

Recibido: 27 julio 2021
Aceptado: 15 septiembre 2021

Acción colectiva europea y Derecho internacional privado a raíz de la demanda interpuesta en Países Bajos por la *Dieselgate Emissions Justice Foundation*

Raúl RUIZ RODRÍGUEZ *

SUMARIO: I. Introducción. II. La *WAMCA* y el modelo europeo de tutela colectiva: 1. Antecedentes y estado de la acción colectiva europea. 2. Interrogantes planteados por la *WAMCA*. III. Obstáculos planteados por el Derecho internacional privado al ejercicio de la acción colectiva europea: 1. La competencia de los tribunales neerlandeses y la inadecuación de los criterios interpretativos del Reglamento Bruselas I *bis*. 2. Ley aplicable a los daños causados por *Volkswagen* y el posible uso de la cláusula de escape del art. 4 del Reglamento Roma II. IV. Conclusiones.

RESUMEN: El estallido del escándalo *Dieselgate* en el año 2015 resultó en el inicio de acciones legales por todo el mundo para indemnizar el daño causado a los consumidores afectados. Concretamente, en la UE, el alcance de estas acciones ha sido limitado, produciendo efectos únicamente dentro del territorio de los correspondientes Estados miembros. Esto se debe a la dificultad de articular una acción colectiva a escala europea a tenor de los instrumentos legales disponibles hasta la fecha. La habilitación de un nuevo mecanismo procesal en la ley neerlandesa ha llevado a la *DEJF*, una asociación con sede en Países Bajos, a emprender una acción colectiva en representación de consumidores de varios países europeos. La demanda interpuesta genera una serie de interrogantes que ponen de manifiesto la necesidad de adaptar los criterios empleados por los instrumentos de Derecho internacional privado para garantizar un despliegue eficaz del modelo europeo de tutela colectiva.

PALABRAS CLAVE: ACCIÓN COLECTIVA – CONSUMIDORES – DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – *DIESELGATE*.

European Collective Action and Private International Law in the Wake of the Dieselgate Emissions Justice Foundation Lawsuit in the Netherlands

ABSTRACT: *The outbreak of the Dieselgate scandal in 2015 resulted in the initiation of legal actions around the world to compensate the damage caused to affected consumers. Specifically, in the EU, the scope of these actions has been limited, producing effects only within the territory of the corresponding Member States. This is due to the difficulty of articulating a Europe-wide*

* Investigador predoctoral (FPU 2019) en el área de Derecho internacional privado de la Universidad de Alicante.

collective action on the basis of the legal instruments available to date. The introduction of a new procedural mechanism in Dutch law has led the DEJF, an association based in the Netherlands, to bring a collective action on behalf of consumers from several European countries. The action raises a series of questions that highlight the need to adapt the criteria used by the instruments of private international law in order to guarantee an effective deployment of the European model of collective protection.

KEYWORDS: COLLECTIVE ACTION – CONSUMERS – PRIVATE INTERNATIONAL LAW – DIESELGATE.

I. INTRODUCCIÓN

1. El estallido del llamado escándalo *Dieselgate* en el año 2015 todavía deja sentir sus efectos a día de hoy. La compañía alemana *Volkswagen* configuró varios de sus motores para falsificar el nivel de emisiones de NOx en los bancos de prueba¹. Así, los automóviles equipados con estos motores pudieron pasar los controles establecidos y ser comercializados posteriormente. La principal consecuencia de estos hechos fue la adquisición de vehículos manipulados por millones de consumidores en todo el mundo. Las repercusiones de dicho escándalo, como pueden imaginarse, fueron inmensas.

2. Concretamente, en el ámbito legal, la falsificación del nivel de emisiones por parte de *Volkswagen* ha dado lugar a un incontable número de pleitos a lo ancho de todo el territorio global. Ejemplo de ello son las demandas presentadas ante los tribunales australianos² y estadounidenses³ que concluyeron con la firma de los respectivos acuerdos colectivos.

En el ámbito europeo, el TJUE ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse de manera general sobre el asunto *Dieselgate* en sentencias como la del 17 de diciembre de 2020⁴. En virtud de esta resolución, el TJUE dictaminó que el *software* fraudulento instalado por *Volkswagen* viola la normativa europea en

¹ Tribunal de Cuentas Europeo, “Respuesta de la UE al escándalo «dieselgate»”, febrero 2019. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/BRP_Vehicle_emissions/BRP_Vehicle_emissions_ES.pdf], pp. 13–15.

² La compañía alemana se comprometió en virtud del acuerdo alcanzado a pagar un mínimo de 868 dólares australianos a cada uno de los aproximadamente cien mil consumidores afectados. Para más información sobre el procedimiento australiano, *vid.* el siguiente enlace (consultado el 10 octubre 2021): [<https://vwsettlement.com.au/index.php>].

³ En EE UU, *Volkswagen* acordó ante los tribunales el pago de miles de millones de dólares estadounidenses para compensar a los cerca de quinientos mil compradores perjudicados por la falsificación del nivel de emisiones. Para más información sobre el procedimiento estadounidense, *vid.* el siguiente enlace (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.reuters.com/article/us-volkswagen-emissions-idUSKBN1JZ21G>].

⁴ STJUE 17 diciembre 2020, C–693/18, ECLI:EU:C:2020:1040.

materia de vehículos a motor⁵. Con todo, no se ha celebrado todavía en la UE un acuerdo de dimensiones similares al estadounidense o al australiano, pese a que la cantidad de vehículos comercializados es considerablemente superior⁶.

En este sentido, las soluciones alcanzadas en la UE han tenido un alcance limitado. La dificultad de orquestar un remedio a escala europea a tenor de los instrumentos disponibles hasta la fecha ha derivado en una fragmentación de las acciones legales interpuestas. Los consumidores o asociaciones de consumidores han presentado demandas contra *Volkswagen* ante los tribunales de los respectivos Estados miembros para solicitar la reparación del daño causado. En Alemania⁷, por ejemplo, *Volkswagen* ha pactado la indemnización de los afectados tras una ardua batalla legal por parte de la asociación de consumidores VZBV. También en España se ha ordenado recientemente la reparación del daño causado a los miembros de la Organización de Consumidores y Usuarios⁸, en virtud de sentencia⁹ del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid¹⁰. Otros países en los que se han emprendido acciones legales similares son Portugal¹¹ o Francia¹².

⁵ Principalmente, el Reglamento (CE) nº 715/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (Euro 5 y Euro 6) y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos.

⁶ *BBC News*, 10 diciembre 2015: “Volkswagen: The scandal explained”. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.bbc.com/news/business-34324772>].

⁷ *Vid.* a este respecto, la noticia disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.dw.com/en/dieselgate-volkswagen-to-pay-830-million-settlement-to-german-consumers/a-52572281>].

⁸ Así lo hizo saber esta Organización en su página web, disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.ocu.org/organizacion/prensa/notas-de-prensa/2021/sentenciavv250121>].

⁹ SJM Madrid 25 enero 2021, nº 36/2021, ECLI:ES:JMM:2021:4. Para un análisis del contenido de la sentencia, *vid.* el post elaborado por Á. Suñol en el blog “Almacén de Derecho”, disponible en (consultado el 29 de julio de 2021): [<https://almacendederecho.org/control-de-emisiones-contaminantes-en-los-motores-de-automoviles-y-competencia-desleal-i>].

¹⁰ Si bien no se trata de un supuesto de acción colectiva, cabe señalar también la reciente sentencia del Tribunal Supremo (STS 23 julio 2021, nº 561/2021) en la que ordena el pago de una indemnización de 500€ a un consumidor español por los daños derivados de la instalación del dispositivo fraudulento en un automóvil de *Volkswagen* adquirido por el mismo. Para acceder a la sentencia, *vid.* la página oficial del Tribunal Supremo, disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-declara-responsable-a-la-distribuidora-de-Wolkswagen-Audi-Espana-al-asumir-la-posicion-como-fabricante-del-dispositivo-de-control-de-emision-de-gases-fraudulento>].

¹¹ *Vid.* la web de *Ius Omnibus* (organización de consumidores portuguesa), disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://iusomnibus.eu/popular-action-for-compensation-of-portuguese-consumers-harmed-by-the-daimler-mercedes-benz-dieselgate/>].

