



**UN GIRO COPERNICANO EN MATERIA DE
TUTELA COLECTIVA: EL PROYECTO DE LEY
DE ACCIONES DE REPRESENTACIÓN PARA LA
PROTECCIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS
DE LOS CONSUMIDORES**

Autora: Lorena Antonio Ramos

Tutor: Catedr. Guillermo Ormazabal Sánchez

Área: Derecho Procesal

Curso académico: 2023-2024

Facultad de Derecho

*“La justicia es la constante y perpetua voluntad
de dar a cada uno su Derecho”.*
Sir Edward Coke (1552 – 1634).

RESUMEN

En un marco donde las relaciones comerciales entre las empresas y los consumidores se han disparado hasta volverse prácticamente omnipresentes, la necesidad de introducir un mecanismo que proteja los intereses colectivos de los consumidores se convierte en algo primordial, aunque no nuevo, en el ordenamiento jurídico español. En las relaciones de mercado, la debilidad del consumidor frente a la figura del empresario es evidente, ya que, en la mayoría de casos, la dificultad que enfrentan los consumidores para reclamar una práctica ilícita por parte de las grandes empresas se traduce en una clara desproporción entre ambas partes a obtener una tutela judicial efectiva.

Por esta razón, el Proyecto de Ley en materia de acciones de representación surge como respuesta a la Directiva 2020/1828 con el propósito de transformar la regulación de la tutela colectiva tal como la conocemos hasta ahora.

En este trabajo, se analizan de forma detallada las repercusiones de este nuevo marco regulatorio, teniendo en cuenta particularidades como la legitimación o la cosa juzgada, así como su impacto en la protección de los derechos de los consumidores, en la eficiencia de la administración de justicia y en el equilibrio entre los intereses de los consumidores y los grandes operadores económicos. En tal sentido, su objetivo es abordar los desafíos prácticos que podrían surgir en su implementación y examinar si la regulación propuesta busca mejorar el acceso a la justicia y reformar las deficiencias históricas que se han ido produciendo a lo largo de los años en materia de tutela colectiva.

ABSTRACT

In a context where commercial relationships between businesses and consumers have surged to become practically omnipresent, the need to introduce a mechanism that protects the collective interests of consumers becomes paramount, although not new, in the Spanish legal system. In market relationships, the weakness of the consumer compared to the figure of the business is evident, as in most cases, the difficulty consumers face in claiming against illicit practices by large corporations results in a clear disproportion between both parties in obtaining effective judicial protection.

For this reason, the “*Proyecto de ley en materia de acciones colectivas*” (Draft Bill on Collective Actions) arises as a response to Directive 2020/1828 with the purpose of transforming the regulation of collective actions as we know it so far.

This project analyzes in detail the repercussions of this new regulatory framework, considering particularities such as standing or *res judicata*, as well as its impact on consumer rights protection, the efficiency of justice administration, and the balance between consumer interests and those of large economic operators. In this regard, its aim is to address the practical challenges that may arise in its implementation and examine whether the proposed regulation seeks to improve access to justice and reform the historical deficiencies that have occurred over the years regarding collective actions.

ABREVIATURAS

art.	Artículo
arts.	Artículos
CE	Constitución Española
cdo.	Considerando
Directiva	Directiva 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LEC-PLAR / Proyecto	Proyecto de ley de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios.
p.	Página
pp.	Páginas
párr.	Párrafo
párrs.	Párrafos
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	7
2. CUESTIONES GENERALES	9
2.1. TIPOS DE ACCIONES: CESACIÓN Y RESARCITORIAS	10
2.2. ENTIDADES HABILITADAS. LA EXCLUSIÓN DE LA INTERVENCIÓN DE LOS CONSUMIDORES	11
2.3. OPCIÓN POR EL SISTEMA DE AUTOEXCLUSIÓN (<i>OPT OUT</i>)	14
2.3.1. <i>Excepciones que habilitan el uso del sistema de adhesión (opt-in)</i>	16
2.3.2. <i>El sistema de opt-in y la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva</i>	17
2.4. EL REGISTRO DE ACCIONES DE REPRESENTACIÓN	18
3. RÉGIMEN DE LAS ACCIONES DE CESACIÓN	19
4. RÉGIMEN DE LAS ACCIONES RESARCITORIAS.....	20
4.1. LA AUDIENCIA Y LA CERTIFICACIÓN.....	21
4.1.1. <i>El antecedente estadounidense</i>	21
4.1.2. <i>La DIRECTIVA (UE) 2020/1828 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE.</i>	23
4.1.3. <i>La regulación en el Proyecto</i>	24
4.1.3.1. La financiación de litigios por parte de terceros. Críticas doctrinales sobre la regulación de la financiación.	26
4.1.3.2. La falta del proceso de certificación en las acciones de cesación.....	28
4.2. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA Y EL LISTADO DE LOS CONSUMIDORES AFECTADOS.....	29
4.3. LA SENTENCIA	30
4.4. LOS ACUERDOS DE RESARCIMIENTO	31
4.4.1. <i>La solicitud de homologación</i>	32
4.4.2. <i>La homologación judicial del acuerdo de resarcimiento</i>	32
4.4.2.1. Acuerdos de resarcimiento tras la certificación de la acción de representación	32
4.4.2.2. Acuerdos de resarcimiento previos a la certificación de la acción de representación	33
4.5. EL CUMPLIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y ACUERDOS RESARCITORIOS ...	34
4.5.1. <i>Cumplimiento y ejecución de condenas de carácter pecuniario</i>	34
4.5.1.1. Cumplimiento y ejecución de la sentencia cuando los beneficiarios estén identificados.....	35

4.5.1.2. Cumplimiento y ejecución de la sentencia cuando los beneficiarios no estén identificados.....	36
4.5.2. <i>Cumplimiento y ejecución de condenas no pecuniarias</i>	37
5. CONCLUSIONES.....	38
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	41
7. LEGISLACIÓN CONSULTADA	43

1. INTRODUCCIÓN

A principios del año 2023, el Ministerio de Justicia hizo público el Anteproyecto de ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (en adelante, el Anteproyecto). Esta iniciativa legislativa surge como respuesta a la necesidad de transponer a nuestro ordenamiento la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (en adelante, la Directiva); transposición, por cierto, tardía, dado que el plazo estipulado según la Directiva para ello vencía el 25 de diciembre de 2022.

En consecuencia, estamos a punto de vivir un cambio trascendental en el ordenamiento jurídico español a raíz de que el Consejo de Ministros haya aprobado el Anteproyecto el pasado 12 de marzo de 2024 y lo haya remitido al Congreso de los Diputados, dónde se ha dado inicio a la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de justicia y acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios, de 22 de marzo de 2024 (en adelante, LEC-PLAR o el Proyecto, indistintamente).

Este hecho supone un cambio absoluto en el régimen de las acciones colectivas, las cuales, hasta la fecha, han sido objeto de una regulación sumamente deficiente en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), donde se intentó abordar sin éxito la tutela de los intereses colectivos llevados al proceso no solo por aquellos directamente afectados, sino también por personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de dichos intereses.

En este sentido, la vaga e insuficiente normativa ha resultado, a lo largo de los años, en un panorama en el que las acciones colectivas se han limitado, en su mayoría, a la interposición masiva de acciones individuales como, por ejemplo, los derivados de cláusulas abusivas, en los que se han presentado miles de demandas pero sin alcanzar, en ningún momento, la auténtica naturaleza de litigación propiamente colectiva que caracteriza a este nuevo marco regulador; en el que una entidad habilitada actúa en nombre de un grupo de afectados, extendiendo los efectos de la posible sentencia estimatoria a los no litigantes.

Nos encontramos hoy a las puertas de una profunda reforma legislativa que, probablemente, marcará un giro copernicano en materia de tutela colectiva en el panorama jurídico español. Es por esta razón que, dados los evidentes cambios sustanciales que conllevará el tránsito desde un régimen unánimemente deficiente en materia de acciones colectivas hacia una nueva ley, a lo

largo de este trabajo se pretende analizar detenidamente, en base al estudio del propio texto del Proyecto y a distintas fuentes doctrinales, el funcionamiento de los aspectos más relevantes de esta reforma.

En la misma línea, la importancia de este cambio no solo influirá en el desarrollo de los procesos judiciales colectivos, sino que también tendrá repercusiones significativas en la protección de los derechos de los ciudadanos y en la eficacia del sistema judicial en su conjunto, fomentando, a su vez, la formación de expertos en la materia que tendrán que ser capaces de llevar a cabo un proceso de tal magnitud como el presente. Por esta razón, será esencial comprender, asimismo, el alcance del nuevo articulado así como sus implicaciones para el desarrollo de la práctica legal y la protección de los intereses de la sociedad en su conjunto.

En última instancia, se pretende evaluar en qué medida la regulación propuesta se ha redactado velando efectivamente por una mayor protección de los intereses de los consumidores logrando, de este modo, equilibrar adecuadamente esos intereses con los de las grandes empresas, garantizando una justicia equitativa para todos los involucrados en el proceso.

2. CUESTIONES GENERALES

El Capítulo I (arts. 828 a 839 LEC-PLAR) del Título IV del Libro IV de la LEC en el Proyecto contempla las disposiciones comunes a las acciones de representación y a los procesos en que estas se ejercitan.

