colectivo encontramos un ejemplo muy ilustrativo de esta realidad en las reclamaciones de las preferentes a distintas entidades bancarias, pues todas ellas tramitadas a través arbitrajes individuales y no colectivos. G. MORENO CORDERO, "La tutela alternativa en los conflictos colectivos de consumo: directrices del derecho europeo y orientaciones para un nuevo modelo en el sistema español", en *La resolución de conflictos de consumo*, F. ESTEBAN DE LA ROSA, (dir.) y O. OLARIU (coord.), Cizur Menor, Thomson-Reuters/Aranzadi, 2018, pp. 539-563, pp. 548-556.

⁶⁶ Estudios recientes demuestran que en la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno se aprecia una cierta reticencia para asumir la arbitración colectiva, entendiéndose que, las acciones colectivas, por su propia naturaleza no son compatibles con la agilidad, informalidad y bilateralidad del arbitraje, ya que obligaría al árbitro a exigir el cumplimiento de un conjunto de garantías (llamamiento, localización de los miembros de difícil determinación, notificaciones, pruebas...) que chocan con la simplicidad de los procesos arbitrales (A. FERRERES COMELLA y A. LÓPEZ DE ARGUMEDO, "Las limitaciones del sistema de tutela colectiva de intereses individuales homogéneos dispuesto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. Una propuesta inicial de sistemas", *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. extra 1, 2012, pp. 111-120, p.118-119). Por el contrario, P. BILLIET considera que esta postura podría carecer de fundamento ya que se sustenta en perspectivas mal puestas en relación con el consumidor y olvida que la arbitración de clase constituye una de las formas más efectivas de compensación colectivas que debe ser promovida por el legislador de la Unión Europea de cara a futuras enmiendas. P. BILLIET, *Class Arbitration in the European Union*, Maklu, Anterpen-Apeldoorn-Portland, 2013, pp. 233-235. Esta postura queda respaldada asimismo en la sentencia núm. 09-893, de 27 de abril de 2011 dictada por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América (*As. "AT&T Mobility v. Concepcion"*). Esta idea que ha sido reproducida asimismo en la sentencia de 24 de septiembre de 2014, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (*As. "Club de Golf"*).

⁶⁷ C. HODGES and E. VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, *op. cit.*, pp. 170-176; C. HODGES, 'Collective Redress: The Need for New Technologies', *op. cit.*, pp. 59-90, p. 61.

⁶⁸ G. MORENO CORDERO, "El recurso colectivo de consumo en el sistema español: elementos para la implantación de una nueva tecnología", *op. cit.*, pp. 479-481.

⁶⁹ Los sectores más demandados han sido tradicionalmente las telecomunicaciones, seguido de los bancos y la sanidad privada, si bien tras la pandemia se ha observado un incremento de demandas en la sanidad privada, debido a la negativa de las clínicas privadas a cubrir servicios incluidos en las pólizas de las aseguradoras, así como por la saturación de los servicios médicos. La tendencia al alza se ha apreciado asimismo en el transporte aéreo, que no han querido reembolsar el importe de los vuelos cancelados a causa del estado de alarma. El sector turístico y del ocio ha sido otros de los grandes damnificados por el COVID-19 y donde las reclamaciones vienen mayormente asociadas a la no devolución del importe pagado por los servicios contratados. Según informe de FACUA las compañías de telecomunicaciones, los bancos y la sanidad privada representan el 52,2% de las denuncias interpuestas por los consumidores ante dicha asociación. En el primer semestre de 2019 FACUA se tramitaron 4.896 expedientes de reclamación de 19.090 consultas recibidas. El 24% de estas reclamaciones fueron interpuestas contra empresas del sector de las telecomunicaciones y el 15 % corresponde a las entidades bancarias. Tras la banca se sitúa la sanidad privada con el 13,2%. Las reclamaciones a las compañías de electricidad y gas representan el 7,7 %. Le sigue de cerca el sector del transporte con el 6,5 %, de las cuales, un 6,1 %, corresponden al transporte aéreo. En 2020 el total consultas y

2. Las entidades reguladoras como mejores intermediarios para la reparación de daños colectivos y su intervención coordinada con el Defensor del Pueblo

25. La experiencia comparada ha puesto en valor el papel de las entidades reguladoras tanto en la reparación colectiva como en la modificación del comportamiento del mercado⁷⁰. El papel de las entidades reguladoras se potencia cuando interviene de manera coordinada con el Defensor del Pueblo (*ombudsman*), ya que en el desarrollo de sus funciones el *ombudsman* puede identificar problemas sistémicos que posteriormente pone en conocimiento de los comerciantes infractores y de los propios reguladores para que sean abordados con inmediatez⁷¹.

26. Los motivos por los que las entidades reguladoras son consideradas los intermediarios mejor situados para responder a daños con repercusión masiva son varios. Para empezar, estamos ante intermediarios públicos sin ánimo de lucro que disponen de una amplia gama de poderes (supervisión, control, investigación, de obtención de pruebas, y sancionador), además de estar sujetos a requisitos de transparencia e imparcialidad. Las entidades reguladoras gozan asimismo de independencia, incluso en caso que la empresa infractora fuera una entidad pública y no privada, erradicando así el peligro de que su intervención se vea influenciada por intereses financieros y comerciales a la hora de reclamar daños a los infractores⁷². Estas entidades pueden exigir cambios de comportamiento al empresario infractor a través de órdenes o compromisos que pueden ir desde el cese de la infracción, la adopción de acciones dirigidas a evitar su reiteración o reducir el riesgo y la compensación, hasta la imposición de sanciones.

Según cifra la doctrina, la efectividad del sistema regulatorio responde a que cumplen determinados parámetros de los que carece la vía judicial y algunos mecanismos RAL. Se trata de un proceso integrado en el que se establecen reglas claras de aplicación e interpretación; identifica problemas individuales y sistémicos, así como la causa que los originan; decide sobre los comportamientos cuestionados; cesa la ilegalidad; adopta las acciones necesarias para prevenir que el comportamiento lesivo sea recurrente o la reducción del riesgo de repetición; difunde la información a las empresas, consumidores

denuncias recibidas ha sido de 106.09, una cifra bastante superior a las conocidas hasta ese momento por FACUA. La sanidad pasa a liderar el ranking con un 17,4%. El segundo lugar corresponde al sector del transporte con el 15,3%. Entretanto el sector de las telecomunicaciones ha quedado desplazado a un tercer puesto con un 13,6%. En el cuarto lugar se sitúan las empresas del sector turístico y del ocio y los establecimientos de hostelería. Las empresas del sector financiera pasaron quinto lugar con el 11,7%. Información disponible en: <https://www.reasonwhy.es/actualidad/denuncias-consumidores-facua-2020>.

⁷⁰ A. STADLER considera que la postura seguida por C. HODGES y S. VOET está fuertemente influenciada por la experiencia del Reino Unido y de Bélgica, pero duda que este enfoque funcione bien en otros Estados miembros. En su opinión, los casos de daños masivos deben resolverse ante los tribunales y un ejemplo de cómo los reguladores públicos pueden fallar en idear soluciones adecuadas para las víctimas en un evento de daños masivos ha sido el escándalo de la *Volkswagen*. A. STADLER, 'Optimal instruments for collective redress mechanisms in Europe: What should the national legislator take into account?', en R.S. HANA MÜLLEROVÁ (ed.), *Efficient collective redress mechanisms in visegrad 4 countries: an achievable target?*, Institute of State and Law of the Czech Academy of Sciences, Praha, 2019, 19-55, pp. 24 y 25.

⁷¹ En algunos países el *ombudsman* puede interponer acciones de clase en nombre de los consumidores afectados. En Dinamarca, por ejemplo, el "*Forbrugerombudsmanden*", puede entablar una demanda colectiva en la *Market Court* en nombre de los consumidores afectados y estos pueden optar por no participar en reclamaciones de hasta 270 €, y más allá de ese umbral, solo en base a la participación. En Finlandia, sin embargo, la figura equivalente al defensor del consumidor puede iniciar acciones colectivas ante la *Market Court*, pero no tiene autoridad para negociar pagos de reparación. La *Market Court* puede imponer una orden judicial si la práctica es ilegal, que por lo general puede consistir en una multa, pero no puede imponer sanciones penales ni ordenar la reparación de los daños y los perjuicios individuales de los consumidores afectados. C. HODGES, 'Collective Redress: The Need for New Technologies', *op. cit.*, pp. 63, 64 y 68.