¹² *Vid.* la información contenida en la web de la *Association nationale de défense des consommateurs et usagers*. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.clcv.org/nos-actions/laction-de-groupe-de-la-clcv-contre-Volkswagen>].

3. El elevado número de demandas observadas plantea el problema de que los Estados miembros puedan llegar a ofrecer soluciones distintas a daños derivados de un mismo ilícito. Además, se trata de acciones que en la mayoría de los casos cuentan con un elemento extranjero, como es la localización del domicilio de la demandada, *Volkswagen*, en Alemania. Son, por tanto, situaciones privadas internacionales que requerirán la aplicación de las normas de Derecho internacional privado (en adelante, DIPr) de cada país. Dicha circunstancia puede acrecentar la divergencia de resultados. Esto dependerá, en gran medida, de cómo se interpreten las normas y criterios en materia de DIPr por los tribunales de los distintos Estados miembros. De igual modo, las diferencias existentes entre las acciones legales interpuestas acentúan este problema: algunas de las demandas se dirigen contra la sede alemana de *Volkswagen*, mientras que otras involucran a alguna de sus filiales o incluso a los concesionarios responsables de la venta de los vehículos afectados. El conjunto de estas circunstancias pone a prueba la eficacia de las normas de Derecho internacional privado europeo ante la complejidad que presentan estas acciones y las particularidades de las normativas procesales de los Estados miembros¹³.

4. Prueba de ello es el litigio interpuesto ante los tribunales de Países Bajos por la conocida como *Diesel Emissions Justice Foundation*¹⁴ (en adelante, *DEJF*). Se trata de una fundación neerlandesa sin ánimo de lucro cuya finalidad última era la de iniciar un procedimiento colectivo contra *Volkswagen*, para obtener una indemnización justa y adecuada para consumidores de varios países europeos. Y eso es precisamente lo que ha hecho, aprovechando la entrada en vigor de la Ley neerlandesa de reparación colectiva de daños masivos (*Wet afwikkeling massaschade in collectieve actie*; en adelante, *WAMCA*)¹⁵. El citado instrumento habilita nuevos mecanismos procesales para iniciar acciones de reparación colectiva de daños ante los tribunales neerlandeses¹⁶. Estos mecanismos han permitido que la *DEJF* solicitara, en marzo de 2020, la comparecencia

¹³ Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs, "Collective redress in the Member States of the European Union", octubre 2018. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [[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)], pp. 93-99].

¹⁴ Para conocer el origen y recorrido de dicha Fundación, *vid.* su página web, disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.emissionsjustice.com/en/>].

¹⁵ *Conflict of Laws*, "Mass litigation in times of Corona and developments in the Netherlands", abril 2020. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://conflictoflaws.net/2020/mass-litigation-in-times-of-corona-and-developments-in-the-netherlands/>].

¹⁶ A. Knigge & I. Wijnberg, "Class/collective actions in The Netherlands: overview". Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-618-0285?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-618-0285?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)].

de *Volkswagen* y otras empresas partícipes o intermediarias para el inicio del correspondiente proceso judicial.

La demanda planteada presenta interrogantes que no solo son susceptibles de análisis desde el punto de vista del Derecho neerlandés, sino también desde el prisma del Derecho internacional privado europeo, habida cuenta de las dimensiones del pleito. Como se ha indicado anteriormente, la *DEJF* representa a consumidores de varios Estados miembros, no solo de Países Bajos. Esta circunstancia suscita una serie de cuestiones, las cuales son el objeto de estudio del presente artículo, a saber: la tensión existente entre la *WAMCA* y la reciente Directiva sobre acciones colectivas de consumidores¹⁷; la posibilidad de la *DEJF* de constituirse como representante de los consumidores adscritos; la competencia de los tribunales neerlandeses para conocer de esta acción; y, en su caso, el Derecho aplicable a los daños causados por *Volkswagen* a los consumidores europeos¹⁸.

5. La internacionalización de las relaciones sociales y económicas, premisa básica del sistema europeo, conlleva un mayor riesgo de causar daños simultáneos a consumidores de distintos Estados miembros. El escándalo *Dieseldgate* no es el único ejemplo de ello. Otro supuesto similar sería el procedimiento iniciado ante los tribunales ingleses contra *MasterCard*¹⁹ o las distintas demandas interpuestas en la UE contra *Apple*²⁰ por la limitación del rendimiento de sus modelos de *iPhone 6*. Esta situación evidencia la necesidad de resolver las cuestiones anteriormente delimitadas en relación con la demanda interpuesta por la *DEJF* y de alcanzar criterios adecuados que puedan ser extrapolados a supuestos de una magnitud o características similares²¹. De esta manera, se otorgaría una respuesta satisfactoria al ejercicio de la acción colectiva a favor de los consumidores europeos.

¹⁷ Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (en adelante, “Directiva sobre acciones colectivas de consumidores” o “la Directiva”).

¹⁸ Cabe señalar que, a fecha de entrega del presente artículo, la resolución de los tribunales neerlandeses todavía está pendiente de ser emitida.

¹⁹ F. Teomete, “Merricks v Mastercard Inc: Collective Actions Re-invigorated”, agosto 2019. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.collectiveredress.org/newsitem/6047>].

²⁰ M. Durovic, “The Apple Case Today: Factual and Legal Assessment”. *EUI Department of Law Research Paper*, No. 2016/03, 2016, [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2736380>].

²¹ J. Morais & K. Nemeth, “Dieseldgate and Consumer Law: Repercussions of the Volkswagen scandal in the European Union”. *EuCML – Journal of European Consumer and Market Law*, 6 (1–2017), p. 35; M. Durovic, “International Consumer Law: What Is It All About?”, *J Consum Policy* 43, 2020, pp. 125–143. [<https://doi-org.bua.idm.oclc.org/10.1007/s10603-019-09438-9>, p. 2>].

II. LA WAMCA Y EL MODELO EUROPEO DE TUTELA COLECTIVA

1. Antecedentes y estado de la acción colectiva europea

6. La acción colectiva²² en la UE ha sufrido una trayectoria un tanto errática. Sus orígenes se remontan a la Directiva 98/27 sobre acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores²³, aprobada en el año 1998 y reforzada en virtud de la Directiva 2009/22/CE²⁴. La tutela otorgada por dichos instrumentos legales era limitada: únicamente contemplaban medidas de cesación impuestas a los profesionales en beneficio de los consumidores. Estos mecanismos debían ser incorporados por los Estados miembros en sus respectivos ordenamientos. Quedaban excluidas de su ámbito objetivo prestaciones positivas y concretas a favor de los consumidores²⁵.

Existía, por tanto, la necesidad de complementar estos instrumentos mediante la regulación del ejercicio de acciones colectivas de carácter compensatorio o indemnizatorio. La primera muestra de la voluntad del legislador europeo de abordar este punto se encuentra en el Libro Verde sobre recurso colectivo de los consumidores²⁶, publicado en el año 2008. En él, la Comisión Europea analizaba el estado de la cuestión y realizaba una serie de propuestas orientadas a aportar soluciones para superar los obstáculos a un recurso colectivo completo y eficaz. La solución número cuatro de la propuesta ya sugería la introducción de “una medida comunitaria vinculante o no vinculante para garantizar la existencia de un mecanismo judicial de recurso colectivo en todos los Estados miembros”.

Posteriormente, en el año 2011, la Comisión realizó una consulta pública bajo el título de “*Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo*”, con la finalidad de recabar sugerencias y opiniones sobre la

²² En el presente trabajo, por “acción colectiva” se hace referencia a la acción legal que permite la defensa de los derechos de un grupo de consumidores de manera conjunta. Se excluyen del objeto de estudio del artículo otras posibles acciones colectivas, como podrían ser aquellas relativas a la defensa de derechos fundamentales, cuestiones medioambientales, etc.

²³ Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

²⁴ Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

²⁵ F. Gascón, “¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, 2020, p. 1292.