En este sentido, el artículo 828 LEC-PLAR expone el ámbito de aplicación, otorgando la facultad de emprender acciones de representación en relación con cualquier infracción que haya afectado los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios. Subsiguientemente, el artículo 829 del Proyecto especifica el alcance y el contenido de dichas acciones de representación, y las define como: *“Aquellas a través de las cuales una o varias de las entidades habilitadas a que se refiere el artículo 835 de esta ley pretendan, para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, la obtención de medidas de cesación o de medidas resarcitorias frente a las conductas de empresarios o profesionales, que perjudiquen o puedan perjudicar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, en los términos establecidos en este título”*.

Asimismo, el art. 834 LEC-PLAR aborda la competencia objetiva y territorial en relación con los procedimientos que deriven de acciones representativas. En cuanto a la competencia objetiva, esta corresponderá a los juzgados de primera instancia, sea cual sea la materia sobre la cual verse el objeto del proceso. Asimismo, el art. 834.2 del Proyecto contempla la posibilidad de que el Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, designe ciertos juzgados especializados para que asuman exclusivamente el conocimiento de las acciones colectivas.

Respecto a la competencia territorial, el mismo precepto 834 LEC-PLAR en su apartado tercero establece que corresponderá al Juzgado de primera instancia del lugar del domicilio del demandado y, en su defecto, donde éste tenga su establecimiento comercial. Subsidiariamente, en caso de no tener el demandado domicilio ni establecimiento en territorio español, la competencia territorial recaerá en el lugar donde se haya llevado a cabo el acto infractor o donde se hayan producido sus efectos.

Como ha destacado el Presidente del Consejo Fiscal en la emisión de su informe al Anteproyecto de Ley¹, la reforma que se propone dar a la LEC implica dos cambios significativos. Por un lado,

¹ Consejo Fiscal. Presidente. (3 de abril de 2023). *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores*. Fiscalía General del Estado.
https://www.fiscal.es/documents/20142/290789/INFORME+CF+APL+Acciones+consumidores_firmado.pdf/bc3fe63e-8d1f-be84-02a5-5566fb3c5460?t=1681115101053 p. 22

devuelve la competencia objetiva a los juzgados de primera instancia, en contraposición a la situación actual donde esta competencia recae en los juzgados de lo mercantil. Por otro lado, establece que la competencia territorial se determine, como norma general, por el domicilio del demandado.

Actualmente, el domicilio del demandado solo determina la competencia en casos de acciones de cesación relacionadas con condiciones generales de contratación, mientras que para el resto de casos se considera primero el lugar donde el demandado tenga un establecimiento. El Consejo Fiscal plantea que esta nueva regulación podría generar una concentración de procedimientos en pocos lugares, lo que podría saturar determinados juzgados. Además, el Proyecto contempla la posibilidad de que asociaciones de consumidores de ámbito autonómico sean designadas como entidades habilitadas para ejercer acciones de representación a nivel nacional.

Por este motivo, el Consejo Fiscal sugiere que, al menos cuando se ejerza únicamente la acción de cesación, el artículo 834 LEC-PLAR permita elegir entre el domicilio del demandante o el lugar donde el demandado tenga un establecimiento, manteniendo el fuero subsidiario en caso de que el demandado carezca de establecimiento o domicilio².

2.1. Tipos de acciones: cesación y resarcitorias

Aunque me detendré más adelante, el Proyecto pasa a distinguir entre dos tipos de acciones de representación: las acciones de representación de cesación (art. 830 LEC-PLAR) y las resarcitorias (art. 831 LEC-PLAR).

Tal y como establece el artículo 830 del Proyecto: *“La acción de representación de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta, incluso cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción o antes de que concluya el procedimiento, si existen indicios suficientes que hagan temer su puesta en práctica o su reiteración”*.

Por otro lado, las acciones de representación resarcitorias tienen como objetivo, en virtud del art. 831 LEC-PLAR *“obtener una sentencia que condene al empresario o profesional demandado a reparar los daños padecidos por los consumidores o usuarios perjudicados por la conducta infractora en los términos previstos por la legislación aplicable.”*. Para reparar dichos daños, se

² *Ibid.*

podrá pretender la condena o bien el pago de una indemnización, o bien a una prestación de carácter no pecuniario, como la reparación o sustitución de los bienes.

De conformidad con el artículo 833 del Proyecto, los dos tipos de acciones pueden ser interpuestas conjuntamente en un mismo procedimiento, respecto a una misma conducta infractora de los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios. Sin embargo, durante la fase de certificación, que se analizará más adelante (art. 846 LEC-PLAR), el tribunal, tras escuchar a las partes, tiene la facultad de ordenar que ambas acciones sean tramitadas por separado si la acumulación propuesta genera una complejidad excesiva o demoras injustificadas en el proceso. En tal situación, el tribunal puede decidir suspender el procedimiento en el cual se esté llevando a cabo la acción de representación resarcitoria hasta que se resuelva la acción de cesación³.

2.2. Entidades habilitadas. La exclusión de la intervención de los consumidores

En el ámbito de las acciones colectivas dentro del sistema legal español, un elemento fundamental es la legitimación para llevarlas a cabo. En este contexto, adquiere relevancia la intención del Proyecto de modificar también el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU).

Según el artículo 835 del Proyecto, sólo estarán legitimadas aquellas entidades habilitadas con arreglo a lo establecido en el TRLGDCU, esto es, en atención a la reforma del Proyecto, las asociaciones de consumidores y organizaciones u organismos públicos⁴ que representen los intereses de los consumidores, así como el Ministerio Fiscal y las entidades designadas para el ejercicio de acciones de representación transfronteriza (según la propuesta del nuevo art. 54 TRLGDCU).

Lo relevante en este Proyecto es que, a diferencia del sistema norteamericano de las *class actions*, ya no son miembros del grupo de consumidores afectados o colectivos de personas quienes ejercen la acción ante los tribunales⁵, sino que se delega toda esa responsabilidad en las entidades

³ Zaballo Zurilla, M. (2023). El Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores: aspectos clave. *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, (46), 68–86. https://doi.org/10.18239/RCDC_2023.46.3336 p. 73.

⁴ En concreto, entidades gubernamentales como la Dirección General de Consumo a nivel estatal y los órganos o entidades equivalentes en las comunidades autónomas y en las corporaciones locales.

⁵ Ferreres Comella, A. (mayo/agosto, 2005). Las acciones de clase (Class Actions) en la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Actualidad jurídica Uria Menéndez*, 11, 38-48. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1380/documento/articuloUM.pdf?id=3210&forceDownload=true> p.41.

habilitadas. Únicamente aquellas entidades habilitadas que, además, reúnan determinados requisitos establecidos por la ley, que abordaremos posteriormente, como solvencia económica y suficiencia técnica, entre otros, están legitimadas para emprender acciones colectivas.

En este sentido, la Directiva no persigue armonizar los criterios generales de legitimación para el ejercicio de acciones colectivas (cdo. 26 de la Directiva). En lugar de ello, establece que, a nivel nacional, estos criterios deben ser fijados por cada país individualmente y no por la Directiva y, por ende, es competencia de cada legislador nacional definir los requisitos para autorizar a las entidades a ejercerlas, siempre y cuando dichos criterios estén alineados con los objetivos de la Directiva para asegurar la efectividad y eficiencia de estas acciones (art. 4.4 de la Directiva).

Sin embargo, sí que se reservan criterios comunes para las entidades que buscan autorización para llevar a cabo acciones colectivas transfronterizas, con el fin de evitar que entidades externas intervengan en asuntos internos, exigencias que no afectan a los requisitos necesarios para obtener la legitimación para el ejercicio de acciones colectivas a nivel nacional⁶.

Este aspecto es esencial ya que, al apostar por la regulación de la acción colectiva de manera general a través del sistema de autoexclusión, como veremos más adelante, de la misma manera que un desempeño adecuado por parte de la entidad beneficia a todo un colectivo de personas, cualquier fallo que ésta pueda tener, perjudica a todos los individuos afectados individualmente, al quedar sujetos a la cosa juzgada y no poder reclamar posteriormente por separado.

Esto implica que la entidad a la que se le otorga la legitimación para proponer una acción colectiva debe ser extremadamente confiable, ya que sus acciones pueden tener un impacto significativo para muchas personas, ya sea para su beneficio o su perjuicio. Es por esta razón que se establecen requisitos estrictos para poder llevar a cabo la tutela colectiva, aunque algunos autores argumentan que deberían ser aún más rigurosos dada la trascendencia del asunto⁷.

Estos requisitos son introducidos por el Proyecto de Ley en relación a la reforma del TRLGDCU y, establece, en términos generales, que las asociaciones de consumidores y usuarios que soliciten ser designadas como entidades habilitadas deben acreditar haber llevado a cabo una actividad efectiva y pública en la protección de los intereses de los consumidores durante al menos doce

⁶ Gascón Inchausti, F. (2020). ¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12(2), 1290–1323. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5672> pp. 1300-1305.

⁷ Ferreres Comella, A. (28 de febrero de 2023). La legitimación activa y la financiación de litigios en el Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/53368-2>. párr. 12.

meses antes de presentar su solicitud⁸, demostrar un interés legítimo en proteger los intereses de los consumidores y usuarios, ser una entidad sin ánimo de lucro, evidenciar solvencia, informar sobre las fuentes de su financiación y no estar influida por personas ajenas a los consumidores (según la propuesta del nuevo art. 55.3 TRLGDCU).