⁷² Las dudas en relación con los conflictos de intereses que se pueden plantear cuando la parte infractora es una empresa estatal o un organismo público han quedado resueltas en el Reino Unido segregando dichas entidades del resto de entidades de la administración pública, pasando a ser gobernadas por una junta independiente que exige de ellas una intervención transparente acorde con los parámetros y los procedimientos preestablecidos. Estas entidades están sometidas además a la supervisión de una comisión parlamentaria. *Ibidem*, p. 23. Otras voces consideran, por el contrario, que los reguladores públicos son vulnerables a la influencia del gobierno, del mismo modo que las entidades privadas y los particulares son susceptibles de la influencia de abogados y de terceros financiadores. A. STADLER, 'Optimal instruments for collective redress mechanisms in Europe: What should the national legislator take into account?', *op. cit.*, p. 25.

y a otros mercados, repara el daño; sanciona, controla y supervisa de manera continua el problema y enmienda las reglas⁷³.

El cumplimiento de estos criterios ha llevado a la doctrina a defender la inserción de los sistemas de resolución de litigios en las entidades regulatorias, al tratarse de sistemas sofisticados dirigidos a identificar los problemas mediante la agregación de datos para conseguir cambios en el comportamiento y la cultura ética de los empresarios⁷⁴.

Una de las más señaladas funciones de las entidades reguladoras es que en un período corto de tiempo pueden reparar el daño a los consumidores afectados a través acuerdos con el comerciante o empresario infractor, sin que sea necesario presentar ninguna reclamación (acción colectiva) ni recurrir a un procedimiento. Estos acuerdos serán posteriormente aprobados bien ante un tribunal o ante un organismo independiente, como puede ser una entidad RAL. Su rápida intervención contribuye decisivamente a la regulación del mercado interior, dado que al tiempo que garantiza que los consumidores perjudicados recuperen lo perdido con inmediatez, impide, por otro lado, que los infractores obtengan beneficios económicos a causa de su mala praxis⁷⁵. Los acuerdos entre las entidades regulatorias y el comerciante infractor son utilizados con éxito en el Reino Unido⁷⁶, Dinamarca, Países bajos, Holanda⁷⁷, Italia⁷⁸, Portugal y Suecia, aunque su diseño presenta algunos matices diferenciadores en cada uno de ellos.

27. Los reguladores pueden también alentar a las empresas infractoras a que ofrezcan esquemas de reparación colectivos a los consumidores mediante la concesión de un período de tiempo para que acuerden voluntariamente con sus víctimas una compensación. De alcanzarse un acuerdo, este será controlado posteriormente por la autoridad en atención a las circunstancias del caso⁷⁹. Las propias empresas podrán incluso ofrecer esquemas de reparación voluntaria, sin la intervención directa de los poderes reguladores, aunque los reguladores podrán involucrarse en las discusiones sobre su idoneidad. En circunstancias complejas que involucran a un gran número de potenciales perjudicados, y donde existe mayor incertidumbre sobre quiénes tienen derecho y qué cantidad de dinero ha de pagarse a cada uno de ellos, los reguladores podrán adoptar una orden o acuerdo donde se establezcan los parámetros del esquema de reparación o dejar ciertos aspectos para resolverlos en una resolución posterior. Tras culminar la investigación, los reguladores también podrán interrumpir la ejecución de la resolución antes de imponer una sanción a la empresa infractora, con la finalidad de establecer un tiempo de espera para proponer técnicas de estímulo preventivo. Dicha entidad, podrá igualmente evaluar las circunstancias

⁷³ C. HOGGES y S. VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, op. cit., pp. 5 y 6.

⁷⁴ C. HODGES, “El enfoque holístico del acceso a la justicia en la resolución de litigios de consumo”, op. cit., p. 23.

⁷⁵ C. HODGES, ‘European Competition Enforcement Policy: Integrating Restitution and Behaviour Control’, *World Competition*, núm. 34, 2011, pp. 385-396.

⁷⁶ En el Reino Unido desde el 2012.

⁷⁷ En sistema de transacción de acciones colectivas holandés («*Wet collectieve afhandeling massaschade*», WCAM, ley aprobada el 27 de julio de 2005), que permite al emisor proponer y celebrar una transacción con una entidad —normalmente una asociación creada al efecto— que se erige en representante de los inversores afectados por un hecho dañoso ocasionado por la conducta de aquel primero y cuya eficacia. La ley incluye la previsión de que el juez deba rechazar la transacción si (i) el importe de la indemnización ofrecida no es razonable; (ii) no existe garantía suficiente de que el obligado al pago dispone de liquidez suficiente para atenderlo; (iii) no se determina con exactitud el montante indemnizatorio que se abonará a cada representado —o los criterios para calcularlo—; (iv) la asociación que se erige en representante no es suficientemente representativa de los inversores afectados; (v) el número de inversores representados no es suficientemente grande como para justificar una transacción en masa mediante un acuerdo vinculante; (vi) la entidad a la que se atribuye el pago de la indemnización correspondiente no es parte en el acuerdo transaccional que se propone, y (vii), en fin, el contenido del acuerdo no reúne una serie de requisitos sustantivos y formales exigidos en la propia ley. En mi opinión, el caso holandés debería ser tomado en consideración en una eventual reforma de nuestra regulación sobre tutela colectiva. Vid. M.J. VAN DER HEIDJEN, “Class Actions/les actions collectives”, *Electronic Journal of Comparative Law*, op. cit., pp. 1-17.

⁷⁸ La AEEGSI, autoridad reguladora de la electricidad, gas y agua en Italia, puede requerir a las empresas a realizar pagos automáticos de compensación a los clientes cuando los estándares de calidad configurados por el regulador se han quebrantado por interrupciones del suministro eléctrico. Por su parte, la Banca d'Italia emitió en 2014 dos órdenes de reparación por errores en el cálculo de intereses por valor de 118, 506, 000 €. C. HODGES y S. VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, op. cit., pp. 170-176; C. HODGES, ‘Collective Redress: The Need for New Technologies’, op. cit., p. 64.

⁷⁹ En el caso de Francia, la Autoridad del Mercado Financiero (*Autorité des Marchés Financiers*). Vid. C. HODGES, ‘Collective Redress: The Need for New Technologies’, op. cit., p. 64.

atenuantes relacionadas con la conducta del infractor a efectos de reducir la sanción pecuniaria, siempre que aquel hubiera tomado alguna medida para reparar voluntariamente a los afectados⁸⁰.

28. El *ombudsman*⁸¹, por su parte, resuelve reclamaciones con repercusión masiva en diferentes sectores del mercado⁸² (seguros, transporte, energía, servicios financieros, comunicaciones y correos) y puede adoptar distintos modelos. El *ombudsman*, no es técnicamente una entidad RAL, ya que, además de la resolución de ligios, realiza otro grupo de funciones diferentes⁸³. En algunos casos, el *ombudsman* se desempeña dentro de una estructura de arbitraje enfocada a resolver casos individuales. En otros, lo hace cursando distintas iniciativas mediante técnicas de resolución en secuencia altamente eficientes para resolver reclamos masivos, si bien, en uno u otro caso, su efectividad va depender de la evaluación de los casos como triaje (*trier*), de la recopilación de la información necesaria de las partes implicadas para explorar la posibilidad de que estas lleguen a un acuerdo, así como de la utilización de técnicas que proporcionen a los consumidores información sobre sus derechos⁸⁴.

