



CERTIFICACIÓN RELATIVA A INFORME

Acto que se certifica: Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 27 de abril de 2023, por el que se ha aprobado el siguiente:

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ACCIONES DE REPRESENTACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS DE LOS CONSUMIDORES

I. ANTECEDENTES

1.- Ha tenido entrada en el Consejo General del Poder Judicial, a efectos de evacuación del correspondiente informe conforme a lo dispuesto por el artículo 561.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

2.- La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión del 12 de enero de 2023, designó ponente de este informe a la vocal doña María del Mar Cabrejas Guijarro.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ

3.- La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 LOPJ (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio) tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a «*[N]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*» (apartado sexto), y a «*[N]ormas que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Tribunales*» (apartado séptimo del artículo 561.1 LOPJ).

4.- En atención al anterior dictado, en aras a una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad consultiva que allí se prevé a favor de este Consejo, y considerado el contenido del Proyecto remitido, el informe que se



emite se limitará al examen y alcance de las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

5.- Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

6.- La competencia del Consejo para desarrollar su función consultiva respecto del anteproyecto que le ha sido remitido deriva de la naturaleza netamente procesal de la norma proyectada y de aquellas que han de ser objeto de modificación por virtud de ella. La potestad de informe entronca, por consiguiente, directamente con los apartados sexto y séptimo del artículo 561.1 LOPJ.

III. DESCRIPCIÓN DEL CONTENIDO

7.- El anteproyecto, que viene acompañado de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, se estructura en dos artículos, dos disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y trece disposiciones finales.

8.- El artículo primero modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo segundo reforma el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

9.- Las disposiciones adicionales se refieren al Registro Público de Acciones de representación y a la base de datos de entidades habilitadas.

10.- Las disposiciones transitorias regulan el tratamiento de los procesos judiciales en curso, y el tratamiento de la prescripción de las acciones individuales de resarcimiento.



11.- Las disposiciones finales tienen por objeto adaptar las leyes sectoriales a la nueva regulación.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES

a) Consideraciones de carácter preliminar

12.- La tutela colectiva de los derechos es consustancial al hecho de que el ser humano actúa de forma socialmente organizada y, en esa organización social, tiende a agruparse para conseguir objetivos comunes frente a actuaciones que cabe calificar de ilícitos colectivos, perjudiciales para los derechos y los intereses de los individuos, considerados como grupo. Su fundamento, en tal sentido, se encuentra tanto en razones de economía procesal, como en razones de acceso a la justicia, como, en fin, en conseguir la aplicación imperativa del derecho material a través de la Justicia para reaccionar ante un ilícito colectivo de manera igualmente colectiva.

13.- La necesidad de articular instrumentos de tutela colectiva de los derechos e intereses legítimos se hizo patente en el contexto internacional desde sus orígenes en la teoría italiana y con su temprana recepción en los Estados Unidos de América a través de la denominada "Regla 23", que en el año 2005 fue complementada por la *Class Action Fairness Act*, normativa dictada para evitar los excesos en materia de indemnizaciones respecto de los casos más importantes, como aquellos que contasen con un número de cien demandantes o más, que dichos demandantes residieran en dos o más Estados y que los daños causados excediesen de los cinco millones de dólares.

14.- Paulatinamente, la tutela colectiva de los derechos se ha ido incorporando a las Constituciones y a los ordenamientos nacionales, en sus orígenes bajo dos líneas de actuación: una primera, en la que se permitía a ciertas asociaciones o grupos de consumidores proteger sus propios intereses y los de la comunidad, como es el caso de Francia, donde las asociaciones de consumidores podían demandar la validez de las cláusulas en los contratos privados de adhesión, y el fallo debía ser público para que otros perjudicados pudieran invocarlo a su favor; y una segunda línea de actuación, seguida en países como Alemania, Italia, Inglaterra, Australia, Colombia, Brasil, Argentina, y con mayor radicación, Estados Unidos y Canadá, donde las acciones colectivas operan como herramientas de control de la actuación, ya no solo pública, sino también privada, y al mismo tiempo como estrategia legal, en la medida en que persiguen dinamizar y expandir el acceso a la justicia. Y desde otro enfoque, constituyen instrumentos de influencia y participación en la conformación de las políticas públicas, no solo como mecanismos de control judicial, sino también como mecanismos de



evaluación, coordinación y complementación, que inciden en su definición, adopción y eficacia para contribuir al bienestar social.

15.- El desarrollo de la regulación normativa de las acciones colectivas ha venido al paso del desarrollo de la industrialización, de la evolución tecnológica, y de la masificación, la digitalización y la globalización actualmente existente. En ese marco, la implementación normativa de la tutela colectiva se ha movido bajo la tensión que representaba la necesidad de conciliar dos realidades que, aparentemente ajenas y alejadas la una de la otra, son, sin embargo, complementarias: de una parte se encuentra la asunción del hecho de que la articulación de mecanismos procesales de tutela colectiva es imprescindible para lograr la plena eficacia de los derechos e intereses legítimos de los consumidores; y por otra parte, se encuentra el riesgo de que dichas acciones colectivas se utilicen de forma arbitraria o abusiva.

16.- En el ámbito de la Unión Europea, la tutela colectiva se ha vinculado, por lo general, a la esfera del derecho de consumo, aunque ha tenido su proyección a otros sectores del ordenamiento jurídico, como el relativo a la publicidad, a la competencia desleal o a la defensa de la competencia, y de forma más actual, y por mencionar ámbitos materiales de actuación de las acciones normativas de las instituciones europeas, a la protección de datos personales.

17.- La vinculación entre consumo y mercado interior permitió a la Comunidad, primero, y después a la Unión Europea, asumir competencias normativas que dieron lugar a numerosas directivas y reglamentos cuya finalidad esencial era reconocer y tutelar los derechos sustantivos de los consumidores y usuarios frente a empresarios y profesionales en los distintos sectores de la contratación. Surgen así, como más significativas, la Directiva 85/374/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DO L 210, de 7.8.1985); la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO L 166, de 11.6.1998), que fue transpuesta al ordenamiento español por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, y por la que se introdujeron las acciones inhibitorias frente a conductas lesivas de los derechos de los consumidores; y la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO L 110, de 1.5.2009), que, no obstante, mantuvo la limitación en cuanto a la tutela que podía dispensarse, circunscrita a la cesación y prohibición de las conductas lesivas de los derechos de los consumidores, sin abordar todavía



el ejercicio de genuinas acciones colectivas de contenido resarcitorio o indemnizatorio.

18.- A finales del año 2008, después de publicarse el Libro Blanco relativo a las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, vio la luz el «*Libro Verde sobre el recurso colectivo de los consumidores*» [COM(2008) 794 final, de 27 de noviembre de 2008], separándose de este modo las acciones de daños *antitrust* -reguladas en la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DO L 349, de 5.12.2014)- y las acciones colectivas en defensa de los derechos de los consumidores -en su acepción más amplia-, que pasaron a considerarse como un mecanismo judicial de recurso colectivo en todos los Estados miembros, respecto del que ya se ponían de relieve ciertas incógnitas, en particular en lo atinente a la financiación y legitimación activa y respecto del ejercicio infundado o abusivo de las acciones colectivas.

19.- Por su parte, la “*Nueva Agenda del Consumidor de la Comisión Europea*”, bajo el significativo título “*Reforzar la resiliencia del consumidora para una recuperación sostenible*” [COM (2020b)], y que debe ponerse en relación con la optimización del mercado interior en beneficio de los consumidores, pero también, de las empresas -como las dos caras inescindibles de la misma moneda-, dirige su línea de actuación a los cinco ámbitos siguientes: i) la transición ecológica; ii) la transformación digital; iii) la tutela y el respeto de los derechos de los consumidores; iv) las necesidades específicas de determinados grupos de consumidores, y v) la cooperación internacional¹. En ella se señala: «*A fin de mejorar la resiliencia a las prácticas de daños masivos que suponen una amenaza para el interés público, las autoridades competentes deben mantener una cooperación con las partes interesadas clave, tales como las plataformas, las asociaciones empresariales, los anunciantes y las organizaciones de consumidores*». La Comisión Europea también constata la mayor vulnerabilidad de amplios grupos de población ante las “*estafas en línea*”, que pueden originar sin dificultad daños masivos. Y la Nueva Agenda alude a la “*Directiva relativa a las acciones de representación*”, comprensiva de las acciones inhibitorias y resarcitorias, que permitirá a las entidades habilitadas designadas para este fin «*[Il]evar más fácilmente los casos relacionados con los intereses colectivos de los*

¹ El Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, se inspira en la “*Nueva Agenda del Consumidor*”.



consumidores, incluso en situaciones transfronterizas, ante los tribunales o las autoridades administrativas».

20.- En la Propuesta de Directiva de la Comisión Europea pesó de manera significativa el conocido como "caso Dieselgate". Dice la Comisión Europea: *«Por ejemplo, en un escenario como el del "Dieselgate", las víctimas de prácticas comerciales desleales, como la publicidad engañosa por parte de los fabricantes de coches, podrán obtener medidas correctoras colectivamente a través de una acción de representación en el marco de la presente propuesta, aunque el marco regulatorio de la Unión para la homologación de vehículos no esté regulado como tal por el anexo I. Este recurso colectivo no estaba previsto antes en el Derecho de la Unión».* Interesa destacar que, tal y como se precisa en la Propuesta de Directiva, *«[l]a propuesta establece un equilibrio entre los intereses colectivos de los consumidores y los derechos de los comerciantes en las acciones de representación, teniendo plenamente en cuenta los requisitos relacionados con la libertad de empresa (artículo 16 de la Carta)».* Se salvaguardan, de este modo, los derechos de los consumidores (artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, CDFUE), incluido el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 47), y a los empresarios (artículo 16, cit., CDFUE). Y en la esfera constitucional, las referencias de los derechos reconocidos en la Carta serían a los artículos 51 CE (protección del consumidor), 24 (tutela judicial efectiva) y 38 (libertad de empresa).

21.- En este equilibrio entre los intereses colectivos de los consumidores y de los de los empresarios, con la repercusión positiva en el mercado interior -que, como se verá, se traslada a la Directiva (UE) 2020/1828 (artículo 1.1.)-, surge la duda acerca de si la protección del consumidor constituye un medio para la preservación del mercado, o es en sí misma un fin. Para disipar esta duda ha de partirse de la posición más débil del consumidor frente al empresario (citar STJUE 5.12.2013), reiteradamente declarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que conduce a considerar que la equilibrada protección jurídica de ambos debe lograrse estableciendo prioridades, en cuya determinación cobra singular relevancia la posición más débil del consumidor; lo cual, sin embargo, no se ha logrado trasladar con suficiente claridad a la Directiva 2020/1828, que define su finalidad situando en un mismo plano el funcionamiento del mercado interior y el alto nivel de protección de los consumidores, y la realidad económica propia del mercado interior junto con la realidad jurídica de protección judicial (o administrativa) de los derechos e intereses colectivos de los consumidores, al tiempo que muestra un especial recelo sobre el ejercicio abusivo de las acciones colectivas².

² Vid. Considerandos (8) y (10) de la Directiva 2020/1828.



22.- Por otra parte, la eficacia y la eficiencia de la tutela colectiva, tal y como se concibe en el marco del Derecho de la Unión, precisa de la superación de los obstáculos a los que se enfrentan los consumidores en las acciones individuales, tales como los relativos a la incertidumbre respecto de sus derechos y acerca de los mecanismos procesales de los que disponen, la reticencia psicológica a iniciar acciones y el saldo negativo de los costes previstos frente a los beneficios de la acción individual³. La tutela eficaz -y eficiente- de los derechos e intereses de los consumidores mediante el ejercicio de acciones colectivas (o de representación, en la terminología de la Directiva 2020/1828) exige superar las reticencias de los consumidores articulando mecanismos procesales en los que las entidades habilitadas legitimadas para entablar este tipo de acciones puedan ejercitarlas representando los derechos e intereses de los consumidores, tanto los individualmente identificados, como aquellos no identificados individualmente, pero susceptibles de serlo mediante la delimitación del grupo y/o la determinación de las características que permitan la identificación, junto con el establecimiento de mecanismos de expresión de la voluntad de los consumidores de ser representados o no por la entidad habilitada en la acción de representación y de quedar vinculados o no por el resultado de la misma, conforme a las fórmulas del *opt-in* y el *opt-out*, y ello tanto si el procedimiento finaliza por sentencia como si concluye con la homologación de un acuerdo de resarcimiento.

b) El sistema de acciones de clase (*class actions*) estadounidense como modelo del sistema de acciones colectivas (o de representación)

23.- El ordenamiento procesal estadounidense reconoce legitimación a reclamantes individuales (*class representatives*) para que ejerciten acciones en defensa no solo de sus derechos e intereses patrimoniales, o de los derechos e intereses de esta naturaleza de los miembros o integrantes de la entidad reclamante, sino también, y de manera simultánea, en defensa de los derechos e intereses patrimoniales de un número indeterminado de consumidores y usuarios no identificados (*class members*). Se desplaza, de este modo, la legitimación que individualmente corresponde a cada uno de los miembros del grupo hacia uno de ellos, que interviene en representación de aquellos.

24.- Interesa retener que la acción de clase no es la suma en un solo procedimiento de las reclamaciones individuales perfectamente identificadas de todos y cada uno de los miembros del grupo de afectados. Es más, en la acción de clase el derecho o interés particular de cada uno de los afectados que es objeto de reclamación no se identifica en la fase declarativa. La acción de clase debe permitir que la sentencia que se dicte reconozca el derecho o

³ Vid. Considerando (9) de la Directiva 2020/1828.



proteja el interés no solo del representante del grupo, sino también el de todos y cada uno de sus miembros, aunque no estén individualizados en el procedimiento declarativo. Bajo esta consideración, la sentencia produce efecto de cosa juzgada respecto de todos y cada uno de los titulares de los derechos e intereses individuales integrantes del grupo.

25.- Este instrumento, inspirado en razones de eficiencia y guiado por el principio de justicia efectiva, está sujeto a ciertos requisitos recogidos desde 1938 en la *Federal Rule no. 23 of Civil Procedure*, configurados a su vez por la jurisprudencia⁴. Estos requisitos son los siguientes:

- a) *Numerosity*: significa que el número de los reclamantes individuales ha de ser tal que no permita la reclamación en juicio de manera conjunto y estando personado individualmente cada reclamante. El requisito no atiende solo al dato numérico, sino que obliga a tomar en consideración la mayor o menor dispersión geográfica de los miembros del grupo y los recursos económicos que, en principio, cabe atribuir al miembro típico del grupo.
- b) *Commonality*, que alude a la identidad fáctica. Supone que deben existir cuestiones fácticas o jurídicas comunes a los distintos integrantes del grupo que sean claramente más relevantes que las circunstancias particulares de cada uno de ellos. No se dará este requisito cuando las circunstancias individuales, aun no siendo tan relevantes como los elementos comunes, resultan suficientes para que la acción de clase pierda su eficacia; en particular, si la necesidad de proponer y practicar prueba sobre determinadas circunstancias personales de cada uno de los miembros del grupo obliga en la práctica a descomponer el procedimiento declarativo en varios sub-procedimientos.

La concurrencia de este requisito es especialmente importante en las reclamaciones por responsabilidad extracontractual (*mass tort cases*), pues en estos casos las circunstancias fácticas y jurídicas de cada uno de los integrantes del grupo suelen ser más relevantes que las circunstancias comunes. De este modo, la concurrencia de las circunstancias del título de responsabilidad -culpa o negligencia- o de aquellas que permitirían la aplicación de títulos objetivos de imputación, como sucede en la responsabilidad por riesgo o en supuestos de responsabilidad por producto, la determinación del nexo causal, o la concurrencia de circunstancias enervantes de la responsabilidad, como la culpa exclusiva o concurrente de la víctima, la asunción de riesgos, o las circunstancias que permiten apreciar la

⁴ Con sus correlativas enmiendas del Comité asesor sobre las reglas, siendo las últimas consideradas las del año 2018. En términos similares, las acciones de clase se regulan en las Civil Procedure Rules de Reino Unido, con las modificaciones introducidas en el año 2000.



prescripción de la acción, son cuestiones que requieren un análisis individualizado incompatible con el ejercicio de una acción de clase.

- c) *Typicality*, que alude al carácter representativo o típico de la acción iniciada por el representante del grupo; y
- d) *Adequacy of representation*, que supone el ejercicio adecuado de la acción por quien se arroga la representación de los miembros del grupo.

26.- La verificación de estos requisitos se lleva a cabo por el tribunal mediante un trámite o procedimiento incidental denominado *certification of the class actium*, y con él se asegura la concurrencia de los presupuestos de procedibilidad para el ejercicio de la acción de clase. Y un rasgo asociado al alcance del pronunciamiento que recaiga en el procedimiento es el establecimiento tanto de un sistema de *opt-in*, es decir, la posibilidad de que los consumidores individuales que forman parte de la clase representada se personen en el procedimiento para acumular su acción individual a la iniciada por el representante, como de un sistema de *opt-out*, es decir, la posibilidad de que los consumidores individuales manifiesten ante el tribunal, mediante mecanismos ágiles, su voluntad de quedar excluidos de la acción de clase para no verse afectados por la sentencia que se dicte⁵.

c) Las líneas generales de la Directiva 2020/1828

27.- La Directiva 2020/1828 tiene su base jurídica, no en el artículo 81.2 TFUE -que abre el paso a una cierta armonización procesal en beneficio de la tutela judicial efectiva y el buen funcionamiento de los procesos, como condiciones para mejorar la litigación transfronteriza-, sino en el artículo 169 TFUE, que obliga a la Unión a reforzar la protección de los consumidores, y en consecuencia, en el artículo 114 TFUE, que permite la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros cuando tenga por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, y cuya amplitud permite una armonización no ceñida exclusivamente a los litigios con dimensión transfronteriza⁶.

28.- La Directiva parte del riesgo que genera la globalización y la digitalización en los derechos de los consumidores, que pueden verse afectados por una misma práctica ilícita [Considerando (I)]. Constata que la

⁵ Regla (2) de la Federal Rule no 23. Las Civil Procedures Rules de Reino Unido contemplan dos tipos de acciones colectivas de exclusión voluntaria: las acciones de representación y el régimen de procedimientos colectivos, introducido por la Ley de Derechos del Consumidor de 2015, mediante una enmienda a la Sección 47B de la Ley de Competencia de 1998, y limitado a los litigios en materia de competencia, si bien se tiende a ampliar su ámbito de aplicación.

⁶ También cabe encontrar su base jurídica en el artículo 26 del TFUE, relativo al mercado interior y a la protección de los consumidores, y en el artículo 38 CDFUE, que consagra la protección de los consumidores.



falta de medios eficaces para cumplir el Derecho de la Unión y para que los consumidores pueda poner fin a las prácticas ilícitas y puedan ser resarcidos puede debilitar la confianza de los consumidores en el mercado interior, y al mismo tiempo puede provocar la distorsión de la competencia leal entre aquellos empresarios que ejercen su actividad a escala nacional o transfronteriza que incumplen la normativa y aquellos sí la cumplen, y que, por ende, puede dificultar el funcionamiento correcto del mercado interior [Considerandos (1) y (2)].

29.- Tras constatar la insuficiencia de la Directiva 2009/22 -que deroga- y la necesidad de constatar la necesidad de reforzar los mecanismos procesales de protección de los intereses colectivos de los consumidores para incluir tanto medidas de cesación como resarcitorias -de las que carecen los Estados miembros- [Considerandos (5) y (6)], la Directiva tiene por objeto garantizar que en todos los Estados miembros los consumidores dispongan, a escala de la Unión y nacional, de al menos un mecanismo procesal efectivo y eficiente de acciones de representación para obtener medidas de cesación y resarcitorias, lo que potenciará la confianza de los consumidores y los capacitará para ejercitar sus derechos, contribuirá a una competencia más leal y creará unas condiciones de competencia equitativas para los empresarios que ejercen su actividad en el mercado interior [Considerando (7)].

30.- Coherentemente, la Directiva tiene por finalidad contribuir al funcionamiento del mercado interior y alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores [Considerando (8)]; si bien, junto con esa finalidad destaca la importancia de garantizar el equilibrio entre mejorar el acceso a la justicia y proporcionar a los empresarios salvaguardias adecuadas para evitar un ejercicio abusivo de la acción procesal, lo que obstaculizaría injustificadamente la capacidad de las empresas para ejercer su actividad en el mercado interior [Considerando (10) y artículo 1].

31.- La Directiva [Considerando (11)], bajo el principio de autonomía procesal, no sustituye los mecanismos procesales nacionales existentes para proteger los intereses colectivos e individuales de los consumidores, y queda a criterio de los Estados miembros integrar el mecanismo procesal para las acciones de representación para la obtención de medidas de cesación y resarcitorias, como elemento de un nuevo mecanismo procesal para la obtención de esas medidas, o como un mecanismo procesal distinto (artículo 1.3), y en tal sentido, no debe impedir que los Estados miembros articulen mecanismos procesales para el ejercicio -colectivo- de acciones declarativas.

32.- En esta línea, y de conformidad con el principio de autonomía procesal, la Directiva no contiene disposiciones sobre cada aspecto del procedimiento en las acciones de representación, correspondiendo a los Estados miembros establecer las normas, por ejemplo, sobre admisibilidad, prueba o vías de



recurso, así como, más específicamente, determinar el grado de similitud exigido entre las pretensiones individuales o el número de consumidores afectados para que el asunto se admita a trámite como acción e representación. Si bien, de conformidad con el principio de no discriminación, los presupuestos de admisibilidad aplicables a determinadas acciones de representación transfronterizas no deben ser diferentes de los que se aplican a determinadas acciones de representación nacionales, y la decisión de inadmisión de la acción de representación no debe afectar a los derechos de los consumidores a los que afecte la acción [Considerando (12)]. La Directiva, de este modo, deja un amplio margen de actuación a los legisladores nacionales, y presenta un carácter de mínimos, en la medida en que su aplicación "no podrá constituir motivo para la reducción de la protección de los consumidores en los ámbitos a los que se apliquen los actos legislativos que figuran en el anexo I" (artículo 1.2, *in fine*).

33.- En cuanto a su ámbito de aplicación, de conformidad con su artículo 2.1, se extiende "a las acciones de representación ejercitadas frente a actos de empresarios que infrinjan las disposiciones del Derecho de la Unión recogidas en el anexo I, incluidas las disposiciones de transposición al Derecho interno de aquellas, que perjudiquen o puedan perjudicar los intereses colectivos de los consumidores"; en el entendido de que se aplica independientemente de si se hace referencia a ellos como consumidores o como viajeros, usuarios, clientes, inversores minoristas, clientes minoristas, titulares de datos o de otro modo, si bien con el límite de que las personas físicas que se hayan visto o puedan verse perjudicadas por dichas infracciones tengan la consideración de consumidores [Considerando (14)].

34.- La Directiva se aplica tanto frente a infracciones nacionales como a las transfronterizas (artículo 2.1) -explicando en su Considerando (23) la distinción entre estos dos tipos de acciones de representación, así como en las definiciones contenidas en el artículo 3, apartados 6) y 7)-, incluidas aquellas que hayan cesado antes de que se haya ejercitado o haya concluido la acción de representación, *«[y]a que puede ser necesario prevenir la repetición de la práctica mediante su prohibición, declarar que una determinada práctica constituye una infracción o facilitar soluciones para los consumidores»*.

35.- Por otra parte, las normas de la Directiva se entienden sin perjuicio de las normas de la Unión en el ámbito del Derecho internacional privado, en particular las relativas a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales [artículo 2.3 y Considerando (21)].

36.- La Directiva, por tanto, presenta un marcado carácter transversal y horizontal [cfr. Considerando (13)] y deja a los Estados miembros la decisión



de aplicar sus disposiciones a aspectos distintos de los incluidos en su ámbito de aplicación, esto es, a los litigios no incluidos en el ámbito de aplicación del anexo I [Considerando (18)].

37.- Y las acciones de representación pueden ejercitarse tanto en procedimientos judiciales como en procedimientos administrativos, si bien, respecto de estos, la opción *«[d]ebe entenderse sin perjuicio del derecho a una tutela judicial efectiva frente a cualquier decisión administrativa adoptada de conformidad con las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva»*, incluyendo la posibilidad de obtener una resolución de suspensión de la ejecución de la decisión impugnada, de conformidad con el Derecho nacional [Considerando (19)].

38.- La legitimación para el ejercicio de las acciones de representación se atribuye a las entidades habilitadas designadas para tal fin. Su régimen se contiene en el artículo 4 de la Directiva, y puede resumirse en las siguientes líneas:

- i) Las entidades habilitadas pueden representar a consumidores de diversos Estados miembros y ser designadas para ejercitar acciones de representación nacionales o transfronterizas, o ambas. Cuando se ejerciten acciones transfronterizas, las entidades habilitadas deben cumplir los requisitos establecidos en la Directiva (artículo 4.3); cuando ejerciten acciones nacionales corresponde a los Estados miembros establecer libremente con arreglo al Derecho nacional los criterios de designación que se apliquen a dichas entidades, pudiendo imponer también el cumplimiento de los requisitos impuestos en la Directiva [Considerando (26)]. A este respecto, el Considerando (24) precisa: *«[l]as organizaciones de consumidores, en particular, deben desempeñar un papel activo a la hora de garantizar que se cumplan las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión. Se debe considerar que todas ellas se encuentran en buena posición para solicitar la condición de entidad habilitada con arreglo al Derecho nacional»*; si bien los organismos públicos *«[p]odrían desempeñar un papel activo (...) ejercitando acciones de representación tal y como se establece en la presente Directiva»*.
- ii) Cuando se trate del ejercicio de acciones transfronterizas de representación [artículos 5 y 6 y Considerando (32)], los Estados miembros, con el fin de garantizar el reconocimiento mutuo de la legitimación procesal de las entidades habilitadas para el ejercicio de tales acciones, publicarán y comunicarán a la Comisión una lista con las entidades designadas, y la Comisión elaborará a su vez una lista de dichas entidades, la publicará y la tendrá actualizada, la cual será aceptada por los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas como prueba de la legitimación procesal, sin



- perjuicio del derecho del órgano jurisdiccional o autoridad administrativa a examinar si la finalidad estatutaria de la entidad habilitada justifica el ejercicio de la acción en un caso concreto. Cuando la presunta infracción afecte o pueda afectar a consumidores de distintos Estados miembros, la acción de representación podrá ser ejercitada ante el órgano jurisdiccional o autoridad administrativa competente por varias entidades habilitadas en distintos Estados miembros. *«[E]sto debe entenderse sin perjuicio de la prerrogativa del órgano jurisdiccional o autoridad administrativa de examinar si la acción de representación es apta para ser tramitada como acción de representación única»* [Considerando (31)].
- iii) Los Estados miembros podrán designar a una entidad habilitada con carácter *ad hoc* para ejercitar una determinada acción de representación nacional, a petición de dicha entidad, si cumple los criterios de designación como entidad habilitada previstos en el Derecho nacional (artículo 4.6). Ahora bien, *«[L]a presente Directiva no debería incentivar a los Estados miembros a introducir la posibilidad de designar a entidades habilitadas con carácter ad hoc. No obstante, a los efectos de las acciones de representación nacionales, los Estados miembros también deben poder designar a entidades habilitadas con carácter ad hoc para ejercitar una determinada acción de representación nacional. Debe existir la posibilidad de que dicha designación la realice el órgano jurisdiccional o autoridad administrativa que conozca del asunto, incluso mediante aceptación, cuando proceda. Ahora bien, a los efectos de las acciones de representación transfronterizas, se necesitan unas salvaguardias comunes. Por lo tanto, las entidades habilitadas designadas con carácter ad hoc no deben poder ejercitar acciones de representación transfronterizas»* [Considerando (28)].
- iv) Por lo demás, la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de evaluar periódicamente, y al menos cada cinco años, si la entidad habilitada para ejercitar acciones de representación transfronteriza sigue cumpliendo los criterios de designación, y en caso necesario, revocar dicha designación [Considerandos [29) y (30) y artículo 5].

39.- En cuanto a los tipos de tutela, el artículo 7 establece al menos los siguientes tipos de medidas en el ejercicio de las acciones de representación: medidas de cesación y medidas resarcitorias. Junto con ellas, el artículo 8 [y el Considerando (40)] deja a la autonomía procesal de los Estados miembros contemplar dentro de las acciones de cesación la acción declarativa de que la práctica constituye la infracción a que se refiere el artículo 2, apartado 1, de



la Directiva, y la acción encaminada a obtener la publicación total o parcial de la resolución sobre la medida, o a obtener una declaración de rectificación.

40.- Por otra parte, las medidas de cesación *«[d]eben comprender medidas definitivas y medidas provisionales. Las medidas provisionales podrían consistir en medidas temporales, cautelares y preventivas para poner fin a una práctica en curso o prohibir una práctica en caso de que aún no se haya producido, pero exista el riesgo de que, de producirse, provoque daños o perjuicios graves o irreversibles a los consumidores [...]»* [Considerando (40) y artículo 8.1].

41.- Respecto de estas medidas, que tienen carácter preceptivo, el artículo 8 establece las siguientes normas específicas:

- i) El consumidor no estará obligado a manifestar su voluntad de estar representado por la entidad habilitada para que esta pueda ejercitar la acción de cesación;
- ii) La entidad habilitada no tendrá que demostrar la pérdida, el daño o el perjuicio efectivo de los consumidores considerados individualmente que se vean afectados por la infracción, ni el dolo o negligencia del empresario: *«[u]na decisión sobre una medida de cesación no debe depender de que la práctica se realizase con dolo o negligencia»* [Considerando (33)]. *«[E]n las acciones de representación para obtener medidas de cesación, el beneficio para los consumidores afectados sería la cesación o prohibición de la práctica que constituye la infracción»* [Considerando (37)].
- iii) Los Estados miembros podrán introducir disposiciones en su Derecho interno, o mantener las que ya existan, por virtud de las cuales la acción de cesación se supedite a la previa consulta del empresario de que se trate, para que en el plazo de dos semanas cese la conducta infractora, debiendo notificar a la Comisión las disposiciones de este tipo que existan en el Derecho nacional y garantizando la Comisión que dicha información estará a disposición del público.

42.- El artículo 24.2, por su parte, prevé que las acciones de representación para obtener las medidas de cesación se tramitarán mediante un procedimiento acelerado.

43.- En cuanto a las medidas resarcitorias (artículo 9), con ellas se persigue restablecer el derecho de los consumidores *«a obtener soluciones contractuales y extracontractuales en caso de que sus intereses se hayan visto perjudicados por una infracción, como el derecho a una indemnización por daños y perjuicios, la resolución del contrato, el reembolso, la sustitución, la reparación o la reducción del precio, según corresponda y se disponga de ellas en virtud del Derecho de la Unión o nacional»* [Considerando (42); en



el mismo sentido, artículo 9.1]. Estas acciones solo podrán ejercitarse «[cuando el Derecho de la Unión o nacional prevea dichos derechos sustantivos]; y la Directiva «[n]o debe posibilitar que se impongan indemnizaciones punitivas al empresario que haya cometido la infracción, de conformidad con el derecho nacional» [Considerando (42)].

44.- Respecto de estas medidas, la Directiva establece las siguientes disposiciones generales:

- i) Las entidades habilitadas podrán solicitar las medidas resarcitorias en el marco de una acción de representación única, cuando proceda, pudiendo los Estados miembros disponer que dichas medidas se dicten en una única resolución;
- ii) La entidad habilitada, en el ejercicio de la acción de representación, proporcionará al órgano jurisdiccional o a la autoridad administrativa información suficiente sobre los consumidores afectados. Esta información «[d]ebe permitir al órgano jurisdiccional o autoridad administrativa determinar si es competente y la ley aplicable. En los casos de responsabilidad civil, dicha obligación implicará comunicar al órgano jurisdiccional o autoridad administrativa el lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso que afecte a los consumidores» [Considerando (34)].
- iii) Abundando en lo anterior, el Considerando (58) incide en la información que las entidades deben proporcionar a los consumidores para que la acción sea eficaz: «[E]n sus sitios web, las entidades habilitadas deben informar a los consumidores acerca de las acciones de representación que hayan decidido ejercitar ante los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas, acerca de la situación de las acciones de representación que hayan ejercitado y de los resultados de dichas acciones, para permitir a los consumidores tomar decisiones informadas sobre si quieren participar a efectos de una acción de representación y permitirles cumplir los trámites correspondientes en el momento oportuno. La información que las entidades habilitadas están obligadas a proporcionar a los consumidores debe incluir, cuando sea pertinente y adecuado, una explicación en lenguaje claro del objeto y de las consecuencias jurídicas posibles o reales de la acción de representación, la intención de la entidad habilitada de ejercitar la acción de representación, una descripción del grupo de consumidores afectados por la acción de representación, así como los trámites necesarios que deben cumplir los consumidores afectados, incluido el aseguramiento de las pruebas necesarias, a fin de que los consumidores puedan beneficiarse de las medidas de cesación, de las medidas resarcitorias o de los acuerdos



homologados tal como se establece en la presente Directiva. Dicha información debe ser adecuada y proporcionada a las circunstancias del caso».