²⁶ Comisión Europea, “Libro verde sobre recurso colectivo de los consumidores”, noviembre 2018. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0794&from=ES>].

materia. El Parlamento Europeo se pronunció posteriormente acerca de dicha consulta en virtud de su Resolución de febrero de 2012²⁷. En ella, reconocía que los mecanismos de recurso colectivo nacionales eran muy diferentes en su alcance y articulación procesal y que esto impedía a los ciudadanos el disfrute de sus derechos. Así, solicitaba a la Comisión que continuara con el proyecto iniciado mediante el examen del fundamento jurídico adecuado que debía regir el modelo europeo de tutela colectiva. En respuesta a esta petición, la Comisión elaboró la llamada Recomendación de 11 de junio de 2013²⁸, en la que fijaba una serie de principios comunes que debían gobernar los recursos colectivos de los distintos Estados miembros. No obstante, dicha Recomendación carecía de carácter vinculante (*soft law*). Ello condujo a una adopción dispar de la misma entre los Estados miembros y a que este instrumento desplegara una eficacia limitada²⁹.

7. La cuestión del modelo europeo de tutela colectiva resurgió tras el estallido del escándalo *Dieselgate*, dado su alcance e implicaciones transfronterizas³⁰. Esta situación puso de relieve la necesidad urgente de un mecanismo adecuado para la reparación de daños masivos a nivel europeo. Así, conforme a la voluntad del Parlamento³¹, en abril de 2018 la Comisión Europea presentó su Propuesta de Directiva relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. Tras el correspondiente debate, el texto final fue publicado el 4 de diciembre de 2020.

8. El objetivo de la Directiva es garantizar que todos los Estados miembros disponen de un mecanismo de acciones de representación para

²⁷ Parlamento Europeo, “Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre «Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo»”, enero 2012. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2012-0012_ES.html].

²⁸ Comisión Europea, “Recomendación de la Comisión sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión”, junio 2013. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32013H0396>].

²⁹ Comisión Europea, “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, 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 por el Derecho de la Unión”, enero 2018. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0040>]; Policy Department for Citizen’s Rights and Constitutional Affairs, *op. cit.*, p. 57.

³⁰ I. Onandia, “La acción colectiva en la Unión Europea: ¿es posible encajarla en el Reglamento de Bruselas I bis?”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 39, 2019, p. 300.

³¹ Parlamento Europeo, “Recomendación de 4 de abril de 2017, al Consejo y a la Comisión, a raíz de la investigación sobre la medición de las emisiones en el sector del automóvil”, abril 2017. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0100&from=EN>].

la protección de los intereses colectivos de los consumidores. Con estas garantías, se contribuye también a un buen funcionamiento del mercado interior. Para alcanzar el nivel de protección pretendido, la Directiva introduce una serie de requisitos a incorporar en los ordenamientos de los Estados miembros. Estos requisitos se refieren a la habilitación de entidades para ejercer acciones colectivas nacionales y transfronterizas o a las medidas cesatorias y resarcitorias contempladas, entre otros.

La fecha límite para la transposición de la Directiva por los Estados miembros está prevista para el 25 de diciembre de 2022. Por este motivo, la eficacia de dicho instrumento queda pendiente de comprobación. No obstante, un análisis preliminar permite observar que la Directiva ha dejado escapar la posibilidad de regular una serie de cuestiones relevantes³², algunas de las cuales serán estudiadas a continuación.

2. Interrogantes planteados por la WAMCA

9. Una vez delimitado el estado actual de la acción colectiva a nivel europeo, debe analizarse su influencia en el litigio objeto del presente trabajo. Tal y como se ha indicado en el anterior apartado, la entrada en vigor de la Directiva y fecha obligada de transposición son posteriores a la interposición del litigio por la *DEJF* en marzo de 2020³³. Por ello, su influjo en este caso es limitado. No obstante, la relación entre la Directiva y la *WAMCA* plantea una serie de incógnitas que merecen una necesaria reflexión de cara a la futura adaptación de esta ley (y de otras similares que se puedan plantear por el resto de los Estados miembros) a la normativa europea.

10. Estos interrogantes van referidos a la posible incompatibilidad de la Directiva con las disposiciones de la ley neerlandesa. Más concretamente, con los estrictos requisitos fijados por la *WAMCA* para la habilitación de asociaciones de consumidores. En este sentido, el art. 3:305a del Código Civil neerlandés, tras la redacción otorgada por la *WAMCA*, establece que para que una entidad pueda constituirse como representante legítima de un

³² Vid. A. Biard & X. Kramer, “The EU directive on representative actions for consumers: a milestone or another missed opportunity?”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, vol. 2, 2019, pp. 249–259; A. Biard & S. Voet, “Collective Redress in the EU: Will it Finally Come True?”, Forthcoming in Summer 2021, disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [https://www.researchgate.net/publication/344501198_Collective_redress_in_the_EU_will_it_finally_come_true_forthcoming_Summer_2021]; A. Biard, “Collective Redress in the EU: a rainbow behind the clouds?”, *ERA Forum*, n.º 19, 2018, pp. 189–204. Las deficiencias señaladas por dichos autores se basan, entre otras, en la no inclusión de normas de Derecho internacional privado o en la inadecuada regulación de los mecanismos de financiación de las entidades representativas.

³³ Vid. art. 22, 24 y 25 de la Directiva sobre acciones colectivas de consumidores.

grupo de consumidores será necesario que la acción guarde una estrecha relación con los Países Bajos.

Esta conexión se determina con base en una lista *numerus clausus* de factores alternativos, como son: i) que la mayoría de las personas cuyos intereses pretende proteger la acción judicial tengan su residencia habitual en los Países Bajos; o ii) que la parte contra la que se dirige la acción legal esté domiciliada en los Países Bajos y otras circunstancias adicionales sugieran una relación suficiente con dicho lugar; o iii) que el hecho o los hechos a los que se refiere la acción judicial tuvieran lugar en los Países Bajos.

La *DEJF* defiende que cumple de manera sobrada con estos requisitos alternativos; por ejemplo, en torno al 50% de los más de 12.000 representados son neerlandeses. Ahora bien, esta circunstancia no es motivo para prescindir del análisis de la legitimidad de estas cláusulas a la luz del reciente instrumento europeo.

11. Tal y como se deriva de la lectura de sus disposiciones, la Directiva opta por una armonización de mínimos³⁴. Es decir, obliga a los Estados miembros a introducir mecanismos de tutela colectiva que permitan resarcir los daños causados a los consumidores, pero otorgando un considerable margen para su determinación a nivel nacional (art. 1.2º y 1.3º). En particular, en relación con las entidades habilitadas para emprender acciones de representación nacionales³⁵, la Directiva permite que los Estados fijen los requisitos que estimen oportunos, con base en su art. 4.4º. Así, en principio, podría suponerse que las condiciones establecidas por la *WAMCA* son válidas. Ahora bien, son varios los preceptos y Considerandos que ponen en duda dicha afirmación.

El primero de ellos es el propio art. 4.4º de la Directiva. A pesar del margen de discrecionalidad otorgado, este precepto especifica que los Estados miembros deberán velar por que los criterios que utilicen para designar una entidad habilitada para ejercitar acciones de representación nacionales sean conformes con los objetivos de la Directiva. Es decir, deben contribuir a que el funcionamiento de las acciones de representación sea eficaz y eficiente. De esta manera, el art. 4.4º sujeta los requisitos nacionales a una especie de principio de efectividad³⁶, que condicionará su validez en

³⁴ F. Gascón, *loc. cit.*, pp. 1296–1297.

³⁵ Es cierto que, en su art. 4.3º, la Directiva fija una serie de requisitos de obligada incorporación por los Estados miembros en relación con la habilitación de entidades para ejercitar acciones de representación transfronterizas. No obstante, la *DEJF* es una asociación neerlandesa y la demanda ha sido interpuesta en Países Bajos. Por lo tanto, la acción no encaja en la definición de acción transfronteriza otorgada por el art. 3.7º de la Directiva y la entidad no queda sujeta a los criterios impuestos por el art. 4.3º (*vid.* también el Considerando 23 en este sentido).

³⁶ F. Gascón, *loc. cit.*, p. 1305.

último lugar. El art. 4.5º parece secundar esta idea, pues sugiere a los Estados miembros que, para autorizar a asociaciones a emprender acciones nacionales, hagan uso de los mismos requisitos obligatorios fijados por el art. 4.3º de la Directiva para habilitar a entidades para el ejercicio de acciones transfronterizas. El examen de estos requisitos permite observar cómo prescinden de criterios territoriales similares a los empleados por la *WAMCA* para habilitar a dichas entidades. Por el contrario, la Directiva aboga por parámetros tales como carecer de ánimo de lucro o ser independiente. Asimismo, a pesar de carecer de carácter vinculante, deben mencionarse también los Considerandos 12 y 27, en virtud de los cuales se indica que las normas nacionales no deberán obstaculizar el funcionamiento efectivo del mecanismo procesal para las acciones de representación que exige la Directiva.