29. Por citar un ejemplo del impacto de esta figura en el Reino Unido, baste señalar aquí que en 2018 más de dos millones de consumidores recurrieron a los principales Defensores del Pueblo para resolver sus conflictos, frente a los dos millones de casos de todo tipo iniciados ante los Tribunales. En lo esencial, ello responde a dos concretos parámetros: el reducido tiempo que emplean para la resolución de estas disputas frente a la lentitud de los tribunales, y a que en su gran mayoría son procedimientos gratuitos⁸⁵.

⁸⁰ En un caso Ofgem (entidad reguladora de la energía en el Reino Unido) decidió no abrir una investigación formal sobre Co-Operat Energy, pero sí se comprometió con la empresa para supervisar los pasos dados para restablecer los niveles de servicio a los clientes. Ofgem ha acordado paquetes de compensación con entidades infractoras que incluyen compensaciones a organizaciones benéficas para ayudar a los consumidores de energía con dificultades financieras y aceptó una oferta de una empresa de energía para invertir £ 4.5 millones con la finalidad de eliminar a clientes vulnerables, lo que supuso una importante reducción de una multa por incumplimiento. En otro asunto, Ofcom (entidad reguladora de la radiodifusión en el Reino Unido), detectó que GMTV violaba algunas disposiciones del Código de Radiodifusión sobre la duración de los concursos y la falta de claridad en las reglas del premio. En este caso Ofcom impuso una multa de £ 2,000,000 y reconoció que la sanción financiera habría sido mayor si GMTV no hubiera implementado un programa tan extenso de reparaciones y remedios. GMTV cooperó voluntaria y plenamente con la investigación realizada por Ofcom y tomó medidas exhaustivas para remediar las consecuencias de las infracciones, entre ellas: la renuncia de altos directivos (Director Gerente y el Jefe de Competencias); se filtraron fondos a través de 25 millones de entradas (que era un número mucho mayor que el número de personas que en realidad habrían sido privadas de sus derechos); publicaron el reembolso en los periódicos nacionales y regionales; incluyeron 250 nuevos sorteos de premios gratuitos para todos los participantes afectados por un valor de £ 25 millones; e hicieron una donación de £ 250 mil a una organización benéfica para niños En Italia, con la finalidad de evitar o reducir las sanciones de la AEEGSI por fracción de las reglas, se permite a los comerciantes proponer la resolución de procedimientos regulatorios dirigidos a la imposición de sanciones si estos proponen una compensación económica u otra medida a favor de clientes afectados por la infracción. En 2014 se compensaron a través de este mecanismo a 86.000 clientes a razón de 25 € por cada afectado. C. HODGES y S. VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, op. cit., pp. 170-174, 197-204 y 208-210.

⁸¹ Los países del norte de Europa fueron los primeros en aplicar el concepto moderno del Defensor del Pueblo, con el objetivo de proteger a los ciudadanos con respecto a los servicios prestados por los Gobiernos. En América Latina, los sistemas del Defensor del Pueblo incluyen investigaciones y sentencias oficiales y oficiosas por el encargado del caso de una autoridad pública independiente que investiga las reclamaciones y propone o impone una solución. Uno de sus puntos fuertes es que están mejor informados y son más conscientes de las condiciones del mercado y los derechos de los consumidores que la mayoría de los jueces ordinarios. El Servicio del Defensor Financiero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte es un buen ejemplo de esos sistemas. Véase Nota de la Secretaría de la UNCTAD, de 3 de abril de 2018: "Solución de controversias y compensación", p. 6.

⁸² En el Reino Unido el *ombudsman* puede operar en distintos sectores a partir de quejas y reclamaciones y es una práctica que se relaciona regularmente con los comerciantes para reducir la incidencia de las quejas y conocer sus causas.

⁸³ C. HODGES, "El enfoque holístico del acceso a la justicia en la resolución de litigios de consumo", op. cit., p. 182.

⁸⁴ Tal es el caso de los Defensores del Pueblo de la energía y de las telecomunicaciones en Bélgica (y el *ombudsman* financiero italiano y francés que han contribuido de forma significativa a la supervisión del sistema bancario en dichos países. C. HODGES and S. VOET, *Delivering Collective Redress. New Technologies*, op. cit., pp. 211-260; C. HODGES, 'Collective Redress: The Need for New Technologies', op. cit., p. 68.

⁸⁵ Para los Tribunales del Condado en el último trimestre de 2018 los tiempos medios para reclamaciones de menor cuantía fueron de 34,4 semanas, mientras las reclamaciones "rápidas" y de "múltiples vías" tardaron 57,7 semanas. C. HODGES, "El enfoque holístico del acceso a la justicia en la resolución de litigios de consumo", op. cit., p. 196.

III. La reparación regulatoria de daños masivos y el *ombudsman* en el sistema español

1. Entidades reguladoras

30. España cuenta en la actualidad con cuatro las entidades reguladoras: el Banco de España⁸⁶, la Comisión Nacional del Mercado de Valores⁸⁷ (CNMV), la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones⁸⁸ (DGSFP) y la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia⁸⁹ (CNMC).

Estas entidades fueron creadas para regular aquellos sectores que ofrecen servicios básicos a los ciudadanos (financiero, energía, comunicaciones, transporte, entre otros), con el objetivo de corregir las imperfecciones del mercado y evitar reiteraciones en el comportamiento de las empresas.

31. Una evaluación de las estructuras y funciones de las entidades reguladoras en España arroja que todas ellas cuentan con las estructuras requeridas y están apertrechadas de los poderes necesarios para incorporar la reparación colectiva en el marco de las múltiples funciones que desarrollan (supervisión, inspección, consultiva, resolutive, potestad sancionada, seguimiento de las medidas impuestas a las personas, etc...). Dichas entidades gozan, además, de total independencia, operan bajo rigurosas reglas de transparencia e imparcialidad y son objeto de control estatal.

32. Sin embargo, una nota común a nuestras entidades reguladoras es que la mayoría de sus resoluciones van dirigidas a proteger el interés general, pero no el individual, en la medida que reprime la infracción cometida, pero sin implicación reparadora para el consumidor o usuario afectado, hecho que les obliga a judicializar las reclamaciones para conseguir la reparación⁹⁰.

Un ejemplo ilustrativo de esta importante debilidad de nuestro sistema se localiza en el ámbito de la competencia desleal, donde gran parte de las resoluciones culminan con una multa como castigo a la entidad por conducta desleal, sin que sus pronunciamientos tengan repercusión económica alguna en los consumidores afectados, siquiera en los casos en que se ha llegado a constatar algún perjuicio económico.

33. Este tipo de comportamiento ha quedado reflejado en la Resolución del procedimiento sancionador de 16 de julio de 2020, incoado por el director de energía contra Holaluz-Clidom, S.A.⁹¹, por

⁸⁶ Regido por la Ley 13/994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España (*BOE* núm. 134, de 5 de junio de 2013).

⁸⁷ Se trata de un ente de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada de acuerdo con el art. 16 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (LMV), aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (*BOE* núm. 255, de 24 de noviembre de 2015). Modificado por el Real Decreto-ley 14/2018, de 28 de septiembre (*BOE* núm. 236, de 29 de septiembre de 2018).

⁸⁸ La DGSFP es un órgano administrativo que depende de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, adscrita al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, según establece el Real Decreto 403/2020, de 25 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital (*BOE* núm. 50, de 27 de febrero de 2020).

⁸⁹ Creada mediante Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (*BOE* núm. 134, de 5 de junio de 2013).