- iv) Las disposiciones relativas a la información sobre las acciones de representación se recogen positivamente en el artículo 13.1 y 2 de la Directiva; en cuyo apartado 3 se establece que, sin perjuicio de la información a que se refieren los apartados anteriores, el órgano jurisdiccional o autoridad administrativa exigirá al empresario que informe, a cargo de este, a los consumidores afectados por la acción de representación sobre las resoluciones firmes por las que se dicten la medidas a que se refiere el artículo 7 y sobre cualquier acuerdo homologado según se menciona en el artículo 11, por medios adecuados a las circunstancias del caso y dentro de plazos determinados, e incluso, en su caso, que informe por separado a cada uno de los consumidores afectados. Esta obligación no será de aplicación si los consumidores afectados son informados de otra manera de la resolución firme o del acuerdo homologado. Se deja a los Estados miembros la posibilidad de establecer que el empresario solo esté obligado a proporcionar dicha información a los consumidores si así lo pide la entidad habilitada. Y en el apartado 4 se prevé que las obligaciones de información establecidas en el apartado anterior se aplicarán, *mutatis mutandis*, a las entidades habilitadas en relación con las resoluciones firmes de inadmisión o de desestimación de las acciones de representación resarcitorias. Los costes ligados a proporcionar la información podrán ser recuperados por la parte vencedora a través de la imposición de costas.
- v) Los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas examinarán la admisibilidad de la acción de representación, debiendo procurar los Estados miembros que unos u otras puedan decidir desestimar los asuntos manifiestamente infundados en la fase más temprana posible del procedimiento, de conformidad con el Derecho nacional.
- vi) Los Estados miembros, además, *«[d]eben establecer normas para la coordinación entre acciones de representación, acciones individuales ejercitadas por los consumidores y cualquier otra acción destinada a proteger los intereses individuales y colectivos de los consumidores»* [Considerando (48)].

45.- La Directiva establece, por otra parte, las siguientes disposiciones específicas respecto de las acciones de representación resarcitorias:

- i) Las entidades habilitadas deben proporcionar información suficiente para fundar estas acciones, incluida la descripción del grupo de consumidores afectados por la infracción y las cuestiones de hecho



- y de derecho que deben resolverse en el marco de la acción de representación [Considerando (49)].
- ii) No puede obligarse a las entidades habilitadas a identificar individualmente a todos los consumidores afectados, pero sí, al menos, a describir el grupo de consumidores que tienen derecho a las soluciones que esas medidas resarcitorias proporcionan y, en su caso, a indicar el método de cuantificación del daño o perjuicio y los trámites correspondientes que deban cumplir los consumidores y los empresarios para que se apliquen las soluciones: *«[I]os consumidores que tengan derecho a esas soluciones deben poder beneficiarse de ellas sin tener que iniciar un procedimiento distinto»* [Considerando (50)].
 - iii) El órgano jurisdiccional o autoridad administrativa debe comprobar en la fase más temprana posible del procedimiento si el asunto es apto para serle sometido mediante una acción de representación, teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción y las características de los daños o perjuicios sufridos por los consumidores afectados [Considerando (50)].
 - iv) El Derecho nacional ha de prever la manera y la fase del procedimiento, siempre dentro de un plazo adecuado después de haberse ejercitado la acción, en que los consumidores individuales afectados por la acción de representación manifiesten expresa o tácitamente su voluntad de ser representados o no por la entidad habilitada en dicha acción de representación y de quedar vinculados o no por el resultado de la acción: *«[I]os Estados miembros deben prever un mecanismo de inclusión voluntaria o de exclusión voluntaria, o una combinación de ambos. En un mecanismo de inclusión voluntaria, los consumidores deben estar obligados a manifestar expresamente su voluntad de ser representados por la entidad habilitada para ejercitar la acción de representación para obtener medidas resarcitorias. En un mecanismo de exclusión voluntaria, los consumidores deben estar obligados a manifestar expresamente su voluntad de no ser representados por la entidad habilitada para ejercitar la acción de representación para obtener medidas resarcitorias»* [Considerando (43)].
 - v) Se debe garantizar que los consumidores que hayan manifestado, expresa o tácitamente, su voluntad de ser representados en una acción de representación no puedan ser representados en otras acciones, ni ejercitar acciones individualmente, con el mismo objeto y causa, contra el mismo empresario; y se debe garantizar que los consumidores no sean indemnizados más de una vez por el mismo objeto y causa.
 - vi) Cuando una medida resarcitoria no especifique de manera individual a los consumidores que pueden beneficiarse de las



soluciones que proporcione, delimitará al menos el grupo de los consumidores que pueden ser beneficiados: «*[P]or motivos de diligencia y eficiencia, los Estados miembros, con arreglo al Derecho nacional, han de poder ofrecer a los consumidores la posibilidad de beneficiarse directamente de una medida resarcitoria después de que haya sido dictada, sin que se le exijan requisitos relativos a su participación previa en la acción de representación*» [Considerando (47)].

- vii) Las medidas resarcitorias habrán de ser eficaces sin necesidad de ejercitar otra acción. Por lo tanto, las entidades habilitadas han de poder ejercitar estas acciones de representación sin necesidad de que un órgano jurisdiccional o autoridad administrativa haya declarado previamente la existencia de la infracción en un procedimiento distinto.
- viii) El Derecho interno ha de regular los plazos dentro de los cuales los consumidores individualmente considerados pueden beneficiarse de medidas resarcitorias. Estas se entenderán sin perjuicio de cualquier solución adicional de que dispongan los consumidores en virtud del Derecho de la Unión o nacional que no haya sido objeto de la acción de representación.
- ix) En materia de costas procesales, el artículo 12.1 recoge la regla objetiva del vencimiento "con las condiciones y excepciones previstas en el Derecho nacional aplicable al proceso judicial en general. Los consumidores individuales afectados por una acción e representación para obtener medidas resarcitorias no soportarán las costas procesales, salvo cuando hayan sido causadas por la conducta dolosa o negligente del consumidor de que se trate (artículo 12.2 y 3).
- x) En materia de financiación de las acciones de representación, el artículo 10.1 establece que cuando una acción de representación para obtener medidas resarcitorias sea financiada por un tercero, en la medida en que lo permita el derecho nacional, deberán adoptarse medidas para evitar los conflictos de intereses y que la financiación por parte del tercero que tenga un interés económico en el ejercicio o el resultado de dicha acción no aparte la acción de representación de la protección de los intereses colectivos de los consumidores. En particular, los Estados miembros deberán velar por que las decisiones de las entidades habilitadas en el contexto de una acción de representación, incluidas las decisiones relativas a los acuerdos, no estén indebidamente influidas por un tercero de un modo que resultaría perjudicial para los intereses colectivos de los consumidores afectados, y porque la acción de representación no se ejercite contra un demandado que sea competidor del financiador o contra un demandado del que dependa el financiador



(artículo 10.2, letras a y b). Además, deberán velar por que los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas estén facultados para valorar el cumplimiento de las medidas adoptadas, en caso de que surjan dudas fundadas acerca de tal incumplimiento, para lo que las entidades habilitadas habrán de comunicar a los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas un resumen financiero de las fuentes de financiación utilizadas para apoyar la acción de representación. Los Estados miembros deberán asimismo velar por que los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas estén facultados para adoptar las medidas adecuadas, como, por ejemplo, exigir a la entidad habilitada que rechace o modifique la financiación controvertida y, de ser necesario, denegar la legitimación procesal a la entidad habilitada en una determinada acción de representación, si bien dicha denegación no podrá perjudicar a los derechos de los consumidores afectados por esa acción de representación (artículo 10.3 y 4).

46.- En cuanto a los acuerdos de resarcimiento (artículo 11) entre la entidad habilitada y el empresario presunto infractor, estos podrán alcanzarse bien de mutuo acuerdo, bien, previa consulta de las partes, a propuesta del órgano judicial (o de la autoridad administrativa, en su caso). El Considerando (53) incide en la necesidad de que tales acuerdos deban ser fomentados, y remite a los Estados miembros la regulación del procedimiento para su adopción y homologación, si bien bajo las siguientes medidas:

- i) Los acuerdos deberán ser homologados por el órgano jurisdiccional (o autoridad administrativa), que podrá denegarla si el acuerdo es contrario a normas imperativas de Derecho nacional o incluye condiciones que no puedan cumplirse, teniendo en cuenta los derechos e intereses de todas las partes, y en particular los de los consumidores afectados. Se faculta a los Estados miembros para establecer normas que permitan al órgano jurisdiccional o autoridad administrativa denegar la homologación de un acuerdo por no ser equitativo;
- ii) Los acuerdos homologados serán vinculantes para la entidad habilitada, el empresario y los consumidores individuales afectados, si bien el Derecho interno podrá establecer normas que permitan a los consumidores individuales afectados aceptarlos o rechazarlos quedar vinculados por ellos; y
- iii) El resarcimiento obtenido a través de un acuerdo homologado se entenderá sin perjuicio de cualquier solución adicional de que dispongan los consumidores en virtud del Derecho de la Unión o nacional que no haya sido objeto de dicho acuerdo.



47.- La Directiva deja a los Estados miembros la decisión de reconocer a los consumidores afectados determinados derechos en el marco de la acción de representación, *«[p]ero esos consumidores individuales no pueden ser parte demandante en el procedimiento. Los consumidores individuales no deben poder interferir en ningún caso en las decisiones relativas al procedimiento que tomen las entidades habilitadas, solicitar individualmente pruebas en el marco del procedimiento ni recurrir individualmente las decisiones de procedimiento del órgano jurisdiccional o autoridad administrativa ante el que se ejercite la acción de representación. Tampoco deben tener obligaciones procesales en el marco de la acción de representación no soportar las costas procesales, salvo en circunstancias excepcionales»* [Considerando (36)].

48.- El artículo 15 dispone que los estados miembros velarán por que las resoluciones firmes de los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas de cualquier Estado miembro que declaren la existencia de una infracción que perjudique los intereses colectivos de los consumidores puedan ser alegadas por todas las partes como prueba en el contexto de cualquier otra acción ante sus órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas nacionales, para solicitar medidas resarcitorias contra el mismo empresario por la misma práctica, de conformidad con la normativa nacional sobre valoración de la prueba.

49.- El artículo 16 prevé que el ejercicio de las acciones de cesación y resarcitorias por las entidades habilitadas interrumpirá la prescripción de las acciones que puedan corresponder a los consumidores afectados. El artículo 18 faculta al órgano jurisdiccional (o administrativo) para ordenar que el demandado o tercero exhiba las pruebas que obren en su poder “de conformidad con las normas procesales nacionales” y “sin perjuicio de las normas de la Unión y nacionales aplicables en materia de confidencialidad y proporcionalidad”.

50.- En el artículo 20, por su parte, se prevé la asistencia de los Estados miembros a las entidades habilitadas con medidas destinadas a garantizar que las costas procesales relacionadas con las acciones de representación no impidan a las entidades habilitadas ejercitar las acciones que le competen.

d) La regulación de la Directiva en el derecho comparado

51.- Buena parte de los Estados miembros no han implementado la Directiva a fecha de hoy. No obstante, están actualmente en tramitación varias iniciativas legislativas a tal fin, como en España.

52.- El modelo de adhesión voluntaria o representación por mandato (*opt-in*) es el que escoge o planea adoptar la mayoría de los Estados miembros para las acciones resarcitorias -bien en las escasas normas aprobadas a fecha de hoy, bien en los proyectos legislativos en curso-, dado que se entiende



que es el más cercano a la tradición jurídica propia y no plantea problemas de constitucionalidad al respetar el derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía patrimonial de cada individuo.

53.- Entre los Estados que ya han implementado la Directiva,

- (a) Holanda ya se había anticipado por un modelo de *opt-out* en 2020. Su registro público de acciones de representación muestra una particular actividad litigiosa de acciones contra el propio Estado (casi un 15% del total) o contra empresas de carácter tecnológico extranjeras (TikTok, Oracle, Salesforce, Airbnb, Apple), y contra fabricantes de automóviles (Stellantis, Citroën, Peugeot, Daimler, Opel, General Motors, Renault, Fiat, Volkswagen). Debido a los efectos del modelo *opt-out* en los consumidores, que pueden no tener conocimiento de la acción pero se verán beneficiados o perjudicados por los efectos de cosa juzgada del proceso, la legislación holandesa plantea un férreo control en dos aspectos: la representatividad de las asociaciones demandantes y la definición “restringida” del grupo. Con independencia de qué asociación presente la acción, se abre un periodo de tres meses para que otras asociaciones comparezcan y entre estas el juez seleccionará la que acredite mayor representatividad en términos de afectados representados, mayor interés económico representado y antecedentes en la materia implicada o en otras acciones colectivas⁷; se busca identificar al mejor representante colectivo dentro de la competencia existente. Por otro lado, se exige un caracterización extraordinariamente concreta del grupo a representar -que no una identificación individual- (e.g. menores de 13 años que hayan sido usuarios de Tik-Tok con posterioridad al año 2018⁸). Esta acotación permite ejercitar con mayor seguridad jurídica el derecho de exclusión (*opt-out*) y prevenir los riesgos o efectos nocivos de una sobrerrepresentación. Cuanto mejor y más concreto está definido el grupo, el afectado está en mejor disposición de ser consciente de su condición para poder ejercer, en su caso, sus derechos individuales.
- (b) Lituania y Finlandia han adoptado en el último trimestre de 2022 un modelo de adhesión o representación por mandato para las acciones restitutorias (*opt-in*). Lituania lo tiene establecido en los artículos 31.2 a 31.4 de la *Civilinij Procesų Reglamentuojančių*

⁷ Cfr. Artículo 1018e del Código de Procedimiento Civil holandés -[enlace](#)-.

⁸ Cfr. Sentencia de 9 de Noviembre de 2022 de la Corte de Amsterdam -Rechtbank Amsterdam- en los casos C/13/702849 / HA ZA 21-526, C/13/706680 / HA ZA 21-789 and C/13/706842 / HA ZA 21-794, ECLI:NL:RBAMS:2022:6488, -[enlace](#)-.



- Europos Sąjungos Ir Tarptautinės Teisės Aktų Įgyvendinimo Įstatymo Nr. X-1809 Priedo Pakeitimo Ir Įstatymo Papildymo Devintuoju Skirsniu Įstatymas*, de 3 de Noviembre de 2022 ([enlace](#)); Finlandia en el § 8 de la *Lakiryhmäkannelain muuttamisesta*, de 20 de diciembre de 2022 ([enlace](#)).
- (c) Hungría a través de la 2022. évi LXI. törvény a cselekvő fogyasztóvédelem érdekében szükséges egyes törvények módosításáról dispone de un sistema mixto donde la fase declarativa sí puede estar sometida a un sistema de representación subrogada pero el ejercicio del derecho de ejecución está reservado a la libertad de cada individuo ex § 38/D (5), lo que en la práctica acaba transformando el sistema como *opt-in* desde un punto de vista finalista [enlace](#).
- (d) Italia ha aprobado en marzo de 2023 un Decreto Legislativo que plantea un sistema dual. Determinadas materias estarán sometidas a un sistema de adhesión voluntaria o por mandato mediante la institución de las acciones colectivas para la defensa de intereses homogéneos (*Azione di classe e azione inibitoria collettiva*), residenciada en el *Codice di Procedura Civile*, artículos 840 bis a 840 sexiesdecies (*Procedimenti Collettivi*) [enlace](#), [enlace](#), mientras que existirán unas acciones de representación (*Azioni rappresentative*) por representación subrogada o tácita (*opt-out*) para un conjunto de materias definidas en el Anexo a la nueva ley [enlace](#), entre las que se encuentran las materias de consumo, que quedará residenciado en el Código de Consumo (*Codice del consumo*) [enlace](#). Ambos sistemas quedan entremezclados, con los riesgos de interferencia que ello representa, dado que a la nueva norma que modifica el Código de Consumo (*Azioni rappresentative*) se le aplicará el régimen común de las acciones colectivas regulado en la ley de ritos civiles en la medida en que resulte compatible (*in quanto compatibile*), pero teniendo en cuenta que es un modelo diseñado para la adhesión voluntaria o mandato.

54.- Entre los Estados donde existe en la actualidad una iniciativa legislativa cabe mencionar,

- (a) En Dinamarca el § 16 del Proyecto de Ley regula el *opt-in* para las acciones de representación [enlace](#). Dinamarca justifica la selección del modelo de adhesión o representación por mandato señalando dos aspectos de seguridad jurídica. El primero desde la perspectiva del consumidor: un modelo de *opt-out* no puede asegurar que todos los consumidores fueran conscientes de que están siendo representados. El segundo, desde la perspectiva del profesional: debe existir un conocimiento preciso de cuál es la dimensión del colectivo afectado y cuántas personas se podrán beneficiar de la sentencia. En Irlanda los artículos 24 a 26 del Proyecto de Ley [enlace](#) establecen el modelo el modelo de



- adhesión voluntaria o representación por mandato (*opt-in*). Conforme señala la Comisión paritaria de Comercio y Empleo (*Joint Committee on Enterprise Trade and Employment*), entre cuyas funciones se incluye emitir una opinión jurídica sobre determinados proyectos legislativos ([enlace](#), págs. 21 y 22), esta elección supone mantener su tradición jurídica nacional y permite una mejor comunicación de los consumidores representados con la Entidad Habilitada así como la obtención de instrucciones específicas sobre como beneficiarse de la tutela colectiva.
- (b) Francia también propone un modelo de adhesión o mandato (*opt-in*) -[enlace](#)- basado en su tradición y principios constitucionales, que maridan la libertad personal y el derecho a la tutela judicial efectiva. Francia ya adoptó el modelo de adhesión o mandato en acciones colectivas en la legislación que aprobó en 2014. La Proposición de Ley actual mantiene el modelo de adhesión o mandato en su art. 1.d. El Consejo de Estado, en su Dictamen sobre la norma, no plantea ninguna duda de constitucionalidad sobre el modelo de adhesión o por mandato mantenido en la Proposición de Ley para implementar la Directiva 2020/1828, precisamente porque las acciones de representación se configuran como un (sic) "*mandato de naturaleza particular*" (*Avis sur une proposition de loi relative au régime juridique des actions de groupe*, 9 de febrero de 2023, punto 8).
- (c) La doctrina alemana y el órgano público encargado de defensa de la competencia (*Bundeskartellamt* -[enlace](#)-) vienen defendiendo que un sistema de opt-out es contrario a los principios constitucionales alemanes, desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva, dado que restringe el derecho de libre disposición (*Dispositionsgrundsatz*) y el derecho de audiencia (*Recht zum rechtlichen Gehör*). Por ello, en Alemania el debate jurídico sobre el Proyecto de ley se dirime de manera específica dentro del modelo de adhesión (*opt-in*), debatiéndose cuál debe ser el momento procesal idóneo para la adhesión de los consumidores -[enlace](#)-. Por un lado las Asociaciones de Consumidores y las patronales sectoriales -e.g. tecnología médica, química, automoción, publicidad- defienden un modelo de adhesión temprano -e.g. tres meses después de plantearse la demanda y proporcionarle publicidad- de manera que se permita al empresario conocer el perímetro de afectados y la potencial dimensión de la reclamación. Las patronales defienden este periodo de registro o incorporación temprana a la acción de representación basándose en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el principio de seguridad jurídica. Las empresas deben poder evaluar cuanto antes el impacto económico de una reclamación y quiénes son los que se sienten afectados -que coincide con la argumentación explicitada por la norma danesa-. Esto permite definir el riesgo empresarial y además activar tempranamente negociaciones con los interesados. Por otro lado, las ACyU abogan por que el periodo de registro o



incorporación a la acción de representación sea extenso y pueda producirse hasta justo antes del "visto para sentencia". El racional invocado es que pueda existir la mayor divulgación posible de la acción de representación, la cual entienden crece durante la sustanciación del proceso, y un modelo de adhesión temprana no evitaría luego la proliferación de acciones individuales con un impacto negativo en la administración de justicia. De hecho defienden, aunque mencionarlo explícitamente, un modelo de adhesión extenso similar al francés.

- (d) Suecia ya dispone de un sistema de acciones de representación con un sistema de adhesión voluntaria o por mandato (*opt-in*) y los trabajos legislativos entienden que el modelo es compatible con la Directiva y no requiere un cambio en términos generales, si bien se plantea como reflexión la posible utilidad sobre el establecimiento limitado de un modelo de representación por subrogación tácita exclusivamente centrado en daños de escasa cuantía y cuya declaración sería facultativa por parte del juez. Así lo confirma el Informe de la Comisión de expertos gubernamental en la que han participado dos ministerios, órganos judiciales, asociaciones de consumidores o colegios de abogados -[enlace](#), SOU 2022:42 *Grupptalan om åtgärder för gottgörelsepågs*, págs.. 157 a 159).
- (e) El modelo de adhesión voluntaria o representación por mandato (*opt-in*) se recoge también en los Proyectos de Ley de Polonia -[enlace](#)-, Malta -[enlace](#)-, Eslovenia -[enlace](#)-, Bulgaria -[enlace](#)- o Letonia -[enlace](#) y [enlace](#)-
- (f) Luxemburgo propone, con carácter general, un sistema mixto o dinámico donde otorga facultad al juez para decidir el modelo a aplicar según las circunstancias del caso, si bien pre orientando la decisión a un sistema de adhesión cuando la naturaleza del daño exija una participación activa de los consumidores o cuando el número de consumidores afectados resulte de complicada estimación. Con carácter particular, las acciones que entrañen daños personales o inmateriales siempre deberán seguir el modelo de adhesión o representación por mandato (*opt-in*) -[enlace](#)-. El modelo mixto que pretende desarrollar Luxemburgo es el actualmente vigente en Bélgica desde 2014.

e) La regulación de las acciones colectivas en el derecho vigente

55.- Con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC, tanto el artículo 7.3 de la LOPJ como el artículo 20 de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios⁹ (LGDCU) reconocían legitimación extraordinaria a las corporaciones, asociaciones y grupos para la defensa de los denominados

⁹ Ley 16/1984, de 19 de julio.



“intereses o derechos colectivos” (intereses generales de los consumidores y usuarios, en palabras del artículo 20 LGDCU).

56.- La LEC ha dado carta de naturaleza a nivel positivo a las acciones colectivas con una regulación que, además de presentar ciertas oscuridades, se ha mostrado parca e insuficiente. Se contiene en unos pocos artículos (artículos 7, 11, 15, 221, 222.3 y 519), complementados con algunos preceptos de la LGDCU -en la actualidad, en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (TRLGDCU)-, de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación¹⁰, y de otras leyes sectoriales¹¹.

57.- El sistema vigente, en síntesis, puede sintetizarse del siguiente modo. La tutela de los intereses generales de los consumidores se encomienda a las asociaciones de consumidores legalmente constituidas como tales asociaciones y, por tanto, con personalidad jurídica. Estas están legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados, los de la asociación y, en lo que ahora interesa, los derechos e intereses generales de los consumidores y usuarios (artículo 11.1 LEC). La tutela de los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios, cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios - legalmente constituidas, pues si no lo están solo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24.1.II del TRLGDCU-, a las entidades, distintas de las asociaciones de consumidores, legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de estos, y a los propios grupos de afectados (artículo 11.2), si bien, respecto de estos, para demandar en juicio el grupo deberá estar constituido por la mayoría de los afectados (artículo 6.1.7º LEC) . En estos casos, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena (artículo 221.1.1º LEC). Si se trata de intereses difusos, la tutela corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la ley, sean representativas (artículo 11.3 LEC), entendiéndose por tales “las que formen parte del

¹⁰ Ley 7/1998, de 13 de abril.

¹¹ Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (cfr. Art. 16); la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (art. 31); la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y servicios sanitarios (art. 106); la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (art. 36); también en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, y en general, en las disposiciones legales a las que se refieren las disposiciones finales del anteproyecto.



Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una Comunidad Autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica” (artículo 24.2 TRLGDCU). En estos casos, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante (artículo 22.1.1º, segundo párrafo, LEC). En ambos casos, si como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único se declarara ilícita o no conforme a la ley determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido parte en el proceso correspondientes (artículo 221.1.2º LEC).

58.- Este régimen se completa: i) con lo dispuesto en el artículo 519 LEC (acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencias de condena sin determinación individual de los beneficiados), conforme al cual: “Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en el que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución. El Ministerio Fiscal podrá instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados.”; ii) con la legitimación para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los derechos e intereses de difusos de los consumidores y usuarios al Instituto Nacional del Consumo y a los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios (artículo 54 TRLGDCU), así como a las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria (artículo 11.4, en relación con el artículo 6.1.8º LEC); iii) con la atribución de legitimación al Ministerio Fiscal para ejercitar cualesquiera acciones en defensa de los intereses de los consumidores (generales, colectivos o difusos) (artículo 15.5 LEC) y para instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados; y iv) con un régimen de publicidad al que habrá de sujetarse el ejercicio de las acciones colectivas (artículo 15 LEC).

59.- Este régimen no está exento de dudas que van más allá de lo meramente terminológico para alcanzar el plano conceptual. Así, frente a la categoría - que, en rigor, encierra una dualidad- de “intereses colectivos y difusos”, se encuentran las de “intereses generales”, “intereses supraindividuales”, “intereses individuales homogéneos, conexos o pluriindividuales”, e



“intereses de grupo”, habitualmente utilizadas por la doctrina, que no responden a la misma realidad, ni presentan la misma naturaleza jurídica.

60.- Por otra parte, las modificaciones introducidas en el régimen de las acciones colectivas establecido en la LEC y en el TRLGDCU, particularmente las introducidas por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU para incorporar diversas Directivas¹², han generado dudas interpretativas y de aplicación que afectan a la legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, e incluso a la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios representativas para el ejercicio de los intereses difusos de los consumidores, en particular en cuanto a la coherencia de la normativa nacional atributiva de dicha legitimación a la vista 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 Unión¹³, que, en relación con los “principios específicos relativos al recurso colectivo de indemnización” (apartado V), señala que *«[l]a parte demandante deberá constituirse por consentimiento expreso de las personas físicas o jurídicas que afirmen haber sufrido daños (principio opt-in). Las excepciones a este principio, en virtud de disposiciones legales o de una resolución judicial, deberán justificarse por razones de buena administración judicial»*; dudas estas últimas que, sin embargo, se encuentran en apariencia diluidas en la actualidad desde el momento en que la Directiva 2020/1828 acoge indistintamente tanto el mecanismo de *opt-in* como el de *opt-out*, pero a la par, el propio Derecho de la Unión, en el único mecanismo armonizado de acciones de representación vigentes en la actualidad, prevé un modelo imperativo de *opt-in* para acciones resarcitorias en el artículo 80.1 RGPD¹⁴ y un modelo facultativo, a ser seleccionado por cada Estado miembro, para las acciones declarativas de infracción o vulneración de derechos, en el artículo 80.2 RGPD, tal como ha reconocido la STJUE de 28 de Abril de 2022¹⁵.

¹² Entre otras, según la disposición final quinta de la Ley 3/2014, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y del Parlamento Europeo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo, y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Asimismo, se incorpora al ordenamiento jurídico interno el artículo 10.1 de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013.

¹³ DO L 201/61, de 26.7.2013

¹⁴ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). DO L 119/1, de 4.5.2016

¹⁵ Cfr. Apdo. 49, ECLI:EU:C:2022:322



61.- Las dudas se extienden a la modificación del artículo 53 del TRLGDCU, al que se añadió un último párrafo¹⁶ con el siguiente tenor literal: “A cualquier acción de cesación podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas. De dicha acción acumulada accesoria conocerá el mismo juzgado encargado de la acción principal, la de cesación por la vía prevista en la ley procesal.”; dudas alentadas por su difícil conciliación con el régimen de acumulación de acciones previsto en el artículo 73 LEC, y en particular con lo establecido en su apartado 1, ordinal 1º, conforme al cual “a la acción que haya de sustanciarse en juicio ordinario podrá acumularse la acción que, por sí sola, se habría de ventilar, por razón de su cuantía, en juicio verbal”¹⁷.

62.- También ha suscitado dudas el último inciso del último párrafo del artículo 53 TRLGDCU, cuando alude a la competencia para conocer de la acción acumulada accesoria -acumulada a la acción de cesación- “por la vía prevista en la ley procesal”, ante la falta de concreción acerca de cuál ha de ser esa vía prevista. Similares dudas se han planteado acerca de la posibilidad de acumular acciones individuales -ya mero-declarativas, ya constitutivas, ya de condena, ya de nulidad, anulabilidad o de incumplimiento de obligaciones, bien sea de resolución o rescisión contractual, bien, en fin, de restitución de cantidades o de indemnización de daños y perjuicios- a la acción colectiva de cesación, y ello desde el punto de vista del órgano judicial objetivamente competente (cfr. artículo 86 ter LOPJ), cuestión respecto de la que se había generado doctrina contradictoria en las Audiencias Provinciales.

63.- Igualmente ha suscitado dudas el alcance de los efectos de la cosa juzgada material, negativa y positiva, en el ejercicio de las acciones de cesación de cláusulas abusivas a las que no acompañaban, como acumuladas, pretensiones de resarcimiento, respecto de eventuales acciones individuales por los consumidores afectados ejercitando la declaración de nulidad de la cláusula abusiva y la restitución de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de la misma, fundamentalmente a partir del pronunciamiento contenido en la STS de 9 de mayo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1916) y del recogido en la STS, Sala Primera, de 25 de marzo de 2015

¹⁶ En realidad, el penúltimo, pues el último fue suprimido por el art. 16.1 del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril.

¹⁷ Falta de conciliación que, no obstante, podría salvarse, no sin cierta dificultad, mediante la aplicación de lo dispuesto en el apartado 2º del artículo 73 LEC, que deja a salvo la acumulación de acciones cuando así lo dispongan las leyes, para casos determinados”; precepto que sin embargo parece más orientado a disponer la acumulación cuando de manera imperativa lo disponga la ley, y no en los casos de acumulación voluntaria.



(ECLI:ES:TS:2015:1280)¹⁸, que fijó como doctrina «[q]ue cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013, y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013, se declare abusiva y, por ende, nula, la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013». En particular, y no obstante este último pronunciamiento, las dudas se mantenían respecto de si en las acciones colectivas de cesación es necesaria una petición expresa de restitución, o por el contrario, ya por ser esta consecuencia directa de la retroactividad del efecto liberatorio de la declaración de nulidad, ya por virtud de lo dispuesto en la regla 2ª artículo 221.1 LEC -conforme a la cual, si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección de los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente- y a lo dispuesto en el artículo 222.3, primer párrafo, *in fine*, LEC, tal petición no es precisa, y sobre si la extensión subjetiva que contempla la mencionada regla se proyecta a futuros procesos de condena y en qué medida, en particular, si la función positiva de la cosa juzgada habrá de vincular al órgano jurisdiccional en posteriores litigios de condena exigiéndole un pronunciamiento conforme¹⁹ a lo fallado, si la función negativa de la cosa juzgada impide o no al juez que conoce del proceso posterior de condena iniciado al amparo del pronunciamiento de nulidad dictado en el proceso colectivo resolver sobre la pretensión de condena, y si por razón de la extensión subjetiva de la cosa juzgada material de la sentencia dictada en un proceso colectivo de consumo (artículo 222.3, primer párrafo, LEC) esta alcanza también a los consumidores individuales titulares de los derechos debatidos en dicho proceso, cuando en él no se han debatido los derechos económicos relativos a la devolución de las cantidades cobradas como consecuencia de la cláusula declarada nula, y pese a haberse observado los requisitos de publicidad establecidos en el artículo 15 LEC, aun cuando no fueran exigibles en el

¹⁸ El criterio jurisprudencial que establecía la limitación de la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo fue corregido como consecuencia de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que consideró que la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad, que el Tribunal Supremo había acordado en la sentencia de 9 de mayo de 2013, se oponía al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivalía a privar con carácter general, a todo consumidor que hubiese celebrado antes de la fecha de la sentencia un contrato de préstamo hipotecario que contenga cláusulas de aquel tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que hubiese abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula anulada durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013. En nuevo criterio jurisprudencial ha sido establecido, entre otras, en las SSTS, Sala Primera, de 24 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:477) y de 25 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2016)

¹⁹ Es ilustrativa a este respecto la STS, Sala Primera, de 8 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4237), que atiende a la aplicación del artículo 400 LEC, en cuanto se refiere a los hechos y fundamentos que integran la causa de pedir, y no a los concretos suplicos.



ejercicio de las acciones de cesación (apartado cuarto del mismo artículo 15)²⁰.