A tenor de todo lo expuesto, resulta difícil sostener que el rígido criterio empleado por la *WAMCA* respeta la finalidad última de la Directiva, que no es otra que mejorar el acceso de los consumidores a la justicia. Especialmente, en supuestos similares al que nos ocupa, en el que la entidad representa a consumidores de distintos Estados miembros. Es lógico que la normativa neerlandesa exija una vinculación mínima con su territorio, en virtud de los principios de proximidad y previsibilidad y para evitar supuestos de *forum shopping*. No obstante, el nivel de precisión de los requisitos fijados por la *WAMCA* parece excesivo³⁷, al exigir que la mayoría de consumidores sean neerlandeses o que, además de localizar el domicilio de la demandada en Países Bajos, haya elementos adicionales que vinculen la acción a dicho país. En este sentido, un requisito de admisibilidad territorial más flexible y que estaría en consonancia con el derecho a una tutela judicial efectiva y los instrumentos europeos en materia de DIPr, sería aquel basado únicamente en si el demandado tiene su domicilio en Países Bajos o en si los hechos tuvieron lugar allí³⁸.

12. Incluso si el legislador europeo entendiera que no hay problemas de compatibilidad entre los instrumentos examinados, existen otros argumentos que pueden ser esgrimidos en contra del criterio seguido por la *WAMCA*.

³⁷ Comisión Estatal Neerlandesa de Derecho Internacional Privado y Comisión Asesora de Derecho Procesal Civil, “Adviesscope rule van het voorontwerp wetsvoorstel afwikkeling massaschade in een collectieve actie (uitvoering motie Dijkema)”, abril 2016. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-789395.pdf>]. El presente artículo redactado en lengua neerlandesa se ha analizado a partir de la traducción realizada con la herramienta *DeepL*.

³⁸ C. G. van der Plas, “De collectieve actie 2.0 in grensoverschrijdende zaken: het territorial ontvankelijkheidsvereiste onder de loep”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, vol. 3, 2019, pp. 546–548. El presente artículo redactado en lengua neerlandesa se ha analizado a partir de la traducción realizada con la herramienta *DeepL*.

El primero de estos argumentos hace referencia al principio de no discriminación recogido en el art. 18 TFUE³⁹. En virtud de este principio, se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad, lo cual incluye supuestos de discriminación directa e indirecta. Es decir, supuestos en los que la distinción no se basa en la propia nacionalidad, sino en otro criterio de diferenciación que conduce *de facto* al mismo resultado⁴⁰. Este sería el caso, por ejemplo, de una distinción basada en el lugar de residencia⁴¹. Tal y como establece el TJUE, “una restricción indirecta basada en la nacionalidad sólo podría justificarse si se basa en consideraciones objetivas independientes de la nacionalidad de las personas afectadas proporcionadas respecto del objeto legítimamente perseguido por el Derecho nacional”⁴². Algunos de los ejemplos señalados por la jurisprudencia, como los motivos de salud pública⁴³, no son aplicables al presente caso. Parece, por tanto, que la ausencia de una justificación objetiva que legitime esta discriminación debe conducir a una inaplicación del art. 3:305a de la *WAMCA*.

Asimismo, hay otro factor que merece consideración, como es el hecho de que el citado precepto de la ley neerlandesa pueda llegar a socavar el “efecto útil”⁴⁴ del Reglamento Bruselas I *bis*⁴⁵. Según reiterada jurisprudencia del TJUE, “la aplicación de las normas nacionales pertinentes no puede menoscabar el efecto útil” de los instrumentos de Derecho internacional privado europeo⁴⁶. En este caso, la *WAMCA* emplea factores de conexión territoriales para habilitar a entidades a ejercer acciones de representación nacionales. Y añade, además, requisitos territoriales suplementarios a los establecidos por la regla general del RBI *bis*, es decir, el foro del domicilio del demandado del art. 4. Por ello, puede concluirse que el art. 3:305a de la *WAMCA* podría llegar a socavar el efecto útil del RBI *bis*, al restringir el alcance internacional del régimen de la acción colectiva neerlandesa⁴⁷.

13. Para ilustrar esta idea, puede compararse el mecanismo introducido por la *WAMCA* con el procedimiento fijado por la *WCAM*⁴⁸. La *WCAM* es una ley neerlandesa del año 2005 que establece un mecanismo de acción

³⁹ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO 30.03.2010).

⁴⁰ STJUE 13 abril 2010, C-73/08; STJUE 31 marzo 2011, C-450/09.

⁴¹ C.G. van der Plas, *loc. cit.*, pp. 549-550.

⁴² STJUE 4 octubre 2012, C-75/11.

⁴³ STJUE 10 marzo 2009, C-169/07.

⁴⁴ C.G. van der Plas, *loc. cit.*, pp. 548-549.

⁴⁵ Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, “Reglamento Bruselas I *bis*” o “RBI *bis*”).

⁴⁶ STJUE 28 enero 2015, C-375-13; STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, entre otras.

⁴⁷ *Conflict of Laws*, *loc. cit.*

⁴⁸ *Wet collectieve afwikkeling massaschade* (Ley de acuerdos colectivos sobre daños masivos), de 16 de julio 2005.

colectiva basado en la ratificación de acuerdos celebrados entre asociaciones que representan los intereses de un grupo de perjudicados y las partes causantes de los daños. Así, cabe referirse a distintas resoluciones de los tribunales neerlandeses como, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Apelación de Ámsterdam (en adelante, "TAA") sobre el caso *Converium*⁴⁹ en el año 2012. En este caso, el Tribunal se declaró competente conforme a las normas del RBI *bis* para convalidar el acuerdo alcanzado entre dos emisoras de valores suizas y dos asociaciones neerlandesas que representaban a accionistas de distintos Estados miembros. Y todo ello, pese a que únicamente 200 de las 12.000 representados eran neerlandeses⁵⁰. Destaca también la sentencia *Shell*⁵¹ de 2009, en la que los tribunales de Países Bajos asumieron su competencia para conocer del acuerdo alcanzado entre la compañía petrolífera *Shell* y varias entidades neerlandesas de representación de inversores damnificados. En este caso, de nuevo, una gran porción de los afectados estaba domiciliada en otros Estados miembros⁵².

El procedimiento regulado por la *WCAM* ha sido descrito como una solución rápida y eficaz para alcanzar acuerdos colectivos internacionales⁵³. No obstante, la *WAMCA* se ha distanciado de dicho mecanismo. Los requisitos establecidos por la *WAMCA* conllevan que los tribunales de Países Bajos no podrán declararse competentes en supuestos similares a *Shell* o *Converium*. Es decir, se excluye su competencia para conocer de acciones colectivas de reparación de daños en las que la mayoría de los consumidores afectados tengan su domicilio en otros Estado miembro.

14. En conclusión, la posibilidad de interponer una demanda de reparación colectiva de daños ante los tribunales neerlandeses resulta dificultada por una serie de factores. Estos son: la incompatibilidad de las disposiciones de la *WAMCA* con la Directiva sobre acciones colectivas de consumidores, la vulneración del principio de no discriminación del art. 18 TFUE y la socavación del efecto útil del RBI *bis* descritos en el presente apartado. Los obstáculos denunciados deberían conducir a una reformulación de los requisitos fijados por la ley neerlandesa para habilitar a entidades para ejercer acciones de representación nacionales. Así, dicha

⁴⁹ STAA 17 enero 2012, 200.070.039.

⁵⁰ Clifford Chance, "The Converium decision: promoting the Netherlands as a centre for class settlements", febrero 2012. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2012/02/the-converium-decision-promoting-the-netherlands-as-a-centre-for-class-settlements.pdf>], p. 2.

⁵¹ STAA 29 mayo 2009, 106.010.887.

⁵² A.J.B. Burrough, "Sworn translation from Dutch to English of: Decision by the Amsterdam Court of Appeal in case no. 106.010.887 rendered on 29 May 2009", junio 2009. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Netherlands_Shell_Decision_29May2009_%20ENG_translation.pdf], p. 23

⁵³ Clifford Change, *loc. cit.*, p. 3.

normativa estaría en consonancia con el objetivo último propuesto por la Directiva de mejorar el acceso a la justicia para los consumidores europeos.