⁹⁰ Téngase presente que nuestro ordenamiento carece en la actualidad de capacidad procesal para hacer frente a acciones colectivas de reparación con efecto *ultra partes*, puesto que solo son admitidas las acciones individuales o, a lo sumo, su acumulación a la acción colectiva de cesación. Las limitaciones en la interpretación de las acciones de reparación se aprecian en la Sentencia de 31 de octubre de 2016 del Tribunal Constitucional, al considerar que esta disposición no ampara una tutela colectiva accesoria de reparación o de indemnización, sino que autoriza la acumulación de acciones patrimoniales individuales a la acción de cesación colectiva, si dichos afectados hubieran aceptado expresamente la representación de la asociación de consumidores y usuarios que los representó en la acción principal. En igual dirección se pronunció el Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, en la sentencia de 16 de febrero de 2017, en la que se declaró la nulidad de las cláusulas contractuales con por abusivas (participación en las preferentes de Caja Madrid). A. FERRERES COMELLA, "Algunas pautas para regular adecuadamente las acciones colectivas, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 45, 2017, pp. 23-35, pp. 24-30. Esta carencia deberá superarse vía de la trasposición de la Directiva (UE) 2020/1828, a efectos de que se habilite tanto la posibilidad de ejercer acciones individualizadas de reparación en base a una acción colectiva de cesación como acciones colectivas que conduzcan a una resolución con efecto *ultra partes*. G. MORENO CORDERO, "El impacto de las nuevas directrices europeas en las regulaciones españolas sobre daños masivos a los consumidores", *op. cit.*, p. 449.

⁹¹ Resolución disponible en, https://www.cnmc.es/sites/default/files/3051636_0.pdf

posible vulneración del derecho de los consumidores a elegir su suministrador y a formalizar un contrato de acceso con la empresa suministradora de electricidad de la referida empresa. La supervisión llevada a cabo en este expediente puso de manifiesto que el sistema web de contratación de dicha empresa permitía con facilidad que cualquier persona cambiara el contrato a otra entidad, simplemente seleccionando uno entre varios domicilios, sin que el sistema opusiera impedimento alguno⁹².

El asunto culminó con una sanción decretada por la Sala de Competencia de la CNMV consistente en una multa de 75.000 euros por la comisión de una infracción grave prevista en el art. 69⁹³ de la Ley 14/2013, del Sector Eléctrico⁹⁴, pero los consumidores afectados no recibieron compensación alguna por la referida infracción.

Otras de las debilidades detectadas en el funcionamiento del sistema regulatorio español es que en no todos los casos existen reglas claras y comprensibles para el cliente sobre el acceso a la información para interponer una queja o reclamación, lo que evidencia que no basta que las plataformas *web* pongan a disposición del consumidor los procedimientos habilitados para interponer una queja o reclamación, sino que lo verdaderamente importante es que esa información sea lo suficientemente comprensible para que las personas que deseen reclamar lo hagan sin tener que recurrir a la ayuda de un abogado. A ello coadyuvará decisivamente la habilitación de procedimientos sencillos y fácilmente comprensibles para cualquier destinatario⁹⁵, y cuando ello no sea posible, se deberá garantizar un asesoramiento continuado para llevar a buen puerto la reclamación⁹⁶.

En el mismo registro de razonamiento se aloja, por un lado, la necesidad de garantizar un asesoramiento adecuado a aquellas personas imposibilitadas de acceder a la información disponible en la *web*, bien porque no tenga acceso a internet o simplemente porque no comprenda la información proporcionada *online*. Junto a ello se impone la necesidad de dar publicidad a las resoluciones sancionadoras, dado que resulta vital que los consumidores conozcan las irregularidades en las que ha incurrido la empresa y la cuantía a la que asciende la sanción⁹⁷.

⁹² La CNME considera en este caso que la conducta evaluada no es un cambio de suministrador sin consentimiento –considerado en otras resoluciones de la CNMC como una conducta típica cubierta por la infracción leve prevista en el artículo 66.4 de la Ley 24/2013–, sino la vulneración de la libre elección por parte de los consumidores de su suministrador y el correspondiente derecho a la formalización de un contrato de suministro con la empresa de su elección mediante, al imponer un sistema de contratación online defectuoso. Por tanto, no es el cambio de suministrador sin consentimiento por CUPS cruzados el que tipifica la conducta sancionada, sino el diseño y mantenimiento de una página web para la contratación que permitía la contratación en nombre de otro, así como la falta de controles mínimos por parte de CLIDOM para evitar la consolidación de los posibles errores, salvo que alguno de los consumidores afectados se lo indicaran, como la propia compañía reconoce en su escrito de 10 de julio de 2019. Con ello, dejaba en manos de terceros la posibilidad de que un consumidor, sin saberlo, fuera cambiado de suministrador.

⁹³ Según esta norma dispone constituye una infracción grave: “*El incumplimiento por parte de las empresas comercializadoras de electricidad [...] de la aplicación de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la presente ley y su normativa de desarrollo, en especial, las relativas a los consumidores vulnerables*”.

⁹⁴ BOE núm. 39, de 27 de diciembre de 2013.

⁹⁵ Un ejemplo de procedimiento complejo en el contexto español lo encontramos en el sector financiero.

⁹⁶ En el ámbito financiero aparece que se dará un salto significativo en esta dirección, de ser aprobado el Proyecto de Ley de creación de la Autoridad administrativa independiente de Defensa del cliente financiero. En la exposición de motivos de esta norma reclama que sean garantizado el principio de atención personalizada a colectivos más vulnerables (en concreto, de aquellas personas aquellas que presentan más riesgo de exclusión digital y financiera a causa de su con edad avanzada, del nivel de competencias digitales, de las rentas que perciban o por el hecho de residir en municipios de menor tamaño, entre otros). A estos colectivos se les asegurará canales presenciales adaptados y accesibles a sus circunstancias personales a la hora de presentar la reclamación para la interposición de reclamaciones, o un servicio de asistencia telefónica o telemática para ser atendido de manera personalizada.

⁹⁷ En 2018 FACUA denunció en su web las reducidas cuantías impuestas a los infractores y la opacidad al respecto por parte de las administraciones de consumo, al reconocer que ninguna Comunidad Autónoma hace públicas todas sus resoluciones sancionadoras para que los consumidores conozcan qué irregularidades han cometido determinadas empresa y advierte que el secretismo sobre las sanciones redundaba en los intereses del consumidor, que se ve desprovisto de información sobre la ilegalidad de prácticas que puede estar padeciendo y que tiene derecho a reclamar. <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=13510>. En cuanto al monto de las sanciones la cuestión parece haberse revertido en 2021, según reconoce propia organización en su página web, por la denuncia interpuesta en febrero de 2021 contra Energy GO, comercializadora eléctrica de Yoigo, tras comprobar que en su página web la eléctrica informaba por defecto de las tarifas sin añadir los impuestos indirectos, y para poder conocer el precio final (impuestos incluidos) los usuarios debían seguir una serie de pasos. La Administración balear consideró que la compañía cometió dicha infracción al “*ofrecer servicios, aparentemente ventajosos para el consumidor, omitiendo y/o*

2. Necesidad de implementación de la figura del *ombudsman*

Una carencia de señalada relevancia para ser considerada dentro de la perspectiva española es que en el ámbito del consumo no existe una figura asimilable al *ombudsman*, si tomamos como punto de referencia la concepción que de esta figura se tiene en el Reino Unido, Bélgica y Alemania, por citar algunos ejemplos⁹⁸. Por ello sería deseable que nuestro ordenamiento incorpore una figura con este potencial, sobre todo por el plus de garantía que la misma proporciona cuando actúa de manera coordinada con las entidades reguladoras.

Es cierto que el legislador español ha considerado dentro de las estructuras reguladoras de las entidades financieras la figura del defensor del cliente, pero, como inmediatamente se verá, esta figura no es en modo alguno asimilable al *ombudsman*.

El régimen jurídico del defensor del cliente se encuentra regido por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero⁹⁹ y en la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras¹⁰⁰. Según la Orden ECO/734/2004, las entidades financieras podrán designar un defensor del cliente, quien además estará facultado para prestar sus servicios en varias entidades a la vez¹⁰¹.