Por otro lado, en contraste con lo que establecía la LEC, que solo otorgaba legitimación a asociaciones representativas para aquellos casos donde los consumidores afectados por intereses homogéneos eran indeterminados (art. 11.1 y 11.2 LEC), el Proyecto amplía el reconocimiento de legitimidad para el ejercicio de acciones colectivas resarcitorias a cualquier asociación, ya sea representativa o no.

Además, la importancia de que, de forma exclusiva, las entidades habilitadas tengan legitimidad para presentar esta acción es tal que, si los requisitos para la designación de una entidad habilitada no se cumplen, el empresario o profesional demandado en una acción de representación tiene el derecho de argumentar que la entidad demandante no cumple con los requisitos establecidos para su designación; objeción que deberá respaldarse por una prueba inicial de los hechos en los que se basa⁹.

A tal respecto, la figura de las entidades habilitadas, efectivamente, conlleva la exclusión de cualquier intervención directa de los consumidores, para defender su derecho e interés en el proceso de una acción de representación, tanto de cesación como resarcitoria. A primera vista, esto podría plantear dudas sobre una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva previsto por el artículo 24 de la Constitución Española (en adelante, CE). En realidad, la acción colectiva no implica una expropiación de derechos, sino más bien todo lo contrario: representa una alternativa para la tutela judicial que cada consumidor puede obtener mediante el ejercicio

⁸ Este es uno de los requisitos más controvertidos según los expertos. Por ejemplo, Ferreres (2023) sostiene: En particular, me refiero al requisito de que la entidad de que se trate acredite haber desempeñado de manera efectiva y pública una actividad en el ámbito de la protección de los intereses de los consumidores durante un período, pero suficiente, previo a su solicitud de designación. Que a la Directiva le baste que el período de actividad acreditado sea de ¡solo! doce meses para que se pueda habilitar a una asociación de consumidores abre la puerta a la estrategia de los financiadores de litigios de crear asociaciones de consumidores, a modo de vehículos de litigación, a las que formalmente darán actividad de defensa de los intereses de consumidores durante doce meses, mientras en paralelo, y mediando la oportuna interrupción formal del plazo de prescripción de la acción colectiva resarcitoria, si ello resulta necesario, se prepara la estrategia procesal de la acción colectiva resarcitoria que se planea financiar. En *Ibid.*, párr. 6.

⁹ En relación con esto, el art. 836.1 del Proyecto señala lo siguiente: “El empresario o profesional demandado en una acción de representación tendrá derecho a plantear que la entidad demandante no cumple con las exigencias establecidas a los efectos de su designación como entidad habilitada para el ejercicio de acciones de representación. Dicha objeción habrá de formularse dentro de los diez días siguientes a la notificación de la demanda o tan pronto conozca el demandado los hechos en que se funde, si solo pudo conocerlos con posterioridad. Habrá de ir acompañada de un principio de prueba de los hechos en que se funde.”

típico de una acción individual¹⁰. Desde esta perspectiva, la acción colectiva se considera un mecanismo dirigido a facilitar el acceso a la justicia al ofrecer diferentes y modernas alternativas a los distintos justiciables, que pueden escoger con total libertad según su punto de vista individual.

Esta alternatividad se refleja en la redacción que propone dar el Proyecto al nuevo artículo 853LEC-PLAR. En virtud de este artículo, se fija un plazo de suspensión en las acciones de representación resarcitorias para que: *“de oficio o a instancia del demandado, el tribunal que esté conociendo de un proceso en que se esté ejercitando por uno o varios consumidores una acción resarcitoria individual cuyo objeto esté comprendido por el auto de certificación pondrá dicha resolución en conocimiento del demandante o de los demandantes y les requerirá para que, en el plazo de diez días, manifiesten, si así lo desean, su voluntad de vincularse a la acción de representación”*.

Todo ello, en aras de que el consumidor que hubiese ejercitado una acción individual sobre el tema controvertido en la misma, pueda vincularse al proceso colectivo, con sobreseimiento del proceso individual ya iniciado. A su vez, este precepto brinda al consumidor la posibilidad de seguir litigando de manera individual si así lo prefiere o, directamente, abstenerse por completo de litigar por una vía, sin quedar vinculado en ambos casos por la acción colectiva.

Una vez transcurrido el plazo de diez días mencionados, el Tribunal no admitirá ninguna acción individual cuyo objeto sea el mismo que el de la acción colectiva que esté en proceso de certificación (art. 853.5 LEC-PLAR).

2.3. Opción por el sistema de autoexclusión (*opt out*)

El sistema de autoexclusión (al que me referiré a partir de ahora como *opt-out*), es un mecanismo por el cual los individuos quedan automáticamente incluidos en la acción colectiva a menos que decidan expresamente no formar parte de ella de ella. En contra, en el sistema de adhesión (en adelante, el *opt-in*) los individuos no quedan incluidos de forma automática en el proceso sino que deben expresar de forma activa su voluntad de participar.¹¹

¹⁰ López Sánchez, J. (2023). La desvinculación en las acciones de representación (*opt out*) y el derecho a la tutela judicial efectiva. *Diario La Ley*, (10282), 3. https://legalteca.aranzadilaley.es/my-reader/SMTA5972_00000000_20230509000102820000?fileName=content%2FDT0000368711_20230503.HTML&location=pi-518&anchor=tBody&publicationDetailsItem=SystematicIndex p. 5.

¹¹ *Ibid.*, pp. 5 y 9.

En cuanto al modo de vinculación, el legislador prevé en el artículo 830.4 del Proyecto que, para las acciones de representación de cesación, su ejercicio se rija por el sistema de *opt-out*, es decir, “no requiere que los consumidores y usuarios afectados manifiesten su voluntad de adherirse a ella”.

En relación a las acciones de representación resarcitorias, a modo inicial, el artículo 9.2 de la Directiva dispone: “Los Estados miembros regularán la manera y la fase de la acción de representación para obtener medidas resarcitorias 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 de representación.”

Por tanto, no impone un sistema de adhesión (*opt-in*) ni opta por el de autoexclusión (*opt-out*) sino que requiere, una vez más, que los legisladores nacionales opten por uno u otro enfoque. Solamente exige que se aplique el sistema de *opt-in* a aquellos consumidores afectados que no residan habitualmente en el Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca de la acción de representación. En este caso, solo quedarán afectados por la sentencia que la resuelva si han manifestado expresamente su adhesión a la acción¹²; criterio que sigue nuestro proyecto en lo que respecta a los consumidores y usuarios residentes fuera del territorio español (art. 848.4 LEC-PLAR).

Ahora bien, respecto de los residentes en España, del artículo 848.2 del Proyecto se desprende que la premisa por la que opta el Proyecto español es la del *sistema de opt-out*. Por tanto, los afectados por el objeto de una demanda colectiva, estarán incluidos en el proceso a menos que indiquen, de forma activa, su deseo de no participar y, por tanto, de no quedar vinculados por la sentencia futura.

Para que este sistema sea efectivo, es crucial, como veremos más adelante en el proceso de certificación de la acción, el anuncio y la publicidad de la misma, que dota de sentido el requisito de la solvencia económica de las entidades habilitadas. Es evidente que, para llevar a cabo una publicidad de este tipo, se necesita un gran fondo económico, sin perjuicio de que después puedan recuperarlo en costas judiciales (art. 851.6 LEC-PLAR). Entonces, si se quiere garantizar la oportunidad efectiva a las personas de autoexcluirse, para no vulnerar el artículo 24 CE, o incluso de que, en casos excepcionales, se adhieran a la acción, es necesario anunciarlo ampliamente (ya

¹² En este sentido, cfr. el art. 9.3 de la Directiva.

sea en medios de comunicación o similares de gran alcance) ya que tal vez el consumidor haya sufrido un daño económico grave y prefiera litigar por su cuenta. Todo esto implica costos financieros significativos que dotan de sentido el requisito de demostrar solvencia.

De todo esto no cabe sino más que afirmar que hay un vínculo evidente entre la exclusividad de legitimación de las entidades habilitadas y la implementación, como principio general, del sistema de autoexclusión. En este sentido, se podría decir que, una de las razones principales por las que se establece un sistema de *opt-out* radica, precisamente, en la presencia de estas entidades.

Estas entidades, que teóricamente han cumplido con ciertos requisitos para obtener su habilitación, garantizan que nadie quede desprotegido y, para todos aquellos individuos que quedan excluidos de intervenir en el proceso y que están vinculados a su resultado si no manifiestan objeción, la existencia de estas entidades les proporciona una cierta seguridad, pues pueden confiar en que las entidades habilitadas cuentan con los requisitos necesarios para asegurar un proceso justo y hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 CE.

2.3.1. Excepciones que habilitan el uso del sistema de adhesión (opt-in)

En el sistema de vinculación por adhesión, la sentencia emitida en resolución de la acción resarcitoria solo tiene efectos de cosa juzgada para “aquellos que hayan manifestado expresamente su interés en tal vinculación” (Ferrerres, 2023, párr. 11)¹³.

Aunque, como norma general, se contempla el uso del sistema *opt out* para el ejercicio de las acciones de representación, el legislador establece casos excepcionales para las acciones resarcitorias en los cuales, si el juez lo considera conveniente, el proceso se regulará mediante el sistema de *opt-in*, donde solo aquellos consumidores y usuarios que hayan manifestado su voluntad de vincularse a la acción serán afectados por la sentencia (o el acuerdo), estimatoria o desestimatoria, que resulte.