III. OBSTÁCULOS PLANTEADOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN COLECTIVA EUROPEA

15. En virtud de su Considerando 21, la Directiva sobre acciones colectivas de consumidores señala que no afecta a la aplicación de las normas de DIPr en materia de competencia judicial, ley aplicable o reconocimiento y ejecución; y que tampoco tiene la voluntad de establecer normas de este tipo. Para el análisis de las cuestiones planteadas por las normas de DIPr, por tanto, se prescindirá del estudio del texto de la Directiva. Deberá acudir a los instrumentos legislativos vigentes del Derecho de la Unión. Como se verá a continuación, el legislador europeo ha perdido la oportunidad de establecer criterios adecuados que permitieran un despliegue eficaz del modelo propuesto para la tutela colectiva europea⁵⁴.

16. De manera previa al examen de estas cuestiones, debe señalarse que únicamente será considerada en el presente trabajo la acción de reparación de daños extracontractuales invocada por la *DEJF* contra *Volkswagen*. Se prescinde del análisis de otras posibles acciones de carácter contractual interpuestas contra las codemandadas, en este caso, concesionarios ubicados en Países Bajos. Esto es así por tres motivos: (i) la responsabilidad y participación en los actos de competencia desleal por parte de los concesionarios ya ha sido descartada en otras sentencias de los tribunales neerlandeses⁵⁵; (ii) incluso en el supuesto de que se considerara dicha posibilidad, todos los concesionarios vendedores están ubicados en Países Bajos y, por lo tanto, se trataría de una acción meramente interna; (iii) aun cuando alguno de los concesionarios estuviera ubicado fuera de Países Bajos, cabe recordar lo dispuesto por el TJUE en virtud de sentencias como *Henkel*⁵⁶. En dicha resolución, el tribunal señala que, a efectos de DIPr, las asociaciones representantes no pueden hacer uso de los foros contractuales o de consumidores previstos en la normativa correspondiente. Y todo ello, porque no están vinculadas a las demandadas por una relación contractual⁵⁷.

⁵⁴ A. Biard & X. Kramer, *loc. cit.*, pp. 252–254.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Ámsterdam (1ª Instancia) 20 noviembre 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8741.

⁵⁶ STJCE 1 octubre 2002, C–167/00.

⁵⁷ No obstante, dilemas similares a los expuestos a continuación se plantean también en el ámbito de las acciones colectivas basadas en una responsabilidad de naturaleza contractual. *Vid.*, en este sentido, C. González y B. Añoveros. “Compensatory Consumer Collective Redress and the Brussels

1. *La competencia de los tribunales neerlandeses y la inadecuación de los criterios interpretativos del Reglamento Bruselas I bis*

17. Sobre cuestiones específicas de DIPr, es conveniente acudir a la STJUE 9 de julio de 2020⁵⁸. En este procedimiento, una asociación de consumidores austriaca (*Verein für Konsumenteninformation*) reclamaba a *Volkswagen* la reparación del perjuicio causado por la incorporación del *software* manipulador en los vehículos comercializados. El Tribunal Regional de Klagenfurt (Austria) planteó ante el TJUE una cuestión prejudicial acerca de la interpretación que debía darse al art. 7.2º RBI *bis* a efectos de determinar la competencia judicial internacional del supuesto.

Para resolver esta cuestión, el TJUE realizó un análisis acerca de los conceptos de perjuicio inicial (directo) y consecutivo (indirecto)⁵⁹. En virtud de dicho análisis, el TJUE determinó que, aunque los vehículos adolecieran de un vicio desde la instalación del mencionado *software*, el daño alegado se materializaba únicamente en el momento de adquirirse dichos vehículos, con su compra por un precio superior al real por parte del consumidor.

18. Previendo la posibilidad de que el TJUE llegara a dicha conclusión, el órgano remitente también planteó si un perjuicio puramente patrimonial podía fundamentar la competencia judicial conforme al art. 7.2º RBI *bis*. El tribunal austriaco consideraba que esta situación no respondía necesariamente a la exigencia de previsibilidad de la competencia judicial contemplada en el Considerando 15 del Reglamento y podía dar lugar a un alto grado de inseguridad jurídica. A este respecto, el TJUE determinó que la expresión en euros de la pretensión de indemnización por daños no implicaba que el perjuicio causado a los consumidores fuera puramente patrimonial. Por el contrario, se trataba de un daño material resultante de la pérdida de valor experimentada por cada vehículo afectado. Es decir, el pago efectuado para la compra del vehículo tenía como contrapartida un vehículo viciado y, por tanto, menos valioso. La localización de un daño material en el lugar donde se produjera la adquisición del vehículo era, por tanto, compatible con el principio de previsibilidad que rige el Reglamento Bruselas I *bis*. De esta manera, el TJUE falló que, cuando determinados vehículos han sido

I Regulation (Recast)", *Cross-Border Class Actions: The European Way* (A. Nuyts & N. E. Hatzimihail, eds.), Berlin, Otto Schmidt / De Gruyter European Law Publishers, 2013, pp. 241–258. [<https://doi.org/10.1515/9783866539679.241>].

⁵⁸ STJUE 9 julio 2020, C-343/19.

⁵⁹ A.L. Calvo, J. Carrascosa y C. Caamiña, *Litigación internacional en la UE I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I bis*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 374–376.

equipados ilegalmente en un Estado miembro por su fabricante con un *software* que manipula los datos relativos a las emisiones de los gases de escape antes de ser adquiridos a un tercero en otro Estado miembro, el lugar de materialización del daño se halla en este último Estado miembro.

19. La decisión del TJUE ha sido objeto de debate y controversia. Dentro del propio Tribunal de Justicia, el Abogado General Campos Sánchez-Bordona ha señalado en sus Conclusiones del 2 de abril de 2020⁶⁰ que la existencia de un objeto material no impide calificar el daño como patrimonial, dado que no altera la esencia inmaterial del perjuicio que la manipulación del *software* ocasionó a los compradores⁶¹. Asimismo, el Tribunal Supremo de Austria ha matizado el criterio jurisprudencial fijado por el TJUE en virtud de su sentencia de 24 de marzo de 2021⁶². En ella, ha declarado que la compra de un vehículo en un Estado miembro distinto del lugar del domicilio para su posterior transporte a este último no justifica la localización del daño en el lugar de residencia habitual del consumidor. De igual manera, otros autores como Vallines⁶³ o Lehmann⁶⁴, han cuestionado si no se trata de una oportunidad perdida para refinar los criterios jurisprudenciales seguidos para la aplicación del art. 7.2^o RBI *bis* y la determinación del lugar de producción del daño; mientras que A. L. Calvo y J. Carrascosa⁶⁵ destacan la relevancia de esta decisión dadas las oportunidades que abre a litigantes internacionales.

20. Más allá de las polémicas señaladas, surgen aquí varias cuestiones relacionadas con la posible inadecuación del criterio interpretativo fijado

⁶⁰ Disponibles en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=EF48BAEF3D96EFB6A1DA086C9C4C2417?text=&docid=224904&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=825854>].

⁶¹ En este sentido, para determinar el lugar de producción del perjuicio puramente económico, el Abogado propone considerar de manera holística las circunstancias del caso concreto. Entre estas circunstancias, señala el lugar donde la operación se concluyó, la comercialización en ese Estado por concesionarios o distribuidores oficiales y la posible promoción de la venta a través de publicidad realizada en ese Estado. Cabe señalar, sin embargo, que el resultado alcanzado finalmente por el Abogado General Campos Sánchez-Bordona es el mismo al cual conduce la resolución del TJUE.

⁶² STS Austria 24 marzo 2021, ECLI:AT:OGH0002:2021: 00300B00024.21G.0324.000.

⁶³ E. Vallines, “VKI v VW and the diesel scandal: final buyers may bring tortious claims before the courts for the place where the vehicle was purchased”, julio 2020. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://eulawlive.com/op-ed-vki-v-vw-and-the-diesel-scandal-final-buyers-may-bring-tortious-claims-before-the-courts-for-the-place-where-the-vehicle-was-purchased-by-enrique-vallines/>].

⁶⁴ M. Lehmann, “Remaining questions about CJEU judgement in VKI v Volkswagen”, agosto 2020. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://eapil.org/2020/08/26/remaining-questions-about-cjeu-judgment-in-vki-v-volkswagen/>].