64.- También se han suscitado dudas acerca del efecto de cosa juzgada de las sentencias dictadas en el ejercicio de una acción colectiva en defensa de intereses difusos de los consumidores y usuarios, en particular sobre si solo debe producirse dicho efecto *ultra partes in utilibus* (es decir, *secundum eventum litis*), o el efecto de cosa juzgada es pleno, y no solo *in utilibus*; dudas que, sin embargo, deben entenderse superadas atendiendo al tenor literal del artículo 222.3 LEC, conforme al cual “[L]a cosa juzgada afectará a las partes en el proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta ley”.

65.- Mayor recorrido ha tenido la discusión acerca de la conformidad constitucional de la regulación de las acciones colectivas en la LEC, en atención a que en el mismo solo se prevé un mecanismo de intervención adhesiva (*opt-in*) en el artículo 15, pero no un mecanismo de *opt-out* conforme al cual los consumidores individuales representados por la asociación demandante se puedan personar en las actuaciones para manifestar que renuncian a ser parte representada en la acción colectiva y, por tanto, para evitar que la sentencia que se dicte tenga efectos de cosa juzgada frente a ellos, reservándose el eventual ejercicio de acciones individuales de reclamación²¹. Estas dudas de constitucionalidad del sistema de acciones colectivas de la LEC han venido alentadas por la idea, ahora ya pacíficamente aceptada, de que los efectos de cosa juzgada *ultra partes* no tiene lugar únicamente en los supuestos de sentencias estimatorias o confirmatorias. La sombra de duda de constitucionalidad parece, no obstante, haberse disipado para autorizada doctrina, que considera que, aunque el consumidor representado por la asociación demandante carezca de la facultad de autoexcluirse, se respeta, sin embargo, el contenido esencial de su derecho a la tutela judicial efectiva, pues aunque permanezca fuera del proceso, obtiene una respuesta judicial a su pretensión sostenida y afirmada por un representante adecuado. Y por otra parte, la misma autorizada doctrina afirma que la limitación impuesta al ejercicio del derecho de los perjudicados ausentes, al vedarles el ejercicio de un ulterior proceso por mor del efecto de la cosa juzgada en su función negativa, se ajusta al principio de proporcionalidad, al resultar una medida adecuada y necesaria para la obtención de los fines legítimos perseguidos por el legislador, entre los que

²⁰ La Sala Primera del Tribunal Supremo ha dictado diversas sentencias en las que se aborda el efecto de cosa juzgada de las sentencias dictadas en acciones colectivas de cesación a las que no se acumularon acciones de restitución respecto de las acciones individuales de restitución, negando, por lo general, el efecto negativo de la cosa juzgada material por diversas razones, ya por falta de identidad de la acción y de la pretensión ejercitada, ya por falta de identidad de la cláusula enjuiciada, ya, en fin por falta de identidad objetiva. Vid SSTs 25 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1280), de 24 de febrero de 2017 (cit.) y de 25 de mayo de 2017 (cit.), entre otras.

²¹ Para algunos autores, del artículo 222.3 se deduce, en cambio, el mecanismo *opt-out*.



se encuentra la economía de recursos en la Administración de Justicia, que milita en favor de un único proceso en el que se ventilen daños en masa, proporcionando la tutela de derechos e intereses individuales que de otro modo no se alcanzaría, y, en paralelo, el interés legítimo de las asociaciones de consumidores y usuarios en actuar la función preventiva del derecho de daños; y por otra parte, al guardar un razonable equilibrio entre el sacrificio impuesto y el beneficio obtenido, tanto más cuando el consumidor puede intervenir voluntariamente en el proceso en defensa de sus pretensiones individuales (ex artículo 15 LEC).

66.- Abundando en lo anterior, es oportuno retener que, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo (Sala Primera), la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil *«[n]o está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito»* (SSTS 1 de julio de 2010, ECLI:ES:TS:2010:6031, y 9 de mayo de 2013, cit.).

67.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), por su parte, en relación con los artículos 6 .1 y 7.1 y 2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE 95, de 21.04.1993), estableció que dichos preceptos no se oponen a que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva que forma parte de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de la Directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores, por una entidad designada por el Derecho nacional, surta efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación; y que cuando en el marco de dicho procedimiento haya sido declarada abusiva una cláusula de las condiciones generales de la contratación, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional, para que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales no resulten vinculados por dicha cláusula (cfr. STJUE 26 de abril de 2012, ECLI:EU:C:2012:242).

68.- El mismo TJUE, en su sentencia de 14 de abril de 2016 (ECLI:EU:C:2016:283), ha declarado que el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que *«[s]e opone a una normativa nacional (...) que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor (...) a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente (...) sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda desvincularse de la acción colectiva»*.



69.- El Tribunal Constitucional, por su parte, ha declarado que «*[e]xtender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato (...) o cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima por mor de una defensa jurídica de la entidad actora distinta de la que hubiera sostenido en reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes solo por él conocidas*» (SSTC 148/2016, de 19 de septiembre, reiterada en las SSTC 206/2016, 207/2016, 208/2016, 209/2016, 218/2016, 221/2016, 223/2016, 3/2017 y 4/2017, si bien referidas al derecho a la tutela judicial efectiva).

70.- El Tribunal Supremo (Sala Primera), al analizar la eficacia *ultra partes* de las sentencias recaídas en procesos en los que se ejercitan acciones colectivas, ha incidido en la necesidad de garantizar el principio de estabilidad de las resoluciones judiciales y de seguridad jurídica, de una parte, y de otra, que el ejercicio de estas acciones no pueda suponer una restricción a la protección de los derechos de los consumidores.

71.- En particular, ha apreciado el efecto de cosa juzgada en una acción colectiva posterior a una sentencia estimatoria de otra acción colectiva declarando la nulidad y cesación de cláusulas suelo abusivas, instada por una asociación de consumidores diferente a la que entabló el primer litigio relativo a la misma cláusula predispuesta por el mismo banco (STS de 23 de diciembre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:5618). Por el contrario, ha declarado que carecen de eficacia de cosa juzgada las sentencias desfavorables para el consumidor que no fue parte en el proceso en el que se ejercitó la acción colectiva respecto de un proceso ulterior en el que ejercita una acción individual, por cuanto no puede perjudicarle un pronunciamiento desfavorable dictado en un procedimiento en el que no ha podido intervenir (STS 6 de junio de 2017, ECLI:ES:TS:2017:2249).

72.- En cuanto a los efectos de la sentencia estimatoria de una acción colectiva respecto de un posterior litigio en el que se ejercita una acción individual sobre nulidad de una condición general abusiva por falta de transparencia, el Alto Tribunal ha declarado que el tribunal debe tomar como referencia al consumidor medio en la resolución de la acción colectiva y que la naturaleza de la abusividad de la condición general es relevante, en aquel caso por la ausencia de información adecuada por parte del predisponente sobre la existencia y trascendencia de la cláusula contractual, perjudicial para el consumidor, y la conducta estándar del predisponente en el suministro de la información. Señala la Sala Primera que la sentencia que estima la acción colectiva debe tener, como regla general, efectos en los litigios pendientes en los que se esté ejercitando una acción individual respecto de la misma cláusula contractual. Exceptúa los casos en los que consten circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada en el caso concreto que se aparten del estándar medio que permita al



consumidor adoptar una decisión plenamente consciente y justifiquen que las razones apreciadas en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en la acción individual (cfr. STS 8 de unió de 2017, ECLI:ES:TS:2017:2244, con cita de otras anteriores y de la STJUE de 14 de abril de 2016).

73.- Aun cuando debe admitirse que los argumentos doctrinales y jurisprudenciales expuestos servirían para despejar eventuales dudas sobre la constitucionalidad del régimen de las acciones colectivas en el ordenamiento español, no puede olvidarse que la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 (cit.) abogaba por el sistema *opt-in*, antes que por el mecanismo *opt-out*, como también lo hace gran parte de los sectores jurídicos y económicos concernidos por el régimen legal de las acciones colectivas. Asimismo, resulta también significativo que el único modelo de acciones de representación armonizado dentro del Derecho de la Unión ha escogido imperativamente el sistema de adhesión voluntaria o por mandato (*opt-in*) para las acciones resarcitorias²². Es cierto que, como se ha visto, la Directiva 2020/1828 permite al legislador nacional escoger uno u otro mecanismo, o una combinación de ambos, según su propia tradición jurídica, con la sola excepción de las acciones resarcitorias que afecten a no residentes, en cuyo caso se impone el mecanismo de *opt-in*. Pero no menos cierto es que un diseño del modelo procesal plenamente respetuoso con la Constitución y con la CDFUE pasa por atribuir la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas resarcitorias en defensa de intereses difusos de consumidores y usuarios -es decir, indeterminados o de difícil indeterminación- a las asociaciones de consumidores suficientemente representativas, en términos de la legislación vigente, o a entidades habilitadas que cumplan los requisitos de representatividad, por sus fines, naturaleza e incluso por sus fuentes de financiación, legalmente establecidos. Junto con la exigencia de legitimación, ha de garantizarse el control del presupuesto de identidad u homogeneidad entre los casos individuales del grupo de consumidores y usuarios indeterminados representados; y, en fin, que se establezcan los mecanismos de información y publicidad adecuados para que los consumidores y usuarios puedan manifestar su voluntad de adherirse a la acción o de quedar excluida de ella y de los efectos de la sentencia, así como que puedan manifestar su voluntad en uno u otro sentido en relación con acuerdos de homologación, y que se articulen los mecanismos procesales adecuados para que en sede de ejecución los consumidores y usuarios indeterminados afectados por la sentencia puedan hacer valer sus respectivos derechos.

f) Las exigencias impuestas por la Directiva en relación con la regulación vigente

74.- La amplitud con que la Directiva concibe el principio de autonomía procesal, y el hecho de que el ordenamiento español contenga disposiciones

²² Cfr. Artículo 80.1 RGPD.



que regulan las acciones colectivas, lleva a cuestionar hasta qué punto tales disposiciones pueden seguir vigentes en lo esencial, en tanto no se opongan a las previsiones de la Directiva, con las necesarias adaptaciones allí donde lo requiera la normativa europea; lo cual, en otros términos, conduce a plantearse la necesidad de articular un marco procesal nuevo, en sustitución del vigente actualmente.

75.- En este sentido, desde no pocos autorizados sectores doctrinales se ha afirmado que la regulación de las acciones colectivas que se contiene en el ordenamiento interno responde, en términos generales, y sin perjuicio de la necesidad de adaptar determinadas disposiciones a los requerimientos de la Directiva, al modelo de acciones de representación que esta diseña.

76.- Conforme a esta idea, el régimen vigente, que comprende la regulación de las acciones colectivas de cesación, el ejercicio acumulado de acciones de nulidad, de restitución y de resarcimiento, el ejercicio de las acciones colectivas cuando se trata de consumidores determinados e indeterminados, y el ejercicio de las acciones colectivas para la defensa de intereses generales e intereses difusos, permite entender que el ordenamiento interno ya tiene incorporada la tutela colectiva regulada en la Directiva en cuanto a los tipos de medidas de representación -de cesación y resarcitorias- que esta contempla e impone, y lo hace teniendo en consideración las diferentes finalidades a las que dicha tutela colectiva puede estar orientada, a saber, la protección de los derechos e intereses de consumidores determinados o susceptibles de serlo, la protección de los derechos e intereses de consumidores indeterminados o de difícil determinación, y la protección de los intereses generales y difusos de los consumidores y usuarios.

77.- En cuanto a la legitimación, cabría considerar que la que la Directiva atribuye a las entidades habilitadas se satisface, cuando se trata de acciones de representación nacionales, con las previsiones contenidas en el artículo 11 LEC y en el artículo 24 TRLGDCU, si bien con algunas adaptaciones, como la necesidad de introducir la previsión de que las entidades habilitadas podrán representar a consumidores de diversos Estados miembros, y con la necesaria incorporación del régimen previsto en la Directiva respecto del ejercicio de las acciones representativas transfronterizas (artículos 4.3, 5 y 6), no regulado en el ordenamiento interno, por más que algunas de sus disposiciones ya incorporen algunos aspectos de la Directiva (como la contenida en el artículo 11.4 LEC, que establece que los jueces y magistrados aceptarán la lista de entidades habilitadas comunicada a la Comisión como prueba de su capacidad para ser parte, sin perjuicio de examinar si su finalidad y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción).

78.- Respecto de los tipos de tutela colectiva, cabría entender, como se ha avanzado, que el ordenamiento interno ya dispone de la regulación de las acciones de representación de cesación y resarcitorias que contempla la Directiva (cfr. Artículos 11 y 221.4 LEC, y 53 y 54 TRLGDCU, junto con las disposiciones contenidas en leyes sectoriales), e incluso regula acciones, como las de nulidad o anulación, que esta no menciona (más allá de la



referencia a las acciones mero-declarativas). Asimismo, el ordenamiento interno dispone de mecanismos de tutela cautelar, incluso "*ante litem*" (cfr. artículos 721 y ss., artículo 733 y artículo 727.7^a: "la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad, la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo"). Y también dispone de mecanismos procesales para la acumulación de acciones (cfr. artículos 53, apartado tercero, TRLGDCU y artículo 73 LEC). Dispone, por otra parte, de cauces procedimentales ágiles para ventilar las acciones de cesación, como el del juicio verbal. Por el contrario, se deberán introducir las normas sobre la información que deben facilitar las entidades habilitadas, así como sobre la previsión del trámite inicial de certificación de la acción; y en las acciones de cesación, se ha de valorar la conveniencia de introducir en las acciones de cesación la reclamación previa al empresario²³.

79.- En cuanto a las acciones resarcitorias, podría entenderse que algunas de las previsiones de la Directiva ya se encuentran en el ordenamiento interno. Así, la publicidad e intervención de los consumidores se regula en el artículo 11, si bien deberá precisarse, conforme a los mandatos de la Directiva, que los consumidores individuales no pueden ser parte en el procedimiento. También se regula el contenido y la eficacia frente a los consumidores, incluso "*ultra partes*", de la sentencia que se dicte (artículo 221 LEC), y el reconocimiento respecto de los mismos de la acción ejecutiva fundada en la sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados, previo su reconocimiento como tales (artículo 519 LEC).

80.- Respecto del régimen de condena en costas (artículo 12.2 de la Directiva), habría que introducir las pertinentes modificaciones para contemplar la posibilidad de imposición de costas en los casos de ejercicio abusivo de la acción.

81.- Por otra parte, la posibilidad de alcanzar acuerdos de resarcimiento y su homologación judicial se encuentra prevista con carácter general en el artículo 19 LEC, y específicamente en los artículos 414.1, en sede de audiencia previa en el juicio ordinario, y 443.1 en la vista del juicio verbal. La transposición de la Directiva en este punto exigirá, en cambio, valorar la conveniencia de establecer la posible desvinculación de los consumidores individuales afectados por el acuerdo.

82.- Hay otras previsiones de la Directiva que encuentran acomodo en el ordenamiento vigente, en mayor o menor medida. Así, la previsión contenida en el artículo 15 relativa a la posibilidad de aportar como prueba en las acciones de resarcimiento las resoluciones firmes declarativas de infracciones, puede considerarse recogida en los artículos 317 LEC, sobre la aportación de documentos públicos, 319 LEC, sobre su eficacia probatoria, y

²³ Prevista en el ordenamiento interno en determinadas normas sectoriales, como por ejemplo, el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección en materia de cláusulas suelo.



323 LEC, sobre la eficacia de los documentos públicos extranjeros (y, en su caso, en las normas internacionales convencionales y del Derecho de la Unión). La previsión relativa a la exhibición de pruebas por el empresario (artículo 18 de la Directiva), puede considerarse colmada por las disposiciones contenidas en los artículos 328, 330 y 332 de la LEC, sin perjuicio de valorar la conveniencia de ampliar el contenido de los mismos para contemplar de manera específica este deber en el ejercicio de las acciones colectivas de consumo, de manera análoga a como se hizo respecto de las acciones en materia de propiedad intelectual e industrial en el apartado 3 del artículo 328 LEC, introducido por la Ley 19/2006, de 5 de junio. E igualmente se dispone del artículo 283 bis.a) LEC, que regula la exhibición de pruebas en los procesos para el ejercicio de acciones por daños derivados del Derecho de la competencia.

g) Conclusiones preliminares

83.- Expuestas las anteriores consideraciones generales, se está en disposición de avanzar unas primeras conclusiones preliminares:

- i) Sin perjuicio de la bondad de los argumentos que abogan por la suficiencia del régimen de las acciones colectivas en el ordenamiento vigente, complementado en aquellos aspectos de la Directiva que no se encuentran previstos o no tienen cabida en la regulación actual, la adecuada transposición de la Directiva requiere de una nueva regulación completa de las acciones de representación, prescindiendo de la escasa, incompleta, dispersa y en algunos aspectos confusa regulación actual para establecer un régimen normativo de las acciones colectivas acomodado a las previsiones de la Directiva.

Las razones que abonan esta conclusión parten, de un lado, de la necesidad de incorporar al ordenamiento interno aspectos nucleares del régimen establecido en la Directiva no sometidos a la autonomía procesal de los legisladores nacionales. Entre ellos se encuentra, en primer término, el régimen al que han de quedar sujetos, en cuanto a su naturaleza, objeto y finalidad, las entidades habilitadas y, consecuentemente, el régimen de legitimación activa, y en otro orden de cosas, el régimen de su financiación y la evitación de conflictos de intereses y el ejercicio abusivo de las acciones de representación. En segundo término, la necesidad de articular, en una fase temprana del procedimiento, el control de los presupuestos del ejercicio de la acción de representación, tanto los subjetivos, relativos a la capacidad para ser parte y la legitimación, como los objetivos relativos a los requisitos inherentes a la acción colectiva ejercitada; fase de control o de certificación que habrá de alcanzar también al control de la financiación de las entidades habilitadas. En tercer lugar, el establecimiento de mecanismos procesales de información, tanto para permitir el control de la competencia y de los presupuestos del



ejercicio de la acción colectiva, como para el ejercicio de las facultades de opción (opt-in u opt-out), cuyos mecanismos deberán quedar oportunamente incorporados a la normativa procesal. En cuarto lugar, la implementación de los deberes de información y registro de las acciones colectivas. En quinto término, la regulación de la obligación de información a los consumidores concernidos del dictado de resoluciones firmes estimatorias de la acción o de acuerdos homologados. En sexto lugar, y vinculado a lo anterior, la regulación de la ejecución de las sentencias estimatorias de acciones colectivas de resarcimiento. En séptimo lugar, la regulación de los efectos procesales de las acciones colectivas respecto de las acciones individuales, así como del régimen de prescripción y de los efectos interruptivos o suspensivos de la misma. Y en octavo lugar, el establecimiento de medidas para evitar los efectos disuasorios de los costes de la litigación en masa.

Junto con lo anterior, se encuentra la necesidad de articular un ámbito objetivo de aplicación de la norma de transposición de la Directiva con un carácter transversal y horizontal, extendiéndolo a todos los litigios en los que se ventilen acciones de representación por infracciones lesivas de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de las puntuales especificidades que requiera la normativa sectorial aplicable en razón del ámbito material en el que se produce la eventual infracción, y sin perjuicio de considerar la posibilidad de extender el marco regulatorio anteproyectado a cualquier supuesto de contratación masiva y de daños masivos, aunque no concurra el componente subjetivo de consumidor o no se esté propiamente ante actos de consumo.

- ii) La necesidad de la articulación de un régimen específico y completo de las acciones de representación se justifica asimismo por la conveniencia de incorporar determinados aspectos de la Directiva, estos sí sometidos a la autonomía procesal de los legisladores nacionales, que sirven para dotar de mayor virtualidad y eficacia a la regulación de la tutela colectiva de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.
- iii) Consiguientemente, merece una valoración positiva la decisión del prelegislador de incorporar las disposiciones de la Directiva 2020/1828 mediante la articulación de un nuevo procedimiento especial, y merece asimismo un juicio favorable su incorporación en la LEC y su ubicación sistemática en el Libro IV, adicionando a este un nuevo Título. De este modo, se proporciona un marco normativo uniforme y sistemático, sin perjuicio de concretas disposiciones incorporadas en las leyes especiales. Y se valora también



positivamente haber prescindido de la actual distinción entre intereses generales, colectivos y difusos, sobre la que gravita el perturbador, y en algunos aspectos ineficiente, régimen de publicidad e intervención procesal previsto en el artículo 11 LEC. Coherentemente, se estima más adecuado, y en cualquier caso más ajustado a la Directiva, acudir a la terminología de ésta y articular la regulación en torno a las dos categorías de acciones colectivas que implícitamente contempla, cuáles son las acciones de tutela abstracta o de protección de los intereses generales de los consumidores y usuarios, y las acciones de tutela colectiva de los derechos patrimoniales homogéneos de estos.

- iv) Es igualmente adecuada, a juicio de este órgano constitucional, la configuración de la regulación de la tutela colectiva con una naturaleza jurisdiccional, prescindiendo de una tutela colectiva de naturaleza administrativa. No puede desconocerse que una eventual "administrativización" de las acciones de representación podría generar problemas de constitucionalidad, desde la óptica de los artículos 117.1 y 24.1 CE. Y la eventual articulación de una tutela colectiva de carácter administrativa, específicamente frente a también eventuales infracciones de los derechos de los consumidores y usuarios como consecuencia de la prestación e servicios públicos, además de los problemas de índole estructural que conllevaría, siempre debería dejar expedito el control jurisdiccional de la decisión de la autoridad administrativa.
- v) Se debe incidir, no obstante, en la necesidad de que esta configuración jurisdiccional de la tutela colectiva de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios se desenvuelva bajo los principios de especialización y de concentración competencial. Las particulares características de las acciones colectivas, que en muchas ocasiones se desarrollarán en marcos jurídicos específicos por razón de la materia concernida -publicidad, competencia desleal, responsabilidad por producto...-, habrán de requerir un alto grado de especialización que, además de conllevar implícita la exigencia de la necesaria formación, debería traer consigo la concentración de la competencia en órganos especializados. Y ello, tanto por razones de eficiencia como de eficacia procesal, pues además de dotar de una mayor celeridad a la tramitación de los procedimientos -ineludible cuando se trata del ejercicio de acciones colectivas de cesación-, evitará, ya desde la instancia, la dispersión de criterios que indefectiblemente se produciría de atribuir la competencia objetiva, conforme a las reglas generales, a los juzgados de primera instancia.



- vi) Por último, deben tenerse presente las previsiones contenidas en la proyectada ley de medidas de eficiencia procesal en la Administración de Justicia y en la también proyectada ley de impulso de la mediación, en particular en lo relativo al establecimiento de medios alternativos de resolución de conflictos, al establecimiento de presupuestos de procedibilidad o a la regulación del denominado "pleito testigo" cuyo objeto se puede yuxtaponer a las finalidades pretendidas por la Directiva y puede suponer una evidente interferencia en sus objetivos sin establecer garantías equivalentes a las de las acciones de representación.

V. CONSIDERACIONES PARTICULARES AL ARTICULADO DEL ANTEPROYECTO

a) Modificaciones al articulado de la LEC

84.- El artículo 1 del anteproyecto modifica diversos artículos de la LEC para acomodarlos al nuevo procedimiento para el ejercicio de las acciones de representación que introduce en el nuevo Título IV del Libro IV.

85.- En primer lugar, suprime el numeral 7º del apartado 1 del artículo 6, que reconoce la capacidad para ser parte a los grupos de consumidores o usuarios afectado por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables, siendo necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados para demandar en juicio.

86.- La supresión de este numeral es coherente con la atribución de la legitimación para el ejercicio de las acciones de representación a las entidades habilitadas -y no a los consumidores y usuarios afectados-, cuya capacidad para ser parte para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios se encuentra reconocida en el numeral 8º de este mismo artículo, que pasa a tener nueva redacción para reconocer la capacidad para ser parte a las entidades habilitadas designadas en un Estado miembro de la Unión Europea para el ejercicio de acciones transfronterizas de representación para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios. Debe tenerse en cuenta que la legitimación que en la regulación vigente se confiere a los grupos de afectados por un hecho dañoso ha traído consigo notorias dificultades prácticas a la hora de verificar el cumplimiento del requisito establecido por el artículo 6.1.7º LEC, en relación con el artículo 11.2 LEC, a saber, la constitución del grupo con la mayoría de los afectados.

87.- La modificación del apartado 7 del artículo 7 LEC, sobre la comparecencia en juicio y la representación, tiene un carácter meramente



técnico. La supresión de los artículos 11, 15 y 221 LEC es consecuencia de la regulación del nuevo procedimiento para el ejercicio de las acciones de representación, y la modificación del apartado 3 del artículo 222 LEC tienen asimismo un carácter estrictamente técnico. Igualmente, la modificación del ordinal 14º del artículo 52.1 y la supresión del ordinal 16º del artículo 52 y del ordinal 1º del apartado 2 del artículo 76 es consecuencia de la regulación del nuevo procedimiento contenido en el Título IV del Libro IV, como también la modificación del ordinal 4º del apartado 1 del artículo 249 LEC, la supresión del numeral 12º del apartado 1 del artículo 250 y del numeral 6º del apartado 1 del artículo 256 LEC.

88.- También tienen carácter meramente técnico las modificaciones introducidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 257 LEC y la nueva redacción de la regla 5ª del artículo 261 LEC. La adición del nuevo ordinal 4º del apartado 2 del artículo 477 LEC tiene por objeto contemplar la recurribilidad en casación de las sentencias que se dicten en procesos en que se hubieran ejercitado las acciones de representación reguladas en el nuevo Título IV del Libro IV. Estas quedan al margen del régimen general de recurribilidad en casación establecido en el actual 477.2 LEC, -sentencias dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, exceptos los reconocidos en el artículo 24.2 CE, las dictadas en procesos cuya cuantía excediere de 600.000 euros, y cuando la cuantía del proceso no excediera de dicha suma o este se hubiere tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional- para abrirles el paso, en todo caso, a la casación, independientemente de la cuantía del procedimiento y de la existencia de interés casacional. Esta previsión ha de ponerse en relación con los nuevos artículos 841.6, 860.7 y 863.2 y 4 LEC. Se garantiza, de este modo, el acceso a la casación de las sentencias, no solo las dictadas en procesos en los que se ejerciten acciones de representación resarcitorias, sino también en los que se ejerciten acciones de representación de cesación, que se ventilarán por los cauces del juicio verbal. De no preverse su recurribilidad en casación en todo caso, dichas sentencias quedarían sujetas a la concurrencia del interés casacional, tratándose de procedimientos tramitados por razón de la materia, y, por tanto, a la concurrencia de las circunstancias que, conforme a lo dispuesto en el artículo 477.3 LEC, permiten considerar que el recurso presenta interés casacional. Se propicia, de este modo, la creación de jurisprudencia, no solo en aspectos sustantivos, sino también en aspectos procesales, y en particular, en la interpretación y aplicación de las normas que regulan el nuevo procedimiento para el ejercicio de las acciones de representación. Debe tenerse en cuenta que conforme a la disposición final decimosexta de la LEC, en tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las



resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477.

89.- El artículo 519 LEC queda sin contenido y se suprime el segundo apartado del artículo 711, relativo a las multas coercitivas en la ejecución de las sentencias estimatorias de acciones de cesación, pues la ley anteproyectada incorpora las disposiciones oportunas para regular la tutela ejecutiva en los procedimientos en los que se ejerciten las acciones de representación.

90.- Por último, las modificaciones introducidas en el apartado 4 del artículo 521 LEC son de carácter técnico, se añade un ordinal 4º al artículo 525 LEC para incluir en el catálogo de sentencias que no son provisionalmente ejecutables las dictadas en los procesos en que se ejerciten las acciones de representación, y se suprime el párrafo cuarto del apartado 3 del artículo 728 LEC, que faculta al Tribunal dispensar al solicitante de la medida cautelar, en los procedimientos en los que se ejercite una acción e cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, de la prestación de la caución, facultad que ahora se contempla en el apartado 2 del artículo 842 de la LEC.

b) La regulación de los procesos para el ejercicio de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios

b.1.- Disposiciones comunes

91.- El capítulo I del nuevo Título IV del Libro IV de la LEC contiene las disposiciones comunes a los procesos para el ejercicio de las acciones de representación.

92.- El artículo 828 establece el ámbito de aplicación del nuevo Título IV y del procedimiento que en él se regula. El prelegislador ha diseñado el ámbito de aplicación de manera muy amplia, sin haberse limitado a los actos infractores de las disposiciones recogidas en el anexo i de la Directiva. Se ha optado, por tanto, por extender el ámbito de aplicación de la regulación anteproyectada a cualquier tipo de infracción que lesione los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios, con lo que, como se señala en la Exposición de Motivos, *«[s]e cubre tanto lo previsto en la Directiva, que en su anexo remite a un vastísimo corpus normativo, resultado de la actividad legislativa de la Unión Europea en los más variados ámbitos en que puede aflorar una relación de consumo, como a cualquier otro supuesto de vulneración de los derechos del consumidor que no entre en dicho anexo»*.

93.- El apartado 2 de este mismo artículo 828 contiene una especificación ("A los efectos de lo dispuesto en este título, también se considera conducta



contraria a los intereses de los consumidores y usuarios en materia de cláusulas abusivas la recomendación de su utilización”) similar a la recogida en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 53 del TRLGDCU.

94.- Si desde un punto de vista jurídico-material el anteproyecto incorpora con holgura el ámbito material de aplicación de la Directiva, también lo hace, y sobradamente, desde el punto de vista jurídico-procesal, pues regula las acciones de representación de cesación y las acciones de representación resarcitorias, y además, como subespecies de las acciones de cesación, y haciendo uso de la facultad que confiere la Directiva, contempla las acciones mero-declarativas y las que tienen por objeto la publicación del contenido de la sentencia (artículo 830.2 y 3). Ha de tenerse presente que, en rigor, la tutela propia de las acciones de cesación lleva implícita la tutela mero-declarativa de la ilicitud de la conducta enjuiciada o la declaración de abusividad de la condición general de la contratación.

95.- El anteproyecto, al regular en las disposiciones comunes las acciones de representación de cesación y resarcitorias, incorpora adecuadamente las disposiciones de los artículos 8 y 9 de la Directiva. En particular, al delimitar las acciones de representación de cesación, dispone que su ejercicio no requiere que los consumidores y usuarios afectados manifiesten su voluntad de adherirse a ella o de beneficiarse de una eventual sentencia estimatoria; y tampoco podrán los consumidores y usuarios afectados intervenir en el proceso en que se ejercite la acción de representación de cesación. Estas previsiones, coherentes con la configuración de una tutela abstracta de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, son transposición de lo establecido en el apartado 3 del artículo 8 de la Directiva, cuya completa incorporación se lleva a cabo en el apartado 5 del artículo 830, con arreglo al cual, “La estimación de la acción de representación de cesación no requiere la prueba, por parte de la entidad habilitada que la ejercite, de la existencia de dolo o negligencia por parte del empresario o profesional demandado, ni de pérdida, daño o perjuicio efectivo a los consumidores y usuarios considerados individualmente que se hayan visto afectados por la infracción”.

96.- El apartado 6 del artículo 830 establece la imprescriptibilidad de la acción de cesación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19, apartado 2, de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC) en relación con las condiciones generales inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. El carácter imprescriptible de la acción de cesación ya estaba declarado, además de en el mencionado artículo 19 de la LCGC -en la redacción que le había dado la Ley 39/2002-, en el artículo 13 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, Reguladora de los Viajes Combinados -también en la redacción dada por la Ley 39/2002-, y con carácter general, y dejando a salvo lo establecido en el artículo 19.2 de la LCGC, se contiene en el artículo 56 del TRLGDCU.



97.- Por su parte, al definir el objeto de las acciones de representación resarcitorias (artículo 831.1) se hace una enumeración, no cerrada, de las eventuales pretensiones que podrán deducirse en el ejercicio de la acción de representación resarcitoria (la condena al pago de indemnizaciones, a la reparación o sustitución de los bienes adquiridos por los consumidores o al reembolso del precio pagado por estos, así como la resolución de los contratos en que se haya materializado la conducta infractora o la reducción del precio de los bienes o servicios afectados por aquella); y se precisa (apartado 2 del artículo 832) que el ejercicio de la acción de representación resarcitoria no requiere la previa declaración en sentencia o resolución administrativa firmes de que la conducta del empresario o profesional demandado es contraria a los intereses colectivos de los consumidores, en línea con lo establecido en el artículo 9, apartados 6 y 8, de la Directiva. Se mantiene la proscripción de la intervención de los consumidores y usuarios afectados en el proceso en el que se ejercite una acción de representación resarcitoria (artículo 831.3) y se establece la suspensión de los plazos de prescripción de las acciones individuales que competan a los consumidores y usuarios afectados para obtener el resarcimiento de los daños padecidos (artículo 832), de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 16 de la Directiva.