Estos supuestos están recogidos en el artículo 848.3 y 4 del Proyecto. Por un lado, se refieren a aquellos casos en los cuales la cantidad reclamada como resarcimiento para cada beneficiario

¹³ Ferreres Comella, A. (10 de febrero de 2023). Vinculación por defecto (opt-out) en las acciones de representación: Y una propuesta de sustitución por la vinculación por adhesión (Opt in). *Almacén de Derecho*.
<https://almacenederecho.org/vinculacion-por-defecto-opt-out-en-las-acciones-de-representacion/>

excede los 5.000 euros. Por otro lado, se aplica la excepción cuando los consumidores afectados por la acción resarcitoria tienen su residencia habitual fuera del territorio español.

En el primer escenario, se acuerda que el tribunal pueda tomar tal decisión debido a que, cuanto mayor es la cantidad que pueda recuperar la entidad habilitada para el individuo, mayor será su motivación para apuntarse al proceso. En el segundo caso, se implementa el *opt-in* para evitar desconocimiento, ya que es más probable que aquellos que residen fuera de España no tengan conocimiento de la acción que se va a iniciar.

2.3.2. El sistema de opt-in y la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva

El hecho de que el Proyecto se decante directamente por el uso del sistema de *opt-out* en el contexto español, nos lleva a cuestionar si realmente se garantizan, por esta vía, los derechos individuales en las acciones colectivas o si, por lo contrario, se podría argumentar que el sistema de *opt-in*, al requerir una adhesión activa, ofrece una mayor protección de estos derechos fundamentales.

En este sentido, es preciso que estudiemos en profundidad cómo el sistema de *opt-in* podría fortalecer la capacidad de los consumidores para ejercer sus reclamaciones de forma individual, intentando determinar así cuál de los dos sistemas es más garantista con los derechos individuales de los consumidores y usuarios que, al fin y al cabo, es el interés superior de las acciones de representación.

Si examinamos más de cerca el sistema de vinculación por adhesión (*opt-in*), podemos percibir que se protegen de forma efectiva los derechos de los consumidores a ejercitar reclamaciones resarcitorias de forma individual pues, en este sistema, aquellos consumidores representados que no estén al tanto de la acción colectiva o que no participen activamente en ella no verán afectado su derecho a litigar individualmente; y siempre tendrán la opción de unirse a otra acción colectiva resarcitoria que se inicie por otra entidad habilitada¹⁴.

Además, gracias a los modernos medios de información, los individuos pueden ser conocedores desde prácticamente cualquier parte y esto se traduce en una garantía más efectiva de la tutela judicial, pues gracias a este consentimiento activo que caracteriza al sistema *opt-in*, solo quedará afectado quien se apunta al proceso voluntariamente.

¹⁴ *Ibid.*, párr. 13.

En contraste, con el sistema de *opt out*, si por alguna razón, a pesar de la publicidad masiva, y transcurrido el plazo que prevé el artículo 848.5 LEC-PLAR para manifestar su voluntad de exclusión, el individuo no ha llegado a conocer del proceso colectivo en curso, la consecuencia será irreparable, pues su regulación establece que el consumidor pierde su derecho a reclamar individualmente y, por ende, a intervenir en el proceso colectivo, al quedar vinculados automáticamente a la sentencia o acuerdo que resulte de dicho proceso¹⁵.

En definitiva, al considerar el sistema de *opt-in* en profundidad, podemos apreciar distintos puntos. En primer lugar, bajo el *opt-in*, los consumidores tienen la oportunidad de ejercer un control activo sobre su participación en una acción colectiva resarcitoria. Asimismo, el hecho de que este sistema requiera obligatoriamente al individuo su adhesión, garantiza que solo aquellos que verdaderamente quieren participar, sean vinculados a la sentencia con efectos de cosa juzgada que resulte del proceso. Y esto es fundamental, porque promueve que los consumidores, en defensa de sus derechos, tomen decisiones informadas y deliberadas sobre su inclusión en la acción de representación. Por tanto, el sistema *opt-in* también es una vía que ofrece protección, autonomía y transparencia en el ámbito legal. Todo ello sin que esto signifique un argumento en contra del *opt-out*, sino simplemente una comparativa de ambos enfoques, pues, como ya hemos señalado anteriormente, el *opt-out* facilita el acceso a la justicia y, especialmente, evita el colapso judicial, al incluir automáticamente a todos los individuos afectados en un mismo proceso y evitar la duplicación de procedimientos legales¹⁶.

Ahora bien, no podemos negar que, independientemente de la interpretación que pueda dar cada uno sobre el sistema de vinculación utilizado (*opt-out* u *opt-in*), las acciones colectivas resarcitorias están sometidas a un control exhaustivo previo, esto es, el proceso de certificación, que es crucial para garantizar que se cumplan los requisitos necesarios para garantizar los derechos individuales de los consumidores en el contexto de una acción de representación.

2.4. El Registro de Acciones de Representación

Otra de las particularidades que se introduce en la nueva regulación es la existencia de un Registro Público de Acciones de Representación, con sede en el Ministerio de Justicia y con carácter electrónico, tiene como objetivo inscribir y dar publicidad a las acciones de representación en defensa de los consumidores y usuarios así como a los acuerdos resarcitorios alcanzados. En

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ López Sánchez, J. (2023). *op. cit.*, p. 9.

virtud de lo que dispone el artículo 837 del Proyecto, en el registro se inscribirán elementos como las demandas admitidas a trámite, información sobre los consumidores afectados, las sentencias dictadas, las resoluciones que pongan fin al proceso y decisiones sobre medidas cautelares, entre otros.

Además, se establecen condiciones para la exhibición de pruebas pertinentes tanto por parte de demandantes como de demandados, bajo criterios de proporcionalidad y consideración de intereses legítimos de todas las partes involucradas (art. 838 LEC-PLAR)¹⁷.

Asimismo, la disposición adicional primera del Proyecto también hace referencia a este registro, que se desarrollará reglamentariamente y que, aunque será de acceso público, se establecerán medidas para proteger la confidencialidad de cierta información sensible. También se detallarán en él los procedimientos para la inscripción de las resoluciones judiciales y la publicación de extractos de estas para su difusión pública a través del portal electrónico creado a tal efecto.

3. RÉGIMEN DE LAS ACCIONES DE CESACIÓN

El Capítulo II del Título IV del Libro IV de la LEC en el Proyecto (arts. 840 a 843 LEC-PLAR) regula las disposiciones aplicables a las acciones de representación de cesación¹⁸.

Conforme se ha expuesto previamente, se entenderá como acción de representación de cesación aquella que tiene por finalidad solicitar la cesación de una conducta lesiva para los intereses de los consumidores o usuarios afectados, así como la prohibición futura de dicha conducta. En este sentido, solo se admitirá la demanda en ejercicio de la acción de representación si se prueba que la entidad demandante ha requerido la cesación de la conducta en cuestión con al menos quince días de antelación (art. 840 LEC-PLAR).

¹⁷ Al respecto, es interesante el comentario del informe del Presidente del Consejo Fiscal (2023) que señala: Llama la atención que el requisito de la homogeneidad de las acciones no es igual para cada una de ellas. Nada se dice al respecto al regular específicamente la acción de cesación. Sin embargo, en las acciones resarcitorias sí hace referencia a dicha homogeneidad al regular la demanda (art. 844.1.d LEC) y la certificación de la acción (art. 846.2 y 847 LEC). En consecuencia, se propone que en el art. 838 LEC se excluya expresamente el requisito de la homogeneidad como causa de oposición al acceso a los medios de prueba, al menos cuando la solicitud esté limitada a la identificación de las personas consumidoras y usuarias afectadas. en *op.cit.*, p. 25.

¹⁸ Véase la valoración que se realiza de la diferencia de regulación entre las acciones de cesación a las que se dedica 3 artículos frente a los 41 que se dedica a las acciones resarcitorias. Zaballos Zurilla, M. *op. cit.*, p.76.

Por tanto, es precisa la reclamación previa al empresario o profesional infractor para el ejercicio de la acción de representación de cesación. Sin embargo, tal y como refleja Zaballos (2023) no es un requisito novedoso:

Se trata de una posibilidad que ya contemplaban las directivas anteriores y que mantiene su carácter facultativo en la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, que se ha considerado adecuado incorporar a nuestro ordenamiento, teniendo en cuenta la importancia actual de promover la solución extrajudicial de los litigios. (p.76).¹⁹

En cuanto a su tramitación, aunque el procedimiento se seguirá por los cauces del juicio verbal, la entidad habilitada demandante deberá establecer en la demanda los consumidores y usuarios afectados por la acción de representación o, en caso de que no sea posible una identificación individualizada, detallar las características y los criterios que deben concurrir en ellos en aras a ser considerados beneficiarios de la sentencia estimatoria que pudiese dictarse (art. 841 LEC-PLAR).

Asimismo, en caso de que se acredite que concurren razones de urgencia o necesidad de conformidad con lo que establece el artículo 730.2 LEC, la entidad demandante podrá solicitar la cesación provisional de la conducta infractora.

4. RÉGIMEN DE LAS ACCIONES RESARCITORIAS

En el caso de las acciones resarcitorias, el Capítulo III regula las disposiciones aplicables a estas en los artículos 844 a 885. Este capítulo contempla las principales novedades para el ejercicio de las acciones resarcitorias, especialmente de carácter procesal, mediante su regulación a través de un procedimiento especial ante la imposibilidad de utilizar los cauces del juicio ordinario o verbal²⁰.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*, p.77.