Como defensor del cliente se podrá designar a cualquier persona o entidad de reconocido prestigio en el ámbito jurídico, económico o financiero¹⁰² ajena a la organización de la entidad de crédito para la que presta sus servicios, quien deberá actuar con independencia de dicha entidad y con plena autonomía en cuanto a los criterios y directrices a aplicar en el ejercicio de sus funciones¹⁰³.

silenciando condiciones esenciales del contrato (precio final, condiciones, condiciones de ejercicio...) o exponiéndolas de forma parcial, impidiendo al consumidor conocer el alcance real y final de la oferta”, para la que propuso una sanción provisional de 24.000 euros, que es la cuantía máxima para este tipo de infracciones establecida en su ley autonómica de protección de los consumidores. <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=16721>

⁹⁸ Los países del norte de Europa fueron los primeros en aplicar el concepto moderno del Defensor del Pueblo, con el objetivo de proteger a los ciudadanos con respecto a los servicios prestados por los Gobiernos. En América Latina, los sistemas del Defensor del Pueblo incluyen investigaciones y sentencias oficiales y oficiosas por el encargado del caso de una autoridad pública independiente que investiga las reclamaciones y propone o impone una solución. Uno de sus puntos fuertes es que están mejor informados y son más conscientes de las condiciones del mercado y los derechos de los consumidores que la mayoría de los jueces ordinarios. El Servicio del Defensor Financiero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte son buenos ejemplos de la efectividad de esta figura. Véase Nota de la Secretaría de la UNCTAD, de 3 de abril de 2018: “Solución de controversias y compensación”, p. 6.

⁹⁹ BOE núm. 281, de 23 de noviembre de 2002.

¹⁰⁰ (BOE núm. 72, de 24 de marzo de 2004). Estas normas son el resultado del mandato contenido en el art. 31 Ley 44/2002 que designa al Ministro de Economía como el encargado de establecer los requisitos que deben regir la actuación del departamento o servicio de atención al cliente y el defensor del cliente, así como el procedimiento a que serán sometidas las reclamaciones que ante los mismos de establezcan. La norma establece además algunas exigencias comunes al servicio de atención al cliente y al defensor del cliente que deben ser consideradas por el Ministerio de Economía en las futuras normas de desarrollo: a) que sea garantizada la independencia en su intervención mediante la adopción de medidas que impidan la participación de sus integrantes en el resto de servicios comerciales u operativos de estas entidades; b) tanto el reglamento de funcionamiento o como las características de este servicio debe ser sometido a verificación administrativa; y c) que se incluyan en la memoria anual de estas entidades los aspectos más destacados de la actuación del departamento o servicio de atención al cliente y del defensor del cliente durante un ejercicio.

¹⁰¹ El Reglamento de funcionamiento será aprobado por cada entidad o grupo y regulará la actividad del departamento o servicio de atención al cliente y del defensor del cliente, así como las relaciones entre ambos. El organismo que tenga legalmente atribuida la competencia de control e inspección de la entidad que ha elaborado el reglamento será quien verifique si su contenido se ajusta a lo dispuesto en la normativa aplicable. El reglamento será aprobado por el Consejo de administración u órgano equivalente de cada entidad y, en su caso, por la Dirección general de la sucursal, y podrá ser posteriormente ratificado por la junta o asamblea general u órgano equivalente y comunicada al Comisionado o Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros y a la autoridad o autoridades supervisoras que correspondan a su actividad (art. 8 de la Orden).

¹⁰² Concorre honorabilidad comercial y profesional en quienes hayan venido observando una trayectoria personal de respeto a las leyes mercantiles u otras que regulan la actividad económica y de los negocios, así como las buenas prácticas comerciales y financieras (art. 5).

¹⁰³ Las entidades financieras a través de sus correspondientes páginas web, oficinas físicas o por otras vías -postal o electrónica-, deberán poner a disposición de sus clientes las direcciones de los defensores del cliente, los reglamentos que regulan su funcionamiento (contenido de reglas claras y precisas), la normativa de transparencia y protección que afecta a dichos clientes, qué asuntos corresponden al servicio de atención al cliente y cuáles competen al defensor. Y en caso de que ambos organismos

Entre las funciones atribuidas al defensor de cliente financiero está la recepción, tramitación y resolución de quejas y reclamaciones presentadas por los clientes de las entidades bancarias que vengan relacionadas con sus buenas prácticas y usos, pudiendo incluso acordar la continuidad del procedimiento, aunque el interesado haya desistido. El defensor del cliente será además quien decida si la queja o la reclamación es o no admitida a trámite. En caso de desestimación, notificará su decisión a ambas partes, y de ser estimada, procurará llegar a un acuerdo con las mismas. A falta de acuerdo, se adoptará una resolución equitativa en un plazo de dos meses.

Si la resolución contempla una compensación económica por parte de la entidad infractora, será tarea del defensor del cliente establecer la cuantía (normalmente sujeta a determinados montos), y el plazo en que esta deberá abonarse. La resolución favorable al cliente será vinculante para la entidad si el cliente la acepta. Y si fuera desfavorable al mismo o si no se admitiese a trámite la reclamación, éste podrá acudir a las instancias administrativas (Servicios de reclamaciones del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y de la Dirección General de Seguros y Fondo, según se trate)¹⁰⁴, a las arbitrales (Junta Arbitral de Consumo de su comunidad, en caso de que la entidad financiera esté adscrita a este sistema de arbitraje) o a las judiciales (art. 7)¹⁰⁵.

Como se observa, el defensor del cliente, al igual que los servicios de atención al consumidor, desarrollan una importante labor en orden a la protección del consumidor financiero, al tratarse de instituciones especializadas que colaboran en la identificación de problemas sistémicos dentro de sus propias estructuras. Esta función es desempeñada mediante la utilización parámetros propios (funciones y procedimientos) que detectan los fallos y deficiencias en las que incurren las entidades financieras, a través de quejas y reclamaciones de sus clientes, que resuelven de forma rápida y sin costes para el consumidor.

Sin duda, la intervención del defensor del cliente financiero en la resolución de conflictos en este sector contribuye a mejorar los estándares de calidad del cliente. Pero, a diferencia del servicio de atención al cliente, no se trata de una figura obligatoria para las entidades financieras, aunque la mayoría de ellas suelen contemplarlo. A ello se suma que a partir de la entrada en vigor de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre de trasposición de la Directiva 2013/11/UE¹⁰⁶, estos intermediarios no podrán acreditarse como entidades de RAL, al clasificar dentro de sujetos empleados o retribuidos por la empresa reclamada, a menos que sean empleados o retribuidos exclusivamente por una organización profesional o por una asociación empresarial y acrediten un presupuesto independiente, específico y suficiente para el cumplimiento de sus funciones (art. 25).

se ocupen del mismo tipo de quejas y reclamaciones, la entidad debe especificar si tras la decisión del servicio de atención, el cliente puede reclamar ante el defensor correspondiente, que es lo más habitual. El reglamento establece la obligatoriedad a los departamentos y servicios de atención al cliente y a los defensores del cliente, de presentar informe anual explicativo del desarrollo de su función durante el ejercicio precedente, cuyo resumen se integrará en la memoria anual de las entidades. El informe será presentado al consejo de administración u órgano equivalente o ante la dirección general de la sucursal dentro del primer trimestre de cada año y deberá contener: a) resumen estadístico de las quejas y reclamaciones atendidas, con información sobre su número, admisión a trámite y razones de inadmisión, motivos y cuestiones planteadas en las quejas y reclamaciones, y cuantías e importes afectados; b) resumen de las decisiones dictadas, con indicación del carácter favorable o desfavorable para el reclamante; c) criterios generales contenidos en las decisiones; y d) recomendaciones o sugerencias derivadas de su experiencia, con vistas a una mejor consecución de los fines que informan su actuación.

¹⁰⁴ Los comisionados son una suerte de tercera instancia de reclamación creada por el Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de estos comisionados y en la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, que regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los Servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondo (BOE núm. 281, de 22.11.2012), cuyo propósito ha sido mejorar la eficacia del funcionamiento de los servicios de reclamaciones. *Vid.* R. MARIMÓN DURÁ, “La nueva regulación de los órganos de defensa del cliente bancario. La experiencia del Servicio de Reclamaciones del Banco de España”, en V. CUÑAT EDO (dir.), *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias, Estudios de derecho judicial*, núm. 55, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 213-264.