98.- Se advierte, sin embargo, que el apartado 1 de este mismo artículo 16 establece que “[D]e conformidad con el Derecho nacional, los Estados miembros velarán por que toda acción de representación en curso para obtener las medidas de cesación mencionadas en el artículo 8 tenga el efecto de suspender o interrumpir los plazos de prescripción aplicables respecto de los consumidores afectados por la acción de representación, de manera que no se impida a estos consumidores el ejercicio posterior de una acción para obtener medidas resarcitorias en relación con la presunta comisión de la infracción a que se refiere el artículo 2, apartado 1, debido al hecho de que los plazos de prescripción aplicables hubiesen expirado durante el ejercicio de la acción e representación para obtener dichas medidas de cesación”. Es conveniente, por tanto, que se traslade al texto anteproyectado el efecto interruptivo de la acción de cesación respecto del plazo de prescripción de las acciones individuales resarcitorias.

99.- El artículo 833 regula los supuestos de pluralidad de acciones de representación, tomando como punto de partida -apartado 1- que, conforme a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Directiva, las entidades habilitadas podrán ejercer en el mismo proceso y a través de una sola demanda la acción de representación de cesación y la resarcitoria en relación con la misma conducta infractora de los derechos e intereses colectivos de los consumidores. No obstante, se faculta al tribunal, en el trámite de certificación a que se refiere el artículo 846, y tras oír a las partes, a ordenar que ambas acciones se tramiten en lo sucesivo de forma separada si la



acumulación pretendida originase excesiva complejidad o dilación para el proceso o, por algún otro motivo, pudiese perjudicar la buena administración de justicia. En tal caso, podrá acordar la suspensión del proceso en que se esté ejercitando la acción de representación resarcitoria en tanto se resuelva la de cesación.

100.- El prelegislador ha optado, por tanto, por incorporar la posibilidad de acumular las acciones representativas de cesación y las resarcitorias, tal y como faculta la Directiva. Esta acumulación voluntaria ha de entenderse como una especialidad respecto del régimen general de acumulación de acciones regulado en los artículos 71, 72 y 73 de la LEC, salvando el requisito previsto en el ordinal 2º del artículo 73.1 LEC -que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo-, y cabría entender que opera tanto objetiva como subjetivamente, pues puede darse la circunstancia de que las acciones, específicamente las de cesación, se ejerciten frente a varios empresarios o profesionales distintos, cuando todos ellos hayan realizado la misma conducta infractora. Sin embargo, se mantiene la duda acerca de si la acumulación autorizada se refiere al ejercicio de las acciones de representación de cesación y resarcitoria en relación con la misma conducta infractora realizada por un único demandado, duda que no se disipa con la lectura del Considerando (35) y del artículo 7.5 de la Directiva. Este parece ser el sentido que se desprende de lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 4 de este mismo artículo 833 LEC, al regular la acumulación de procesos en los que se ejerciten acciones de representación por distintas entidades habilitadas frente al mismo empresario o profesional y respecto de la misma conducta infractora. Sería necesario, no obstante, despejar las dudas sobre el alcance de la acumulación prevista en el artículo 833.1 LEC.

101.- Aun cuando el anteproyecto no lo dice expresamente, las acciones acumuladas se deberán ventilar por los trámites establecidos en el capítulo III del Título IV del Libro IV, que regula el procedimiento para el ejercicio de las acciones de representación resarcitorias, como por otra parte se deduce del apartado 2 del artículo 844 LEC, al referirse a los requisitos de la demanda cuando se ejerciten de forma acumulada una acción de representación de cesación -junto con la acción de representación resarcitoria- en relación con la misma conducta.

102.- Los apartados 2, 3 y 4 del artículo 833 regulan diferentes supuestos de acumulación de procesos en los que se ejerciten acciones de representación. Se contempla, de este modo, la acumulación de los procesos en los que se ejerciten por distintas entidades habilitadas acciones de representación de cesación frente al mismo empresario o profesional y respecto de la misma conducta infractora, disponiéndose la acumulación de ambos procesos, si así lo permite el estado de las actuaciones en el proceso que se hubiera iniciado en primer término, y en caso de no ser posible, habrá de sobreseerse en iniciado con posterioridad.



103.- Cuando distintas entidades habilitadas hubiesen interpuesto acciones de representación resarcitorias frente al mismo empresario o profesional y respecto de la misma conducta infractora se acordará la suspensión del proceso incoado con posterioridad. Si en el proceso incoado en primer término no se hubiera resuelto sobre la certificación en los términos de los artículos 848 y 854 LEC, el tribunal que esté conociendo de él podrá acordar la acumulación de procesos si así lo aconseja la buena administración de justicia. En caso contrario, habrá de sobreseerse el proceso incoado con posterioridad cuando sea firme el auto resolviendo sobre la certificación en el primer proceso. Si en este se hubiere dictado auto firme de certificación o auto firme denegando la certificación, se sobreseerá el proceso incoado con posterioridad. Si se sobresee el proceso más antiguo, se levantará la suspensión del posterior, siempre que, claro está, no se hubiese sobreseído este último.

104.- Los apartados segundo y tercero de este artículo 833 abordan, en el marco del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el objetivo de evitar sentencias contradictorias, bien mediante la institución de la acumulación de procesos si fuere posible (apartado 2 para las acciones de cesación "*frente al mismo empresario o profesional y respecto de la misma conducta infractora*") bien mediante "*la suspensión del proceso incoado con posterioridad*".

105.- En coherencia, y en aras a evitar una indebida distorsión tanto jurisdiccional como de falta de homogeneidad en el mercado, el instituto de la suspensión debiera extenderse a cualquier proceso administrativo y a reclamaciones ante sistemas de resolución extrajudicial de controversias extrajudiciales "*frente al mismo empresario o profesional y respecto de la misma conducta infractora*". Resultaría contrario, tanto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como a una buena administración de justicia que conviviesen en paralelo acciones de cesación o representación contra el mismo profesional y respecto de la misma conducta infractora junto a incoaciones de expedientes sancionadores por la misma conducta o reclamaciones ante autoridades que tengan encomendada la resolución extrajudicial de controversias (e.g. la Agencia Española de Protección de Datos, la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, las autoridades de Consumo autonómicas o la futura Autoridad de Defensa del Cliente Financiero).

106.- Conforme se indica en el apartado 190, el artículo 54 TRLGDCU mantiene la legitimación, al atribuirles la condición de entidades habilitadas, de la Dirección General de Consumo y de las entidades de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios y ello entraña la dificultad de disociar el



ejercicio de sus funciones como entidad integrada en las administraciones públicas que disponen de potestades sancionadoras y el ejercicio de sus funciones como entidad legitimada para la defensa de los consumidores y usuarios. Podría generar problemas de constitucionalidad, desde la óptica de los artículos 117.1 y 24.1 CE, la sustanciación simultánea de la actividad administrativa y la jurisdiccional en relación con un mismo profesional y actividad infractora.

107.- El apartado cuarto de este artículo 833 contempla el supuesto del ejercicio por distintas entidades habilitadas de una o varias acciones de cesación respecto de la misma conducta infractora y una o varias acciones de representación resarcitorias frente al mismo empresario o profesional. En tales casos, se dispone la acumulación al proceso más antiguo, si así lo permite el estado de las actuaciones y se considera beneficioso para la buena administración de justicia; y si no resulta procedente la acumulación, podrá acordarse la suspensión del proceso en el que se esté ejercitando la acción de representación resarcitoria en tanto se resuelva la de cesación.

108.- La regla, tal y como está formulada, es un tanto confusa. Por una parte, su enunciado parece permitir diferentes hipótesis: desde el ejercicio por distintas entidades habilitadas frente al mismo empresario o profesional y respecto de la misma conducta infractora de una acción de representación de cesación y de una acción de representación resarcitoria, pasando por el ejercicio por distintas entidades habilitadas de varias acciones de cesación y de una acción resarcitoria, o de una acción de cesación y varias acciones resarcitorias, hasta el ejercicio de varias acciones de cesación y varias acciones resarcitorias por distintas entidades habilitadas frente al mismo empresario y respecto de la misma conducta infractora. El inciso final de la regla parece contemplar, en cambio, el ejercicio por distintas entidades habilitadas de una acción de representación de cesación y una resarcitoria frente al mismo empresario.

109.- La regla se resuelve, por lo demás, en la acumulación al proceso más antiguo, si así lo permite el estado de las actuaciones y se considera beneficioso para la buena administración de justicia. Ahora bien, esto puede venir precedido de una acumulación de acciones o de una acumulación de procesos en los que se ejerciten acciones homogéneas -de cesación o resarcitorias-. Adviértase que las reglas contenidas en los apartados anteriores contemplan precisamente la acumulación de procesos en los que se ejerciten acciones de representación de cesación, y la acumulación de procesos en los que se ejerciten acciones de representación resarcitorias: es decir, entre procesos con un objeto homogéneo. El apartado cuarto del artículo 833 contempla, sin embargo, la acumulación de procesos con objeto heterogéneo, que en su versión más sencilla -el ejercicio por distintas entidades habilitadas de una acción de representación de cesación y de una resarcitoria frente al mismo empresario o profesional y respecto de la misma



conducta- se resuelve también de forma sencilla mediante la acumulación al proceso más antiguo, siempre que sea procedente, y mediante la suspensión del proceso en el que se ejercite la acción resarcitoria hasta que se resuelva el proceso en el que se esté ejercitando la acción de cesación, si la acumulación no resulta procedente; pero que en variantes más complejas pueden surgir dudas interpretativas y aplicativas respecto de si la norma conlleva implícitamente la aplicación de las reglas anteriores y, por tanto, acumulaciones sucesivas. Adviértase que la acumulación de procesos con objeto heterogéneo mediante la regla de la acumulación al más antiguo solo presentará funcionalidad en los estadios iniciales de los procesos en curso, habida cuenta de los diferentes cauces procesales sobre los que han de discurrir.

110.- El artículo 834 atribuye la competencia objetiva para conocer de las acciones de representación a los Juzgados de Primera Instancia, con independencia de la materia sobre la que versen.

111.- Esta regla atributiva de competencia se complementa con la siguiente previsión (apartado 2 del artículo 834): "2. El Consejo General del Poder Judicial acordará, en los términos establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que uno o varios Juzgados de Primera Instancia de la misma provincia, estén o no en el mismo partido judicial y previa delimitación del ámbito de competencia territorial en este último caso, asuman en exclusiva el conocimiento de los procesos en que se ejerciten acciones de representación para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios".

112.- La atribución de la competencia objetiva a los Juzgados de Primera Instancia, con la norma complementaria transcrita, es cuestionable por distintas razones. En primer lugar, si bien no contradice la atribución de la competencia para conocer de las acciones colectivas en defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, que tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la LOPJ en materia de Juzgados de lo Mercantil ha pasado a los Juzgados de Primera Instancia, no tiene sin embargo en cuenta que en un gran número de supuestos el ejercicio de las acciones de representación estará objetivamente vinculada a las materias que, conforme a lo dispuesto en el artículo 86 ter, son competencia de los Juzgados de lo Mercantil. En segundo lugar, y vinculado a lo anterior, la especialidad de la materia requiere de análoga especialización de los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de las acciones de representación; y no debe olvidarse que hasta la reforma de la Ley Orgánica 7/2022 la competencia para conocer de las acciones colectivas en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios correspondía a los Juzgados de lo Mercantil. En tercer lugar, la solución que arbitra el apartado 2 del artículo 834 LEC no es adecuada, y ello por diversos motivos: i) el precepto convierte en imperativa la facultad que



confiere el artículo 98 de la LOPJ, no obstante remitirse a la misma, y lo hace a través de una norma de rango ordinario y de naturaleza procesal que tiene como finalidad establecer la competencia objetiva para conocer de las acciones de representación; ii) el artículo 98 LOPJ, y la previsión contenida en este apartado 2 del artículo 834, son normas que tienen por objeto atribuir el conocimiento de determinados asuntos, con carácter exclusivo, a ciertos juzgados, siempre dentro de la competencia objetiva que les corresponde; en este sentido, el artículo 98 LOPJ contiene una regla de especialización, no de competencia, y por tanto responde a una finalidad organizativa, antes que a una función atributiva de competencia, operando a partir de la competencia objetiva establecida por la LOPJ y las leyes de procedimiento; y iii) por tanto, la especialización prevista en el artículo 98.3 LOPJ siempre podrá operar a partir de la determinación de la competencia objetiva de los juzgados concernidos, y siempre cumpliendo las condiciones establecidas por el legislador orgánico.

113.- El apartado 3 del artículo 834 tiene por objeto establecer la competencia territorial para conocer de las acciones de representación. Esta se atribuye al Juzgado del lugar donde el demandado tenga su domicilio y, a falta de este, un establecimiento; si careciere de domicilio y de establecimiento en territorio español, el del lugar donde se haya realizado o haya producido o pudiera producir sus efectos la conducta infractora.

114.- La regla difiere, por tanto, de la contenida en el vigente ordinal 16º del artículo 52.1 LEC, y antepone el foro del domicilio al del establecimiento, para incorporar el foro residual del lugar de realización de la infracción o de producción de efectos. El precepto se cuida de dejar a salvo las normas de la Unión Europea o convencionales “que regulen la materia”, si bien, en puridad, debería decirse “las normas de la Unión Europea que regulen la competencia judicial internacional”; precisión que resulta oportuna, por cuanto sin ella pudiera inducirse al error de confundir la regla de competencia territorial con una regla de competencia judicial internacional, identificando ambas, en los casos en que el demandado careciera de domicilio o de establecimiento en territorio español, cuando ambos planos, la competencia judicial internacional y la competencia territorial, están supraordenados.

115.- La legitimación activa para el ejercicio de las acciones de representación (artículo 835) se atribuye, conforme lo ordenado en la Directiva, a las entidades habilitadas, para cuya determinación la norma se remite a lo dispuesto en el TRLGDCU, en cuyo articulado introduce las pertinentes modificaciones. Se acomoda, por tanto, a las disposiciones de la Directiva, contemplando, por lo demás, la legitimación de las entidades habilitadas en otros Estados miembros de la Unión para el ejercicio de las acciones transfronterizas que figuren en la lista de la Comisión Europea, que deberá ser aceptada por el tribunal como prueba de habilitación de la entidad, sin perjuicio de examinar si la finalidad estatutaria de la misma y los intereses



afectados legitiman el ejercicio de la acción en cada caso. Se preservan de este modo, las facultades del tribunal para comprobar los presupuestos legitimadores para el ejercicio de la acción, independientemente de las condiciones legitimadoras *in abstracto* de la entidad conforme a lo dispuesto en los correspondientes ordenamientos de los Estados de la Unión, y conforme a las comunicaciones efectuadas a la Comisión Europea.

116.- El anteproyecto priva de legitimación activa al Ministerio Fiscal, al que, sin embargo, reconoce la facultad de personarse en los procesos promovidos en el ejercicio de la acción de representación, si lo estima oportuno para la defensa de los intereses que representa (artículo 835.4). Se faculta al tribunal, no obstante, para, en razón del momento en que dicha intervención se produzca, rechazarla de forma motivada si la considera perjuicio para el buen funcionamiento del proceso.

117.- El apartado 5 del vigente artículo 11 LEC, introducido por la disposición adicional segunda de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, confiere al Ministerio Fiscal legitimación "para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios". Esta amplia legitimación no es exclusiva del Derecho español. En el ordenamiento portugués se reconoce en el artículo 31 del *Código del Processo Civil* y en el artículo 26 *la Lei das cláusulas contractuais gerais* (DL 445/85 de 25 de octubre). También se encuentra en las legislaciones argentina, brasileña, colombiana, uruguaya y mejicana, entre otras. No obstante, el reconocimiento general de la legitimación del Ministerio Fiscal ha de modularse cuando se trata del ejercicio de acciones para proteger los derechos e intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, pues el artículo 11.1, párrafo segundo, dispone que "El Ministerio Fiscal será parte en estos procesos [promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios o por los grupos de afectados] cuando el interés social lo justifique. El tribunal que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación".

118.- La previsión contenida en el proyectado 836.4 LEC desplaza, por tanto, y en principio, la legitimación del Ministerio Fiscal hacia el marco de la intervención voluntaria regulada en el artículo 13 LEC, con los efectos y las consecuencias procesales previstos en el mismo. La privación de la legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones de representación obedece a un entendimiento estricto de la Directiva, en la que la legitimación se reserva a las entidades habilitadas, y donde la intervención voluntaria del Ministerio Fiscal en defensa del interés general es coherente con el sistema de tutela colectiva a través de las acciones de representación que aquella diseña, sin que se vean mermadas las facultades procesales consustanciales a la personación como interviniente; si bien, en la medida en que la solicitud de intervención no ha de suspender el curso del



procedimiento, ni se retrotraerán las actuaciones (artículo 13.3 LEC), cabe cuestionar la facultad que se confiere al tribunal en el último inciso del apartado 4 de rechazar la intervención de forma motivada en razón del momento en que dicha intervención se produzca, si la considera perjudicial para el buen desarrollo del proceso.

119.- No puede desconocerse, sin embargo, que el artículo 54.1 b) del TRLGDCU, en la redacción dada por el artículo segundo del anteproyecto, mantiene la legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios. Esta aparente discordancia entre el proyectado artículo 835 LEC y el artículo 54 TRLGDCU, en la redacción propuesta por el anteproyecto -y con él, todos aquellos artículos de las leyes sectoriales que regulan la legitimación mediante una remisión a este-, puede salvarse a partir de la salvedad que abre el enunciado normativo del apartado 1 del artículo 835, que comienza diciendo "Sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales (...)", y considerando que el TRLGDCU presenta un carácter especial respecto de la LEC, en lo que se refiere a las medidas de protección, acciones y procedimientos que constituyen su ámbito material de aplicación. Y en cualquier caso cabe considerar que la legitimación que, como entidad habilitada, se confiere al Ministerio Fiscal es compatible con la facultad de intervenir voluntariamente, ex artículo 13 LEC, en los procesos en los que se ejerciten acciones de representación promovidos por otras entidades habilitadas.

120.- El artículo 836 contempla la falta de los requisitos para la designación como entidad habilitada, que deberá ser alegada por el demandado, acompañando un principio de prueba, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la demanda (apartado 1 del artículo 836 y artículo 845.2 LEC) o tan pronto conozca los hechos en que se funde la alegación, si solo pudo conocerlos con posterioridad (apartado 1, in fine, del artículo 836).

121.- Distingue el precepto según se trate de acciones de representación transfronterizas o nacionales. En el primer caso el tribunal se dirigirá al Ministerio con competencias en materia de consumo para que, a través del correspondiente punto de contacto, la autoridad competente del Estado miembro de la Unión Europea que la hubiera designado verifique si la entidad demandante cumple con las exigencias necesarias para su designación. Si la entidad afectada fuera la única demandante, el tribunal ordenará la suspensión del proceso en tanto se pronuncia la autoridad competente de dicho Estado miembro. Si la designación es revocada, el tribunal acordará el sobreseimiento del proceso a no ser que estuviera personada como demandante otra entidad habilitada en cuyo caso acordará la exclusión del proceso de la entidad afectada por la revocación.



122.- Si la acción de representación es nacional, el tribunal, previo informe del Ministerio con competencias en materia de consumo, resolverá la cuestión en la audiencia de certificación a que se refiere el artículo 846, y si ya no resulta posible, por el cauce de los incidentes de previo pronunciamiento.

123.- Respecto de estas previsiones cabe hacer las siguientes observaciones:

- i) El precepto establece un plazo de diez días desde la notificación de la demanda para alegar la carencia de los requisitos para la designación como entidad habilitada, y a partir de ahí, diferencia según la acción de representación sea transfronteriza o nacional. Dicha alegación debe entenderse que es común para las acciones de representación de cesación y para las resarcitorias: las primeras se ventilan por los cauces del juicio verbal, y por tanto, ese trámite alegatorio es previo a la contestación de la demanda, para el que se confiere un plazo de veinte días, y será en el acto de la vista donde se deberá resolver la cuestión. Previamente, si la acción de representación es transfronteriza, el tribunal deberá agotar los trámites de verificación previstos en el apartado 2 del artículo 836.
- ii) Si la acción es nacional, la norma prevé que la cuestión se resuelva, después de oír al Ministerio con competencia en materia de consumo, en la audiencia de certificación regulada en el artículo 846 LEC. En este trámite, previsto para las acciones de representación resarcitorias, se deberá resolver, en efecto, sobre la carencia en la demandante de los requisitos para su designación como entidad habilitada, entre otras alegaciones relativas a los presupuestos del proceso (artículos 845.2 y 846.1 LEC); pero debe entenderse que, cuando se trata de acciones de representación resarcitorias transfronterizas, habrá de ser también en dicho trámite donde se resuelva sobre la alegación de la carencia de requisitos de la entidad habilitada, previa la verificación ante las autoridades competentes del Estado miembro de la Unión Europea que la hubiera designado.
- iii) Por lo tanto, una adecuada regulación de este incidente pasaría por diferenciar si se plantea en el marco de una acción de representación de cesación o en el marco de una acción de representación resarcitoria, y establecer los trámites para verificar la alegada carencia de los requisitos para la designación como entidad habilitada y para resolver sobre ella en función de si se trata de una acción transfronteriza o nacional, dentro del cauce procesal que corresponda por razón del tipo de acción ejercitada -el juicio verbal, si es una acción de cesación, o el procedimiento reservado a las acciones resarcitorias (y en su caso, acumuladas)-.

124.- El artículo 837 crea el Registro Público de Acciones de Representación de carácter electrónico, con sede en el Ministerio de Justicia, cuya estructura



y organización se determinará reglamentariamente, así como el acceso público a los asientos del registro. La Exposición de Motivos del anteproyecto considera la creación de este Registro como una pieza clave del régimen de las acciones de representación que diseña, en la medida en que tiene el objetivo *«[d]e fomentar la transparencia y el conocimiento de las acciones de representación en marcha, tanto en general, como por sus posibles beneficiarios»*. Se concibe como una herramienta imprescindible para la adecuada coordinación entre órganos judiciales ante los que pudieran estar pendientes procesos colectivos con objetos idénticos o conexos. El diseño y la puesta en marcha del Registro -que requerirá del oportuno desarrollo reglamentario- será crucial para el funcionamiento adecuado de estos instrumentos para la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios.

125.- Respecto de esta previsión, que merece en términos generales una valoración positiva, cabe hacer las siguientes observaciones: i) El Registro, de carácter público, no debe ser un instrumento puesto a disposición únicamente de los órganos judiciales, como un instrumento para la adecuada coordinación entre ellos, y en particular como un instrumento que les facilite información sobre los procesos colectivos en curso, sus respectivos objetos, sujetos y partes personadas o intervinientes, singularmente de cara a activar los mecanismos de acumulación y/o sobreseimiento previstos en la norma anteproyectada. Antes bien, dado su carácter público, el Registro debe tener también como funcionalidad facilitar información a los consumidores sobre las acciones de representación ejercitadas, al objeto de conocer su objeto y ejercitar sus derechos en el seno del proceso colectivo, conforme al sistema de vinculación, por defecto o por adhesión, que sea procedente, y sin perjuicio de los mecanismos e instrumentos de carácter tecnológico que se articulen a tal efecto, de los cuales el Registro ha de facilitar la información precisa acerca de su ubicación, forma de acceso y utilización; ii) El contenido del Registro, la información que debe contener y facilitar, es suficientemente completa, tanto la prevista con carácter general como la relativa a las acciones de representación resarcitorias; iii) El desarrollo reglamentario, en lo que al acceso al Registro y a sus utilidades se refiere, debería tener en cuenta la particular situación de vulnerabilidad de los consumidores y sus eventuales dificultades para acceder y hacer uso de la información que facilita; y iv) Sería aconsejable que el Registro incorporara desde el punto de visto técnico, y con las debidas garantías, un enlace que permitiera el acceso directo a la plataforma electrónica a que se refiere el artículo 849 LEC.

126.- La incorporación al texto anteproyectado de las previsiones de la Directiva relativas a la exhibición de pruebas (artículo 18) se lleva a cabo por el artículo 838, que lleva por título "Acceso a las fuentes de prueba". En la Exposición de Motivos se indica que, en cumplimiento de las exigencias de la Directiva, *«[s]e establece un mecanismo de acceso a la información y fuentes de prueba en poder de la parte contraria o de terceros que supera el marco*



estrecho de las actuales diligencias preliminares. El mecanismo se inspira -y en buena parte se apoya- en la regulación introducida por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores en materia de acciones de daños derivadas de infracción a las normas de defensa de la competencia. Se promueve, con ello, una forma equilibrada de superar las situaciones de asimetría informativa y probatoria, sin incurrir en abusos, debido al control judicial sobre las peticiones que se formulen».

127.- El mecanismo de acceso a las fuentes de prueba previsto incorpora adecuadamente las disposiciones de la Directiva sobre el particular, y atiende a los principios de proporcionalidad y confidencialidad, estableciendo pautas para, en aplicación de ellos, resolver acerca de la solicitud.

128.- El prelegislador, a la hora de articular esta modalidad de *pre-trial discovery of documents*, ha optado por no limitarse a efectuar un reenvío general a lo dispuesto en los artículo 283 bis a) y siguientes de la LEC, que regula la exhibición de las pruebas en procesos para el ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia, si bien contempla una remisión al artículo 283 bis b), en el caso de que el tribunal considere que debe facilitarse el acceso a información confidencial, a los artículos 283 bis d) a 283 bis h), relativos a la competencia, momento para deducir la solicitud, procedimiento, ejecución de la medida de acceso y consecuencias de la obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a las fuentes de prueba, y al artículo 283 bis k), sobre las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba. El mecanismo de acceso a las fuentes de prueba bebe, por tanto, en gran medida del régimen establecido en los citados preceptos de la LEC. Y debe entenderse que corre en paralelo al régimen sobre la exhibición de documentos en el seno del procedimiento que se contiene en los artículos 328 a 330, inclusive, de la LEC.

129.- El capítulo I se cierra con la regulación de la renuncia y del desistimiento (artículo 839). Queda proscrita la renuncia de la acción de representación, y respecto del desistimiento, se establece una previsión respecto de las costas procesales, que autoriza al tribunal a resolver sobre ellas "en función de las razones aducidas por la entidad demandante".

130.- En la Exposición de Motivos se justifican estas restricciones y limitaciones a las facultades de disposición de la entidad actora en razón de la legitimación extraordinaria que ostenta. Esta legitimación, empero, justificaría que no fuera necesaria la conformidad de los consumidores afectados para llevar a cabo actos de disposición, pero por sí misma no justifica la prohibición de la renuncia, que debería estar justificada en razones de interés general, antes que en el carácter extraordinario de la legitimación



que se ostenta. Por otra parte, no se explica bien la regla sobre la imposición de las costas en los casos de desistimiento, y por qué se aparta del régimen establecido en el artículo 396 de la LEC.

b.2. Las disposiciones aplicables a las acciones de representación de cesación

131.- El Capítulo II de este nuevo Título IV del Libro IV LEC contiene las disposiciones aplicables a las acciones de representación de cesación.

132.- El prelegislador ha hecho uso de la facultad que confiere el artículo 8.4 de la Directiva y ha establecido como presupuesto de procedibilidad la previa solicitud al demandado de que cese en el desarrollo de la conducta ilícita con una antelación de al menos quince días (a la interposición de la demanda, se debe entender). Este requisito previo de procedibilidad ya se contemplaba en las directivas anteriores, y su incorporación al Derecho interno debe ser acogido favorablemente, en la medida en que se sitúa en la línea de articular mecanismos alternativos de resolución de litigios, en consonancia con las previsiones contenidas en otras normas, vigentes y proyectadas²⁴.

133.- Por lo demás, el cauce procesal en el que han de ventilarse estas acciones es el del juicio verbal, sin más especialidades que la de establecer un plazo para la contestación de la demanda de veinte días, la necesidad de celebración de vista en todo caso, el carácter preferente del procedimiento, y la específica previsión, ya examinada, del recurso de casación contra la sentencia de apelación, cuya tramitación, como la del recurso de apelación, tendrá igualmente carácter preferente.

134.- En el particular caso de las acciones de cesación, la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 contempla en su párrafo 8 que los Estados miembros han de verificar "*en la fase más temprana posible*" que no sigan su curso "*los casos que no cumplan los requisitos de la acción colectiva y los casos manifiestamente infundados*".

135.- El Anteproyecto regula en los nuevos arts. 845 y ss. la audiencia de certificación, en la que se valora, entre otras cuestiones básicas de procedibilidad la "homogeneidad de las pretensiones", pero únicamente lo prevé para las acciones de resarcimiento. El Anteproyecto no prevé un sistema similar -que resulta completamente necesaria- para las acciones de cesación.

136.- En aras a lograr el objetivo de una buena administración de Justicia debe preverse un trámite escrito o verbal donde certificar *ad limine* la acción

²⁴ Véanse el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas de protección urgente de los consumidores en materia de cláusulas suelo, y las proyectadas leyes de impulso a la medición y de eficiencia procesal en el servicio público de justicia.



de cesación y verificar que la demanda reúne los requisitos establecidos en el artículo 844 1) letras a), b), d), e) y, en su caso, f).

137.- El artículo 842 regula la solicitud de la cesación provisional de la conducta infractora, en correspondencia con lo previsto en el artículo 8.1 a) de la Directiva. La solicitud, tramitación y resolución sobre la tutela cautelar se ajustará a lo dispuesto en el Título VI del Libro III LEC, con lo que se efectúa una remisión en bloque a la regulación de las medidas cautelares prevista en la ley procesal, sin más especificidades que las de considerar, a efectos del apartado 2 del artículo 730, que concurren razones de urgencia o necesidad si se acredita la actualidad de la conducta infractora, y de la posibilidad de dispensa del deber de presar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados.

El artículo 843 contempla, finalmente, la imposición de multas coercitivas para el caso de incumplimiento de las sentencias estimatorias de la acción de representación de cesación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19.1 a) y 19.2 de la Directiva, en cuantía que oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros por día de retraso en la ejecución, según la naturaleza e importancia de la infracción y de sus consecuencias, así como de la capacidad económica del condenado.

b.3. Las disposiciones aplicables a las acciones de representación resarcitorias

138.- El capítulo III del nuevo Título IV del Libro IV LEC contiene las disposiciones aplicables a las acciones de representación resarcitorias.

139.- La estructura del procedimiento para el ejercicio de estas acciones puede sintetizarse del siguiente modo, siguiendo los hitos procesales a los que atiende la Exposición de Motivos del anteproyecto:

- a) El procedimiento comienza con la interposición de la demanda, que deberá contener determinadas informaciones y datos específicos en relación con los sujetos a los que habrá de afectar la acción y con la conducta lesiva que motiva su interposición.
- b) Admitida la demanda, se convoca a las partes a la audiencia de certificación, en la que se habrán de verificar las condiciones que legitiman el ejercicio de la acción colectiva, tanto desde la perspectiva del demandado, como de los consumidores y usuarios potencialmente afectados, así como desde el punto de vista de la entidad habilitada demandante, respecto de la que puede oponerse la carencia de los requisitos para su designación como tal. En esta audiencia, además de controlarse eventuales cuestiones procesales y la manifiesta falta de fundamento de la acción se comprobará específicamente el requisito de la necesaria homogeneidad de las pretensiones, así como la



- eventual financiación por terceros, en evitación de conflictos de intereses que puedan resultar perjudiciales para los consumidores y usuarios.
- c) Como resultado de la audiencia de certificación, se dictará el auto de certificación en el que se determinará el ámbito objetivo y subjetivo del proceso, y por tanto, los consumidores y usuarios que han de verse afectados. El prelegislador, a estos últimos efectos, toma como regla general el sistema de *opt-out* y solo de forma excepcional el sistema de vinculación por adhesión (*opt in*) que, sin embargo, constituye la regla general cuando se trata de acciones transfronterizas. A tal fin, se establece la máxima publicidad entre los consumidores y usuarios afectados, para el adecuado ejercicio de sus derechos e intereses
 - d) Certificada la acción, el proceso queda en suspenso para que los consumidores y usuarios manifiesten su voluntad de desvinculación o, en su caso, de vinculación. El auto de certificación sirve, además, como punto de referencia para regular las relaciones entre la acción colectiva y las acciones individuales de resarcimiento, que por lo general no serán admisibles una vez transcurrido el plazo para manifestar la voluntad de desvincularse de la acción.
 - e) Reanudado el curso de las actuaciones, se abre el plazo para contestar a la demanda, y una vez cumplido el trámite se confiere plazo para la proposición probatoria por escrito. Acto seguido tendrá lugar la celebración del juicio, y el subsiguiente dictado de la sentencia, que habrá de tener un contenido específico por razón de la acción ejercitada y en función del grado de determinación de los consumidores y usuarios afectados.