4.1. La audiencia y la certificación

4.1.1. El antecedente estadounidense

La peculiaridad más grande de este proceso es la certificación, la cual está directamente inspirada en la normativa estadounidense y determina si un caso puede ser presentado o no como una acción colectiva. En otras palabras, la certificación de la acción es el proceso legal donde el juez decide si un grupo de personas con intereses similares puede unirse para presentar una sola demanda.

En este sentido, la tutela de los derechos e intereses colectivos encuentra su origen en Estados Unidos, donde se lleva a cabo a través de las *class action*, que son consideradas como el mecanismo más eficaz con el que cuenta el sistema jurídico norteamericano para proteger esos derechos e intereses²¹.

La ley procesal estadounidense otorga legitimidad a reclamantes individuales (que son llamados *class representatives*) para emprender acciones legales no solo en defensa de sus propios derechos e intereses patrimoniales sino, además y de forma simultánea, en defensa de los análogos derechos e intereses patrimoniales de un número indeterminado de consumidores o usuarios no identificados (denominados *class members*)²²

Plantear una acción colectiva se trata de un paso crucial, ya que implica reclamar, muy probablemente, una cantidad elevada de dinero y obtener un resultado que afectará a un gran número de personas. Por tanto, es fundamental estar completamente seguro de que se cumplen ciertos requisitos y de que el objeto de la demanda se basa en un interés común que abarca los intereses de toda una pluralidad de individuos y no de historias individuales sin relación alguna.

Es un proceso importante en tanto que estas acciones pretenden dotar al sistema judicial de eficiencia y, al mismo tiempo, facilitar el acceso a la justicia. Por un lado, permiten agrupar casos que, por su homogeneidad, pueden enjuiciarse de forma conjunta en un solo procedimiento evitando un doble esfuerzo y un doble gasto de recursos judiciales. Por otro lado, facilitan el acceso a la justicia tanto para personas con recursos limitados (ya que de esta manera no tienen que afrontar los costes de un proceso individual) como estableciendo un incentivo en los consumidores afectados que, probablemente, por el valor económico insuficiente en el daño

²¹ Ferreres Comella, A. (2005) Las acciones de clase..., op. cit., p. 38.

²² *Ibid.*, p.39.

causado, no instarían una reclamación individual y que, en cambio, con este proceso, pueden reclamar agregándose a una acción colectiva resarcitoria²³.

Además, teniendo en cuenta que esto permite a los consumidores unirse para defender sus derechos frente a grandes y poderosas empresas, la certificación de la acción se torna importante también como medida de protección de los consumidores.

En cuanto a las condiciones para que un caso sea certificado como acción colectiva hay que tener en cuenta que, para facilitar el ejercicio de éstas, especialmente cuando hay un gran número de consumidores afectados, la *class action* supone un supuesto de desplazamiento de legitimación desde el punto de vista de la ley procesal española. Es decir, la legitimación que ostenta para reclamar el titular del interés individual (es decir, el derecho a iniciar una demanda de cada consumidor afectado) se desplaza por ley a un representante del grupo designado legalmente (p.e una asociación de consumidores) . Ahora bien, esto se utilizará cuando la acumulación subjetiva de acciones, es decir, el procedimiento legal por el que múltiples demandantes presentan demandas separadas, con su respectivo procedimiento individual, pero relacionadas contra un mismo demandado, no sea viable por haber un número de demandantes muy elevado²⁴.

Es por ello que, para considerar que la acción colectiva resarcitoria es una mejor alternativa a la acumulación subjetiva de acciones, y, por tanto, para enjuiciar un procedimiento a través del mecanismo de las *class actions* (o acciones colectivas), el juez, a modo de control previo, debe examinar si se cumplen determinados requisitos.

Antes de entrar a examinar las condiciones para que un caso sea certificado como acción colectiva según la regulación del Proyecto, es preciso tener en cuenta el antecedente normativo estadounidense. En dicho sistema, se sigue el procedimiento establecido en la norma federal de procedimiento nº23 estadounidense (*Federal Rule of Civil Procedure no.23*) para la validación de los presupuestos, que inspira la regulación tanto de la Directiva europea como, en consecuencia, del Proyecto español en aquello referente a la certificación en las acciones colectivas resarcitorias.

La norma federal mencionada exige la necesidad de un número mínimo de personas afectadas por el mismo problema (*numerosity*) y una similitud o, más bien, una inevitable homogeneidad, en cuanto a los hechos y el derecho en las reclamaciones de los afectados (*commonality*). A su vez,

²³ Ferreres Comella, A. (25 de abril de 2023). La certificación de las acciones representativas. *Almacén de Derecho*. <https://almacenderecho.org/la-certificacion-de-las-acciones-representativas> párr. 2.

²⁴ *Ibid.*, párr. 3.

el hecho de desplazar legalmente la legitimación para reclamar a un representante comporta, por ende, el sometimiento de éste a ciertos requisitos procesales: que el representante sea una persona o entidad adecuada para defender el grupo (*adequacy of representation*), y que la acción resarcitoria que se pretenda iniciar sea razonable, esto es, que sea una acción con posibilidades de éxito en el sentido de que responda a la pretensión que razonablemente cabría esperar (*typicality*)²⁵.

4.1.2. La DIRECTIVA (UE) 2020/1828 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE.

En cuanto a la Directiva europea, esta no detalla los requisitos específicos para considerar una acción de representación resarcitoria como certificada sino que, una vez más, se limita a establecer principios generales y amplios, cediendo a los Estados Miembros la competencia normativa de éstos permitiendo que sean ellos quienes establezcan los detalles concretos de la certificación de acuerdo con las particularidades legales de cada país²⁶.

No obstante, es cierto que se detiene más en el aspecto de la financiación del proceso por parte de terceros, y establece que es esencial que las entidades habilitadas sean totalmente transparentes en relación, especialmente, con el origen de los fondos que respaldan la acción de representación que se promueve. Pese a ello, deja a juicio de cada legislador nacional permitir o no la financiación, con el límite de que, si lo permiten, velen por evitar los conflictos de intereses (art. 10.1 Directiva).

Por tanto, es necesario que los órganos competentes, esto es, los órganos jurisdiccionales o las autoridades administrativas, examinen detenidamente la financiación con la finalidad de evitar un conflicto de intereses entre el tercero financiador y la entidad habilitada, ya que quien respalda

²⁵ *Ibid.*, párrs. 3 a 5. Conjuntamente con Gascón Inchausti, F. (17 de febrero de 2023). Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/algunas-claves-del-anteproyecto-de-ley-de-acciones-de-representacion-de-los-intereses-colectivos-de-los-consumidores> (Sección procedimiento, párrs. 6 y ss.)

²⁶ Recuérdese el considerando 12 de la Directiva: “De conformidad con el principio de autonomía procesal, la presente Directiva no debe contener disposiciones sobre cada aspecto del procedimiento en las acciones de representación. Por consiguiente, corresponde a los Estados miembros establecer normas, por ejemplo, sobre admisibilidad, prueba o vías de recurso, aplicables a las acciones de representación. Por ejemplo, debe corresponder a los Estados miembros determinar el grado de similitud exigido entre las pretensiones individuales o el número mínimo de consumidores afectados por una acción de representación para obtener medidas resarcitorias para que el asunto se admita a trámite en tanto que acción de representación. [...]”

financieramente a la entidad demandante puede tener motivaciones diversas, incluso podría ser una empresa competidora buscando perjudicar a la empresa demandada en el proceso colectivo, lo que estaría implicando un riesgo de abuso en el ejercicio de la acción legal (cdo. n°52 de la Directiva).

4.1.3. La regulación en el Proyecto

El proceso de certificación que se pretende introducir en la nueva redacción de la LEC para las acciones de representación de tipo resarcitorio se inicia mediante la interposición de demanda por alguna entidad habilitada. Salvo que se aprecie falta de algún requisito procesal, el Letrado de la Administración de Justicia admitirá a trámite la demanda, dará traslado a la parte demandada y convocará a todas las partes a la audiencia de certificación²⁷.

Con la convocatoria de la audiencia de certificación de la acción, una vez inscrita la acción en el Registro de Acciones de Representación y hechas las alegaciones pertinentes por las partes, en virtud del artículo 846 del Proyecto, el juez o tribunal competente empezará examinando si resulta apropiado el ejercicio de dicha acción antes de “*proseguir con el desarrollo de la audiencia*”. En caso de que el tribunal acuerde el sobreseimiento de la acción, se hará mediante auto frente al cual cabrá recurso de apelación (art. 846.1 LEC-PLAR), sin perjuicio de que continúe la acción de cesación si se hubiera ejercitado junto con la resarcitoria (art. 854.1 LEC-PLAR).

Resueltas las alegaciones correspondientes, si las hubiera, y en caso de considerar apropiado el ejercicio de la acción, la audiencia de certificación se seguirá por los cauces del artículo 443 LEC, que regula el desarrollo de la vista en el juicio verbal del orden civil.