⁶⁵ A.L. Calvo & J. Carrascosa, “Ilícitos a distancia y daños patrimoniales directos: Del caso Minas de Potasa de Alsacia (1976) al caso Volkswagen (2020)”, *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón* (J. Ataz & J. A. Cobacho, coords.), t. I, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, p. 1.006.

por el TJUE para el ejercicio de una acción colectiva como la planteada en este supuesto: ¿resulta aplicable este criterio para declarar la competencia de los tribunales neerlandeses en el presente caso o similares, en los que el daño se localiza en una pluralidad de Estados miembros? ¿Debe emplearse aquí (y es adecuado hacerlo) la distinción entre daños globales y daños locales, cuando la finalidad es la de obtener una reparación colectiva de los daños causados al conjunto de consumidores europeos afectados?

A estos efectos, cabe recordar que, conforme a la sentencia de *Mines de Potasse d'Alsace*⁶⁶, en aquellos supuestos en los que el hecho dañoso se localice en un Estado miembro y el daño directo se sitúe en otro⁶⁷, el demandante podrá interponer la demanda en cualquiera de los dos lugares, indistintamente. Es decir, se aplica el denominado principio o tesis de la ubicuidad, consolidado por la jurisprudencia del TJUE⁶⁸. Ahora bien, cuando se trate de un daño plurilocalizado, es decir, ubicado en más de un Estado miembro, los tribunales de dichos países solo podrán declararse competentes para conocer de los daños locales⁶⁹.

Siguiendo estos criterios, en el presente supuesto, en el que la *DEJF* representa a consumidores de varios Estados miembros, y siendo que el daño se localizará en cada uno de aquellos países en los que se haya producido la adquisición del vehículo, los tribunales neerlandeses solo podrán declararse competentes para conocer de los daños causados a los consumidores de Países Bajos.

21. Ello pone de manifiesto la inadecuación de los criterios empleados hasta la fecha para el ejercicio de acciones colectivas de reparación de daños de dimensiones europeas. La doctrina⁷⁰ ya había señalado previamente este aspecto, alegando que los parámetros mencionados “*no resultan del todo operantes en supuestos de amplia dispersión espacial de las causas y de los efectos de los daños*”⁷¹. Existen propuestas doctrinales que defienden que, en

⁶⁶ STJCE 30 noviembre 1976, C-21/76.

⁶⁷ *V.gr.*, vertido de residuos tóxicos en un país y daño de los cultivos de un Estado colindante.

⁶⁸ C. Esplugues, J.L. Iglesias y G. Palao, *Derecho internacional privado*, 14ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 675-677.

⁶⁹ Siguiendo el anterior ejemplo, si el vertido se produce en Francia y los daños se localizan en Italia y en Alemania, los tribunales alemanes solo podrán declararse competentes para conocer de los daños causados en Alemania, y lo mismo con los italianos. *Vid.* STJCE 7 marzo 1995, C-68/93; STJCE 10 junio 2004, C-168/02, entre otras.

⁷⁰ A. Dickinson & E. Lein, *The Brussels I bis Regulation Recast*, Reino Unido, Oxford, 2015, p. 169; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 11ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2020, p. 710; I. Onandia, *loc. cit.*, p. 316; L. Carballo, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, pp. 121-122.

⁷¹ *Cf.* M. Sabido, “Art. 7.2” en J.P. Pérez, P. Blanco-Morales, F.F. Grau, M.L. Lorenzo y F.J. Montero (coords.), *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia*

estos casos, lo más adecuado sería la aplicación del foro del domicilio de la víctima para resolver todos los daños producidos⁷². No obstante, en virtud de sentencias tales como *eDate Advertising v. Martínez*⁷³, el TJUE ha determinado que el foro del “centro de interés de la víctima” solo podrá ser considerado cuando se produzca una vulneración del derecho de la personalidad a través de Internet. De esta manera, se ha querido evitar otorgar un carácter protector o de *favor laesi* al art. 7.2º RBI *bis*, dado que no se encuentra en su génesis⁷⁴.

Es cierto que, en el caso de la acción interpuesta por la *DEJF*, la existencia de otros demandados con domicilio en Países Bajos podría llevar a una competencia de los tribunales neerlandeses para conocer de la globalidad de los daños causados en virtud de los art. 4 y 8.1º RBI *bis*. Ahora bien, esta dista de ser una opción adecuada o deseada, máxime teniendo en cuenta que no en todos los supuestos de acciones colectivas habrá una pluralidad de reos. Además, la aplicación por defecto del foro del domicilio del demandado favorecería a la presunta empresa causante del daño y podría llegar a tener un efecto disuasorio en los consumidores⁷⁵.

22. En vista de todo lo expuesto, resulta necesaria la búsqueda de soluciones que permitan moldear o adaptar los criterios empleados habitualmente a una acción colectiva como la expuesta en el presente trabajo.

La primera opción que se plantea es la ya aplicada por los propios tribunales neerlandeses en el caso *Shell* mencionado anteriormente. Este procedimiento se centraba en los daños causados a los inversores de *Shell* como resultado de la información engañosa difundida por esta sobre sus reservas de petróleo y gas en 2004 y la consiguiente caída en picado de sus acciones⁷⁶. Con la finalidad de reparar el perjuicio causado, la compañía petrolífera alcanzó un acuerdo con cuatro asociaciones neerlandesas que representaban a accionistas de todo el territorio europeo. Para poder asumir la competencia con respecto a aquellos inversores no residentes en Países Bajos, el tribunal neerlandés acudió a una “ficción jurídica”, basada en la inversión de los papeles de las partes⁷⁷. Es decir, transformó la acción entablada para considerar a las asociaciones representantes de accionistas

judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 190

⁷² J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 502.

⁷³ STJUE 25 octubre 2011, C-509/19 y C-161/10; STJUE 17 octubre 2017, C-194/16.

⁷⁴ J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 501.

⁷⁵ Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs, *loc. cit.*, p. 97.

⁷⁶ K. Jelsma & M. Cordewener, “The Settlement of Mass Claims: a hot topic in the Netherlands”, *The International Law Quarterly*, Summer 2011, pp. 1-13.

⁷⁷ I. Onandía, *loc. cit.*, pp. 314-316.

como demandadas y a *Shell* como demandante. De esta manera, pudo hacer uso de los arts. 2 y 5 del RBI (art. 4 y 8 del actual RBI *bis*) para asumir la competencia con respecto de los daños globales causados a la totalidad de inversores europeos.

La validez de esta ficción ha sido cuestionada por autoras como A. Pato⁷⁸, quien considera que la flexibilidad empleada por el Tribunal de Apelaciones de Ámsterdam es desproporcionada. Asimismo, hace hincapié en que se trata de un procedimiento de ratificación de un acuerdo y que, por lo tanto, ninguna de las partes ostenta la condición de “demandada” o “demandante”, sino de “solicitantes”. Si bien ello permite que en este caso la inversión de papeles no resulte del todo exorbitada, es dudosa la validez de esta ficción para supuestos como el de la *DEJF*. Esto es así, en tanto que el cambio de roles entre demandante y demandado daría lugar a un alto grado de inseguridad jurídica para las partes.

23. Otra posible solución sería la de considerar como lugar de producción del daño el foro del “centro de interés” o del domicilio⁷⁹ de la víctima, entendiendo en este caso como víctima a las entidades representativas de consumidores. Como se ha referido anteriormente, el TJUE ha restringido esta posibilidad a supuestos de vulneración de los derechos de la personalidad a través de Internet⁸⁰. Ahora bien, dos son los argumentos que podrían apoyar esta idea:

En primer lugar, la alternativa citada sería acorde a la voluntad europea de lograr un adecuado nivel de protección de los consumidores en el mercado interior y de contribuir al buen funcionamiento del mismo⁸¹. La aplicación de una única ley permitiría agilizar el proceso y reducir el tiempo de espera hasta la obtención de una compensación justa.

En segundo lugar, para el caso de que los consumidores no estuvieran conformes con la competencia asumida por tribunales distintos a los de su lugar de domicilio, la Directiva ha previsto una solución contenida en su art. 9.3^o. En virtud de este precepto, la Directiva establece que “los Estados miembros velarán por que los consumidores individuales que no residan habitualmente en el EM del órgano jurisdiccional (...) ante el que se haya ejercido una acción

⁷⁸ A. Pato, *Jurisdiction on cross-border collective redress, a European Private International Law perspective*, Reino Unido, Hart Publishing, 2019, pp. 166–171.