¹⁰⁵ *Vid.* A.I. BLANCO GARCÍA, “El ombudsman bancario: una protección especial y alternativa del consumidor financiero, pero una utopía en países de américa latina”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 18, 2016, pp. 128-134.

¹⁰⁶ BOE, de 4 de noviembre de 2017.

Con esta medida se pretende garantizar el principio de independencia e imparcialidad de tales entidades¹⁰⁷. En consecuencia, las dudas que hoy sobrevuelan en torno al defensor del cliente financiero no quedarán saldadas hasta que la nueva regulación pendiente de desarrollo en vea la luz¹⁰⁸.

3. La creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente como principal novedad del sistema RAL español

34. El Consejo de Ministros aprobó el pasado 5 de abril de 2022 el Anteproyecto de Ley de Creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero (ALCADCF), dejando abierto un período de audiencia e información pública. Con la aprobación de ALCADCF se dará cumplimiento a los requerimientos establecidos en la Disposición adicional primera (DA 1.^a) de la Ley 7/2017, en la que se establecen algunas cautelas al régimen general que afectan a los procedimientos RAL en el sector financiero.

35. El ALCADCF tiene un doble objetivo. Por un lado, crear la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero (ADCF) y establecer un sistema RAL para responder a las controversias surgidas entre entidades financieras y sus clientes por incumplimiento de las normas de conducta, buenas prácticas y usos financieros o el abuso de cláusulas contractuales¹⁰⁹; y, por otro, impulsar la educación financiera en torno a la responsabilidad en la contratación mediante la generación de contenidos, guías y otras actuaciones (art. 1 y disposición adicional primera). De esta forma se pretende aumentar la protección de los clientes financieros, la seguridad jurídica en el ámbito de las normas de conducta que deben observar tales entidades, así como contribuir a la extensión de prácticas comunes en las relaciones de las entidades financieras con sus clientes, a efectos de fortalecer la transparencia, propiciar la inclusión financiera de los colectivos vulnerables y la competencia en la calidad del servicio prestado.

36. El Anteproyecto de Ley introduce algunos cambios de calado en el sistema actualmente vigente. En primer lugar, opta por conservar el servicio de atención al cliente y el defensor del cliente financiero (primera instancia). En segundo lugar, introduce como novedad que los servicios de reclamaciones sectoriales existentes en el ámbito financiero pasen a ser asumidos por la ADCF, si bien exigiendo como condición previa para que la reclamación sea admitida y tramitada ante la ADCF, que el cliente acredite haber presentado una reclamación ante el servicio de atención al cliente o el defensor del cliente correspondiente a la entidad financiera contra la que se interponga la reclamación (art. 32.1) y que la misma haya sido inadmitida, desestimada total o parcialmente, o que haya transcurrido el plazo de un mes desde la fecha de su presentación sin que haya sido resuelta, o quince días hábiles, cuando la

¹⁰⁷ Vid. F. ESTEBAN DE LA ROSA, “Desafíos de la contratación electrónica para los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo: radiografía de una transformación necesaria”, *VLEX*, diciembre-2018, pp. 42-59, p.11; Id., “El sistema español de resolución alternativa de litigios de consumo y la nueva Ley 7/2017, de 2 de noviembre”, *op. cit.*, p. 92.

¹⁰⁸ Hasta que entre en vigor la ley a la que alude la Disposición adicional primera (DA 1.^a) de la Ley 7/2017 -por la que se establecen algunas cautelas al régimen general que afectan al futuro procedimiento RAL que se articule en el ámbito financiero-, los servicios de reclamaciones regulados en el art. 30 de la Ley 44/2002, deben acomodar su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en la Ley 7/2017, en especial para garantizar su independencia organizativa y funcional en el seno del organismo donde están incardinados, con el fin de poder ser acreditados como entidad de resolución alternativa de litigios. A este respecto se plantean dudas en relación con la figura acreditación del defensor de cliente como entidad RAL, que en este ámbito opera junto a los servicios de reclamaciones de las entidades financieras. Vid. F. Esteban de la Rosa, “Desafíos de la contratación electrónica para los sistemas de resolución alternativa de litigios de consumo: radiografía de una transformación necesaria”, *op. cit.*, pp. 42-59, p.11; G. MORENO CORDERO, “El recurso colectivo de consumo en el sistema español: elementos para la implantación de una nueva tecnología”, *op. cit.*, p. 499.

¹⁰⁹ En la DA1.^a de la Ley 7/2017 se ordena la creación por ley de una única entidad con competencias para la resolución de litigios de consumo en el sector financiero y obliga a las entidades financieras a participar en los procedimientos ante dicha entidad de resolución alternativa de litigios o ante cualquier entidad RAL acreditada para dar cobertura a reclamaciones de consumo en todos los sectores económicos.

reclamación verse sobre servicios de pago (art. 32.2)¹¹⁰. Sobre esta última exigencia téngase en cuenta que la fuente financiación de ADCF se constituirá a partir de las aportaciones realizadas por las propias entidades reguladoras, que quedarán obligadas a abonar 250 euros por cada reclamación interpuesta. De esta forma se incentivará a que las entidades resuelvan las reclamaciones de sus clientes de forma amistosa, antes de que estos acudan a la ADCF (segunda instancia).

Otra de las novedades significativas que aporta el Anteproyecto es que las resoluciones que adopte la ADCF tendrá carácter vinculante para las entidades financieras solo cuando la cuantía de la reclamación sea inferior a 20.000 euros (art. 42. 2)¹¹¹. Contra tales resoluciones no cabe recurso de reposición, pero sí queda abierta la posibilidad de que cualquiera de las partes tenga ocasión de recurrir ante la jurisdicción contenciosa-administrativa (art. 43).

Cuando el importe de la reclamación sea igual o superior a 20.000 euros, las resoluciones no vincularán a ninguna de las partes, pero en caso que la resolución fuera desfavorable para la entidad, esta deberá comunicar expresamente la aceptación o no de la resolución, en el plazo de 30 días contados desde la notificación. De ser aceptada la resolución, la entidad deberá justificar documentalmente la rectificación de su situación con el cliente, caso contrario, deberá razonar motivadamente su decisión (art. 42. 3).

La ADCF gozará asimismo de potestad sancionadora respecto de clientes que hayan interpuesto la reclamación con temeridad o mala fe, pudiendo imponer multas al reclamante de hasta los 1.000 euros.

Finalmente, es importante señalar que en las resoluciones adoptadas por la ADCF se podrá fijar una indemnización a favor del reclamante (art. 42.1).

37. En orden a la reparación de los daños masivos, el ALCADCF contiene dos disposiciones de especial relevancia. La primera, prevista en el apartado tercero del art. 36, reconoce legitimación activa a las asociaciones y organizaciones representativas de legítimos intereses colectivos de los clientes o potenciales clientes de entidades financieras para emprender este tipo de reclamaciones, siempre que tales intereses resulten afectados y dichas entidades estén legalmente habilitadas y reúnan los requisitos establecidos en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias o en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.

En principio, y a la espera de un desarrollo reglamentario que esclarezca el alcance de esta disposición, la solución resulta saludable y coherente con el objetivo delineado en el presente estudio. Según hemos venido sosteniendo a partir de la experiencia comparada, la introducción dentro de las estructuras reguladoras de un defensor del cliente financiero potente, permitirá a la ADCF identificar problemas individuales y sistémicos que posteriormente pondrá en conocimiento de las entidades infractoras y de los propios reguladores para que sean abordados con rapidez. Con la información aportada por esta autoridad, las entidades reguladoras podrán exigir asimismo cambios en el comportamiento de la entidad financiera que ha infringido las normas, lo que hará a través de la amplia gama de poderes que le son atribuidos. Así, podrá decretar el cese de la infracción, supervisar de forma continuada su actuación para evitar o reducir el riesgo de reiteración, y obligar a la entidad financiera infractora al pago de una compensación al cliente afectado, además de la imposición de sanciones por la distorsión operada en el mercado¹¹².