En cuanto a los presupuestos, el Proyecto asocia el concepto de certificación de la acción exclusivamente a la verificación de la concurrencia del requisito de homogeneidad (que, si nos

²⁷ Los tres apartados del artículo 845 del Proyecto, bajo la rúbrica de “Convocatoria a la audiencia de certificación”, disponen lo siguiente:

“1. Salvo que concurra alguna de las causas establecidas en el artículo 403 de esta ley, el Letrado de la Administración de Justicia admitirá a trámite la demanda, dispondrá su inscripción en el Registro de Acciones de Representación, dará traslado de la admisión a la parte demandada y convocará a todas las partes a la audiencia de certificación, que no podrá celebrarse antes de veinte días ni más tarde de dos meses desde la convocatoria.

2. El demandado dispondrá de un plazo de diez días, a contar desde el traslado de la admisión de la demanda, para poner de manifiesto la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal, la ausencia de algún presupuesto o la concurrencia de algún obstáculo que impida la válida prosecución del proceso o la carencia en la demandante de los requisitos para su designación como entidad habilitada.

3. La parte demandante dispondrá, en tal caso, de un plazo de cinco días para alegar cuanto estime oportuno en relación con los extremos puestos de manifiesto por el demandado. “

fijamos, está emparentado con la *commonality* del sistema estadounidense). Por tanto, según el texto, el único requisito que debe examinarse para certificar la acción como colectiva, aunque el resto de notas estén también presentes de forma indirecta, es la homogeneidad²⁸.

Tal y como establece el artículo 847 del Proyecto, el tribunal debe verificar que las pretensiones de la acción colectiva son homogéneas, es decir, que se puede acreditar de forma efectiva y suficiente una conexión entre las pretensiones de los diferentes consumidores y usuarios afectados por la conducta dañosa que motiva la acción. En este sentido, se entenderá que existe homogeneidad cuando “[...] 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” (art. 847.2 LEC-PLAR). Es decir, se busca que los elementos principales de la reclamación sean idénticos entre todos los afectados.

Una vez se compruebe que se reúne el requisito de la homogeneidad (y que la entidad demandante así lo ha justificado en la demanda) y emitido el auto de certificación de la acción, el tribunal delimitará en dicho auto el objeto de la acción y establecerá, asimismo, los consumidores y usuarios que se verán afectados por la acción. Si no es posible identificarlos individualmente, el artículo 848 del Proyecto establece que el tribunal especificará las características que deben tener para ser considerados beneficiarios de la sentencia que se dicte o del acuerdo que se apruebe como resultado del proceso.

Igualmente, fijará el plazo dentro del cual los consumidores afectados deberán manifestar su voluntad expresa de excluirse de la acción ya que, como se ha mencionado anteriormente, la acción se seguirá como norma general por el sistema de *opt-out*, a menos que el tribunal considere, también este momento del proceso, que concurren las causas que dan lugar al ejercicio del *opt-in*. A su vez, el auto deberá delegar a la entidad habilitada “la puesta en funcionamiento de una plataforma electrónica para que a través de ella los consumidores afectados puedan expresar su voluntad [...]” (art. 849.1 LEC-PLAR).

En este sentido, un elemento importantísimo en la certificación de la acción es la publicidad del auto de certificación. En virtud del artículo 851 LEC-PLAR, el tribunal deberá seguir las pautas indicadas en el auto para asegurar que tanto su contenido como la plataforma electrónica para

²⁸ A tal respecto, véase para mayor comprensión Ferreres Comella, A. (5 de abril de 2023). El ámbito objetivo de aplicación del recurso colectivo resarcitorio en el Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación: En particular, los presupuestos de aplicación del recurso colectivo resarcitorio. *Almacén de Derecho*. <https://almacenderecho.org/el-ambito-objetivo-de-aplicacion-del-recurso-colectivo-resarcitorio-en-el-anteproyecto-de-ley-de-acciones-de-representacion>

excluirse de la acción sean conocidos por los consumidores y usuarios afectados para garantizar su efectividad. Por tanto, si se considera factible, el tribunal notificará individualmente a cada consumidor afectado el inicio de la acción, utilizando cualquier medio disponible. En caso de que esto no fuera posible, se recurrirá a su publicación en medios de gran alcance.

En ambos casos, tanto si se comunica individualmente como si se publica, el tribunal deberá indicar si los individuos tienen que expresar su negativa a participar en la acción (porque ésta se lleva a cabo mediante el *opt-out*) o si por el contrario es necesario que se vinculen de forma activa a ella (porque se haya acordado un *opt-in*). En definitiva, el tribunal competente será el encargado de garantizar que el auto de certificación reciba la máxima y más efectiva publicidad entre los consumidores y usuarios afectados, de modo que la actuación sea garante con sus derechos e intereses.

4.1.3.1. La financiación de litigios por parte de terceros. Críticas doctrinales sobre la regulación de la financiación.

En sede de audiencia de certificación, otro aspecto que el tribunal debe examinar en profundidad es el origen de la financiación de la entidad habilitada que promueve la acción. Como se ha ido analizando, al ser necesario un gran fondo económico para impulsar y representar una, muchas entidades recurren a terceros que financian los costos derivados del cumplimiento, especialmente, de la publicidad del auto de certificación (art. 851.6 LEC-PLAR) y esto, en algunos casos, podría causar un abuso en el ejercicio de la acción legal.

Ante el pronunciamiento de la Directiva que dejaba margen al legislador de cada país para permitir o no la financiación de terceros, el Proyecto se ha inclinado en un sentido favorable, con el límite (también implementado por el legislador europeo) de que no concurra un conflicto de intereses. Es decir, de acuerdo con lo establecido en el artículo 850 del Proyecto, en el mismo auto que certifica la acción, el tribunal deberá expresarse sobre el origen de los fondos de la entidad que respalda la acción y, en caso de que entienda que concurre un conflicto de intereses entre la entidad financiadora y la entidad habilitada para impulsar la acción, rechazará la financiación íntegramente.

De hecho, uno de los extremos que deben hacerse constar por la entidad habilitada demandante junto con la presentación de la demanda en ejercicio de una acción de representación resarcitoria

es “un resumen financiero de las fuentes de financiación utilizadas para apoyar la representación” (art. 844.1.f LEC-PLAR)²⁹.

En este sentido, el tribunal entenderá que se da un conflicto de intereses cuando el tercero que financia el litigio tiene un interés económico en el resultado de la acción, en particular cuando el demandado sea un competidor del financiador (850.2 LEC-PLAR). En cuanto a los aspectos más formales, el artículo 850.3 del Proyecto dispone que: “Si el tribunal aprecia la existencia de conflicto de intereses, requerirá a la entidad demandante para que renuncie a la financiación controvertida o la modifique en el plazo que el propio tribunal señale, que no podrá ser superior a un mes. Si en dicho plazo la entidad demandante no justifica haber procedido a la renuncia o modificación requerida, sobreseerá el tribunal el proceso o excluirá del mismo a la entidad afectada, en caso de que hubiere concurrido otra entidad habilitada al ejercicio de la acción de representación resarcitoria a la que no afectara el conflicto de intereses.”

Además, el tribunal también dará lugar a este requerimiento en caso de que detecte la existencia de un conflicto de intereses posteriormente a la certificación de la acción (art. 850.4 LEC-PLAR).

La crítica principal hacia el Proyecto en relación a la regulación de la financiación de litigios por terceros, radica en su enfoque limitado así como en la falta de claridad en los parámetros para considerar que concurre un conflicto de interés o demás circunstancias que pudieran invalidar dicha financiación³⁰. Y ello se considera así dado que, aunque se mencionan las facultades procesales para el tribunal y el demandado con el fin de evitar dichos conflictos de intereses, la norma se limita a reproducir aquello que dispone la Directiva³¹, esto es, evitar un conflicto de intereses entre el tercero financiador y la empresa demandada que pueda ir en contra de los beneficios de los consumidores y usuarios, omitiendo directamente la posibilidad de incluir financiación pública que propone la Directiva³² y dando por hecho que la financiación de estas acciones será hecha por terceros.

²⁹ Extremo criticado por FERRERES (2023), a juicio de quien el precepto refleja un requisito insuficiente: Debería exigirse, además, una copia del acuerdo de financiación suscrito con el tercero financiador. De hecho, tal publicidad deriva ya de las obligaciones generales de las asociaciones de consumidores incluidas en los artículos 30 y 32 de la Ley de Consumidores (obligación de depositar en la Agencia Española de Consumo y en el Consejo de Consumidores y Usuarios los acuerdos o convenios de colaboración que aquellas suscriban con empresarios, agrupaciones o asociaciones de empresas, información depositada que será pública). En la legitimación activa..., *op. cit.*, sección tres observaciones, párr. 9.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Cfr 850.1 LEC-PLAR y art. 10.1 Directiva (UE).

³² Considérese el art. 20.1 de la Directiva, que prevé la financiación pública como una opción a adoptar por los Estados Miembros para apoyar a las entidades habilitadas a fin de que los costes procesales asociados al proceso colectivo no supongan un impedimento para el ejercer la legitimación que ostentan.

Esta conclusión se extrae a cuenta de que, en sede de regulación de la homologación judicial del acuerdo de resarcimiento, que se examinará más adelante, el artículo 865.2 LEC-PLAR indica que: “*al valorar si el acuerdo propuesto resulta indebidamente lesivo de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios afectados el tribunal habrá de tener en cuenta, a la luz de las pruebas obrantes en la causa y de las actuaciones que ya se hubieran llevado a cabo, [...] el importe de las sumas que habrán de entregarse al tercero que haya financiado el proceso [...]*”.