⁷⁹ J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 502.

⁸⁰ A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18^a ed., Granada, Comares, 2018, pp. 1286–1287.

⁸¹ *Vid.* en este sentido el *New Deal for Consumers*, asumido por la Unión Europea en abril de 2018, en el que se manifestaba la necesidad de otorgar a los consumidores las herramientas para hacer valer sus derechos y obtener una compensación adecuada. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_3041].

de representación estén obligados a manifestar expresamente su voluntad de ser representados en dicha acción de representación a efectos de quedar vinculados” por su resultado. De esta manera, mediante el establecimiento de un modelo *opt in* para los consumidores extranjeros, se otorga a estos la posibilidad de separarse de la acción colectiva para la interposición de una demanda individual a nivel nacional.

No obstante, esta alternativa plantea también algunos inconvenientes. La aplicación del criterio del domicilio de la entidad representativa podría dar lugar a situaciones de *forum shopping*. Es decir, los consumidores podrían verse atraídos por asociaciones o entidades de países cuyos tribunales tiendan a ser más favorables para con sus pretensiones. Además, la coexistencia de procedimientos colectivos y procedimientos individuales iniciados por aquellos consumidores que decidieron no adherirse a la acción colectiva podría generar problemas de conexidad entre litigios⁸².

24. Existe una solución similar que permitiría evitar los citados problemas de *forum shopping*. Esta consiste en otorgar la competencia para conocer de los daños globales a los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se localicen los intereses principales del grupo de consumidores representados. Dicho territorio, a tenor de lo propuesto por el Departamento Europeo de Políticas de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales⁸³, se determinaría en base a criterios tales como el país de residencia de la mayoría de los consumidores afectados. Esto limita la posibilidad de *forum shopping* a los usuarios perjudicados⁸⁴, al condicionar la competencia de los tribunales al lugar de localización de los intereses mayoritarios. Asimismo, comparte con la anterior opción ventajas tales como contribuir al buen funcionamiento del mercado interior o permitir a los consumidores descontentos interponer acciones individuales de reparación de daños.

Es cierto que, en supuestos en los que se represente a consumidores de varios Estados miembros, podría suceder que una entidad cuya vocación inicial era la de interponer una acción ante los correspondientes tribunales nacionales debiera acreditarse para interponer acciones de representación internacionales. No obstante, gracias a la unificación de criterios para la habilitación transfronteriza de entidades realizada por la Directiva en virtud de su art. 4.3º, este obstáculo es fácilmente sorteado.

25. En definitiva, los foros de competencia incluidos en el RBI *bis* no contribuyen al inicio de procedimientos colectivos en aquellos casos en los

⁸² F. Gascón, *loc. cit.*, pp. 1315–1318.

⁸³ Policy Department for Citizen’s Rights and Constitutional Affairs, *op. cit.*, pp. 109–110.

⁸⁴ I. Onandía, *loc. cit.*, p. 308.

que existen múltiples afectados localizados en distintos Estados miembros. La determinación del legislador europeo de no introducir normas de DIPr en la Directiva es una oportunidad perdida de solucionar algunos de los obstáculos aquí planteados. Es necesario reformular los criterios y normas empleados hasta la fecha para adaptarlos a la dimensión europea. Las posibilidades van desde la ficción jurídica de la inversión de papeles hasta la consideración del domicilio de la entidad representativa como lugar de producción del daño. No obstante, la opción óptima parece ser la atribución de la competencia a los tribunales del lugar donde se localice el interés mayoritario de los consumidores representados.

2. Ley aplicable a los daños causados por Volkswagen y el posible uso de la cláusula de escape del art. 4 del Reglamento Roma II

26. La misma incógnita se plantea en el ámbito de la ley aplicable en relación con los daños causados por *Volkswagen* a los consumidores representados por la *DEJF*.

La STJUE de 9 de julio de 2020 califica la manipulación de los motores llevada a cabo por la compañía alemana como un acto de competencia desleal. A efectos de DIPr, esto implica que, para determinar el derecho aplicable a este acto, deberá acudirse al art. 6.1º RR II⁸⁵. En virtud de este, resultará aplicable “la ley del país en cuyo territorio (...) los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados”.

Ahora bien, en este supuesto concreto la *DEJF* representa a consumidores de países varios. Así, el lugar afectado no se limita al territorio neerlandés, sino que engloba todo el espacio europeo. Dicha circunstancia obliga, conforme a los criterios jurisprudenciales seguidos hasta la fecha, a aplicar la ley de cada uno de los países en que los intereses de los consumidores se hayan visto afectados⁸⁶. Ello supone una importante traba a la agilidad del proceso⁸⁷ y puede dar lugar a una acentuada disparidad de resultados⁸⁸.

⁸⁵ Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (RR II).

⁸⁶ I. Rohová & D. Schnálek, “Determining Jurisdiction and the Applicable Law in Cross-Border Unfair Competition and Unfair Commercial”, *Lexonomica*, vol. 9, n° 1, 2017, p. 27; G. Palao, *Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 354.

⁸⁷ L. Carballo, *op. cit.*, pp. 200–202; A. López-Tarruella, “Especial referencia al Reglamento de Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales”, febrero 2009. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [https://www.uaipit.com/uploads/publicaciones/files/1292328816_uaipit20090206-AurelioLopezTarruella.pdf], p. 6–7; Policy Department for Citizen’s Rights and Constitutional Affairs, *op. cit.*, pp. 102–103.

⁸⁸ En este sentido, autores como Calliess abogan por interpretar de forma restrictiva este precepto y por aplicar el criterio de “conexión suficientemente estrecha” o “influencia notable” para restringir

Resulta evidente, por tanto, la falta de adaptación de este precepto a supuestos de daños plurilocalizados⁸⁹. La solución referida no parece ir en consonancia con los objetivos fijados por el propio Reglamento Roma II de proteger a los competidores, los consumidores y al público en general, así como de garantizar el buen funcionamiento de la economía de mercado⁹⁰. Se plantea la cuestión de si existe alguna interpretación posible de las normas de conflicto contenidas en dicho instrumento que permita evitar la aplicación de hasta veintisiete leyes distintas en supuestos similares al que ocupa el presente trabajo.

27. Todo ello reaviva un debate frecuente en el ámbito *ius internacional privatista*, como es la posibilidad de emplear la cláusula de escape del Reglamento Roma II⁹¹ para individualizar, de entre todas las leyes disponibles, aquella del país donde se sufren los mayores daños y que, por lo tanto, presenta una vinculación más estrecha con el supuesto⁹². Son varios los argumentos que llevan a considerar esta idea.

En primer lugar, la aplicación de este criterio estaría en consonancia con la solución propuesta en el apartado de competencia judicial internacional. Es decir, la atribución de competencia a los tribunales del lugar donde se concentren los intereses mayoritarios del grupo de consumidores representados. De esta manera, el tribunal conocedor del asunto aplicaría su propia ley interna para la reparación de los daños causados. Esta circunstancia, sin duda, ofrece numerosos beneficios tales como el conocimiento del Derecho aplicable por el juez, la no necesidad de probar el Derecho extranjero de cada uno de los países implicados y una agilización real del procedimiento.

En segundo lugar, la aplicación de la ley del lugar donde se concentran la mayoría de los daños permitiría otorgar una solución homogénea a

el número de mercados afectados en supuestos de daños plurilocalizados, pese a que no se encuentra contemplado en el tenor del artículo (Vid, G.P. Calliess, *Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflicts of Laws*, Países Bajos, Wolters Kluwer, 2010, pp. 455–456). No obstante, incluso si se entendiera que esta interpretación debe prevalecer, en el litigio iniciado por la *DEJF*, la adquisición de un vehículo por parte de un consumidor en un Estado miembro determinado presenta una conexión lo suficientemente estrecha que justifica la consideración del lugar de compra como posible mercado afectado. El problema, por tanto, persiste.

⁸⁹ L. Gillies, “Determining the applicable law for breach of competition claims in the Rome II Regulation and the need for effective consumer collective redress”, J. Devenney & M. Kenny (eds.), *European Consumer Protection: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2012, pp. 275–276.

⁹⁰ Vid. su Considerando 21.