140.- El anteproyecto prevé una alternativa procedimental, de modo que exista en primer término un debate y un enjuiciamiento en relación con la responsabilidad del demandado que termine con una sentencia limitada a esta cuestión, seguido en su caso de un nuevo debate y enjuiciamiento en relación con las concretas cantidades que han de pagarse a los beneficiarios del primer pronunciamiento.

141.- El texto anteproyectado regula asimismo los acuerdos de resarcimiento, su homologación y la vinculación a los mismos, distinguiendo si la acción ya ha sido certificada y si no lo ha sido, en cuyo caso, además de comprobarse los requisitos para la certificación, deberá darse la pertinente publicidad al acuerdo para que los consumidores y usuarios puedan manifestar su voluntad de desvincularse.

142.- El anteproyecto, en línea de lo dispuesto por la Directiva, persigue dotar de mayor eficacia a la sentencia o acuerdo resarcitorio, fomentando el cumplimiento voluntario, y bajo el mandato de la Directiva de que los



consumidores y usuarios no deben emprender un nuevo proceso para obtener lo que les corresponde.

143.- La ejecución se contempla necesariamente distinguiendo en función de si los consumidores y usuarios están identificados o si no lo están -o no lo están todos ellos-, atribuyendo a la entidad demandada la carga de llevar a cabo liquidación, estimulando el cumplimiento voluntario del demandado previa la acreditación de los beneficiarios de su condición de tales, y reservando la intervención del tribunal para los casos en que el condenado niegue dicha condición y cuando no dé cumplimiento voluntario a la sentencia.

144.- Siguiendo el esquema expuesto, la demanda deberá contener (artículo 844, en relación con el artículo 9.5 de la Directiva) los datos y elementos identificadores de la conducta infractora de la que se derive el perjuicio cuyo resarcimiento se pretende así como el nexo causal entre aquella y este; la identificación de los consumidores afectados y, cuando no sea posible la identificación individualizada, las características y los requisitos que deben concurrir en ellos para considerarse beneficiarios de la eventual sentencia estimatoria; la justificación de la existencia de homogeneidad entre las pretensiones de los consumidores y usuarios afectados; la concreta petición resarcitoria; y un resumen financiero de las fuentes de financiación, que expresará, en su caso, la existencia de financiación por tercero, el cual deberá ser debidamente identificado.

145.- La correcta y concreta identificación de los consumidores afectados es una de las piedras angulares de las acciones de representación, junto con la representatividad de las entidades legitimadas activamente o el requisito de homogeneidad; pero esa importancia se eleva a un grado extremo en un modelo de representación subrogada tácita o por exclusión donde un consumidor se verá vinculado por un resultado del que puede no ser consciente ni haber prestado consentimiento.

146.- Por esta circunstancia, en el modelo holandés de acciones de representación se exige una caracterización extraordinariamente concreta del grupo a representar (e.g. menores de 13 años que hayan sido usuarios de Tik-Tok con posterioridad al año 2018²⁵). Esta acotación permite ejercitar con mayor seguridad jurídica el derecho de exclusión (*opt-out*) -que forma parte nuclear en este caso de la tutela judicial efectiva- y prevenir los riesgos o efectos nocivos de una sobrerrepresentación. Cuanto mejor y más concreto está definido el grupo, el afectado está en mejor disposición de ser consciente de su condición para poder ejercer, en su caso, sus derechos individuales.

²⁵ Cfr. Sentencia de 9 de Noviembre de 2022 de la Corte de Amsterdam -Rechtbank Amsterdam- en los casos C/13/702849 / HA ZA 21-526, C/13/706680 / HA ZA 21-789 and C/13/706842 / HA ZA 21-794, ECLI:NL:RBAMS:2022:6488, [-enlace-](#).



A este respecto, resulta fundamental para salvaguardar la tutela judicial efectiva del consumidor, una exigencia normativa de definición del grupo de afectados de la manera más caracterizada posible conforme a parámetros de tiempo, lugar y relación jurídica concreta implicada.

147.- La audiencia de certificación (artículo 846) tendrá por objeto resolver sobre las cuestiones relativas a la jurisdicción y competencia del tribunal, sobre la concurrencia o no de los presupuestos del proceso o de algún obstáculo que impida la válida prosecución del proceso, así como, específicamente, sobre la carencia de los requisitos para ser designada entidad habilitada. Se resolverá asimismo sobre las cuestiones suscitadas respecto de la acumulación de acciones y de procesos, sobre las correspondientes suspensiones de los procedimientos y sobre los eventuales sobreseimientos. También de manera específica deberá pronunciarse el tribunal sobre el fundamento de la acción, en atención a la homogeneidad de las pretensiones, estableciendo si resulta adecuado el ejercicio de la acción de representación resarcitoria y su ámbito objetivo y subjetivo. Y, en función de lo indicado por la parte demandante en su escrito de demanda, decidirá lo que proceda en relación con la financiación del proceso por tercero.

148.- Únicamente cabe hacer, respecto de la regulación de la audiencia de certificación, las siguientes observaciones. El apartado 3 del artículo 846 dispone que la audiencia de certificación se desarrollará conforme a lo indicado en el artículo 443 de la LEC. En la Exposición de Motivos del anteproyecto se explica que, al establecerse el trámite de la audiencia de certificación, se hace innecesaria la celebración de la audiencia previa prevista y regulada en los artículos 414 y siguientes de la ley ritaria. En la concepción del prelegislador, las cuestiones objeto de la audiencia previa se habrán de tratar en la audiencia de certificación, y para la proposición de prueba se contempla un trámite específico, por escrito, tras la contestación de la demanda (artículo 858.2). En cuanto al desarrollo de la audiencia de certificación, esta se acomodará a lo previsto para el trámite de vista del juicio verbal. Ahora bien, debe tenerse presente, por una parte, que en la audiencia de certificación se habrán de resolver cuestiones específicas del proceso para el ejercicio de las acciones de representación resarcitorias, como la verificación de la concurrencia de los requisitos para la designación de las entidades habilitadas, el fundamento del ejercicio de la acción en atención a la homogeneidad de las pretensiones, y las circunstancias relativas a la financiación por terceros. Por otra parte, el régimen de los acuerdos resarcitorios, su homologación y su ejecución está específicamente regulado en los artículos 864 y siguientes, y en los artículos 867 y siguientes de la LEC, cuando se trate de acuerdos de resarcimientos previos a la certificación de la acción de representación. Debe tenerse en cuenta, además, que el artículo 443 LEC, al regular el desarrollo de la vista del juicio verbal, parte de que el trámite de contestación de la demanda es previo a su celebración, en tanto



que en el procedimiento para el ejercicio de las acciones de representación resarcitorias el trámite de contestación es posterior a la celebración de la audiencia de certificación y al dictado del auto de certificación, en donde se fija el ámbito objetivo y subjetivo del proceso y el sistema de vinculación o desvinculación establecido, a la vista de cuyas resultas el demandado podrá formular su oposición a la demanda y proponer los medios de prueba pertinentes. Por lo tanto, en la audiencia de certificación no podrán tener cabida los trámites concernientes a la fijación de los hechos relativos al fondo del asunto, ni, en fin, la proposición de las pruebas sobre ellos y la práctica de las que resultasen admitidas.

149.- El apartado 4 de este mismo artículo 846 establece unas reglas para el caso de inasistencia de las partes a la audiencia. Conforme a las mismas, el proceso se sobreseerá si no compareciere ninguna de las partes, o si solo concurriera el demandado. Estas previsiones, que difieren en parte de lo previsto en los artículos 414.3 y 442 LEC, se explican por la naturaleza de la acción de representación resarcitoria y por el objeto y finalidad de la audiencia de certificación, en donde es indispensable la presencia de la entidad habilitada demandante para verificar la procedencia de la acción de representación ejercitada, determinar su ámbito objetivo y subjetivo y para pronunciarse sobre la eventual financiación del proceso por un tercero.

150.- El examen del fundamento de la acción de representación resarcitoria en atención a la homogeneidad de las pretensiones, la determinación del ámbito objetivo y subjetivo del proceso y el control sobre la financiación por terceros son objeto de una regulación más pormenorizada en los artículos 847, 848, 849 y 850, regulación que se complementa con el régimen de publicidad del auto de certificación y la forma en que se ha de articular y desarrollar el sistema de desvinculación o de vinculación elegido (artículos 851 y 856).

151.- El artículo 847.2 contiene una regla interpretativa para determinar cuándo debe entenderse que existe homogeneidad entre las pretensiones de los consumidores y usuarios afectados por la conducta infractora. Conforme a la misma, se entenderá que existe homogeneidad cuando, en atención a la normativa sustantiva aplicable, resulte posible determinar la concurrencia de la conducta infractora, el daño colectivo cuyo resarcimiento se solicita y el nexo causal entre ambos sin necesidad de tomar en consideración aspectos fácticos o jurídicos que sean particulares a cada uno de los consumidores y usuarios afectados por la acción. La regla es lo suficientemente general y amplia para comprender no solo los supuestos de identidad fáctica necesaria para la acumulación de acciones -que puede resultar insuficiente como criterio para determinar la homogeneidad de las pretensiones en las acciones de representación resarcitorias-, sino también, y más propiamente, aquellos -en la línea de la "commonality" anglosajona- en los que las circunstancias que acreditan el título de imputación son comunes a los distintos



consumidores y usuarios, aquellos en los que el título de imputación de la responsabilidad tiene naturaleza objetiva, y para incluir, al mismo tiempo, los supuestos en los que el curso causal no es controvertible, al ser común o unívoco para todos los consumidores y usuarios.

152.- Como complemento de la regla interpretativa, cabría valorar la conveniencia de determinar normativamente cuándo se entenderá que no concurre el requisito de homogeneidad, supuestos que comprenderán, entre otros, aquellos en los que la acción restitutoria se vincule a la anulabilidad de un negocio jurídico por vicios del consentimiento; cuando para determinar el carácter antijurídico de la conducta lesiva sea necesario tomar en consideración la confianza o expectativas que haya podido generar en cada uno de los consumidores afectados; cuando para determinar el nexo causal entre la conducta antijurídica lesiva y el daño reclamado sea necesario tomar en consideración y practicar prueba de las circunstancias particulares concurrentes en cada consumidor; cuando la acción recaiga sobre condiciones generales de la contratación que definan el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y retribución, siempre que la acción ejercitada no suponga llevar a cabo un control abstracto utilizando el parámetro del consumidor medio; y cuando, de cualquier otra manera, para determinar el daño resarcible sea necesario atender a las circunstancias particulares de cada consumidor.

153.- El artículo 848, bajo el epígrafe "Determinación del ámbito objetivo y subjetivo del proceso", constituye uno de los ejes fundamentales sobre el que gravita el proceso para el ejercicio de las acciones de representación resarcitorias, en la medida en que en él se regula el sistema de vinculación de los consumidores y usuarios a la acción ejercitada y a sus resultados. El precepto ha de ponerse en relación con el artículo siguiente, donde se establece la plataforma electrónica para la gestión del procedimiento, con el artículo 851, sobre la publicidad del auto de certificación, con el artículo 853, relativo a los efectos del auto de certificación sobre las acciones individuales de resarcimiento, y particularmente con los artículos 865 y 857, relativos, respectivamente, a la expresión de la voluntad de los consumidores y usuarios afectados por la acción de representación resarcitoria, y a la relación de consumidores y usuarios que han expresado su voluntad respecto de una acción de representación resarcitoria.

154.- El prelegislador ha optado por establecer, con carácter general, el sistema de vinculación por defecto (*opt out*), y solo de forma excepcional permite la vinculación por adhesión (*opt in*) "cuando, atendidas las circunstancias del caso concreto, resulte necesaria [adoptar tal decisión] para una buena administración de justicia, siempre que la cantidad reclamada o el valor de la prestación solicitada como resarcimiento para cada beneficiario supere los 5.000 euros" (artículo 848.3). Por el contrario, rige el sistema *opt*



in -ciñéndose al mandato de la Directiva- en el caso de que los consumidores afectados por la acción de representación resarcitoria tuvieren su residencia habitual fuera del territorio español.

155.- Fuera de este último caso, la Directiva deja a los Estados miembros la determinación del sistema de vinculación, por más que, como se ha visto, la Recomendación de la Comisión Europea de 11 de junio de 2013 abogase por el sistema de inclusión voluntaria (*opt-in*).

156.- La decisión del prelegislador de establecer de forma general el sistema de vinculación por defecto (*opt-out*) se mueve, por tanto, dentro del margen de actuación que la Directiva reserva a los legisladores nacionales. En tal sentido, respondiendo a una opción legítima, nada hay que oponer al modelo propuesto. No obstante, cabe hacer al respecto algunas reflexiones con el objeto de que el prelegislador valore la conveniencia del sistema elegido.

- i) Los mecanismos de vinculación o desvinculación constituyen la piedra angular de la tutela colectiva. En el ordenamiento vigente, aun cuando desde algún sector doctrinal se mantenga que, en atención a lo dispuesto en el artículo 222.3 LEC, impera el modelo de vinculación por defecto, lo cierto es que en la práctica forense se ha actuado conforme al sistema de vinculación por adhesión, y el requisito previsto en el artículo 15 LEC de comunicación personal del ejercicio de la acción colectiva con carácter previo, como requisito de procedibilidad, se ha venido exigiendo en todo caso, considerando que en la práctica totalidad de los supuestos los consumidores concernidos eran determinables en el sentido del artículo 11.2 LEC. Por lo tanto, el mecanismo de *opt-in* no sería desconocido en la práctica forense; al contrario, el sistema de vinculación por defecto parece estar más alejado de la tradición jurídica española.
- ii) Los mecanismos de vinculación o desvinculación, para ser efectivos y para que puedan proporcionar adecuadamente la tutela colectiva, exigen que se garantice un conocimiento suficiente de la acción certificada y de sus términos. Esta garantía es tanto más necesaria cuando se articula un mecanismo de vinculación por defecto, en el que se requiere definir adecuadamente la obligación de difusión de la reclamación colectiva y de su contenido, articulando medios y funcionalidades puestos a disposición de los consumidores y usuarios para que puedan ejercitar de manera ágil y sencilla su opción.
- iii) En el artículo 849.1 se prevé que en el auto por el que se acuerde la certificación de la acción el tribunal encomendará a la entidad demandante la puesta en funcionamiento de una plataforma electrónica para que a través de ella los consumidores afectados



puedan expresar su voluntad en los términos del artículo 848. El precepto se limita a señalar que se asegurará “el respeto a la normativa sobre protección de datos personales, así como el registro duradero de las expresiones de voluntad recibidas a través de la plataforma. La entidad demandante, bajo su responsabilidad y con la supervisión del tribunal, podrá encomendar la puesta en funcionamiento y la gestión de la plataforma electrónica al Colegio de Procuradores del lugar donde esté pendiente el proceso”. El apartado 2 de este mismo artículo establece que “El tribunal dispondrá, igualmente, el plazo en que la entidad demandante habrá de poner en funcionamiento la plataforma que deberá estar operativa cuando se dé difusión al auto de certificación según lo previsto en el apartado 2 del artículo 851”. Y el apartado 3 dispone: “la plataforma será accesible y habrá de establecerse en ella un canal de comunicación directo con una persona física que, en su caso, pueda atender las necesidades o las consultas de los consumidores afectados, en especial de aquellos que sean vulnerables”. Los gastos derivados de la creación y el mantenimiento de la plataforma electrónica tendrán la consideración de costas procesales, a los efectos de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 240 de la LEC.

- iv) Respecto de la publicidad del auto de certificación, el artículo 851 ordena su publicación en el Registro de Acciones de Representación. Conforme a lo dispuesto en el apartado 2, el auto de certificación establecerá el cauce o cauces adecuados para que su contenido y la plataforma electrónica a que se refiere el artículo 849 lleguen a ser conocidos de manera efectiva y comprensible para los consumidores y usuarios afectados garantizando, en cualquier caso, su accesibilidad. Y cuando sea posible -apartado 3-, el tribunal dispondrá que la comunicación se efectúe de forma individual por cualquier medio que permita acreditar su entrega al destinatario teniendo en cuenta, en su caso, la situación de vulnerabilidad en que este pudiera hallarse. Cuando no resulte posible la notificación individual a todos los afectados -apartado 4-, el tribunal acordará que se proceda a la publicación en medios de comunicación o cauces equivalentes de amplia difusión en el ámbito geográfico en que pueda presumirse que aquellos tienen su residencia habitual. En la comunicación individual y en la publicación se especificará de forma clara y comprensible si los consumidores y usuarios deben manifestar expresamente su voluntad de desvincularse de la acción o si, por el contrario, deben manifestar su voluntad para vincularse a ella, indicando en ambos casos el plazo y la forma de acceder a la plataforma electrónica para hacerlo. Los gastos derivados de la publicidad del auto de certificación y de las comunicaciones será



- sufragados inicialmente por la parte demandante, si bien tendrán la consideración de costas procesales a los efectos de lo dispuesto en el artículo 240.1 LEC.
- v) El anteproyecto, por tanto, cumple formalmente con las exigencias de publicidad y de eficiencia anteriormente señalados, si bien puede plantear disfunciones en su aplicación práctica que lleven a cuestionar su inadecuación con el principio de efectividad comunitario, conforme luego se explicará. Ahora bien, la regulación proyectada presenta aspectos confusos, que convendría corregir. Por una parte, en el auto de certificación el tribunal encomendará la puesta en funcionamiento de la plataforma electrónica, y dispondrá el plazo en el que la entidad demandante habrá de ponerla en funcionamiento, que habrá de estar operativa cuando se de difusión al auto de certificación. Por otra parte, en el mismo auto el tribunal establecerá el cauce o cauces adecuados para que su contenido y la plataforma electrónica lleguen a ser conocidos de manera efectiva y comprensible para los consumidores y usuarios garantizando, en cualquier caso, su accesibilidad. Se aprecia, por tanto, una cierta discordancia cronológica entre la encomienda de la puesta en funcionamiento de la plataforma electrónica, su operatividad y la difusión del auto de certificación, con la que se habrá de poner en conocimiento de los consumidores y usuarios afectados tanto el contenido del auto como de la plataforma electrónica.
- vi) El sistema *opt-out* pretende dotar de la mayor virtualidad posible a la tutela colectiva resarcitoria. Ahora bien, este mecanismo de adhesión por defecto puede causar daños irreparables a los consumidores, en la medida en que quedarán vinculados al resultado de la acción de representación resarcitoria de la que no han tenido conocimiento o no hayan podido desistir oportunamente, y además, perderán su derecho a reclamar individualmente. Por consiguiente, un defectuoso funcionamiento de los mecanismos de vinculación tendrá importantes consecuencias para los consumidores. Por el contrario, el sistema *opt-in* preserva mejor el derecho de los consumidores afectados a ejercitar individualmente la reclamación resarcitoria: el consumidor que no toma conocimiento de la acción de representación resarcitoria o que no llega a activar el mecanismo de adhesión no ve afectado su derecho a litigar individualmente y podrá vincularse a otra acción resarcitoria que se inicie por la entidad habilitada.
- vii) Aunque en abstracto la Directiva permite la selección del sistema de representación subrogada tácita o por exclusión (*opt-out*), la implementación práctica de un sistema de desvinculación entraña siempre un elevado grado de inseguridad jurídica, dado que existe



un debate inconcluso sobre la capacidad real que tiene un consumidor de entrar en conocimiento de circunstancias relevantes que puedan afectar a sus derechos. La STJUE Sales Sinués de 14 de abril de 2016 estableció que resulta crítico que el consumidor tenga oportunidad de no perder los derechos que le serían reconocidos en el marco de una acción individual, *"esto es, la toma en consideración de todas las circunstancias que caracterizan su causa, y la posibilidad de renunciar a que no se aplique una cláusula abusiva"* (Apartado 40)²⁶. No resulta nada descartable que en el futuro los sistemas de *opt-out* sean sometidos al escrutinio del TJUE por un consumidor vinculado al resultado de una acción de representación al que muestra su desacuerdo -y sobre el que manifiesta desconocimiento por ser un consumidor vulnerable, por no tener acceso a tecnologías de la comunicación o simplemente por no haber accedido a una plataforma electrónica donde se divulge la acción- y el Tribunal concluya con alta probabilidad que resulta contrario al principio de efectividad dotar de carácter vinculante a la publicidad realizada por sistemas generales telemáticos de divulgación de la información -e.g. publicidad en plataformas electrónicas, anuncios en medios-, que es en el que se basa el modelo del Anteproyecto. Todo aquel sistema que no esté basado en una comunicación personalizada que transmita de manera clara, sencilla, transparente y directa al consumidor concreto afectado el que forma parte de un grupo de afectados, cuáles son sus derechos, cuáles son las consecuencias de no desvincularse y cuál es el plazo concreto para el ejercicio de su derecho -vinculado en términos de *dies a quo* desde tal notificación personal- no reunirá con alta probabilidad los estándares necesarios para colmar el principio de efectividad y el de tutela judicial efectiva del artículo 47 CDFUE.

- viii) Por otra parte, en el sistema de vinculación por adhesión, al incentivo de los consumidores se une el de los eventuales terceros financiadores, que tendrán tanto más interés en la financiación cuanto mayor sea el número de los consumidores adheridos, del que depende, en definitiva, el retorno de su inversión. El sistema *opt-in* fomenta, por lo demás, una competencia respecto del planteamiento de la acción y de la estrategia procesal que resulta muy beneficiosa para los consumidores concernidos que no se da en el sistema de vinculación por defecto, en donde el tiempo constituye un factor decisivo para interponer la acción y vincular a todos los consumidores afectados que no desistan expresamente

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de Abril de 2016, ECLI:EU:C:2016:252.



- que puede llevar a construcciones técnicamente defectuosas de la reclamación.
- ix) Adicionalmente, el sistema de vinculación por adhesión permite una auténtica formación de la voluntad "de grupo" que reside en los propios consumidores y no en factores exógenos al mismo como puede ser la entidad habilitada o los financiadores²⁷.
 - x) Se debe llamar la atención, por otra parte, sobre el modo en que se establece la excepción al sistema general del *opt-out*. De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 848, el tribunal solo podrá tomar la decisión de establecer un sistema de vinculación por adhesión de manera excepcional cuando, atendidas las circunstancias del caso concreto, resulte necesaria para una buena administración de justicia, siempre que la cantidad reclamada o el valor de la prestación solicitada para cada beneficiario supere los 5.000 euros. Esta falta de concreción respecto de las circunstancias que habrán de ser tenidas en cuenta y sobre qué debe entenderse por "buena administración de justicia" podrá suponer en la práctica la dilución del carácter excepcional del sistema *opt-in*, cuando se dé el requisito económico establecido en la norma. Como alternativa, cabría vincular la excepción a determinadas materias -por ejemplo, defensa de la competencia, publicidad, daños colectivos a la salud-, además del umbral cuantitativo.
 - xi) Por último, España no ha desarrollado la posibilidad que ofrece el artículo 80.1 *in fine* RGPD de regular las acciones de representación por adhesión para solicitar el derecho a ser indemnizado por infracciones o vulneraciones RGPD. Aunque el artículo 80.1 RGPD es de aplicación directa, sería conveniente que el artículo 848 apartado 3 estableciese de manera imperativa el sistema de vinculación por adhesión (*opt-in*) en esta materia, al no resultar disponible para los estados miembros el sistema de representación por subrogación tácita (*opt-out*). Y debe recordarse que el apartado 2 de este artículo 80 RGPD faculta a los Estados miembros a establecer el mecanismo *opt-out* para las acciones de representación de cesación y declarativas.

157.- El artículo 850 regula el pronunciamiento del tribunal -en el mismo auto de certificación- sobre la financiación del proceso por un tercero, que se rechazará cuando concurra conflicto de intereses. El precepto se atiene a lo

²⁷ Así se ha puesto de manifiesto en derecho comparado. En Irlanda el *Joint Committee on Enterprise Trade and Employment* subrayaba que el sistema de *opt-in* promueve una participación activa de los individuos adheridos que pueden transmitir su interés a la entidad habilitada tanto en aspectos estratégicos del proceso como en aprobar transacciones.) -cfr. Report on Pre-legislative scrutiny on the general scheme of representative actions Bill -[enlace](#)-, págs. 21 y 22-.



dispuesto en el artículo 10 de la Directiva, y recoge casi en su literalidad lo dispuesto en sus apartados 1 y 2. Cuando el tribunal aprecie la concurrencia de conflicto de intereses requerirá a la entidad demandante para que renuncie a la financiación o la modifique en lo necesario. Caso de no hacerlo, el tribunal sobreseerá el proceso o excluirá del mismo a la entidad afectada, de haber concurrido otra no afectada por el conflicto de intereses.

158.- Cabe señalar, en este punto, que el apartado 1 del artículo 10 de la Directiva deja en manos de los Estados miembros la decisión sobre la financiación de las entidades habilitadas (“[e]n la medida en que lo permita el Derecho nacional [...]”). Por otra parte, el artículo 20 de la Directiva, bajo la rúbrica “Asistencia para entidades habilitadas”, contempla medidas que incluyen la financiación pública, el apoyo estructural a las entidades habilitadas, la limitación de tasas judiciales o el acceso a la justicia gratuita; si bien, el Considerando (70) se cierra indicando que «[n]o obstante, no puede exigirse a los Estados miembros que financien las acciones de representación». El prelegislador no ha hecho uso de tales medidas, y aunque se ha movido dentro de las facultades de opción que confiere la Directiva, hubiera sido conveniente explicar los motivos por los que se ha prescindido de ellas²⁸.

159.- Por otra parte, aunque la Directiva y el anteproyecto parecen concebir la financiación por terceros conforme a un sistema de retorno de carácter pacticio (cfr. artículo 865.2 del anteproyecto), pudiera ser aconsejable, en evitación de conflictos de intereses, establecer un límite al retorno que los financiadores pudieran obtener de su inversión, y en aras a facilitar el control judicial de la financiación y del eventual conflicto de intereses, que en la información que al respecto ha de contener la demanda se facilitase y aportase el pacto de *quota litis* o similar a través del que se quisiera articular aquel retorno de la inversión. Y sería conveniente que en el auto de certificación, al pronunciarse sobre la financiación se explique que la acción colectiva está sometida a un acuerdo de *quota litis* -o similar-, explicando su incidencia en la financiación, a fin de que los consumidores puedan ejercitar el *opt-out*, o en su caso el *opt-in*, con conocimiento de la carga económica que dicho acuerdo comporta²⁹.

160.- Se advierte que el prelegislador ha previsto expresamente la posibilidad de recurso de apelación contra el auto de certificación, sea cual sea su sentido -certificando la acción o denegando la certificación-, apelación que se tramitará con carácter preferente (artículo 855). Con independencia de este carácter, el recurso habrá de tener efectos suspensivos en la medida

²⁸ La Resolución aprobada por el Parlamento Europeo el 13 de septiembre de 2022 contiene recomendaciones a la Comisión respecto de la financiación privada de litigios responsable [2020/2130 (INL)], en la que se incluye una propuesta de Directiva.

²⁹ Similar previsión habrán de contener los acuerdos de resarcimiento homologados regulados en la sección 5ª del capítulo III del nuevo Título IV del Libro IV.



en que, certificada la acción, se abre el plazo para expresar la desvinculación o la vinculación, según proceda. Y se advierte también que al regular la oposición a la relación de consumidores y usuarios que han expresado su voluntad respecto de la acción de representación resarcitoria, oposición que se dirimirá en incidente contradictorio y se resolverá mediante auto aprobando la relación de consumidores individuales que hubiesen expresado su voluntad de desvinculación o, en su caso, de vinculación, el prelegislador ha previsto únicamente el recurso de reposición contra dicho auto, sin perjuicio de poder reproducirse la cuestión al apelar la sentencia (artículo 857).

161.- En cuanto a los efectos del auto de certificación sobre el proceso, el artículo 852 prevé que, cuando se haya ejercitado una acción de representación resarcitoria en la que se pretenda la condena al pago de cantidades de dinero, el tribunal podrá acordar, si así lo solicitan todas las partes o si lo considera adecuado para una buena administración e justicia, que el proceso se desarrolle en lo sucesivo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 863, que regula el procedimiento con pronunciamientos sucesivos; y quedará en suspenso el curso de las actuaciones hasta que concluya el plazo para expresar la voluntad de desvinculación o de vinculación, según procesal.

162.- Este procedimiento con pronunciamientos sucesivos que regula el artículo 863 se desdobra en dos fases: una primera, que se ciñe a determinar la responsabilidad del demandado por la conducta infractora, y concluye con una sentencia declarativa de la responsabilidad (o denegatoria de dicha responsabilidad); y una fase posterior al dictado de la sentencia declarativa que tiene por objeto determinar las cantidades a que tengan derecho los beneficiarios de la acción de representación. Conforme al apartado 3 de este artículo, la sentencia declarativa de la responsabilidad no será recurrible directamente, sin perjuicio de recurrir la sentencia en la que el tribunal resuelva sobre el importe de las cantidades que han de abonarse. Debe entenderse, y así debería expresarse, que en el recurso se podrá impugnar el pronunciamiento sobre el presupuesto de la pretensión de condena, cual es la declaración de la responsabilidad por la conducta infractora.

163.- El artículo 853 regula, por su parte, los efectos del auto de certificación sobre las acciones individuales de resarcimiento. La regla a este respecto es, conforme se desprende del artículo 9.4 de la Directiva, la de la improcedencia del ejercicio de acciones individuales por quienes hayan expresado su voluntad de ser representados en una acción colectiva. A partir de esta regla, deben diferenciarse los casos en que el inicio del proceso individual tiene lugar antes de la preclusión del plazo para expresar la voluntad de desvincularse o de vincularse en el proceso colectivo, de aquellos en los que el proceso individual se promueva con posterioridad.



164.- En el primer supuesto, el tribunal ante el que se ejercite la acción individual cuyo objeto esté comprendido en el auto de certificación deberá poner en conocimiento del demandante o demandantes dicho auto a fin de que manifiesten su voluntad de vincularse a la acción de representación (apartado 1 del artículo 853). Este requerimiento, que en realidad lo es para expresar la voluntad de vincularse a la acción colectiva -es decir, un *opt-in*- se debe producir en aquellos casos en los que la acción resarcitoria individual se ha ejercitado antes del auto de certificación y de la apertura del plazo para expresar la voluntad de desvincularse o de vincularse, según proceda, porque si se ejercita la acción individual resarcitoria cuyo objeto esté comprendido dentro del auto de certificación dentro del plazo para expresar la voluntad de desvinculación o de vinculación, dicho ejercicio equivaldrá a la expresión de voluntad de no verse vinculado a la acción de representación resarcitoria y a su resultado; sin perjuicio de que en estos casos el tribunal pueda -aquí se formula en términos facultativos- informar al demandante de la existencia del proceso colectivo y ofrecerle la posibilidad de vincularse al mismo (apartado 4 de este mismo artículo).

165.- En el sistema de *opt-out* que, con carácter general, establece el anteproyecto, el ejercicio de la acción resarcitoria individual antes de la preclusión del plazo para manifestar la voluntad de desvinculación debe considerarse como la expresión implícita de la voluntad de desvinculación. Por consiguiente, si el demandante no manifiesta su voluntad de adherirse a la acción de representación -o no responde al requerimiento u ofrecimiento del tribunal-, el proceso individual seguirá su curso (con comunicación al tribunal que esté conociendo la acción de representación, a los efectos de considerar desvinculado al demandante individual). Y solo cuando manifieste su voluntad de vincularse al proceso colectivo, se sobreseerá el proceso individual.

166.- Este mecanismo opera también en los casos en los que se acuerde el sistema *opt-in*. En tales supuestos, el ejercicio de la acción individual antes del plazo de manifestación de vinculación ha de suponer una implícita manifestación de la voluntad de no quedar vinculado a la acción de representación y a su resultado.

167.- Cuando la acción resarcitoria individual se ejercita precluido el plazo de manifestación de la voluntad de quedar desvinculado de la acción de representación, en el marco del sistema general de *opt-out*, la consecuencia ha de ser la vinculación por defecto con la subsiguiente proscripción del ejercicio de acciones resarcitorias individuales con el mismo objeto, o cuyo objeto esté comprendido en el auto de certificación. Por consiguiente, no podrán admitirse a trámite las demandas en las que se ejerciten las acciones individuales con inobservancia de la prohibición anterior, o deberán sobreseerse.