En la misma línea, Gascón (2023) sostiene que “una buena regulación legal de las acciones y de los procesos colectivos tampoco es suficiente para asegurar su efectividad práctica [...] la regulación procesal civil no es, posiblemente, la sede adecuada para abordar buena parte de -las- cuestiones –relativas a la financiación de las acciones colectivas resarcitorias³³ ” Desde esta perspectiva, se entiende que, aunque la LEC no sea el lugar adecuado para regular una cuestión tan compleja como la financiación por parte de terceros, el Proyecto sí debería abordar esta problemática, incluyendo disposiciones sobre la prohibición o limitación de la financiación de litigios por parte de terceros. De esta manera, garantizaría una regulación efectiva y con detalle de los presupuestos y límites de esta financiación sin entrar a modificar la LEC en este contexto, sin perjuicio de que se modifiquen otras normas jurídicas³⁴.

4.1.3.2. La falta del proceso de certificación en las acciones de cesación

En el caso de las acciones de representación de cesación, no se contempla un proceso de certificación como en las acciones resarcitorias. Estas acciones son menos aparatosas y más directas, ya que no requieren llamar a cada consumidor individualmente, ni tampoco requieren, a diferencia de lo que pasa con las resarcitorias, probar que los consumidores afectados hayan sufrido daños o perjuicios reales para llevar a cabo la acción (art. 830.4 LEC-PLAR). A mi juicio, podríamos decir que su propósito suele ser más altruista.

Sin embargo, cuando se trata de acciones resarcitorias, el proceso se vuelve más complejo y costoso, especialmente debido a la necesidad de publicidad masiva y difusión de la acción, y a la compensación, generalmente pecuniaria, que hay en juego. Esto, como es evidente, requiere más control y más recursos para garantizar que se respete el derecho a la tutela judicial efectiva de los afectados, pues, además, la entidad habilitada que presenta la acción debe garantizar que la

³³ Gascón Inchausti, F. (2023). Algunas claves..., *op. cit.*, sección última, párr. 2.

³⁴ Ferreres Comella, A. (2023). La legitimación activa..., *op. cit.*, párr. 22.

resolución con efectos de cosa juzgada que se dicte llegue a cada uno de los consumidores afectados.

Hasta tal punto llega el control que, como cosa *in audita* en el proceso civil, el tribunal tiene que comprobar que, si existe la acción, no sea manifiestamente infundada y, en caso de que lo sea, denegará la certificación. Es decir, puede entrar en el fondo de la cuestión, como un control previo dentro de la fase de certificación³⁵. En cambio, en el proceso civil que conocemos como típico, las demandas se admiten sin entrar en el fondo, sin tomar en cuenta su fundamentación, siempre que se cumplan los presupuestos formales (competencia, postulación..) En definitiva, la idea es que el proceso de certificación, que no deja de ser un control previo reforzado por parte del juez que conoce de la acción, esté exclusivamente dedicado a las acciones resarcitorias debido a su mayor complejidad y alcance.

4.2. La contestación a la demanda y el listado de los consumidores afectados

Terminado el plazo otorgado a los consumidores afectados para expresar su voluntad respecto de la acción de representación resarcitoria³⁶, la entidad demandante deberá elaborar una lista con aquellos que hayan optado por desvincularse de la acción o, en caso de concurrir alguna de las excepciones legales, por unirse a ella (art. 857.1 LEC-PLAR). Oídas las alegaciones del demandado, si las hubiera, el tribunal deberá aprobar la lista mediante auto.

Esta lista será un paso crucial para definir el alcance del proceso pues, en este punto, la parte demandada ya puede evaluar de forma aproximada el impacto potencial del proceso abierto en su contra, dado que ya se habrá determinado la presunta conducta infractora, el tipo de daño y el grupo de personas afectadas, así como la compensación (pecuniaria o no) que se busca, destinada a reparar el daño sufrido.³⁷ Por tanto, no es hasta este momento que se abre el plazo para que la empresa demandada conteste a la demanda, que será de 30 días desde la notificación del auto mencionado, (art. 858.1 LEC-PLAR).

En este caso, como venimos de la audiencia de certificación, donde ya se han resuelto las cuestiones procesales y se ha definido el objeto del proceso, no es necesario llevar a cabo un

³⁵ Art. 848.3 del Proyecto: “El tribunal denegará la certificación si considera que la acción de representación resarcitoria es manifiestamente infundada.”

³⁶ Plazo no inferior a dos meses ni superior a cuatro desde el momento en que se dé difusión al auto de certificación, según el artículo 848.5 LEC-PLAR.

³⁷ Gascón Inchausti, F. (2023). Algunas claves..., *op. cit.*, sección procedimiento.

procedimiento equivalente a la audiencia previa en juicios ordinarios. Sino que, directamente, una vez admitida a trámite la contestación a la demanda, las partes podrán proponer prueba por escrito y el tribunal resolverá, también por escrito y mediante auto, señalando fecha para la celebración del acto de juicio (art. 858.2 LEC-PLAR), que sí deberá llevarse a cabo y que se efectuará con arreglo a los artículos 431 a 433 LEC, es decir, de conformidad con las reglas del juicio ordinario (comparecencia de las partes, práctica de la prueba, formulación de conclusiones e informes)³⁸.

4.3. La sentencia

Terminado el acto de juicio, el tribunal dictará sentencia, que deberá tener un contenido en consonancia con la complejidad de los litigios objeto de acciones de representación resarcitorias y abordar la pluralidad de cuestiones planteadas en él³⁹. En este sentido, cuando la sentencia sea estimatoria, el tribunal deberá determinar con el máximo grado de precisión posible quiénes son los beneficiarios (art. 860.1 LEC-PLAR).

De este modo, en virtud del artículo 860.2 del Proyecto, si el tribunal estima en su fallo que el demandado está obligado a compensar a los consumidores y usuarios afectados mediante el pago de una cantidad pecuniaria, podrá establecer una suma global que parezca suficiente para cubrir dicha obligación, determinando la cantidad que corresponde a cada uno de ellos o, en caso de que no sea posible la identificación individual de los afectados, a cada una de las diversas categorías en que aquellos deban agruparse.

En el caso de que la pretensión de resarcimiento verse sobre la obligación del demandado de realizar una prestación distinta al pago de una cantidad de dinero, el tribunal especificará en la sentencia el plazo y la forma en que el demandado deberá cumplir con la misma, así como las acciones que los consumidores y usuarios deben llevar a cabo para hacer efectivas las medidas de resarcimiento a las que tengan derecho (art. 860.6 LEC-PLAR).

En ambos casos, tanto si la obligación del demandado comporta el pago de una cantidad de dinero como si no, el tribunal impondrá una multa que oscilará entre seiscientos y setenta mil euros por día de retraso en el cumplimiento de la condena, teniendo en cuenta el número de beneficiarios y la capacidad económica del condenado (art. 860.5 y 6 LEC-PLAR).

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Zaballos, Zurilla, M. (2023). *op. cit.*, p. 79.

Contra la sentencia por la que se estime la acción de representación resarcitoria no cabe recurso, pues en virtud del artículo 862 LEC-PLAR es firme y adquiere efectos de cosa juzgada. En este sentido, afectará a todos aquellos consumidores y usuarios a los que se refiera el auto de certificación, incluso si no han podido ser identificados de forma individualizada en la sentencia, así como para los que residan fuera del territorio español y hayan manifestado su voluntad de verse afectados por el resultado de la acción en el plazo legalmente establecido. Asimismo, a consecuencia de su firmeza, no se admitirá ninguna otra acción de representación resarcitoria

4.4. Los acuerdos de resarcimiento

Otra de las innovaciones que contempla el Proyecto es la posibilidad de que las partes involucradas (entidad habilitada y empresario demandado) alcancen acuerdos resarcitorios.

Los acuerdos de resarcimiento juegan un papel muy importante en el proceso colectivo en tanto que, al solicitar al Juez una gran cantidad monetaria, las empresas demandadas a menudo optan por cerrar una transacción con la entidad habilitada demandante para evitar correr riesgos. Por ejemplo, en Estados Unidos, las *class actions* que acaban llegando efectivamente a juicio son escasas, ya que la mayoría se resuelven mediante acuerdos extrajudiciales⁴⁰.

Si se alcanza un acuerdo y, por tanto, se evita el juicio, aunque a simple vista nos parezca que no hay riesgos, existe la posibilidad de que la entidad que lidera la acción colectiva esté actuando en su propio beneficio, perjudicando así a los intereses del colectivo y socavando el propósito de la acción colectiva. Por ello, el acuerdo debe priorizar los beneficios del colectivo, y esta es, justamente, la responsabilidad del juez: verificar que el acuerdo vela por los intereses del grupo afectado antes de homologarlo (art. 865.1 LEC-PLAR).

En este contexto, la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de regular la transacción de las acciones de representación a través de acuerdos de resarcimiento. Esta regulación deberá contemplar la posibilidad de que los jueces y tribunales inviten a las partes a negociar para alcanzar acuerdos de resarcimiento⁴¹, los cuales deben ser expresamente aprobados por el tribunal. Además, la Directiva establece que cada legislador nacional debe fijar los aspectos

⁴⁰ Gascón Inchausti, F. (2023). Algunas claves..., *op. cit.*, sección acuerdos.