38. Sabido es el recurso al mecanismo RAL habilitado por el ALADCF y la eventual intervención de las autoridades judiciales en la resolución de estas contiendas se producen cuando falla el sistema regulador. Por consiguiente, una la intervención eficiente de la entidad reguladora -bien sea por la correcta intervención de dicha entidad o por la información proporcionada por la ADCF-, evitará en gran medida que el cliente insatisfecho reclame ante a la ADCF o, en su caso, ante los tribunales, lo que se traduce en una mayor inmediatez en la resolución de las disputas y eficiencia en el procedimiento. Recordemos que

¹¹⁰ Recordemos que la posibilidad de recurrir a los servicios de reclamaciones del Banco de España, de la CNMV y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones se encuentra previsto en art. 30 de la Ley 44/2002 y en la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre. El ALADCF deroga el art. 30 de la Ley 44/2002, no así al artículo 29 de la Ley 44/2002, sobre la obligación para las entidades financieras de contar con un departamento de atención al cliente o defensor del cliente y el efecto vinculante para la entidad de la decisión del defensor del cliente favorable a su reclamación.

¹¹¹ La resolución que deberá ejecutarse en el plazo de 30 días hábiles contados desde su notificación.

¹¹² Véase supra epígrafe II.1.

la judicialización de las controversias, sobre todo aquellas que presentan repercusión masiva, conlleva un importante coste de tiempo y dinero y un impacto muy negativo en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, que en la mayoría de las ocasiones no reclaman por tratarse de importes de escasa cuantía. Por tanto, de entenderse que esta regulación va a permitir que las entidades con legitimación extraordinaria representen los intereses colectivos de los clientes afectados por una misma infracción en un único procedimiento, encarnaría una novedad sin precedentes en el ordenamiento español y un reclamo muy antiguo de nuestra doctrina. La articulación de mecanismos ágiles y eficaces de resolución de controversias, qué duda cabe, va a contribuir a que los operadores económicos puedan reducir costes en el ejercicio de las actividades, una mejora la eficiencia económica y en la competitividad de las empresas, al tiempo que aporta claros beneficios para los clientes financieros afectados por infracciones masivas.

La segunda regulación relevante, esta vez recogida en el art. 42, alude a la denominada “cuestión previa de unificación de criterio”. La cuestión previa podrá plantearse ante la Sección Especial prevista en el art. 18¹¹³, una vez instruida la reclamación y, como su propio nombre indica, con carácter previo a la adopción de una resolución por la Sección correspondiente. Esta diligencia podrá activarla tanto la propia Sección, si se tratara de reclamaciones basadas en hechos, pretensiones y fundamentos sustancialmente iguales en las que se hubiese llegado a resoluciones distintas, como la persona titular de la Presidencia -con carácter excepcional y de forma motivada-, para reclamaciones que afecten a una pluralidad de reclamantes, o a distintos tipos de servicios financieros o ámbitos de competencia de las salas, en las que no exista un criterio previo fijado por la Sección Especial, siempre y cuando concurren razones de índole técnica, jurídica o de interés público que así lo justifiquen. El planteamiento de la cuestión previa suspenderá el curso de las actuaciones, y el criterio fijado por la Sección Especial vinculará a los/as Vocales y a las Secciones tanto en la instrucción como en la resolución de las reclamaciones a partir del momento que se dicte, quedando excluidas las resoluciones dictadas con anterioridad.

En orden a la reparación masiva, la diligencia previa parece estar enfocada a conseguir un tratamiento igualitario a la pluralidad de afectados por un mismo incumplimiento de las entidades financieras. Sin embargo, del mismo modo que hemos apuntado ya en relación con la legitimación activa de las asociaciones y organizaciones representativas de legítimos intereses colectivos de los clientes, hasta tanto no salga a luz el Reglamento de desarrollo de esta ley, no sabremos con exactitud si con este mecanismo se pretenden evitar resoluciones individuales contradictorias respecto de una infracción/es que afectan a multitud de clientes, o si, por el contrario, se pretende adoptar una única resolución para todos los clientes implicados. En cualquier caso, la diligencia previa resulta, en nuestra opinión, una respuesta atractiva, aunque su alcance se reduzca a aportar una misma solución a resoluciones individualizadas que impliquen una reparación y/o indemnización para el cliente afectado, pues ello evitará en gran medida que los afectados acudan a la vía judicial -bien mediante acciones colectivas, bien a través de reclamaciones individuales- para ser reparados del daño ocasionado.

Nos encontramos, pues, con una vía más flexible y rápida que la judicial, articulada a través de una figura muy similar al *ombudsman*, lo que va a resultar una alternativa de gran utilidad para los clientes financieros que no han recibido una respuesta satisfactoria de los departamentos y servicios de atención a la clientela y el defensor de la clientela, que tampoco va a suponer coste alguno para los clientes ni requerirá contar con la defensa de un abogado ni la representación de un procurador. Todo ello redundará en que el cliente no se vea desincentivado a la hora de reclamar importes de escasa cuantía, que es una de las principales causas que les disuade de acudir a la vía judicial. El ALCADCF establece además que en estas las reclamaciones la carga de la prueba se invierta en favor del cliente, y da respuesta a los problemas de accesibilidad de mayores de 65 años, o de aquellas personas con dificultades para interponer una reclamación telemática, ya que abre la alternativa para que tales reclamaciones puedan presentarse en cualquiera de los lugares establecidos en el art. 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹¹⁴.

¹¹³ Esta Sección estará formada por cinco miembros, que serán la persona titular de la Presidencia de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero, quien la presidirá, y cuatro personas en representación de las diferentes áreas de la Autoridad y será la encargada de resolver esta cuestión (entre otras) de forma motivada y ajustada a derecho.

¹¹⁴ *BOE* núm. 236, de 02 de octubre de 2015.

4. El papel de Defensor del Pueblo español en materia de consumo

Íntimamente relacionado con la defensa de los derechos de los consumidores, conviene señalar aquí el importante papel que desempeña en este ámbito el Defensor del Pueblo español¹¹⁵.

El ámbito de actuación del Defensor del Pueblo es amplísimo. Entre sus múltiples funciones está la de garantizar que se cumpla el derecho a la libertad de empresa, controlar los límites de su ejercicio, así como el funcionamiento de los mercados y su proyección en los derechos de los ciudadanos¹¹⁶.

El Defensor del Pueblo cuenta con facultades de inspección e investigación que incluyen la obligación legal de todo poder público de prestar la colaboración que este precise para llevar a cabo sus investigaciones con carácter preferente y urgente. Tales funciones se desarrollan con total independencia, imparcialidad y transparencia. Y aunque normalmente su intervención deriva de una queja o instancia de cualquier ciudadano, con la finalidad de que se investiguen las actuaciones presuntamente irregulares de la Administración pública española o de sus agentes, también puede hacerlo de oficio en aquellos casos que lleguen a su conocimiento.

Existen un número importante de actuaciones en las que el Defensor del Pueblo interviene el ámbito del consumo, especialmente, las relacionadas con el suministro de electricidad, agua, gas, transporte y telefonía. Algunas de estas actuaciones ponen de manifiesto la importancia y efectividad de esta figura en el entorno en el que nos movemos, al tiempo que clarifican su interacción con las entidades reguladoras.

Por citar un ejemplo ilustrativo de la importancia de una acción coordinada entre los reguladores y el Defensor del Pueblo español, baste señalar aquí que el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico aceptó una recomendación del Defensor del Pueblo en la que propuso un cambio normativa en el Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural¹¹⁷, con la finalidad de que los servicios de mantenimiento de gas quedasen automáticamente resueltos desde el momento en que se rescinda el contrato de suministro mediante el que fueron contratados, salvo que el consumidor solicite expresamente lo contrario¹¹⁸.