168.- Lógicamente, lo anterior no regirá cuando se hubiese adoptado el sistema *opt-in*, o cuando este deba ser el mecanismo que deba aplicarse por tener los consumidores su residencia habitual fuera del territorio español.

169.- Este esquema se refleja adecuadamente en el artículo 853, si bien no se encuentra convenientemente explicado el tratamiento diferenciado de los supuestos contemplados en sus apartados 1 y 4.

170.- Por otra parte, se valora positivamente la previsión contenida en el artículo 854 relativa a la continuación del procedimiento respecto de la acción de representación de cesación acumulada a la acción resarcitoria, cuando se hubiese denegado la certificación de esta última.

171.- La sección tercera del capítulo III de este nuevo Título IV del Libro IV regula las actuaciones posteriores a la certificación. Se abre con el artículo 856, que incide en la necesidad de que los consumidores afectados se registren en la plataforma electrónica para expresar su voluntad de desvincularse o de vincularse a la acción de representación resarcitoria, sin que resulte preciso servirse a tal fin de abogado y procurador, previsión esta última que se valora positivamente, pero que comporta la necesidad de que el acceso a la plataforma y el procedimiento para la expresión de la voluntad sea claro, sencillo y accesible.

172.- Como más arriba ha quedado expuesto, la debida garantía de la tutela judicial colectiva, en el sistema de *opt-out* que con carácter general estatuye el anteproyecto, requiere del establecimiento de mecanismos de publicidad que faciliten a los consumidores y usuarios el conocimiento de las acciones de representación resarcitorias entabladas, por una parte, y por otra de la articulación de mecanismos o instrumentos a través de los cuales puedan expresar su voluntad de desvincularse, o de vincularse, según el caso, de la acción colectiva. Estos mecanismos, cuando se configuran a través de plataformas electrónicas o se sirven de medios tecnológicos, han articularse de tal modo que garanticen el acceso de forma sencilla a las funcionalidades de que disponen así como su utilización, de manera igualmente sencilla, por parte de los consumidores y usuarios, los cuales deben disponer de la información necesaria, en términos claros y sencillos, acerca del procedimiento para el acceso y su utilización.

173.- Estas exigencias, que vienen impuestas por el derecho a la tutela judicial efectiva, y que se proyectan sobre las características de los medios tecnológicos de los que se sirve la Administración de Justicia, conllevan la necesidad, por una parte, de que normativamente, siquiera a nivel reglamentario, se determinen los requisitos y especificidades técnicas que deberá cumplir la plataforma electrónica a través de la cual los consumidores y usuarios han de expresar su voluntad de desvincularse o de adherirse a la acción de representación resarcitoria, en garantía de la claridad, sencillez y



accesibilidad que debe presidir el procedimiento para la utilización de dicha plataforma; y de otra parte, que la observancia de tales garantías no solo ha de quedar en manos de la entidad habilitada, sino que debe estar sometida al control judicial, en la medida en que sirven al adecuado ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Lo adecuado, entonces, sería que la entidad habilitada manifestase en su demanda cuál es la plataforma electrónica a través de la cual habrá de expresarse la voluntad de desvinculación o de vinculación, con expresión de sus características técnicas y funcionalidades, a partir de las que reglamentariamente se determinen, de manera que el tribunal pueda verificar el cumplimiento de los requisitos de claridad, sencillez y accesibilidad del procedimiento para su utilización.

174.- Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que no todos los ciudadanos están obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia; y que en muchos casos, bien sea por razón de modificaciones a su capacidad de obrar, bien sea por razón de situaciones de vulnerabilidad, bien por motivos de diferente naturaleza, el acceso y la utilización de los medios tecnológicos puestos al servicio de la Administración de Justicia es imposible o difícilmente realizable. La garantía de la tutela judicial colectiva, en el marco del procedimiento para el ejercicio de las acciones de representación que diseña el prelegislador, pasa no solo por establecer medios alternativos para facilitar la expresión de la voluntad de los consumidores y usuarios de desvincularse o de adherirse a la acción colectiva, sino también por el debido control judicial de las medidas alternativas dispuestas, que no solo han de quedar en manos de la entidad habilitada, tal y como dispone el apartado 3 del artículo 856.

175.- El artículo 859, bajo el enunciado "Prueba de la existencia de la conducta infractora", dispone que "[E]l tribunal podrá valorar como prueba de la existencia de la conducta infractora las resoluciones firmes de otros órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas, así como las resoluciones firmes de los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, en relación con la misma conducta y el mismo empresario o profesional". Esta previsión, con la que se incorpora al ordenamiento interno el artículo 15 de la Directiva, debe tomarse con cautela. En primer lugar, porque la Directiva parece referirse únicamente a los efectos probatorios de las resoluciones firmes de los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas que *declaren* la existencia de una infracción lesiva de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, mientras la norma nacional parece tener mayor amplitud, al referirse a la prueba de la existencia de la conducta infractora, lo que cabe interpretar que comprende tanto las resoluciones que declaran tal infracción como aquellos que declaran no haberse producido. Y en segundo lugar, el precepto no puede llevarse al punto de entender que aquellas resoluciones tienen un efecto vinculante, respecto de los hechos que



declaran, mayor que el resto de los elementos de prueba de que disponga el tribunal, pues tal entendimiento sería de dudosa constitucionalidad y pugnaría con el principio de libre valoración de la prueba al que, por ende, se refiere el Considerando (64) de la Directiva. La eficacia probatoria de tales resoluciones ha de ser la que se deriva de los dispuesto en los artículos 319 y 323 de la LEC, lo que debería ser objeto de precisión en el texto anteproyectado.

176.- El artículo 860 se refiere a la sentencia. Distingue la norma los casos en los que la sentencia estimatoria de la acción resarcitoria afecte a consumidores y usuarios determinados, teniendo en cuenta lo dispuesto en el auto de certificación o, en su caso, en el auto por el que se aprueba la relación de consumidores que han optado por desvincularse de la acción o, en su caso, por vincularse a ella. Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá las características y requisitos necesarios para poder beneficiarse de sus pronunciamientos.

177.- Se diferencia a continuación entre los casos de sentencias estimatorias de pretensiones de resarcimiento que comporten la obligación del demandado de pagar una determinada cantidad a los consumidores y usuarios afectados, en cuyo caso, si están determinados o son determinables, la sentencia establecerá la cantidad que corresponde a cada uno de ellos o, en su caso, a cada una de las diversas categorías en que deban agruparse, fijando el plazo en el que el demandado deberá de proceder al pago directo a los beneficiarios -con la previsión de sanciones por el retraso en el cumplimiento de la sentencia-, y estableciendo las actuaciones que, en su caso, hayan de llevar a cabo los consumidores y usuarios para que se haga efectivo el pago a que tengan derecho. Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá las características y requisitos necesarios para poder beneficiarse de sus pronunciamientos, y fijará la cantidad en que, según las estimaciones del tribunal, ha de cifrarse el importe máximo de las sumas que deberían abonarse a los consumidores y usuarios afectados, así como el importe de la liquidación encomendada a la entidad habilitada demandante, en los términos previstos en el artículo 877, el plazo en el que el demandado habrá de proceder al ingreso de dicha cantidad en la cuenta de depósitos y consignaciones -con la previsión de sanciones por eventuales retrasos en el cumplimiento de la obligación-, y las actuaciones que, en su caso, deban llevar a cabo los consumidores y usuarios para que se haga efectivo el pago a que tengan derecho, así como el plazo para ellos. La norma contempla la posibilidad de solicitar un incremento del importe máximo fijado a través de un incidente que, tras la vista, se resolverá mediante auto susceptible de apelación. Y regula finalmente las sentencias estimatorias de pretensiones de resarcimiento que comporten la obligación de realizar prestaciones distintas al pago de cantidades de dinero. Se prevé expresamente el recurso de apelación contra la sentencia y asimismo el recurso de casación.



178.- Respecto de esta regulación cabe hacer las siguientes observaciones:

- i) El precepto regula con suficiente completitud los distintos supuestos que pueden darse, en función de la determinación o posibilidad de determinación de los consumidores y usuarios afectados por la sentencia estimatoria, y en atención a la naturaleza de la prestación del pronunciamiento resarcitorio. La norma anticipa el régimen sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias (y acuerdos) resarcitorios que se contiene en la sección sexta de este capítulo III, que distingue el cumplimiento voluntario y la ejecución forzosa de condenas al pago de cantidades de dinero cuando todos los beneficiarios estén identificados, el cumplimiento voluntario y la ejecución forzosa de condenas al pago de cantidades de dinero cuando no todos los beneficiarios están identificados, el cumplimiento y ejecución de condenas no dinerarias y, en fin, la ejecución de los acuerdos resarcitorios.
- ii) Es de destacar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 877, la liquidación para proceder a la distribución de las cantidades a que ascienda la condena en los casos en que no todos los beneficiarios estén identificados, y en los casos de incumplimiento voluntario de la sentencia por el condenado, se confiere a la entidad habilitada. Esta atribución de la competencia para llevar a cabo la liquidación se valora positivamente, en la medida en que se descarga al tribunal de tal función, al tiempo que se habilita el necesario control judicial en el caso de existir discrepancias en la distribución (artículo 879) y se contempla la rendición de cuentas que la entidad habilitada habrá de presentar a tribunal, con el correspondiente trámite contradictorio de impugnación y de oposición y la subsiguiente sentencia, tras la celebración de vista, que será recurrible en apelación de tramitación preferente.
- iii) La distribución de las cantidades depositadas entre los beneficiarios, en los casos anteriores, se llevará a cabo facilitando a los consumidores y usuarios afectados el acceso a la plataforma electrónica -o mecanismo diverso (aquí sí se contempla)- para solicitar su cobro, con la acreditación de que concurren en ellos las características y los requisitos necesarios establecidos en la sentencia, y dando, de ser necesario, la oportuna publicidad a tales efectos. De este modo, conjugando las disposiciones relativas a la expresión de la voluntad de desvincularse, o de vincularse, a la acción de representación resarcitoria, tras el auto de certificación, las referidas al contenido de la sentencia y las relativas al cumplimiento y ejecución forzosa, se satisfacen con suficiencia las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de las acciones colectivas. Es especialmente destacable la especial



- atención que para el prelegislador merecen los consumidores y usuarios que se hallen en situación de vulnerabilidad (artículo 878).
- iv) El anteproyecto regula el destino que habrá de darse al remanente tras la aprobación de las cuentas -o en su caso, resuelta la oposición-, que se pondrá a disposición del condenado, a quien se habrán de dirigir quienes con posterioridad alegasen su condición de beneficiarios, sustanciándose el correspondiente incidente, en caso de negativa del condenado a reconocer tal condición.
 - v) El cumplimiento y ejecución de condenas no dinerarias se regula en términos similares, con las necesarias adaptaciones en atención a la naturaleza del pronunciamiento condenatorio. Es de destacar, y debe valorarse positivamente, la previsión de que tanto la solicitud de ejecución forzosa como de reconocimiento de la condición de beneficiario se lleve a cabo a través de impresos o formularios para facilitar la solicitud y el reconocimiento de dicha condición, sin perjuicio de que, tratándose de la solicitud de ejecución, esta se pueda formularse a través de la entidad habilitada demandante, y por medio de la plataforma electrónica, que deberá mantenerse operativa a tales efectos.
 - vi) Cabe observar, no obstante, que en los supuestos del artículo 860 apartado 3 relativos a beneficiarios determinados individualmente, un obligado autocumplimiento indiscriminado como el regulado, exime a los potenciales beneficiarios de acreditar mínimamente la consideración de efectivo beneficiario y puede conllevar consecuencias no deseadas o admitidas por el consumidor en casos de acumulación de acción de cesación y resarcitoria (e.g. nulidad de su contrato, cancelación de la relación, etc.). A tal efecto, resultaría más adecuado en previsión de la futura regulación de Servicios de Atención al Cliente, la regulación de un trámite extrajudicial previo mediante en el que el consumidor beneficiado se pudiese dirigir a tal Servicio para reclamar su derecho y particular interés, permitiendo cumplir al profesional en un plazo razonable sin necesidad de consumir recursos de la Administración de Justicia y permitiendo una libre disposición del consumidor sobre el derecho reconocido.

179.- El artículo 862 establece los efectos de la cosa juzgada de la sentencia firme. Coherentemente con el sistema de vinculación por defecto, como regla general, la extensión subjetiva de la cosa juzgada de la sentencia alcanzará a los consumidores y usuarios comprendidos en el auto de certificación, aunque no hayan sido identificados de manera individualizada en dicha resolución o en la sentencia. Este alcance *ultra partes*, en el sistema de vinculación por defecto, se explica en el modelo procedimental propuesto a partir del contenido del auto de certificación, donde se determinará el ámbito



objetivo y subjetivo del proceso, conforme a lo dispuesto en el artículo 848.1, del mecanismo de *opt-out* que se establece con carácter general -o excepcionalmente, del *opt-in*, también en los casos en que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 848, resulte procedente-, de la manifestación de la voluntad de desvinculación o, en su caso, de vinculación, en su caso, del ejercicio de acciones individuales dentro del plazo para emitir la manifestación de voluntad, de la aprobación relación de consumidores y usuarios que han expresado su voluntad respecto de la acción de representación resarcitoria, y, en fin, del contenido de la sentencia en los términos previstos en el artículo 860, ya analizado. Paralelamente, la norma contempla el alcance subjetivo de la cosa juzgada de la sentencia cuando se ha acordado el sistema *opt-in*, o cuando este es el procedente, y en su apartado segundo vincula el efecto negativo de la cosa juzgada material y la extensión *ultra partes* de la cosa juzgada de la sentencia firme. Debe entenderse que dicho efecto, y su extensión, se produce no solo en los casos de sentencias *secundum litis*, si bien resulta conveniente que el prelegislador lo precise.

180.- La sección quinta del capítulo III del nuevo Título IV del Libro IV regula los acuerdos de resarcimiento y su homologación judicial.

181.- El anteproyecto distingue entre la homologación de los acuerdos resarcitorios tras la certificación de la acción de representación y la homologación de los acuerdos resarcitorios previos a la certificación de la acción.

182.- En el primer caso, se toma como punto de partida la determinación del alcance objetivo y subjetivo del proceso, y el acuerdo homologable habrá de expresar la cantidad que deba pagarse a cada beneficiario -cuando están identificados individualmente- a o cada categoría de beneficiarios que se haya establecido. De ser posible, se expresará la cantidad total que habrá de abonarse como indemnización, así como los criterios y el procedimiento para distribuirla entre los consumidores y usuarios afectados. La vinculación al acuerdo está sometida al resultado de la manifestación de la voluntad de desvincularse, de adherirse a la acción, en su caso, y de ahí que, de acuerdo con el apartado 5 del artículo 865, el tribunal suspenderá el proceso hasta que venza el plazo a que se refiere el apartado 5 del artículo 848, y una vez concluido el plazo, se reanudará el proceso para la confección y aprobación de la relación de los consumidores y usuarios que hubiesen expresado su voluntad respecto de la acción de representación. El acuerdo que haya sido homologado por el tribunal tras la certificación de la acción de representación resarcitoria será vinculante para las partes y los consumidores y usuarios afectados por ella que no hubiesen manifestado su voluntad de desvincularse de ella, o que hubiesen expresado su voluntad de quedar vinculados a la misma, según el caso.



183.- Por lo tanto, el acuerdo resarcitorio homologado y su eficacia participan de los mecanismos de vinculación por defecto y, en su caso, de vinculación por adhesión, previstos con carácter general para el procedimiento para el ejercicio de las acciones de representación resarcitorias, y de la eficacia vinculante de la cosa juzgada de la sentencia firme que le ponga término. Este alcance subjetivo de los efectos del acuerdo homologado (cfr. artículo 866), similar al de la sentencia firme, cede en los casos en los que el acuerdo no prevea el procedimiento que deba seguirse en caso de que, tras la homologación, aparezcan nuevos daños, sean previsibles o no; en cuyo caso, al acuerdo no vinculará a los consumidores y usuarios afectados en cuanto a los nuevos daños o al agravamiento de los daños sobrevenidos después de su celebración (apartado 3 del artículo 866).

184.- Merece una valoración positiva la previsión de la no homologación del acuerdo en los casos en que el tribunal considere que es indebidamente lesivo de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios afectados -para lo cual habrá de tener en cuenta las circunstancias y los extremos referidos en el apartado 2 del artículo 865-, cuando sea contrario a normas imperativas o esté sujeto a condiciones que no puedan cumplirse.

185.- Los artículos 867 y siguientes regulan la homologación de los acuerdos de resarcimiento antes de la certificación de la acción.

186.- En estos casos, y toda vez que no se parte de la determinación del ámbito subjetivo del proceso que ha de formar parte del contenido del auto de certificación, en la solicitud de homologación del acuerdo deberán especificarse los consumidores y usuarios que habrán de verse afectados por él, sea de forma individualizada, sea estableciendo las características y los requisitos necesarios para poder beneficiarse de él. El acuerdo solo se homologará si es conforme con lo establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 865, y si concurren los requisitos -y no concurren los óbices- de los que dependería la certificación de la acción resarcitoria.

187.- El auto por el que se homologue el acuerdo establecerá el plazo para el ejercicio del *opt-out* o, en su caso, de *opt-in*, para lo cual se dispondrá de la plataforma electrónica a que se refiere el artículo 849, previéndose trámites de publicidad y de comunicación individual similares a los establecidos para el procedimiento para el ejercicio de la acción de representación resarcitorias. Son extensibles a las previsiones que regulan estos trámites las consideraciones realizadas respecto de aquel, así como las relativas a las exigencias de claridad, sencillez y accesibilidad de los procedimientos para la utilización de la plataforma y de sus funcionalidades, y las referidas al deber de comunicarse electrónicamente con la Administración de Justicia y, en fin, a las exigencias impuestas por la tutela judicial efectiva en las acciones colectivas.



188.- Los establecidos para los acuerdos homologados con posterioridad a la certificación, con remisión a lo dispuesto en el artículo 857.

189.- La eficacia del acuerdo homologado antes de la certificación (artículo 871) se extenderá a las partes y a los consumidores y usuarios afectados que no hayan expresado su voluntad de desvincularse de él, o, en su caso, y cuando proceda, a los consumidores y usuarios que hubieran expresado su voluntad de adherirse a él.

190.- El artículo 872 regula los efectos de la homologación del acuerdo respecto de los procesos en que se ejerzan acciones individuales. En síntesis, el precepto contempla la posibilidad de que los consumidores y usuarios que estén ejercitando acciones resarcitorias individuales manifiesten su voluntad de adherirse al acuerdo, una vez se haya puesto en su conocimiento, de manera que, si manifiesta su voluntad de adherirse, el tribunal que esté conociendo el procedimiento en el que se ejercita la acción individual dispondrá su sobreseimiento. En términos similares al artículo 853, la interposición por uno o varios consumidores y usuarios de una demanda en ejercicio de una acción resarcitoria individual durante el plazo dentro del cual los consumidores afectados por el acuerdo resarcitorio habrán de manifestar su voluntad expresa de no quedar vinculados por este, equivaldrá a la expresión de la voluntad de no verse vinculado; si bien, el tribunal ante el que se esté ejercitando la acción individual podrá informar al demandante de la existencia del acuerdo y ofrecerle la posibilidad de adherirse al mismo. En análogos términos al artículo 853.5, transcurrido el plazo para expresar la voluntad de desvinculación o, en su caso, de adhesión al acuerdo, no podrán ejercitarse acciones resarcitorias individuales cuyo objeto esté comprendido por el auto homologado, salvo en los casos en los que se hubiese adoptado, o fuera procedente, el sistema *opt-in*. Son extensibles a este artículo las observaciones realizadas en relación con el artículo 853.

c) En relación con la modificación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

191.- El artículo segundo del anteproyecto modifica los artículos 24, 25, 37 y 46 del TRLGDCU, y la rúbrica y el contenido del Capítulo I del Título V.

192.- La modificación del artículo 24 afecta a su apartado segundo, al que se da nueva redacción para establecer la legitimación para el ejercicio de las acciones de representación a las asociaciones de consumidores y usuarios que cumplan con lo establecido en el artículo 54. En este, en su apartado 1, letra a), se establece que se consideran entidades habilitadas para el ejercicio de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios "a) Las asociaciones de consumidores y usuarios habilitadas para el ejercicio de acciones de representación, nacionales o transfronterizas, de conformidad con lo establecido en el artículo



siguiente". La remisión que opera el apartado 2 del artículo 24 se muestra, de este modo, un tanto redundante, y sería más adecuado, en buena técnica, remitirse al artículo 55, que regula la legitimación de las Asociaciones de consumidores y usuarios establecidas en España para el ejercicio de acciones de representación nacionales o en otro Estado miembro de la Unión Europea y las condiciones para ser designadas como tales.

193.- La modificación del apartado c) del artículo 37 tiene un carácter meramente técnico, con objeto de suprimir la referencia a los intereses generales, colectivos y difusos, en coherencia con el nuevo marco regulatorio de las acciones de representación. La misma finalidad, y el mismo carácter técnico, tiene la modificación del apartado noveno del artículo 46.

194.- Las modificaciones más relevantes se encuentran en el capítulo I del título V del texto refundido, que incorporan las previsiones de la Directiva relativas a las entidades habilitadas para el ejercicio de las acciones de representación.

c.1. Sobre la legitimación y sus requisitos

195.- La sección primera de este capítulo I se refiere a la legitimación y a los requisitos para ser designadas entidades habilitadas, en tanto que la segunda sección regula el procedimiento para la designación de asociaciones de consumidores y usuarios habilitadas para el ejercicio de acciones de representación.

196.- Como ha quedado indicado, la Directiva únicamente reconoce la legitimación extraordinaria a las entidades habilitadas que cumplan con una serie de requisitos y que hayan sido expresamente designadas como tales por los Estados miembros para el ejercicio de acciones de representación. Deja, sin embargo, a los Estados miembros la determinación de los requisitos que deben acreditar las entidades que quieran habilitarse a tales efectos. El artículo 4.4 de la Directiva solo exige que los criterios que se utilicen "sean conformes con los objetivos [de la Directiva] para que el funcionamiento de dichas acciones de representación sea eficaz y eficiente".

197.- Por el contrario, para el ejercicio de las acciones de representación transfronterizas el artículo 4.3 impone ciertos criterios o requisitos para la habilitación, que pueden sintetizarse en los siguientes: i) que la entidad se haya constituido de conformidad con el Derecho nacional del Estado miembro de su designación, y pueda demostrar haber desempeñado de manera efectiva y pública una actividad en el ámbito de la protección de los intereses de los consumidores durante, al menos, doce meses a contar desde el momento de la solicitud de designación; ii) que su finalidad estatutaria sea la protección de los intereses de los consumidores; iii) que no tenga ánimo de lucro; iv) que no esté incurso en procedimiento de insolvencia ni esté declarada insolvente; v) que sea independiente y no esté influida por personas distintas



de los consumidores, y en particular por empresarios, incluidos financiadores, que tengan un interés económico en el resultado del procedimiento, y que a tal fin haya establecido procedimientos para evitar tal influencia y eventuales conflictos de interés; y vi) que sea transparente, de tal forma que informe en su sitio web sobre el cumplimiento de los requisitos anteriores, así como sobre las fuentes de financiación en general, su estructura organizativa, su gestión y composición, su finalidad estatutaria y sus actividades.

198.- Por otra parte, la Directiva reconoce a los Estados miembros la posibilidad de designar como entidades habilitadas a organismos públicos con competencias administrativas en la tutela de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios.

199.- El anteproyecto, con las modificaciones que introduce en el TRLGDCU, generaliza, por una parte, la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios inscritas, prescindiendo del requisito de representatividad exigido para la legitimación en el ejercicio de las acciones colectivas en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios indeterminados o de difícil determinación (artículo 11.3 LEC, en la redacción vigente). Este requisito de representatividad se identifica en la actualidad con la pertenencia al Consejo de Consumidores y Usuarios regulado por el real decreto 894/2005, de 22 de julio, que establece unos criterios para apreciar tal representatividad, entre los que se encuentran: i) la implantación territorial que acrediten, con preferencia de las que tienen alcance nacional; ii) el número de socios individuales, que no podrá ser inferior a 10.000; iii) la trayectoria demostrable y trazable en el ámbito de la protección de los consumidores, medida a partir de criterios tales como la presencia en órganos de representación y consulta, la participación en el Sistema Arbitral de Consumo, el mantenimiento de sistemas de consulta y reclamaciones, la experiencia previa en la interposición de acciones judiciales en defensa de los intereses de los consumidores, la realización de actividades formativas e informativas, o la disposición de un volumen mínimo de recursos no procedentes de financiación pública; y iv) los programas o actividades concretas a desarrollar que sean relevantes por su número, repercusión social o importancia para los consumidores.

200.- El prelegislador, por tanto, ha generalizado la legitimación a todas las asociaciones de consumidores y usuarios, sean o no representativas, que cumplan los requisitos para la designación recogidos en el apartado 3 del artículo 55 TRLGDCU, de nueva redacción; que no son otros que los establecidos en el artículo 4.3 de la Directiva para las entidades habilitadas para ejercitar acciones de representación transfronterizas, precepto que se reproduce prácticamente en su literalidad, en uso de la autorización que confiere el apartado 5 del artículo 4 de la Directiva. Debe observarse que el único Estado miembro con experiencia en el sistema de representación subrogada tácita o por exclusión (opt-out) tiene como uno de los pilares



fundamentales de su modelo procesal un ejercicio de control férreo sobre el requisito de la representatividad, dado que este mecanismo de representación no consentida puede causar daños irreparables a los consumidores, en la medida en que quedarán vinculados al resultado de la acción de representación resarcitoria de la que no han tenido conocimiento o no hayan podido desistir oportunamente, y además, perderán su derecho a reclamar individualmente. Este control consiste en otorgar facultades al juez para controlar dicha representatividad y, adicionalmente, poner en competencia a varias asociaciones que acrediten representatividad para seleccionar la más idónea en términos de representación de número de afectados, interés económico implicado y prestigio aquilatado en acciones anteriores³⁰.

201.- Puede entenderse, en consecuencia, que el prelegislador ha considerado que el rasgo de la representatividad puede suplirse por la concurrencia, cumulativa, de los requisitos exigidos para la habilitación. A este respecto, cabe incidir, por un lado, en la loable preocupación por evitar que las asociaciones que aspiran a la habilitación sirvan a la estrategia de los financiadores orientada a crear vehículos de litigación bajo el revestimiento formal de la asociación constituida y que acredite haber desempeñado de manera efectiva y pública una actividad en el ámbito de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios durante el periodo de tiempo exigido. Pero al mismo tiempo, y por otro lado, existen aspectos en la norma que, al transponerse, requieren mayor grado de precisión, como la comprobación de la independencia de la entidad y la ausencia de influencia de personas distintas de los consumidores, y en especial de terceros financiadores, o sobre qué debe entenderse por "fuentes de financiación en general".

202.- El artículo 54 TRLGDCU mantiene la legitimación, al atribuirles la condición de entidades habilitadas, de la Dirección General de Consumo y de las entidades de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios. A este respecto, cabe hacer las siguientes observaciones: a) la atribución de la condición de entidad habilitada a las autoridades administrativas, nacionales, autonómicas o locales, competentes en materia de consumo y de defensa de los consumidores y usuarios cobra todos su sentido cuando se trata del ejercicio de acciones de cesación, para las que el Derecho vigente les reconoce la legitimación (artículo 54.3 TRLGDCU), pero es más discutible cuando se trata de acciones resarcitorias, que se sitúan en la estricta esfera del derecho de daños y sirven a intereses exclusivamente patrimoniales; b) la legitimación de estas entidades públicas presenta el inconveniente, no enteramente resuelto, que entraña la dificultad de dissociar el ejercicio de sus

³⁰ Cfr. Artículo 1018e del Código de Procedimiento Civil holandés -[enlace](#)-.



funciones como entidad integrada en las administraciones públicas que disponen de potestades sancionadoras y el ejercicio de sus funciones como entidad legitimada para la defensa de los consumidores y usuarios, y en particular, a la hora de separar la declaración de ilicitud que conforma la eventual infracción administrativa de la declaración de ilicitud que constituye el presupuesto de la acción de representación de cesación o resarcitoria (o de ambas).

203.- Por otra parte, la legitimación que se confiere a las autoridades con competencia en materia de consumo de las comunidades autónomas y entidades locales habrá de entenderse, rectamente, limitada a las acciones de representación como consecuencias de ilícitos cuyos efectos lesivos se circunscriban al ámbito autonómico o local, siendo más discutible reconocerles una legitimación de ámbito nacional; y ello, sin perjuicio de la competencia que, en cualquier caso, corresponda al juzgado del lugar donde el demandado tenga su domicilio (artículo 843).

204.- En lo que se refiere al Ministerio Fiscal, más arriba se ha puesto de manifiesto la aparente contradicción que supone reconocerle la legitimación -la condición de entidad habilitada- y al mismo tiempo su condición de tercero con facultades de intervención voluntaria en los procesos en los que se ejerciten acciones de representación. Como allí se indicaba, esta aparente contradicción ha de salvarse entendiendo referida la intervención voluntaria del Ministerio Fiscal a los procesos promovidos por otras entidades habilitadas, y sin perjuicio de su legitimación para ejercitar las acciones de representación como entidad habilitada.

c.2 Sobre el procedimiento para la designación de asociaciones de consumidores y usuarios como entidades habilitadas para el ejercicio de acciones de representación

205.- La sección segunda del capítulo I del nuevo Título V del TRLGDCU contiene la regulación del procedimiento para la designación de las entidades habilitadas. La regulación propuesta parte de los requisitos para la designación y de la competencia para designar a las entidades habilitadas establecidos en la sección precedente, y en términos generales se sujeta a las disposiciones de la Directiva en lo que se refiere a los listados de entidades habilitadas (artículo 56 bis), a la información y supervisión de entidades habilitadas para el ejercicio de acciones *de representación* transfronterizas (el enunciado del artículo 56 ter debe corregirse, añadiendo "de representación"), a la revocación de la condición de entidad habilitada (artículo 56 quater) y a la evaluación de las entidades habilitadas para el ejercicio de acciones de representación transfronterizas (artículo 56 quinquies).



d) En relación con las disposiciones adicionales, transitorias y finales

206.- La disposición adicional primera crea el Registro Público de Acciones de Representación, bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia, cuyo contenido se detalla en el artículo 837 LEC.

207.- El párrafo segundo de esta disposición adicional remite al desarrollo reglamentario la estructura, contenido y el sistema de publicidad, así como los procedimientos de inserción y acceso, bajo los principios siguientes: "1º. Las resoluciones judiciales podrán publicarse en extracto en el que se recojan los datos indispensables para la determinación del contenido y alcance de la resolución. Dicho extracto será remitido por juzgado [sic] competente conforme a los modelos que se desarrollen reglamentariamente. 2º. El Registro deberá contar con un dispositivo que permita conocer y acreditar fehacientemente el inicio de la difusión pública de las resoluciones e información que se incluyan en el mismo".

208.- Respecto de estas previsiones, cabe hacer las siguientes observaciones: i) El Registro Público de Acciones de Representación constituye un instrumento indispensable en el ejercicio de las acciones de representación conforme al modelo proyectado por el prelegislador, en la medida en que ha de facilitar, tanto a los órganos jurisdiccionales como a los consumidores y usuarios, a las entidades habilitadas y a eventuales terceros financiadores la información y los datos necesarios para el desarrollo de la tutela colectiva de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. ii) la posibilidad de la publicación en extracto -sin que se precise a quién corresponde tomar la decisión al respecto- no concilia bien con la necesaria completitud de la información que ha de ofrecer el contenido de las resoluciones y actos inscribibles, así como de los asientos registrales mismos, para el adecuado ejercicio de las acciones de representación y la adecuada tutela colectiva de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios; iii) la previsión de la remisión de los extractos "conforme a los modelos que se aprueben reglamentariamente" parece no tener en cuenta los diversos sistemas de gestión procesal existentes en el territorio nacional, las distintas competencias de las Administraciones prestacionales en la Administración de Justicia, la necesidad de garantizar la homogeneidad en los modelos y sistemas procesales y su interoperabilidad y seguridad, y la necesaria intervención de este órgano de gobierno del Poder Judicial, en atención a las competencias que, sin perjuicio de las que corresponden al CTEAJE en materia de interoperabilidad y seguridad en el marco del Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad (EJIS), tiene atribuidas.

209.- La disposición transitoria primera establece que los procesos para la protección de los derechos e intereses colectivos y difusos de los



consumidores y usuarios pendientes a la fecha de entrada en vigor de la ley continuarán sustanciándose, en todas las instancias y recursos extraordinarios, así como la ejecución forzosa, conforme a la legislación procesal anterior.