⁹¹ En este sentido, la norma especial del art. 6 no constituye una excepción a la norma general del art. 4.1, sino más bien una aclaración de esta (Considerando 21 del Reglamento Roma II). Por ello, no debe excluirse la posibilidad de acudir a la cláusula de escape fijada en el art. 4.3º RR II.

⁹² L. Calliess, *op. cit.*, pp. 454–455; A. López-Tarruella, *Manual de Derecho internacional privado*, San Vicente del Raspeig, Editorial Club Universitario, 2018, pp. 250–251.

todos los consumidores europeos afectados por un mismo ilícito. Se alcanzaría así un nivel de protección equilibrado y eficaz, en consonancia con lo pretendido por la Directiva sobre acciones colectivas de consumidores⁹³.

Es cierto que aplicar una única ley implicaría que ciertos consumidores pudieran verse privados de la protección otorgada por sus respectivas normativas internas⁹⁴. No obstante, la existencia de una “conexión estrecha” o de un “contacto relevante” descarta que se trate de una elección de ley arbitraria o injusta⁹⁵. Asimismo, gracias a la armonización llevada a cabo por la Unión Europea en materia de protección de consumidores⁹⁶, existen ciertas garantías mínimas comunes en todos los Estados miembros. El conjunto de garantías referido permitirá una adecuada compensación del daño causado a sus consumidores europeos, aun cuando se les aplique una ley distinta a la de su lugar de domicilio o residencia habitual. Además, para el hipotético caso de que un consumidor no estuviera conforme con dicha opción, debe recordarse lo dispuesto en el art. 9.3º de la Directiva sobre acciones colectivas, con respecto a la necesidad de manifestar su voluntad explícita de quedar vinculado por el resultado del litigio en virtud del mecanismo *opt in*.

28. Lo cierto es que, pese al proceso de integración europeo y al acercamiento que promueve entre los Estados miembros, por ahora no parece factible alcanzar un Derecho de la responsabilidad civil extracontractual completo o material de origen europeo⁹⁷. La solución aquí propuesta dista de ser perfecta. No obstante, permitiría solventar algunos de los problemas observados en el presente litigio, a grandes rasgos, las dificultades y trabas que derivan de la aplicación de un elevado número de leyes de distintos países europeos. Todo ello sin perjuicio de que, en el futuro, los procesos legislativos y una sólida voluntad política faciliten una aproximación común que garantice el buen funcionamiento del mercado único⁹⁸.

⁹³ *Vid.* en este sentido su Considerando 21.

⁹⁴ I. Onandía, *loc. cit.*, p. 308.

⁹⁵ L. Carballo, “Derecho de competencia, intereses colectivos y su proyección procesal: observaciones a propósito del art. 6 del Reglamento Roma II”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2007, p. 483.

⁹⁶ *Vid.* la web del Centro Europeo del Consumidor en España, la cual contiene un recopilatorio de las distintas normativas europeas en materia de protección de consumidores. Disponible en (consultado el 10 octubre 2021): [<https://cec.consumo.gob.es/en/CEC/web/secciones/legislacion.htm>].

⁹⁷ G. Palao, *op. cit.*, p. 389.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 390.

IV. CONCLUSIONES

29. El análisis de las cuestiones aquí planteadas arroja una conclusión clara. Las normas de DIPr y los criterios interpretativos empleados hasta la fecha no proporcionan un acercamiento adecuado a la problemática suscitada por el modelo europeo de tutela colectiva.

Cabe esperar un aumento del número de acciones colectivas interpuestas por entidades de representación en los próximos años. Ello se debe, en gran medida, a la aprobación de la Directiva sobre acciones colectivas de consumidores, la cual facilita mecanismos tendentes a garantizar un alto nivel de protección en todos los Estados miembros. Pero el incremento en la cantidad de acciones colectivas viene también propiciado por el elevado número de relaciones transfronterizas que se generan en la sociedad globalizada actual.

30. Este escenario evidencia la necesidad de un cambio. Debe abogarse por una redefinición o replanteamiento de los criterios en materia de DIPr para aquellos supuestos en los que se ejercita una acción colectiva de dimensiones europeas. De lo contrario, la inadecuación del sistema de DIPr podría llegar a socavar el efecto útil de la Directiva sobre acciones colectivas de consumidores. Se produciría así una ruptura del compromiso adoptado por la Unión Europea en virtud del conocido como *New Deal for Consumers*. A su vez, ello conduciría a una disminución de la confianza depositada por los consumidores en el proyecto de la UE que podría debilitar el mercado interior.

BIBLIOGRAFÍA

- Biard, A.: "Collective Redress in the EU: a rainbow behind the clouds?", *ERA Forum*, nº 19, 2018, pp. 180-204.
- Biard, A. y Kramer, X.: "The EU directive on representative actions for consumers: a milestone or another missed opportunity?", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, vol. 2, 2019, pp. 249-259.
- Calliess, G. P. (ed.); *Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflicts of Laws*, Países Bajos, Wolters Kluwer, 2010.
- Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018
- Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: "Ilícitos a distancia y daños patrimoniales directos: Del caso Minas de Potasa de Alsacia (1976) al caso Volkswagen (2020)", en Ataz, J. y Cobacho, J. A. (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños:*

- Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, t. I, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, p. 987-1022.
- Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J. y Caamiña Domínguez, C.: *Litigación internacional en la UE I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I bis*, Navarra, Aranzadi, 2017.
- Carballo Piñeiro, L.: "Derecho de competencia, intereses colectivos y su proyección procesal: observaciones a propósito del art. 6 del Reglamento Roma II", *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 465-496.
- Carballo Piñeiro, L.: *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2009.
- Dickinson, A. y Lein, E.: *The Brussels I bis Regulation Recast*, Reino Unido, Oxford, 2015.
- Durovic, M., "International Consumer Law: What Is It All About?", *J. Consum. Policy*, 43, 2020, pp. 125-143.
- Esplugues Mota, C., Iglesias Buhigues, J. L. y Palao Moreno, G.: *Derecho internacional privado* 14ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020.
- Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado* 11ª ed., Cizur Menor, 2020.
- Gascón Inchausti, F.: "¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2, 2020, pp. 1290-1323.
- Gillies, L.: "Determining the applicable law for breach of competition claims in the Rome II Regulation and the need for effective consumer collective redress" en J. Devenney, J. y Kenny, M. (eds.), *European Consumer Protection: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 257-281.
- González, C. & Añoberos, B., "Compensatory Consumer Collective Redress and the Brussels I Regulation (Recast)". En A. Nuyts & N. E. Hatzimihail (eds.), *Cross-Border Class Actions: The European Way*, Berlin, Otto Schmidt / De Gruyter European Law Publishers, 2013, pp. 241-258. [<https://doi.org/10.1515/9783866539679.241>].
- Jelsma, K. y Cordewener, M.: "The Settlement of Mass Claims: a hot topic in the Netherlands", *The International Law Quarterly*, Summer 2011, pp. 13-20.
- López-Tarruella Martínez, A.: *Manual de Derecho internacional privado*, San Vicente del Raspeig, Editorial Club Universitario, 2018.
- Morais, J. & Nemeth K., "Dieselgate and Consumer Law: Repercussions of the Volkswagen scandal in the European Union", *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, 6, 2017-I, pp. 35 ss.
- Onandía Cañas, I.: "La acción colectiva en la Unión Europea: ¿es posible encajarla en el Reglamento de Bruselas I bis?", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 39, 2019, pp. 297-321.
- Palao Moreno, G.: *Responsabilidad civil extracontractual en el derecho europeo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.
- Pato, A.: *Jurisdiction on cross-border collective redress, a European Private International Law perspective*, Reino Unido, Hart Publishing, 2019.
- Rohová, I. y Sehnálek, D.: "Determining Jurisdiction and the Applicable Law in Cross-Border Unfair Competition and Unfair Commercial", *Lexonomica*, vol. 9, nº 1, 2017, pp. 21-49.
- Sabido, M.: "Art. 7.2", en J. P. Pérez, P. Blanco-Morales, F. F. Grau, M. L. Lorenzo y F.J. Montero (coord.), *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial*,

el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 188-215.

Van der Plas, C. G.: "De collectieve actie 2.0 in grensoverschrijdende zaken: het territorial ontvankelijkheidsvereiste onder de loep", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, vol. 3, 2019, pp. 537-552.