El valor de este ejemplo no solo reside en el poder del Defensor del Pueblo para enmendar las reglas en infracciones de consumo que pueden llegar a afectar a un importante número de consumidores, cuando estas no garanticen el buen funcionamiento del mercado, los derechos de los ciudadanos y su confianza, sino también por los resultados que se pueden alcanzar cuando el mismo interactúa con las entidades reguladoras mediante el intercambio de información y su incidencia en la identificación de problemas sistémicos. Y es que, con carácter previo a la elaboración de esta recomendación, el Defensor del Pueblo solicitó un informe a la CNMC, quien contestó recordándole que este problema ya se había resuelto en la normativa reguladora del sector eléctrico, según constaba en un informe de 2018 emitido por la CNMC que analiza las relaciones comerciales de las empresas de gas y la electricidad con sus clientes¹¹⁹. El informe recoge varias de las conclusiones presentadas por el Defensor del Pueblo en un estudio publicado en mayo de 2017 relativo a la protección de los consumidores vulnerables en materia

¹¹⁵ El Defensor del Pueblo es el Alto Comisionado de las Cortes Generales encargado de defender los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos mediante la supervisión de la actividad de las administraciones públicas españolas (art. 54 CE), cuyo régimen de actuación se encuentra regulado por la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (BOE núm. 109, de 07 de mayo de 1981).

¹¹⁶ El Defensor del Pueblo, como resultado de su actuación, puede formular a las administraciones cuatro tipo de resoluciones: a) recomendaciones en las que se proponga que se modifique la interpretación de una norma o incluso la creación de una nueva; b) sugerencias para la modificación de una actuación concreta, que afecta a únicamente a un ciudadano particular o a una comunidad concreta; c) recordatorios de deberes legales donde se recuerda la obligación de cumplir alguna exigencia legal; d) advertencias a través de las que comunica la existencia de una situación de hecho o práctica que precisa de mejora; y c) recursos de inconstitucionalidad y de amparo sobre la base del art. 162.1 a) y b) de la Constitución.

¹¹⁷ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2002.

¹¹⁸ <https://www.europapress.es/economia/energia-00341/noticia-gobierno-acepta-servicios-mantenimiento-gas-cesen-vez-contrato-suministro-20210118130219.html>

¹¹⁹ El informe contiene un estudio sobre la Protección de los consumidores vulnerables en materia de energía eléctrica, disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/consumidores-energia-electrica/>

de energía eléctrica¹²⁰. Este estudio desatacó, entre otras cuestiones¹²¹, la falta de transparencia en la contratación y la existencia de prácticas comerciales agresivas y engañosas por parte de las comercializadoras del sector eléctrico¹²², por lo que se trató de una valiosa fuente normativa de la que se podía nutrir el sector del gas para enmendar sus reglas.

Un último aspecto a destacar resultante de la intervención conjunta del Defensor del Pueblo y la CNMV este en este caso fue que ambos estuvieron de acuerdo en la necesidad de introducir mejoras tanto en relación con la información que recibe el consumidor como en la claridad la factura eléctrica¹²³.

Por todo ello, consideramos que una de las cuestiones a las que debe responder el legislador español en una futura incorporación de las nuevas tecnologías es la introducción de la una figura un Defensor del consumidor sectorial potente en todos los sectores regulados, de forma similar a como se propone en el ALCADCF, lo que sin duda jugará un papel decisivo en la reparación de los daños masivos y, claro está, en la regulación del mercado.

IV. Conclusiones

39. En la presente contribución se ha evidenciado que, con independencia de las transformaciones que deberá acometer el legislador español para acompasar las regulaciones vigentes con las directrices de la UE en materia de acciones colectivas, no se podrá hablar de una mejora real en el sistema de reclamaciones por daños masivos a los consumidores derivados de la acción ilícita de los comerciantes, ni de una protección adecuada al consumidor si no evolucionamos a sistemas más efectivos.

La respuesta normativa que ofrece el legislador europeo perpetúa el modelo litigioso de acciones judiciales que, aunque mejorable para algunos ordenamientos internos de los Estados miembros, como es el caso español, ha pasado a formar parte de una tecnología arcaica que debe dar paso a mecanismos que funcionen mejor.

40. Todo parece apuntar a que una mejora en el sentido indicado por la Directiva no va a erradicar los problemas que derivan del alambicado procedimiento que en práctica plantea la tramitación de las acciones de representación ante los tribunales, sujetas frecuentemente a procedimientos largos, completos, costosos y poco efectivos en orden a la reparación y a la regulación del mercado.

41. La apuesta decisiva por la reparación reguladora responde a que son los intermediarios mejores situados para atender los reclamos provenientes de daños colectivos por motivos diversos. Se trata de entidades independientes que actúan a favor del interés público en las que no se plantean conflictos de intereses comerciales para reclamar daños a los infractores. Dichas entidades toman decisiones de acuerdo con sus políticas organizacionales que están sujetas a requisitos objetivos de gobernanza y transparencia sometidos a mecanismos de supervisión externa. Al estar altamente especializadas en los sectores donde desenvuelven su actividad, estos intermediarios identifican como nadie los problemas sistémicos. A todo ello se suma que los poderes que le son atribuidos responden de manera más eficaz, rápida, sencilla y al menor coste posible a la compensación del consumidor afectado por el daño ocasionado, al tiempo que enmienda las reglas y corrige el comportamiento ilícito del comerciante infractor.

42. La concentración de estos criterios en la figura de los reguladores implica que su intervención en la solución de reclamaciones colectivas sea más eficiente y rápida que la de los tribunales, e incluso, que otros procedimientos alternativos de resolución de controversias, sobre todo en orden a la

¹²⁰ <https://www.cnmc.es/2018-05-16-la-cnmc-analiza-aspectos-de-las-relaciones-comerciales-de-las-empresas-de-gas/>

¹²¹ El estudio incluía varias recomendaciones para mejorar la protección de los consumidores vulnerables, muchas de las cuales se tuvieron en cuenta por el Gobierno al elaborar la nueva regulación del bono social eléctrico.

¹²² También en este sector se llegaron a realizar cambios de compañía sin el consentimiento del cliente, lo que afectó especialmente de personas vulnerables como personas con de edad avanzada que vivían solos.

¹²³ <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/consumidores-energia-electrica/>

reparación. Ello explica por qué el esquema regulatorio en otros países de nuestro entorno sea preferido no solo a las tradicionales acciones de clase, sino incluso a otros esquemas de RAL.

Ahora bien, la implementación de las nuevas tecnologías en España no implica la eliminación del modelo judicial de acciones colectivas ni su mejoramiento para atemperarlo a las nuevas directrices europeas en distintas direcciones, como alternativa residual en aquellos sectores no regulados. De ahí que sea importante comprender que esfuerzo de nuestro legislador no se limite a la introducción de mejoras en el sistema tradicional de acciones colectivas, sino que, en paralelo, será prioritario potenciar las nuevas tecnologías (reparación regulatoria y *ombudsman*) arbitrando un cambio de paradigma en las funciones de los reguladores para dotarlos del poder de reparación colectiva. Igualmente necesario será que la actual regulación arbitral, así como las regulaciones que se adopten finalmente en el ámbito financiero ofrezcan respuestas extrajudiciales a las reclamaciones colectivas en sus respectivos sectores de operatividad.

43. La implantación de las nuevas tecnologías a las características domésticas de nuestro sistema, precisa, por un lado, la toma en consideración de modelos consolidados y de probada eficiencia, ampliamente afinados en la ciencia del comportamiento y en la doctrina comparada. Su implementación requerirá de una labor encomiable que puede implicar cambios en las actuales estructuras y funciones de las entidades reguladoras, así como la adopción la figura del defensor del cliente potente en los distintos sectores del comercio, sobre todo, en relación con los principios de independencia e imparcialidad. La creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente financiero contenida en el Anteproyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros en abril pasado, es un modelo a seguir en tal sentido y un salto cualitativo sin precedentes en nuestro ordenamiento.

44. El cambio de paradigma propuesto, requiere asimismo ordenar la convivencia de las viejas y las nuevas tecnologías jerarquizando su aplicación de forma tal que las viejas tecnologías (acciones judiciales, incluso las ADR) sean retenidas como mecanismos residuales a los que se debe recurrir solo en aquellos sectores que no estén cubiertos por las nuevas tecnologías.