210.- Se opta, de este modo, por una irretroactividad de grado máximo, lo que ofrece mayor claridad en la tramitación de los procedimientos y una mayor seguridad jurídica. Adicionalmente, cabría completar esta seguridad jurídica aplicando la norma a los contratos con consumidores y usuarios celebrados a partir de la entrada en vigor de la ley, siguiendo la misma pauta de la Ley 3/2014 que modificara en su día el TRLGDCyU en aspectos tan relevantes como las acciones de cesación (art. 53), la definición de cláusulas abusivas (art. 83) o el concepto de consumidor (art. 3), entre otras muchas. En aquel caso la Disposición Transitoria Única sobre Régimen Transitorio indicaba (sic) *“Las disposiciones de esta ley serán de aplicación a los contratos con los consumidores y usuarios celebrados a partir de 13 junio de 2014”*.

211.- La disposición transitoria segunda regula el plazo de prescripción de las acciones individuales de resarcimiento que puedan ejercitar los consumidores y usuarios, estableciendo que el ejercicio de una acción de representación suspenderá el plazo de prescripción de las acciones individuales de resarcimiento que puedan ejercitar los consumidores y usuarios frente a las infracciones de los empresarios o profesionales que hayan sido cometidas el 25 de junio de 2023 o después de esa fecha. La razón de fijar dicha fecha no es otra que la de ser la fecha de aplicación de las disposiciones legales de transposición de la Directiva, de conformidad con lo establecido en su artículo 24.1. La utilización de dicha fecha como referencia para establecer el efecto suspensivo de la prescripción de las acciones individuales de resarcimiento tiene como presupuesto, que se toma como cierto, la posibilidad de aplicación en esa fecha de la Ley ahora anteproyectada, cuando su aplicabilidad, depende, como es lógico, de su promulgación y publicación, y del transcurso de la *vacatio* que se establece en la disposición final decimotercera.

Las disposiciones finales modifican diferentes leyes sectoriales en materia de consumo para introducir en ellas las adaptaciones terminológicas y sistemáticas exigidas por el nuevo régimen de las acciones de representación, al que aquellas se remiten.

212.- Se introducen cambios, en concreto: en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros



destinados a los consumidores; en la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio; en 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; en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; en la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias; y en el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La adecuada transposición de la Directiva requiere de una nueva regulación completa de las acciones de representación, prescindiendo de la escasa, incompleta, dispersa y en algunos aspectos confusa regulación actual para establecer un régimen normativo de las acciones colectivas acomodado a las previsiones de la Directiva.

Las razones que abonan esta conclusión parten, de un lado, de la necesidad de incorporar al ordenamiento interno aspectos nucleares del régimen establecido en la Directiva no sometidos a la autonomía procesal de los legisladores nacionales. Entre ellos se encuentra, en primer término, el régimen al que han de quedar sujetos, en cuanto a su naturaleza, objeto y finalidad, las entidades habilitadas y, consecuentemente, el régimen de legitimación activa, y en otro orden de cosas, el régimen de su financiación y la evitación de conflictos de intereses y el ejercicio abusivo de las acciones de representación. En segundo término, la necesidad de articular, en una fase temprana del procedimiento, el control de los presupuestos del ejercicio de la acción de representación, tanto los subjetivos, relativos a la capacidad para ser parte y la legitimación, como los objetivos relativos a los requisitos inherentes a la acción colectiva ejercitada; fase de control o de certificación que habrá de alcanzar también al control de la financiación de las entidades habilitadas. En tercer lugar, el establecimiento de mecanismos procesales de información, tanto para permitir el control de la competencia y de los presupuestos del ejercicio de la acción colectiva, como para el ejercicio de las facultades de opción (opt-in u opt-out), cuyos mecanismos deberán quedar oportunamente incorporados a la normativa procesal. En cuarto lugar, la implementación de los deberes de información y registro de las acciones colectivas. En quinto término, la regulación de la obligación de información a



los consumidores concernidos del dictado de resoluciones firmes estimatorias de la acción o de acuerdos homologados. En sexto lugar, y vinculado a lo anterior, la regulación de la ejecución de las sentencias estimatorias de acciones colectivas de resarcimiento. En séptimo lugar, la regulación de los efectos procesales de las acciones colectivas respecto de las acciones individuales, así como del régimen de prescripción y de los efectos interruptivos o suspensivos de la misma. Y en octavo lugar, el establecimiento de medidas para evitar los efectos disuasorios de los costes de la litigación en masa.

SEGUNDA.- Junto con lo anterior se encuentra la necesidad de articular un ámbito objetivo de aplicación de la norma de transposición de la Directiva con un carácter transversal y horizontal, extendiéndolo a todos los litigios en los que se ventilen acciones de representación por infracciones lesivas de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de las puntuales especificidades que requiera la normativa sectorial aplicable en razón del ámbito material en el que se produce la eventual infracción, y sin perjuicio de considerar la posibilidad de extender el marco regulatorio anteproyectado a cualquier supuesto de contratación masiva y de daños masivos, aunque no concurra el componente subjetivo de consumidor o no se esté propiamente ante actos de consumo.

TERCERA.- La necesidad de la articulación de un régimen específico y completo de las acciones de representación se justifica asimismo por la conveniencia de incorporar determinados aspectos de la Directiva, estos sí sometidos a la autonomía procesal de los legisladores nacionales, que sirven para dotar de mayor virtualidad y eficacia a la regulación de la tutela colectiva de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

CUARTA.- Consiguientemente, merece una valoración positiva la decisión del prelegislador de incorporar las disposiciones de la Directiva 2020/1828 mediante la articulación de un nuevo procedimiento especial, y merece asimismo un juicio favorable su incorporación en la LEC y su ubicación sistemática en el Libro IV, adicionando a este un nuevo Título. De este modo, se proporciona un marco normativo uniforme y sistemático, sin perjuicio de concretas disposiciones incorporadas en las leyes especiales. Y se valora también positivamente haber prescindido de la actual distinción entre intereses generales, colectivos y difusos, sobre la que gravita el perturbador, y en algunos aspectos ineficiente, régimen de publicidad e intervención procesal previsto en el artículo 11 LEC. Coherentemente, se estima más adecuado, y en cualquier caso más ajustado a la Directiva, acudir a la terminología de ésta y articular la regulación en torno a las dos categorías de acciones colectivas que implícitamente contempla, cuáles son las acciones de tutela abstracta o de protección de los intereses generales de los consumidores y usuarios, y las acciones de tutela colectiva de los derechos patrimoniales homogéneos de estos.



QUINTA.- Es igualmente adecuada la configuración de la regulación de la tutela colectiva con una naturaleza jurisdiccional, prescindiendo de una tutela colectiva de naturaleza administrativa. No puede desconocerse que una eventual “administrativización” de las acciones de representación podría generar problemas de constitucionalidad, desde la óptica de los artículos 117.1 y 24.1 CE. Y la eventual articulación de una tutela colectiva de carácter administrativa, específicamente frente a también eventuales infracciones de los derechos de los consumidores y usuarios como consecuencia de la prestación de servicios públicos, además de los problemas de índole estructural que conllevaría, siempre debería dejar expedito el control jurisdiccional de la decisión de la autoridad administrativa.

SEXTA.- Se debe incidir en la necesidad de que esta configuración jurisdiccional de la tutela colectiva de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios se desenvuelva bajo los principios de especialización y de concentración competencial. Las particulares características de las acciones colectivas, que en muchas ocasiones se desarrollarán en marcos jurídicos específicos por razón de la materia concernida -publicidad, competencia desleal, responsabilidad por producto...-, habrán de requerir un alto grado de especialización que, además de conllevar implícita la exigencia de la necesaria formación, debería traer consigo la concentración de la competencia en órganos especializados. Y ello, tanto por razones de eficiencia como de eficacia procesal, pues además de dotar de una mayor celeridad a la tramitación de los procedimientos -ineludible cuando se trata del ejercicio de acciones colectivas de cesación-, evitará, ya desde la instancia, la dispersión de criterios que indefectiblemente se produciría de atribuir la competencia objetiva, conforme a las reglas generales, a los juzgados de primera instancia.

SÉPTIMA.- Deben tenerse presente las previsiones contenidas en la proyectada ley de medidas de eficiencia procesal en la Administración de Justicia y en la también proyectada ley de impulso de la mediación, en particular en lo relativo al establecimiento de medios alternativos de resolución de conflictos y al establecimiento de presupuestos de procedibilidad.

OCTAVA.- La adición del nuevo ordinal 4º del apartado 2 del artículo 477 LEC tiene por objeto contemplar la recurribilidad en casación de las sentencias que se dicten en procesos en que se hubieran ejercitado las acciones de representación reguladas en el nuevo Título IV del Libro IV. Estas quedan al margen del régimen general de recurribilidad en casación establecido en el actual 477.2 LEC, -sentencias dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, exceptos los reconocidos en el artículo 24.2 CE, las dictadas en procesos cuya cuantía excediere de 600.000 euros, y cuando la cuantía del proceso no excediera de dicha suma o este se hubiere tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la



resolución del recurso presente interés casacional- para abrirles el paso, en todo caso, a la casación, independientemente de la cuantía del procedimiento y de la existencia de interés casacional. Esta previsión ha de ponerse en relación con los nuevos artículos 841.6, 860.7 y 863.2 y 4 LEC. Se garantiza, de este modo, el acceso a la casación de las sentencias, no solo las dictadas en procesos en los que se ejerciten acciones de representación resarcitorias, sino también en los que se ejerciten acciones de representación de cesación, que se ventilarán por los cauces del juicio verbal. De no preverse su recurribilidad en casación en todo caso, dichas sentencias quedarían sujetas a la concurrencia del interés casacional, tratándose de procedimientos tramitados por razón de la materia, y, por tanto, a la concurrencia de las circunstancias que, conforme a lo dispuesto en el artículo 477.3 LEC, permiten considerar que el recurso presenta interés casacional. Se propicia, de este modo, la creación de jurisprudencia, no solo en aspectos sustantivos, sino también en aspectos procesales, y en particular, en la interpretación y aplicación de las normas que regulan el nuevo procedimiento para el ejercicio de las acciones de representación. Debe tenerse en cuenta que, conforme a la disposición final decimosexta de la LEC, en tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477.

NOVENA.- El artículo 828 establece el ámbito de aplicación del nuevo Título IV y del procedimiento que en él se regula. El prelegislador ha diseñado el ámbito de aplicación de manera muy amplia, sin haberse limitado a los actos infractores de las disposiciones recogidas en el anexo i de la Directiva. Se ha optado, por tanto, por extender el ámbito de aplicación de la regulación anteproyectada a cualquier tipo de infracción que lesione los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios, con lo que, como se señala en la Exposición de Motivos, *«[s]e cubre tanto lo previsto en la Directiva, que en su anexo remite a un vastísimo corpus normativo, resultado de la actividad legislativa de la Unión Europea en los más variados ámbitos en que puede aflorar una relación de consumo, como a cualquier otro supuesto de vulneración de los derechos del consumidor que no entre en dicho anexo»*.

Si desde un punto de vista jurídico-material el anteproyecto incorpora con holgura el ámbito material de aplicación de la Directiva, también lo hace, y sobradamente, desde el punto de vista jurídico-procesal, pues regula las acciones de representación de cesación y las acciones de representación resarcitorias, y además, como subespecies de las acciones de cesación, y haciendo uso de la facultad que confiere la Directiva, contempla las acciones mero-declarativas y las que tienen por objeto la publicación del contenido de



la sentencia (artículo 830.2 y 3). Ha de tenerse presente que, en rigor, la tutela propia de las acciones de cesación lleva implícita la tutela mero-declarativa de la ilicitud de la conducta enjuiciada o la declaración de abusividad de la condición general de la contratación.

DÉCIMA.- El anteproyecto, al regular en las disposiciones comunes las acciones de representación de cesación y resarcitorias, incorpora adecuadamente las disposiciones de los artículos 8 y 9 de la Directiva.

UNDÉCIMA.- Es conveniente que se traslade al texto anteproyectado el efecto interruptivo de la acción de cesación respecto del plazo de prescripción de las acciones individuales resarcitorias.

DECIMOSEGUNDA.- El prelegislador ha optado por incorporar la posibilidad de acumular las acciones representativas de cesación y las resarcitorias, tal y como faculta la Directiva. Esta acumulación voluntaria ha de entenderse como una especialidad respecto del régimen general de acumulación de acciones regulado en los artículos 71, 72 y 73 de la LEC, salvando el requisito previsto en el ordinal 2º del artículo 73.1 LEC -que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo-, y cabría entender que opera tanto objetiva como subjetivamente, pues puede darse la circunstancia de que las acciones, específicamente las de cesación, se ejerciten frente a varios empresarios o profesionales distintos, cuando todos ellos hayan realizado la misma conducta infractora. Sin embargo, se mantiene la duda acerca de si la acumulación autorizada se refiere al ejercicio de las acciones de representación de cesación y resarcitoria en relación con la misma conducta infractora realizada por un único demandado, duda que no se disipa con la lectura del Considerando (35) y del artículo 7.5 de la Directiva. Este parece ser el sentido que se desprende de lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 4 de este mismo artículo 833 LEC, al regular la acumulación de procesos en los que se ejerciten acciones de representación por distintas entidades habilitadas frente al mismo empresario o profesional y respecto de la misma conducta infractora. Sería necesario, no obstante, despejar las dudas sobre el alcance de la acumulación prevista en el artículo 833.1 LEC.

Asimismo, en aras a evitar una indebida distorsión tanto jurisdiccional como de falta de homogeneidad en el mercado, el instituto de la suspensión previsto en el artículo 833.3 debiera extenderse a cualquier proceso administrativo y a reclamaciones ante sistemas de resolución extrajudicial de controversias extrajudiciales *"frente al mismo empresario o profesional y respecto de la misma conducta infractora"*. Resultaría contrario, tanto al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como a una buena administración de justicia que conviviesen en paralelo acciones de cesación o representación contra el mismo profesional y respecto de la misma conducta infractora junto a incoaciones de expedientes sancionadores por la misma conducta o reclamaciones ante autoridades que tengan encomendada la



resolución extrajudicial de controversias (e.g. la Agencia Española de Protección de Datos, la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, las autoridades de Consumo autonómicas o la futura Autoridad de Defensa del Cliente Financiero).

Podría generar problemas de constitucionalidad, desde la óptica de los artículos 117.1 y 24.1 CE, la sustanciación simultánea de la actividad administrativa y la jurisdiccional en relación con un mismo profesional y actividad infractora

DECIMOTERCERA.- Aun cuando el anteproyecto no lo dice expresamente, las acciones acumuladas se deberán ventilar por los trámites establecidos en el capítulo III del Título IV del Libro IV, que regula el procedimiento para el ejercicio de las acciones de representación resarcitorias, como por otra parte se deduce del apartado 2 del artículo 844 LEC, al referirse a los requisitos de la demanda cuando se ejerciten de forma acumulada una acción de representación de cesación -junto con la acción de representación resarcitoria- en relación con la misma conducta.

DECIMOCUARTA.- El apartado cuarto del artículo 833 contempla el supuesto del ejercicio por distintas entidades habilitadas de una o varias acciones de cesación respecto de la misma conducta infractora y una o varias acciones de representación resarcitorias frente al mismo empresario o profesional. En tales casos, se dispone la acumulación al proceso más antiguo, si así lo permite el estado de las actuaciones y se considera beneficioso para la buena administración de justicia; y si no resulta procedente la acumulación, podrá acordarse la suspensión del proceso en el que se esté ejercitando la acción de representación resarcitoria en tanto se resuelva la de cesación.

La regla, tal y como está formulada, es un tanto confusa. Por una parte, su enunciado parece permitir diferentes hipótesis: desde el ejercicio por distintas entidades habilitadas frente al mismo empresario o profesional y respecto de la misma conducta infractora de una acción de representación de cesación y de una acción de representación resarcitoria, pasando por el ejercicio por distintas entidades habilitadas de varias acciones de cesación y de una acción resarcitoria, o de una acción de cesación y varias acciones resarcitorias, hasta el ejercicio de varias acciones de cesación y varias acciones resarcitorias por distintas entidades habilitadas frente al mismo empresario y respecto de la misma conducta infractora. El inciso final de la regla parece contemplar, en cambio, el ejercicio por distintas entidades habilitadas de una acción de representación de cesación y una resarcitoria frente al mismo empresario.

DECIMOQUINTA.- El apartado cuarto del artículo 833 contempla la acumulación de procesos con objeto heterogéneo, que en su versión más



sencilla -el ejercicio por distintas entidades habilitadas de una acción de representación de cesación y de una resarcitoria frente al mismo empresario o profesional y respecto de la misma conducta- se resuelve también de forma sencilla mediante la acumulación al proceso más antiguo, siempre que sea procedente, y mediante la suspensión del proceso en el que se ejercite la acción resarcitoria hasta que se resuelva el proceso en el que se esté ejercitando la acción de cesación, si la acumulación no resulta procedente; pero que en variantes más complejas pueden surgir dudas interpretativas y aplicativas respecto de si la norma conlleva implícitamente la aplicación de las reglas anteriores y, por tanto, acumulaciones sucesivas. Adviértase que la acumulación de procesos con objeto heterogéneo mediante la regla de la acumulación al más antiguo solo presentará funcionalidad en los estadios iniciales de los procesos en curso, habida cuenta de los diferentes cauces procesales sobre los que han de discurrir.

DECIMOSEXTA.- La atribución de la competencia objetiva a los Juzgados de Primera Instancia es cuestionable por distintas razones. En primer lugar, si bien no contradice la atribución de la competencia para conocer de las acciones colectivas en defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, que tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio, de modificación de la LOPJ en materia de Juzgados de lo Mercantil, ha pasado a los Juzgados de Primera Instancia, no tiene sin embargo en cuenta que en un gran número de supuestos el ejercicio de las acciones de representación estará objetivamente vinculada a las materias que, conforme a lo dispuesto en el artículo 86 ter, son competencia de los Juzgados de lo Mercantil. En segundo lugar, y vinculado a lo anterior, la especialidad de la materia requiere de análoga especialización de los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de las acciones de representación; y no debe olvidarse que hasta la reforma de la Ley Orgánica 7/2022 la competencia para conocer de las acciones colectivas en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios correspondía a los Juzgados de lo Mercantil. En tercer lugar, la solución que arbitra el apartado 2 del artículo 834 LEC no es adecuada, y ello por diversos motivos: i) el precepto convierte en imperativa la facultad que confiere el artículo 98 de la LOPJ, no obstante remitirse a la misma, y lo hace a través de una norma de rango ordinario y de naturaleza procesal que tiene como finalidad establecer la competencia objetiva para conocer de las acciones de representación; ii) el artículo 98 LOPJ, y la previsión contenida en este apartado 2 del artículo 834, son normas que tienen por objeto atribuir el conocimiento de determinados asuntos, con carácter exclusivo, a ciertos juzgados, siempre dentro de la competencia objetiva que les corresponde; en este sentido, el artículo 98 LOPJ contiene una regla de especialización, no de competencia, y por tanto responde a una finalidad organizativa, antes que a una función atributiva de competencia, operando a partir de la competencia objetiva establecida por la LOPJ y las leyes de procedimiento; y iii) por tanto, la especialización prevista en el



artículo 98.3 LOPJ siempre podrá operar a partir de la determinación de la competencia objetiva de los juzgados concernidos, y siempre cumpliendo las condiciones establecidas por el legislador orgánico.

DECIMOSÉPTIMA.- El apartado 3 del artículo 834 tiene por objeto establecer la competencia territorial para conocer de las acciones de representación. Esta se atribuye al Juzgado del lugar donde el demandado tenga su domicilio y, a falta de este, un establecimiento; si careciere de domicilio y de establecimiento en territorio español, el del lugar donde se haya realizado o haya producido o pudiera producir sus efectos la conducta infractora.

La regla difiere, por tanto, de la contenida en el vigente ordinal 16º del artículo 52.1 LEC, y antepone el foro del domicilio al del establecimiento, para incorporar el foro residual del lugar de realización de la infracción o de producción de efectos. El precepto se cuida de dejar a salvo las normas de la Unión Europea o convencionales “que regulen la materia”, si bien, en puridad, debería decirse “las normas de la Unión Europea que regulen la competencia judicial internacional”; precisión que resulta oportuna, por cuanto sin ella pudiera inducirse al error de confundir la regla de competencia territorial con una regla de competencia judicial internacional, identificando ambas, en los casos en que el demandado careciera de domicilio o de establecimiento en territorio español, cuando ambos planos, la competencia judicial internacional y la competencia territorial, están supraordenados.

DECIMOCTAVA.- La previsión contenida en el proyectado 836.4 LEC desplaza, en principio, la legitimación del Ministerio Fiscal hacia el marco de la intervención voluntaria regulada en el artículo 13 LEC, con los efectos y las consecuencias procesales previstos en el mismo. La privación de la legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones de representación obedece a un entendimiento estricto de la Directiva, en la que la legitimación se reserva a las entidades habilitadas, y donde la intervención voluntaria del Ministerio Fiscal en defensa del interés general es coherente con el sistema de tutela colectiva a través de las acciones de representación que aquella diseña, sin que se vean mermadas las facultades procesales consustanciales a la personación como interviniente; si bien, en la medida en que la solicitud de intervención no ha de suspender el curso del procedimiento, ni se retrotraerán las actuaciones (artículo 13.3 LEC), cabe cuestionar la facultad que se confiere al tribunal en el último inciso del apartado 4 de rechazar la intervención de forma motivada en razón del momento en que dicha intervención se produzca, si la considera perjudicial para el buen desarrollo del proceso.

No puede desconocerse, sin embargo, que el artículo 54.1 b) del TRLGDCU, en la redacción dada por el artículo segundo del anteproyecto, mantiene la legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de acciones de



representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios. Esta aparente discordancia entre el proyectado artículo 835 LEC y el artículo 54 TRLGDCU, en la redacción propuesta por el anteproyecto -y con él, todos aquellos artículos de las leyes sectoriales que regulan la legitimación mediante una remisión a este-, puede salvarse a partir de la salvedad que abre el enunciado normativo del apartado 1 del artículo 835, que comienza diciendo "Sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales (...)", y considerando que el TRLGDCU presenta un carácter especial respecto de la LEC, en lo que se refiere a las medidas de protección, acciones y procedimientos que constituyen su ámbito material de aplicación. Y en cualquier caso cabe considerar que la legitimación que, como entidad habilitada, se confiere al Ministerio Fiscal es compatible con la facultad de intervenir voluntariamente, ex artículo 13 LEC, en los procesos en los que se ejerciten acciones de representación promovidos por otras entidades habilitadas.

DECIMONOVENA.- El artículo 836 contempla la falta de los requisitos para la designación como entidad habilitada, que deberá ser alegada por el demandado, acompañando un principio de prueba, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la demanda (apartado 1 del artículo 836 y artículo 845.2 LEC) o tan pronto conozca los hechos en que se funde la alegación, si solo pudo conocerlos con posterioridad (apartado 1, in fine, del artículo 836). Respecto de estas previsiones cabe hacer las siguientes observaciones:

- a) El precepto establece un plazo de diez días desde la notificación de la demanda para alegar la carencia de los requisitos para la designación como entidad habilitada, y a partir de ahí, diferencia según la acción de representación sea transfronteriza o nacional. Dicha alegación debe entenderse que es común para las acciones de representación de cesación y para las resarcitorias: las primeras se ventilan por los cauces del juicio verbal, y por tanto, ese trámite alegatorio es previo a la contestación de la demanda, para el que se confiere un plazo de veinte días, y será en el acto de la vista donde se deberá resolver la cuestión. Previamente, si la acción de representación es transfronteriza, el tribunal deberá agotar los trámites de verificación previstos en el apartado 2 del artículo 836. b)
- b) Si la acción es nacional, la norma prevé que la cuestión se resuelva, después de oír al Ministerio con competencia en materia de consumo, en la audiencia de certificación regulada en el artículo 846 LEC. En este trámite, previsto para las acciones de representación resarcitorias, se deberá resolver, en efecto, sobre la carencia en la demandante de los requisitos para su designación como entidad habilitada, entre otras alegaciones relativas a los presupuestos del proceso (artículos 845.2 y 846.1 LEC); pero debe entenderse que, cuando se trata de acciones



de representación resarcitorias transfronterizas, habrá de ser también en dicho trámite donde se resuelva sobre la alegación de la carencia de requisitos de la entidad habilitada, previa la verificación ante las autoridades competentes del Estado miembro de la Unión Europea que la hubiera designado.

- c) Por lo tanto, una adecuada regulación de este incidente pasaría por diferenciar si se plantea en el marco de una acción de representación de cesación o en el marco de una acción de representación resarcitoria, y establecer los trámites para verificar la alegada carencia de los requisitos para la designación como entidad habilitada y para resolver sobre ella en función de si se trata de una acción trasfronteriza o nacional, dentro del cauce procesal que corresponda por razón del tipo de acción ejercitada -el juicio verbal, si es una acción de cesación, o el procedimiento reservado a las acciones resarcitorias (y en su caso, acumuladas)-.

VIGÉSIMA.- El artículo 837 crea el Registro Público de Acciones de Representación de carácter electrónico, con sede en el Ministerio de Justicia, cuya estructura y organización se determinará reglamentariamente, así como el acceso público a los asientos del registro.

Respecto de esta previsión, que merece en términos generales una valoración positiva, cabe hacer las siguientes observaciones: i) El Registro, de carácter público, no debe ser un instrumento puesto a disposición únicamente de los órganos judiciales, como un instrumento para la adecuada coordinación entre ellos, y en particular como un instrumento que les facilite información sobre los procesos colectivos en curso, sus respectivos objetos, sujetos y partes personadas o intervinientes, singularmente de cara a activar los mecanismos de acumulación y/o sobreseimiento previstos en la norma anteproyectada. Antes bien, dado su carácter público, el Registro debe tener también como funcionalidad facilitar información a los consumidores sobre las acciones de representación ejercitadas, al objeto de conocer su objeto y ejercitar sus derechos en el seno del proceso colectivo, conforme al sistema de vinculación, por defecto o por adhesión, que sea procedente, y sin perjuicio de los mecanismos e instrumentos de carácter tecnológico que se articulen a tal efecto, de los cuales el Registro ha de facilitar la información precisa acerca de su ubicación, forma de acceso y utilización; ii) El contenido del Registro, la información que debe contener y facilitar, es suficientemente completa, tanto la prevista con carácter general como la relativa a las acciones de representación resarcitorias; iii) El desarrollo reglamentario, en lo que al acceso al Registro y a sus utilidades se refiere, debería tener en cuenta la particular situación de vulnerabilidad de los consumidores y sus eventuales dificultades para acceder y hacer uso de la información que facilita; y iv) Sería aconsejable que el Registro incorporara desde el punto de visto técnico, y con



las debidas garantías, un enlace que permitiera el acceso directo a la plataforma electrónica a que se refiere el artículo 849 LEC.

VIGESIMOPRIMERA.- La incorporación al texto anteproyectado de las previsiones de la Directiva relativas a la exhibición de pruebas (artículo 18) se lleva a cabo por el artículo 838, que lleva por título "Acceso a las fuentes de prueba".

El mecanismo de acceso a las fuentes de prueba previsto incorpora adecuadamente las disposiciones de la Directiva sobre el particular, y atiende a los principios de proporcionalidad y confidencialidad, estableciendo pautas para, en aplicación de ellos, resolver acerca de la solicitud.

El prelegislador, a la hora de articular esta modalidad de *pre-trial discovery of documents*, ha optado por no limitarse a efectuar un reenvío general a lo dispuesto en los artículo 283 bis a) y siguientes de la LEC, que regula la exhibición de las pruebas en procesos para el ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia, si bien contempla una remisión al artículo 283 bis b), en el caso de que el tribunal considere que debe facilitarse el acceso a información confidencial, a los artículos 283 bis d) a 283 bis h), relativos a la competencia, momento para deducir la solicitud, procedimiento, ejecución de la medida de acceso y consecuencias de la obstrucción a la práctica de las medidas de acceso a las fuentes de prueba, y al artículo 283 bis k), sobre las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba. El mecanismo de acceso a las fuentes de prueba bebe, por tanto, en gran medida del régimen establecido en los citados preceptos de la LEC. Y debe entenderse que corre en paralelo al régimen sobre la exhibición de documentos en el seno del procedimiento que se contiene en los artículos 328 a 330, inclusive, de la LEC.

VIGESIMOSEGUNDA.- El capítulo I se cierra con la regulación de la renuncia y del desistimiento (artículo 839). Queda proscrita la renuncia de la acción de representación, y respecto del desistimiento, se establece una previsión respecto de las costas procesales, que autoriza al tribunal a resolver sobre ellas "en función de las razones aducidas por la entidad demandante".

En la Exposición de Motivos se justifican estas restricciones y limitaciones a las facultades de disposición de la entidad actora en razón de la legitimación extraordinaria que ostenta. Esta legitimación, empero, justificaría que no fuera necesaria la conformidad de los consumidores afectados para llevar a cabo actos de disposición, pero por sí misma no justifica la prohibición de la renuncia, que debería estar justificada en razones de interés general, antes que en el carácter extraordinario de la legitimación que se ostenta. Por otra parte, no se explica bien la regla sobre la imposición de las costas en los



casos de desistimiento, y por qué se aparta del régimen establecido en el artículo 396 de la LEC.

VIGESIMOTERCERA.- El Capítulo II de este nuevo Título IV del Libro IV LEC contiene las disposiciones aplicables a las acciones de representación de cesación.

El prelegislador ha hecho uso de la facultad que confiere el artículo 8.4 de la Directiva y ha establecido como presupuesto de procedibilidad la previa solicitud al demandado de que cese en el desarrollo de la conducta ilícita con una antelación de al menos quince días (a la interposición de la demanda, se debe entender). Este requisito previo de procedibilidad ya se contemplaba en las directivas anteriores, y su incorporación al Derecho interno debe ser acogido favorablemente, en la medida en que se sitúa en la línea de articular mecanismos alternativos de resolución de litigios, en consonancia con las previsiones contenidas en otras normas, vigentes y proyectadas.

VIGESIMOCUARTA.- El Anteproyecto regula en los nuevos arts. 845 y ss. la audiencia de certificación, en la que se valora, entre otras cuestiones básicas de procedibilidad la "homogeneidad de las pretensiones", pero únicamente lo prevé para las acciones de resarcimiento. El Anteproyecto no prevé un sistema similar -que resulta completamente necesario- para las acciones de cesación³¹, lo que evitaría la sustanciación de procesos manifiestamente infundados que podrían evitarse.

En aras a lograr el objetivo de una buena administración de Justicia debe preverse un trámite escrito o verbal donde certificar *ad limine* la acción de cesación y verificar que la demanda reúne los requisitos establecidos en el artículo 844 1) letras a), b), d), e) y, en su caso, f).

VIGESIMOQUINTA.- Respecto de la regulación de la audiencia de certificación cabe hacer las siguientes observaciones. El apartado 3 del artículo 846 dispone que la audiencia de certificación se desarrollará conforme a lo indicado en el artículo 443 de la LEC. En la Exposición de Motivos del anteproyecto se explica que, al establecerse el trámite de la audiencia de certificación, se hace innecesaria la celebración de la audiencia previa prevista y regulada en los artículos 414 y siguientes de la ley rituarial. En la concepción del prelegislador, las cuestiones objeto de la audiencia previa se habrán de tratar en la audiencia de certificación, y para la proposición de

³¹ En el particular caso de las acciones de cesación, la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 contempla en su párrafo 8 que los Estados miembros han de verificar "*en la fase más temprana posible*" que no sigan su curso "*los casos que no cumplan los requisitos de la acción colectiva y los casos manifiestamente infundados*".



prueba se contempla un trámite específico, por escrito, tras la contestación de la demanda (artículo 858.2). En cuanto al desarrollo de la audiencia de certificación, esta se acomodará a lo previsto para el trámite de vista del juicio verbal. Ahora bien, debe tenerse presente, por una parte, que en la audiencia de certificación se habrán de resolver cuestiones específicas del proceso para el ejercicio de las acciones de representación resarcitorias, como la verificación de la concurrencia de los requisitos para la designación de las entidades habilitadas, el fundamento del ejercicio de la acción en atención a la homogeneidad de las pretensiones, y las circunstancias relativas a la financiación por terceros. Por otra parte, el régimen de los acuerdos resarcitorios, su homologación y su ejecución está específicamente regulado en los artículos 864 y siguientes, y en los artículos 867 y siguientes de la LEC, cuando se trate de acuerdos de resarcimientos previos a la certificación de la acción de representación. Debe tenerse en cuenta, además, que el artículo 443 LEC, al regular el desarrollo de la vista del juicio verbal, parte de que el trámite de contestación de la demanda es previo a su celebración, en tanto que en el procedimiento para el ejercicio de las acciones de representación resarcitorias el trámite de contestación es posterior a la celebración de la audiencia de certificación y al dictado del auto de certificación, en donde se fija el ámbito objetivo y subjetivo del proceso y el sistema de vinculación o desvinculación establecido, a la vista de cuyas resultas el demandado podrá formular su oposición a la demanda y proponer los medios de prueba pertinentes. Por lo tanto, en la audiencia de certificación no podrán tener cabida los trámites concernientes a la fijación de los hechos relativos al fondo del asunto, ni, en fin, la proposición de las pruebas sobre ellos y la práctica de las que resultasen admitidas.

VIGESIMOSEXTA.- El artículo 847.2 contiene una regla interpretativa para determinar cuándo debe entenderse que existe homogeneidad entre las pretensiones de los consumidores y usuarios afectados por la conducta infractora. Conforme a la misma, se entenderá que existe homogeneidad cuando, en atención a la normativa sustantiva aplicable, resulte posible determinar la concurrencia de la conducta infractora, el daño colectivo cuyo resarcimiento se solicita y el nexo causal entre ambos sin necesidad de tomar en consideración aspectos fácticos o jurídicos que sean particulares a cada uno de los consumidores y usuarios afectados por la acción. La regla es lo suficientemente general y amplia para comprender no solo los supuestos de identidad fáctica necesaria para la acumulación de acciones -que puede resultar insuficiente como criterio para determinar la homogeneidad de las pretensiones en las acciones de representación resarcitorias-, sino también, y más propiamente, aquellos -en la línea de la "commonality" anglosajona- en los que las circunstancias que acreditan el título de imputación son comunes a los distintos consumidores y usuarios, aquellos en los que el título de imputación de la responsabilidad tiene naturaleza objetiva, y para incluir, al mismo tiempo, los supuestos en los que el curso causal no es



controvertible, al ser común o unívoco para todos los consumidores y usuarios.

Como complemento de la regla interpretativa cabría valorar la conveniencia de determinar normativamente cuándo se entenderá que no concurre el requisito de homogeneidad, supuestos que comprenderán, entre otros, aquellos en los que la acción restitutoria se vincule a la anulabilidad de un negocio jurídico por vicios del consentimiento; cuando para determinar el carácter antijurídico de la conducta lesiva sea necesario tomar en consideración la confianza o expectativas que haya podido generar en cada uno de los consumidores afectados; cuando para determinar el nexo causal entre la conducta antijurídica lesiva y el daño reclamado sea necesario tomar en consideración y practicar prueba de las circunstancias particulares concurrentes en cada consumidor; cuando la acción recaiga sobre condiciones generales de la contratación que definan el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y retribución, siempre que no conlleven un control abstracto utilizando el parámetro del consumidor medio; y cuando, de cualquier otra manera, para determinar el daño resarcible sea necesario atender a las circunstancias particulares de cada consumidor.

VIGESIMOSÉPTIMA.- La decisión del prelegislador de establecer de forma general el sistema de vinculación por defecto (*opt-out*) se mueve dentro del margen de actuación que la Directiva reserva a los legisladores nacionales. En tal sentido, respondiendo a una opción legítima, nada hay que oponer al modelo propuesto. No obstante, cabe hacer al respecto algunas reflexiones con el objeto de que el prelegislador valore la conveniencia del sistema elegido.

- a) Los mecanismos de vinculación o desvinculación constituyen la piedra angular de la tutela colectiva. En el ordenamiento vigente, aun cuando desde algún sector doctrinal se mantenga que, en atención a lo dispuesto en el artículo 222.3 LEC, impera el modelo de vinculación por defecto, lo cierto es que en la práctica forense se ha actuado conforme al sistema de vinculación por adhesión, y el requisito previsto en el artículo 15 LEC de comunicación personal del ejercicio de la acción colectiva con carácter previo, como requisito de procedibilidad, se ha venido exigiendo en todo caso, considerando que en la práctica totalidad de los supuestos los consumidores concernidos eran determinables en el sentido del artículo 11.2 LEC. Por lo tanto, el mecanismo de *opt-in* no sería desconocido en la práctica forense; al contrario, el sistema de vinculación por defecto parece estar más alejado de la tradición jurídica española.
- b) Los mecanismos de vinculación o desvinculación, para ser efectivos y para que puedan proporcionar adecuadamente la tutela colectiva, exigen que se garantice un conocimiento suficiente de la acción certificada y de sus términos, así como una definición concreta del



grupo de afectados para permitir al consumidor verse identificado y conocer con plena consciencia si está o no representado y poder ejercer, en su caso, su derecho de exclusión. Esta garantía es tanto más necesaria cuando se articula un mecanismo de vinculación por defecto, en el que se requiere definir adecuadamente la obligación de difusión de la reclamación colectiva y de su contenido, así como una descripción caracterizada de quiénes son los potencialmente afectados, articulando medios y funcionalidades puestos a disposición de los consumidores y usuarios para que puedan ejercitar de manera ágil y sencilla su opción.

- c) El anteproyecto cumple formalmente con las exigencias de publicidad y de eficiencia anteriormente señalados. Ahora bien, la regulación proyectada puede plantear disfunciones en su aplicación práctica que lleven a cuestionar su inadecuación con el principio de efectividad comunitario. Por un lado, no contiene una exigencia de descripción caracterizada del grupo que permita a un consumidor conocer si está o no representado para poder ejercer plenamente su derecho de exclusión y por otro presenta aspectos confusos, que convendría corregir. Por una parte, en el auto de certificación el tribunal encomendará la puesta en funcionamiento de la plataforma electrónica, y dispondrá el plazo en el que la entidad demandante habrá de ponerla en funcionamiento, que habrá de estar operativa cuando se de difusión al auto de certificación. Por otra parte, en el mismo auto el tribunal establecerá el cauce o cauces adecuados para que su contenido y la plataforma electrónica lleguen a ser conocidos de manera efectiva y comprensible para los consumidores y usuarios garantizando, en cualquier caso, su accesibilidad. Se aprecia, por tanto, una cierta discordancia cronológica entre la encomienda de la puesta en funcionamiento de la plataforma electrónica, su operatividad y la difusión del auto de certificación, con la que se habrá de poner en conocimiento de los consumidores y usuarios afectados tanto el contenido del auto como de la plataforma electrónica.
- d) El sistema *opt-out* pretende dotar de la mayor virtualidad posible a la tutela colectiva resarcitoria. Ahora bien, este mecanismo de adhesión por defecto puede causar daños irreparables a los consumidores, en la medida en que quedarán vinculados al resultado de la acción de representación resarcitoria de la que no han tenido conocimiento o no hayan podido desistir oportunamente, y además, perderán su derecho a reclamar individualmente. La STJUE Sales Sinues de 14 de abril de 2016 dejó establecido que resulta crítico que el consumidor tenga oportunidad de no perder los derechos que le serían reconocidos en el marco de una acción individual, *“esto es, la toma en consideración de todas las circunstancias que caracterizan su causa, y la posibilidad de*



*renunciar a que no se aplique una cláusula abusiva” (Apartado 40)³². No resulta nada descartable que en el futuro los sistemas de *opt-out* sean sometidos al escrutinio del TJUE por un consumidor vinculado al resultado de una acción de representación al que muestra su desacuerdo -y sobre el que manifiesta desconocimiento por ser un consumidor vulnerable, por no tener acceso a tecnologías de la comunicación o simplemente por no haber accedido a una plataforma electrónica donde se divulge la acción- y el Tribunal concluya con alta probabilidad que resulta contrario al principio de efectividad dotar de carácter vinculante a la publicidad realizada por sistemas generales telemáticos de divulgación de la información -e.g. publicidad en plataformas electrónicas, anuncios en medios-, que es en el que se basa el modelo del Anteproyecto. Todo aquel sistema que no esté basado en una comunicación personalizada que transmita de manera clara, sencilla, transparente y directa al consumidor concreto afectado el que forma parte de un grupo de afectados, cuáles son sus derechos, cuáles son las consecuencias de no desvincularse y cuál es el plazo concreto para el ejercicio de su derecho -vinculado en términos de *dies a quo* desde tal notificación personal- no reunirá con alta probabilidad los estándares necesarios para colmar el principio de efectividad y el de tutela judicial efectiva del artículo 47 CDFUE. Por consiguiente, un defectuoso funcionamiento de los mecanismos de vinculación tendrá importantes consecuencias para los consumidores. Por el contrario, el sistema *opt-in* preserva mejor el derecho de los consumidores afectados a ejercitar individualmente la reclamación resarcitoria: el consumidor que no toma conocimiento de la acción de representación resarcitoria o que no llega a activar el mecanismo de adhesión no ve afectado su derecho a litigar individualmente y podrá vincularse a otra acción resarcitoria que se inicie por la entidad habilitada.*

- e) Por otra parte, en el sistema de vinculación por adhesión, al incentivo de los consumidores se une el de los eventuales terceros financiadores, que tendrán tanto más interés en la financiación cuanto mayor sea el número de los consumidores adheridos, del que depende, en definitiva, el retorno de su inversión. El sistema *opt-in* fomenta, por lo demás, una competencia respecto del planteamiento de la acción y de la estrategia procesal que resulta muy beneficiosa para los consumidores concernidos que no se da en el sistema de vinculación por defecto, en donde el tiempo constituye un factor decisivo para interponer la acción y vincular a todos los consumidores afectados que no desistan expresamente que puede llevar a construcciones técnicamente defectuosas de la reclamación; también fomenta una mayor participación de los afectados, que son los auténticos receptores de la

³² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 2016, ECLI:EU:C:2016:252.



- tutela, y permite una auténtica formación de la voluntad “de grupo” que reside en los propios consumidores y no en factores exógenos al mismo como puede ser la entidad habilitada o los financiadores.
- f) Se debe llamar la atención, por otra parte, sobre el modo en que se establece la excepción al sistema general del *opt-out*. De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 848, el tribunal solo podrá tomar la decisión de establecer un sistema de vinculación por adhesión de manera excepcional cuando, atendidas las circunstancias del caso concreto, resulte necesaria para una buena administración de justicia, siempre que la cantidad reclamada o el valor de la prestación solicitada para cada beneficiario supere los 5.000 euros. Esta falta de concreción respecto de las circunstancias que habrán de ser tenidas en cuenta y sobre qué debe entenderse por “buena administración de justicia” podrá suponer en la práctica la dilución del carácter excepcional del sistema *opt-in*, cuando se dé el requisito económico establecido en la norma. Como alternativa, cabría vincular la excepción a determinadas materias -por ejemplo, defensa de la competencia, publicidad, daños colectivos a la salud-, además del umbral cuantitativo.
- g) Por último, España no ha desarrollado la posibilidad que ofrece el artículo 80.1 *in fine* RGPD de regular las acciones de representación por adhesión para solicitar el derecho a ser indemnizado por infracciones o vulneraciones RGPD. Aunque el artículo 80.1 es de aplicación directa, sería conveniente que el artículo 848 apartado 3 debería estableciere de manera imperativa el sistema de vinculación por adhesión (*opt-in*) en esta materia, al no resultar disponible para los Estados miembros el sistema de representación por subrogación tácita o por exclusión (*opt-out*). Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el apartado segundo de este mismo artículo 80 faculta a los Estados miembros para establecer el mecanismo *opt-out* en acciones de representación de cesación y declarativas.

VIGESIMOCTAVA.- El artículo 850 regula el pronunciamiento del tribunal - en el mismo auto de certificación- sobre la financiación del proceso por un tercero, que se rechazará cuando concurra conflicto de intereses.

Cabe señalar, en este punto, que el apartado 1 del artículo 10 de la Directiva deja en manos de los Estados miembros la decisión sobre la financiación de las entidades habilitadas (“[e]n la medida en que lo permita el Derecho nacional [...]”). Por otra parte, el artículo 20 de la Directiva, bajo la rúbrica “Asistencia para entidades habilitadas”, contempla medidas que incluyen la financiación pública, el apoyo estructural a las entidades habilitadas, la limitación de tasas judiciales o el acceso a la justicia gratuita; si bien, el Considerando (70) se cierra indicando que «[n]o obstante, no puede exigirse a los Estados miembros que financien las acciones de representación». El prelegislador no ha hecho uso de tales medidas, y aunque se ha movido



dentro de las facultades de opción que confiere la Directiva, hubiera sido conveniente explicar los motivos por los que se ha prescindido de ellas.

VIGESIMONOVENA.- Aunque la Directiva y el anteproyecto parecen concebir la financiación por terceros conforme a un sistema de retorno de carácter pacticio (cfr. artículo 865.2 del anteproyecto), pudiera ser aconsejable, en evitación de conflictos de intereses, establecer un límite al retorno que los financiadores pudieran obtener de su inversión, y en aras a facilitar el control judicial de la financiación y del eventual conflicto de intereses, que en la información que al respecto ha de contener la demanda se facilitase y aportase el pacto de *quota litis* o similar a través del que se quisiera articular aquel retorno de la inversión. Y sería conveniente que en el auto de certificación, al pronunciarse sobre la financiación se explique que la acción colectiva está sometida a un acuerdo de *quota litis* -o similar-, explicando su incidencia en la financiación, a fin de que los consumidores puedan ejercitar el *opt-out*, o en su caso el *opt-in*, con conocimiento de la carga económica que dicho acuerdo comporta.

TRIGÉSIMA.- Conforme al apartado 3 del artículo 863, la sentencia declarativa de la responsabilidad no será recurrible directamente, sin perjuicio de recurrir la sentencia en la que el tribunal resuelva sobre el importe de las cantidades que han de abonarse. Debe entenderse, y así debería expresarse, que en el recurso se podrá impugnar el pronunciamiento sobre el presupuesto de la pretensión de condena, cual es la declaración de la responsabilidad por la conducta infractora.

TRIGESIMOPRIMERA.- Se valora positivamente la previsión contenida en el artículo 854 relativa a la continuación del procedimiento respecto de la acción de representación de cesación acumulada a la acción resarcitoria, cuando se hubiese denegado la certificación de esta última.

TRIGESIMOSEGUNDA.- La sección tercera del capítulo III del nuevo Título IV del Libro IV regula las actuaciones posteriores a la certificación. Se abre con el artículo 856, que incide en la necesidad de que los consumidores afectados se registren en la plataforma electrónica para expresar su voluntad de desvincularse o de vincularse a la acción de representación resarcitoria, sin que resulte preciso servirse a tal fin de abogado y procurador, previsión esta última que se valora positivamente, pero que comporta la necesidad de que el acceso a la plataforma y el procedimiento para la expresión de la voluntad sea claro, sencillo y accesible.

La debida garantía de la tutela judicial colectiva, en el sistema de *opt-out* que con carácter general estatuye el anteproyecto, requiere del establecimiento de mecanismos de publicidad que faciliten a los consumidores y usuarios el conocimiento de las acciones de representación resarcitorias entabladas, por una parte, y por otra de la articulación de mecanismos o instrumentos a



través de los cuales puedan expresar su voluntad de desvincularse, o de vincularse, según el caso, de la acción colectiva. Estos mecanismos, cuando se configuran a través de plataformas electrónicas o se sirven de medios tecnológicos, han articularse de tal modo que garanticen el acceso de forma sencilla a las funcionalidades de que disponen así como su utilización, de manera igualmente sencilla, por parte de los consumidores y usuarios, los cuales deben disponer de la información necesaria, en términos claros y sencillos, acerca del procedimiento para el acceso y su utilización.

Estas exigencias, que vienen impuestas por el derecho a la tutela judicial efectiva, y que se proyectan sobre las características de los medios tecnológicos de los que se sirve la Administración de Justicia, conllevan la necesidad, por una parte, de que normativamente, siquiera a nivel reglamentario, se determinen los requisitos y especificidades técnicas que deberá cumplir la plataforma electrónica a través de la cual los consumidores y usuarios han de expresar su voluntad de desvincularse o de adherirse a la acción de representación resarcitoria, en garantía de la claridad, sencillez y accesibilidad que debe presidir el procedimiento para la utilización de dicha plataforma; y de otra parte, que la observancia de tales garantías no solo ha de quedar en manos de la entidad habilitada, sino que debe estar sometida al control judicial, en la medida en que sirven al adecuado ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Lo adecuado, entonces, sería que la entidad habilitada manifestase en su demanda cuál es la plataforma electrónica a través de la cual habrá de expresarse la voluntad de desvinculación o de vinculación, con expresión de sus características técnicas y funcionalidades, a partir de las que reglamentariamente se determinen, de manera que el tribunal pueda verificar el cumplimiento de los requisitos de claridad, sencillez y accesibilidad del procedimiento para su utilización.

TRIGESIMOTERCERA.- Debe tenerse en cuenta que no todos los ciudadanos están obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia; y que en muchos casos, bien sea por razón de modificaciones a su capacidad de obrar, bien sea por razón de situaciones de vulnerabilidad, bien por motivos de diferente naturaleza, el acceso y la utilización de los medios tecnológicos puestos al servicio de la Administración de Justicia es imposible o difícilmente realizable. La garantía de la tutela judicial colectiva, en el marco del procedimiento para el ejercicio de las acciones de representación que diseña el prelegislador, pasa no solo por establecer medios alternativos para facilitar la expresión de la voluntad de los consumidores y usuarios de desvincularse o de adherirse a la acción colectiva, sino también por el debido control judicial de las medidas alternativas dispuestas, que no solo han de quedar en manos de la entidad habilitada, tal y como dispone el apartado 3 del artículo 856.

TRIGESIMOCUARTA.- El artículo 859, bajo el enunciado "Prueba de la existencia de la conducta infractora", dispone que "[E]l tribunal podrá valorar



como prueba de la existencia de la conducta infractora las resoluciones firmes de otros órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas, así como las resoluciones firmes de los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, en relación con la misma conducta y el mismo empresario o profesional”. Esta previsión, con la que se incorpora al ordenamiento interno el artículo 15 de la Directiva, debe tomarse con cautela. En primer lugar, porque la Directiva parece referirse únicamente a los efectos probatorios de las resoluciones firmes de los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas que *declaren* la existencia de una infracción lesiva de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, mientras la norma nacional parece tener mayor amplitud, al referirse a la prueba de la existencia de la conducta infractora, lo que cabe interpretar que comprende tanto las resoluciones que declaran tal infracción como aquellos que declaran no haberse producido. Y en segundo lugar, el precepto no puede llevarse al punto de entender que aquellas resoluciones tienen un efecto vinculante, respecto de los hechos que declaran, mayor que el resto de los elementos de prueba de que disponga el tribunal, pues tal entendimiento sería de dudosa constitucionalidad y pugnaría con el principio de libre valoración de la prueba al que, por ende, se refiere el Considerando (64) de la Directiva. La eficacia probatoria de tales resoluciones ha de ser la que se deriva de lo dispuesto en los artículos 319 y 323 de la LEC, lo que debería ser objeto de precisión en el texto anteproyectado.

TRIGESIMOQUINTA.- El artículo 860 se refiere a la sentencia.

Respecto de esta regulación cabe hacer las siguientes observaciones:

- a) El precepto regula con suficiente completitud los distintos supuestos que pueden darse, en función de la determinación o posibilidad de determinación de los consumidores y usuarios afectados por la sentencia estimatoria, y en atención a la naturaleza de la prestación del pronunciamiento resarcitorio. La norma anticipa el régimen sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias (y acuerdos) resarcitorios que se contiene en la sección sexta de este capítulo III, que distingue el cumplimiento voluntario y la ejecución forzosa de condenas al pago de cantidades de dinero cuando todos los beneficiarios estén identificados, el cumplimiento voluntario y la ejecución forzosa de condenas al pago de cantidades de dinero cuando no todos los beneficiarios están identificados, el cumplimiento y ejecución de condenas no dinerarias y, en fin, la ejecución de os acuerdos resarcitorios.
- b) Es de destacar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 877, la liquidación para proceder a la distribución de las cantidades a que ascienda la condena en los casos en que no todos los beneficiarios estén identificados, y en los casos de incumplimiento voluntario de la



- sentencia por el condenado, se confiere a la entidad habilitada. Esta atribución de la competencia para llevar a cabo la liquidación se valora positivamente, en la medida en que se descarga al tribunal de tal función, al tiempo que se habilita el necesario control judicial en el caso de existir discrepancias en la distribución (artículo 879) y se contempla la rendición de cuentas que la entidad habilitada habrá de presentar a tribunal, con el correspondiente trámite contradictorio de impugnación y de oposición y la subsiguiente sentencia, tras la celebración de vista, que será recurrible en apelación de tramitación preferente.
- c) La distribución de las cantidades depositadas entre los beneficiarios, en los casos anteriores, se llevará a cabo facilitando a los consumidores y usuarios afectados el acceso a la plataforma electrónica -o mecanismo diverso (aquí sí se contempla)- para solicitar su cobro, con la acreditación de que concurren en ellos las características y los requisitos necesarios establecidos en la sentencia, y dando, de ser necesario, la oportuna publicidad a tales efectos. De este modo, conjugando las disposiciones relativas a la expresión de la voluntad de desvincularse, o de vincularse, a la acción de representación resarcitoria, tras el auto de certificación, las referidas al contenido de la sentencia y las relativas al cumplimiento y ejecución forzosa, se satisfacen con suficiencia las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de las acciones colectivas. Es especialmente destacable la especial atención que para el prelegislador merecen los consumidores y usuarios que se hallen en situación de vulnerabilidad (artículo 878).
- d) El anteproyecto regula el destino que habrá de darse al remanente tras la aprobación de las cuentas -o en su caso, resuelta la oposición-, que se pondrá a disposición del condenado, a quien se habrán de dirigir quienes con posterioridad alegasen su condición de beneficiarios, sustanciándose el correspondiente incidente, en caso de negativa del condenado a reconocer tal condición.
- e) El cumplimiento y ejecución de condenas no dinerarias se regula en términos similares, con las necesarias adaptaciones en atención a la naturaleza del pronunciamiento condenatorio. Es de destacar, y debe valorarse positivamente, la previsión de que tanto la solicitud de ejecución forzosa como de reconocimiento de la condición de beneficiario se lleve a cabo a través de impresos o formularios para facilitar la solicitud y el reconocimiento de dicha condición, sin perjuicio de que, tratándose de la solicitud de ejecución, esta se pueda formularse a través de la entidad habilitada demandante, y por medio de la plataforma electrónica, que deberá mantenerse operativa a tales efectos.



TRIGESIMOSEXTA.- El artículo 862 establece los efectos de la cosa juzgada de la sentencia firme. Coherentemente con el sistema de vinculación por defecto, como regla general, la extensión subjetiva de la cosa juzgada de la sentencia alcanzará a los consumidores y usuarios comprendidos en el auto de certificación, aunque no hayan sido identificados de manera individualizada en dicha resolución o en la sentencia. Este alcance *ultra partes*, en el sistema de vinculación por defecto, se explica en el modelo procedimental propuesto a partir del contenido del auto de certificación, donde se determinará el ámbito objetivo y subjetivo del proceso, conforme a lo dispuesto en el artículo 848.1, del mecanismo de *opt-out* que se establece con carácter general -o excepcionalmente, del *opt-in*, también en los casos en que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 848, resulte procedente-, de la manifestación de la voluntad de desvinculación o, en su caso, de vinculación, en su caso, del ejercicio de acciones individuales dentro del plazo para emitir la manifestación de voluntad, de la aprobación relación de consumidores y usuarios que han expresado su voluntad respecto de la acción de representación resarcitoria, y, en fin, del contenido de la sentencia en los términos previstos en el artículo 860, ya analizado. Paralelamente, la norma contempla el alcance subjetivo de la cosa juzgada de la sentencia cuando se ha acordado el sistema *opt-in*, o cuando este es el procedente, y en su apartado segundo vincula el efecto negativo de la cosa juzgada material y la extensión *ultra partes* de la cosa juzgada de la sentencia firme. Debe entenderse que dicho efecto, y su extensión, se produce no solo en los casos de sentencias *secundum litis*, si bien resulta conveniente que el prelegislador lo precise.

TRIGESIMOSÉPTIMA.- Merece una valoración positiva la previsión de la no homologación del acuerdo resarcitorio en los casos en que el tribunal considere que es indebidamente lesivo de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios afectados -para lo cual habrá de tener en cuenta las circunstancias y los extremos referidos en el apartado 2 del artículo 865-, cuando sea contrario a normas imperativas o esté sujeto a condiciones que no puedan cumplirse.

TRIGESIMOCTAVA.- La modificación del artículo 24 TRLGDCU afecta a su apartado segundo, al que se da nueva redacción para establecer la legitimación para el ejercicio de las acciones de representación a las asociaciones de consumidores y usuarios que cumplan con lo establecido en el artículo 54. En este, en su apartado 1, letra a), se establece que se consideran entidades habilitadas para el ejercicio de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios "a) Las asociaciones de consumidores y usuarios habilitadas para el ejercicio de acciones de representación, nacionales o transfronterizas, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente". La remisión que opera el apartado 2 del artículo 24 se muestra, de este modo,



un tanto redundante, y sería más adecuado, en buena técnica, remitirse al artículo 55, que regula la legitimación de las Asociaciones de consumidores y usuarios establecidas en España para el ejercicio de acciones de representación nacionales o en otro Estado miembro de la Unión Europea y las condiciones para ser designadas como tales.

TRIGESIMONOVENA.- El prelegislador ha generalizado la legitimación para el ejercicio de las acciones de representación a todas las asociaciones de consumidores y usuarios, sean o no representativas, que cumplan los requisitos para la designación recogidos en el apartado 3 del artículo 55 TRLGDCU, de nueva redacción; que no son otros que los establecidos en el artículo 4.3 de la Directiva para las entidades habilitadas para ejercitar acciones de representación transfronterizas, precepto que se reproduce prácticamente en su literalidad, en uso de la autorización que confiere el apartado 5 del artículo 4 de la Directiva.

Puede entenderse, en consecuencia, que el prelegislador ha considerado que el rasgo de la representatividad puede suplirse por la concurrencia, cumulativa, de los requisitos exigidos para la habilitación. A este respecto, cabe incidir, por un lado, en la loable preocupación por evitar que las asociaciones que aspiran a la habilitación sirvan a la estrategia de los financiadores orientada a crear vehículos de litigación bajo el revestimiento formal de la asociación constituida y que acredite haber desempeñado de manera efectiva y pública una actividad en el ámbito de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios durante el periodo de tiempo exigido. Pero al mismo tiempo, y por otro lado, existen aspectos en la norma que, al transponerse, requieren mayor grado de precisión, como la comprobación de la independencia de la entidad y la ausencia de influencia de personas distintas de los consumidores, y en especial de terceros financiadores, o sobre qué debe entenderse por "fuentes de financiación en general".

CUADRAGÉSIMA.- El artículo 54 TRLGDCyU mantiene la legitimación, al atribuirles la condición de entidades habilitadas, de la Dirección General de Consumo y de las entidades de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios. A este respecto, cabe hacer las siguientes observaciones: a) la atribución de la condición de entidad habilitada a las autoridades administrativas, nacionales, autonómicas o locales, competentes en materia de consumo y de defensa de los consumidores y usuarios cobra todos su sentido cuando se trata del ejercicio de acciones de cesación, para las que el Derecho vigente les reconoce la legitimación (artículo 54.3 TRLGDCU), pero es más discutible cuando se trata de acciones resarcitorias, que se sitúan en la estricta esfera del derecho de daños y sirven a intereses exclusivamente patrimoniales; b) la legitimación de estas entidades públicas presenta el inconveniente, no enteramente resuelto, que entraña la dificultad



de disociar el ejercicio de sus funciones como entidad integrada en las administraciones públicas que disponen de potestades sancionadoras y el ejercicio de sus funciones como entidad legitimada para la defensa de los consumidores y usuarios, y en particular, a la hora de separar la declaración de ilicitud que conforma la eventual infracción administrativa de la declaración de ilicitud que constituye el presupuesto de la acción de representación de cesación o resarcitoria (o de ambas).

CUADRAGESIMOPRIMERA.- La legitimación que se confiere a las autoridades con competencia en materia de consumo de las comunidades autónomas y entidades locales habrá de entenderse, rectamente, limitada a las acciones de representación como consecuencias de ilícitos cuyos efectos lesivos se circunscriban al ámbito autonómico o local, siendo más discutible reconocerles una legitimación de ámbito nacional; y ello, sin perjuicio de la competencia que, en cualquier caso, corresponda al juzgado del lugar donde el demandado tenga su domicilio (artículo 843).

CUADRAGESIMOSEGUNDA.- La disposición adicional primera crea el Registro Público de Acciones de Representación, bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia, cuyo contenido se detalla en el artículo 837 LEC.

Respecto de estas previsiones, cabe hacer las siguientes observaciones: i) el Registro Público de Acciones de Representación constituye un instrumento indispensable en el ejercicio de las acciones de representación conforme al modelo proyectado por el prelegislador, en la medida en que ha de facilitar, tanto a los órganos jurisdiccionales como a los consumidores y usuarios, a las entidades habilitadas y a eventuales terceros financiadores la información y los datos necesarios para el desarrollo de la tutela colectiva de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios; ii) la posibilidad de la publicación en extracto -sin que se precise a quién corresponde tomar la decisión al respecto- no concilia bien con la necesaria completitud de la información que ha de ofrecer el contenido de las resoluciones y actos inscribibles, así como de los asientos registrales mismos, para el adecuado ejercicio de las acciones de representación y la adecuada tutela colectiva de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios; iii) la previsión de la remisión de los extractos "conforme a los modelos que se aprueben reglamentariamente" parece no tener en cuenta los diversos sistemas de gestión procesal existentes en el territorio nacional, las distintas competencias de las Administraciones prestacionales en la Administración de Justicia, la necesidad de garantizar la homogeneidad en los modelos y sistemas procesales y su interoperabilidad y seguridad, y la necesaria intervención de este órgano de gobierno del Poder Judicial, en atención a las competencias que, sin perjuicio de las que corresponden al CTEAJE en materia de interoperabilidad y seguridad en el marco del Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad (EJIS), tiene atribuidas.



CUADRAGESIMOTERCERA.- La disposición transitoria primera establece que los procesos para la protección de los derechos e intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios pendientes a la fecha de entrada en vigor de la ley continuarán sustanciándose, en todas las instancias y recursos extraordinarios, así como la ejecución forzosa, conforme a la legislación procesal anterior.

Se opta, de este modo, por una irretroactividad de grado máximo, lo que ofrece mayor claridad en la tramitación de los procedimientos y una mayor seguridad jurídica. Sin perjuicio de lo anterior cabría completar o ampliar esta seguridad jurídica aplicando la norma a los contratos con consumidores y usuarios celebrados a partir de la entrada en vigor de la ley, siguiendo la misma pauta de la Ley 3/2014 que modificara en su día el TRLGDCyU en materia de acciones de cesación (art. 53)³³.

CUADRAGESIMOCUARTA.- La disposición transitoria segunda regula el plazo de prescripción de las acciones individuales de resarcimiento que puedan ejercitar los consumidores y usuarios, estableciendo que el ejercicio de una acción de representación suspenderá el plazo de prescripción de las acciones individuales de resarcimiento que puedan ejercitar los consumidores y usuarios frente a las infracciones de los empresarios o profesionales que hayan sido cometidas el 25 de junio de 2023 o después de esa fecha. La razón de fijar dicha fecha no es otra que la de ser la fecha de aplicación de las disposiciones legales de transposición de la Directiva, de conformidad con lo establecido en su artículo 24.1. La utilización de dicha fecha como referencia para establecer el efecto suspensivo de la prescripción de las acciones individuales de resarcimiento tiene como presupuesto, que se toma como cierto, la posibilidad de aplicación en esa fecha de la Ley ahora anteproyectada, cuando su aplicabilidad, depende, como es lógico, de su promulgación y publicación, y del transcurso de la *vacatio* que se establece en la disposición final decimotercera.

CUADRAGESIMOQUINTA.- Por último, deben tenerse presente las previsiones contenidas en la proyectada ley de medidas de eficiencia procesal en la Administración de Justicia y en la también proyectada ley de impulso de la mediación, en particular en lo relativo al establecimiento de medios alternativos de resolución de conflictos, al establecimiento de presupuestos de procedibilidad o a la regulación del denominado "pleito testigo" cuyo objeto se puede yuxtaponer a las finalidades pretendidas por la Directiva y puede suponer una evidente interferencia en sus objetivos sin establecer garantías equivalentes a las de las acciones de representación.

³³ En aquel caso la Disposición Transitoria Única sobre Régimen Transitorio indicaba (sic) "Las disposiciones de esta ley serán de aplicación a los contratos con los consumidores y usuarios celebrados a partir de 13 junio de 2014"



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

Es cuanto ha de informar el Consejo General del Poder Judicial.

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid, 27 de abril de 2023.

José Luis de Benito y Benítez de Lugo
Secretario General
(firmado electrónicamente)