⁴¹ Así lo contempla el cdo. 54 de la Directiva. Conjuntamente, véase Uría Menéndez Abogados (4 de diciembre de 2020). *Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores*. Uria.com. <https://www.uria.com/documentos/circulares/1338/documento/12023/UM-NotaInformativa.pdf?id=12023> p. 4.

mínimos que el tribunal debe revisar para decidir si homologa el acuerdo o no. En cuanto a estos requisitos, el Considerando 55 de la Directiva otorga competencia normativa al legislador de cada país, con el límite de que el acuerdo no sea contrario a normas imperativas de Derecho nacional y que no incluya condiciones de imposible cumplimiento⁴².

4.4.1. La solicitud de homologación

En cuanto a la regulación que propone el Proyecto, parte de la idea de que tanto las partes conjuntamente (la entidad demandante y el empresario o profesional demandado) como el propio tribunal pueden solicitar la homologación de un acuerdo resarcitorio o proponer llegar a él mediante la suspensión del proceso durante tres meses, respectivamente (art. 864.1 LEC-PLAR).

En la solicitud de homologación por parte de las partes, deberán indicar, si corresponde, la cantidad que cada beneficiario debe recibir, así como, si es posible, el monto total en concepto de indemnización a pagar por el demandado (864.2 LEC-PLAR). Además, el mismo precepto indica que las partes “*habrán de exponer sucintamente los motivos por los que el acuerdo propuesto ha de considerarse justo y razonable.*”

4.4.2. La homologación judicial del acuerdo de resarcimiento

En cuanto al proceso de homologación, tal y como sostiene Gascón (2023), “la regulación que propone el Anteproyecto es muy prolija y se basa en una distinción relevante, en función del momento en que el acuerdo se somete a la homologación del tribunal⁴³”.

4.4.2.1. *Acuerdos de resarcimiento tras la certificación de la acción de representación*

Para homologar un acuerdo resarcitorio una vez que ya se ha dictado el auto de certificación, el Proyecto se limita a reproducir las reglas definidas por la Directiva⁴⁴. A modo de resumen, una vez recibida la solicitud o aceptada la propuesta del organismo jurisdiccional o autoridad administrativa competente, se procederá al proceso de homologación judicial regulado en el artículo 865 del Proyecto. El tribunal, tras analizar que el acuerdo propuesto cumpla con los

⁴² Gascón Inchausti, F. (2023). Algunas claves..., op. cit., sección acuerdos.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

requisitos legales y proteja adecuadamente los intereses colectivos de los consumidores, procederá a homologar el acuerdo.

En este proceso de homologación, el tribunal deberá considerar aspectos como la suma total de las compensaciones, la accesibilidad de las medidas resarcitorias propuestas, la posible financiación del proceso por terceros y, en definitiva, la equidad del acuerdo de resarcimiento, garantizando en todo caso que no vaya en detrimento de los consumidores. En caso de que el tribunal considere que el acuerdo perjudica a los consumidores, podrá solicitar modificaciones y convocar a las partes a una audiencia (art. 865.4 LEC-PLAR) para que formulen alegaciones y, en su caso, reformulen el acuerdo propuesto.

Si la homologación judicial finalmente es denegada, el tribunal ordenará la continuidad del proceso mediante auto (art. 865.6 LEC-PLAR).

En cuanto a su eficacia, tal y como establece el artículo 866 del Proyecto, aquel acuerdo que haya sido homologado con posterioridad al auto de certificación vinculará a las partes así como a todos los consumidores y usuarios afectados que no se hubieran desvinculado de la acción resarcitoria en el plazo legalmente establecido. Por ende, el tribunal inadmitirá aquellas demandas individuales o acciones resarcitorias que tengan el mismo objeto que aquella a la que se puso fin mediante un acuerdo resarcitorio (art. 866.2 LEC-PLAR).

4.4.2.2. Acuerdos de resarcimiento previos a la certificación de la acción de representación

Algo más compleja es la regulación para aquellos acuerdos resarcitorios que pretendan ser homologados antes de la certificación de la acción. En este caso, el tribunal deberá verificar que concurren, además de los requisitos legales para la homologación que hemos ido viendo, los requisitos para la certificación de la acción de representación resarcitoria⁴⁵, ya que esta todavía no se ha producido y, por tanto, es preciso examinar si la pretensión que fundamenta la acción por la que se solicita el acuerdo existe y, de existir, está manifestamente fundada. (art. 868.1 LEC-PLAR).

⁴⁵ Apunta Zaballo Zurilla (2023) con acierto que si la acción aún no ha sido certificada, la homologación también implica que la entidad habilitada de verificar que se cumplen los requisitos para obtener la certificación pues, sin estos requisitos, no parece adecuado vincular a los consumidores y usuarios mediante un acuerdo. Es interesante la reflexión a tal respecto en *opt. cit.*, p. 80.

Además, otro criterio distintivo es que, al no estar dentro de la fase de certificación de la acción, todavía no se ha otorgado el plazo que fija el artículo 848.2 del Proyecto. Por esta razón, en virtud del artículo 869 LEC-PLAR, será necesario establecer un mecanismo para que los consumidores afectados, en este caso, por el acuerdo resarcitorio futuro, puedan manifestar su voluntad de excluirse de la acción (regla general) o solicitar su inclusión en caso de que el tribunal acuerde el ejercicio del sistema *opt-in* por excepción. En aras a garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de los consumidores afectados, será necesario implementar la correspondiente plataforma electrónica para dar a conocer el contenido del acuerdo así como el plazo de autoexclusión o adhesión, todo ello con los gastos asociados que comporta, en los términos establecidos en los apartados 2 y 3 del mismo artículo 869 LEC-PLAR.

Una vez dictado el auto homologando el acuerdo de resarcimiento, al igual que pasa con los acuerdos posteriores a la certificación, éste tendrá efectos vinculantes para las partes y para los consumidores y usuarios que afectados no hayan decidido desvincularse de él. Por otro lado, se fijará el plazo de diez días que se concede también en el proceso de certificación (artículo 853 LEC-PLAR) para que, en las acciones individuales en trámite, el consumidor demandante manifieste si desea quedar vinculado o no al acuerdo, con sobreseimiento de la causa en caso de que sí lo desee.

4.5. El cumplimiento y la ejecución de sentencias y acuerdos resarcitorios

4.5.1. Cumplimiento y ejecución de condenas de carácter pecuniario

Una de las principales novedades que incluye el Proyecto en cuanto a la propuesta de la regulación del cumplimiento y de la ejecución de las sentencias y de los acuerdos resarcitorios radica en estimular el cumplimiento voluntario de las sentencias y acuerdos por parte de los condenados (con la implementación de multas coercitivas), en aras a reducir al mínimo la necesidad de recurrir a la ejecución forzosa, siendo excluida la ejecución provisional en estos procesos⁴⁶.

En este punto del procedimiento, nos referiremos indistintamente a la ejecución de sentencias y acuerdos resarcitorios dado que el artículo 885 del Proyecto establece que la regulación específica

⁴⁶ Uría Menéndez Abogados (10 de enero de 2023). *El cambio de paradigma de las acciones colectivas ya está aquí. Arranca el proceso de trasposición de la Directiva europea sobre acciones de representación*. Uria.com.https://www.uria.com/documentos/circulares/1628/documento/13200/Nota_ESP.pdf?id=13200&forceDownload=true p. 3. Conjuntamente con Gascón Inchausti, F. (2023). *Algunas claves...*, *op. cit.* sección cumplimiento.

del cumplimiento y la ejecución de sentencias (tanto pecuniarias como no) será aplicable también al incumplimiento del acuerdo.

La particularidad de este proceso en el Anteproyecto era que, tanto si la empresa demandada debía pagar como resultado de una sentencia dictada en juicio como por la homologación judicial un acuerdo, el pago al que tuviera que hacer frente se realizaría a la entidad habilitada que hubiera interpuesto la demanda que, posteriormente, se encargaría de distribuir los fondos entre los beneficiarios (art. 877 del Anteproyecto).

Ahora bien, este precepto se ha modificado con la publicación del Proyecto y ahora éste delega dicha labor a un tercero, llamado liquidador, que deberá ser un profesional experto en materia contable con al menos diez años de ejercicio, designado mediante auto del tribunal, para que, de forma extrajudicial, se encargue de distribuir los fondos entre los beneficiarios dentro del plazo conferido (art. 877 LEC-PLAR). Finalizado dicho plazo, el artículo 880 LEC-PLAR dispone la obligación del liquidador de presentar al tribunal una rendición de cuentas expresando los pagos realizados a cada uno de los beneficiarios.

Este proceso difiere de la ejecución de una sentencia en un procedimiento ordinario, ya que el liquidador experto puede llevar a cabo esta distribución de manera más ágil y eficiente que un proceso ejecutivo convencional y, a diferencia de lo que se disponía en el proyecto, ocupando el papel de una figura externa objetiva. Así, se garantiza que los individuos que participaron en el proceso reciban la compensación correspondiente de manera oportuna y efectiva.

Por otro lado, el Proyecto plantea una división en la regulación del cumplimiento de condenas pecuniarias, distinguiendo entre dos grupos de beneficiarios: aquellos que son consumidores y usuarios identificados y aquellos que no lo son (art. 873 a 881 del Proyecto).

4.5.1.1. Cumplimiento y ejecución de la sentencia cuando los beneficiarios estén identificados

En el caso de que todos los consumidores y usuarios afectados por la sentencia estén identificados, el proceso de cumplimiento se simplifica, ya que, una vez sea firme la sentencia que condene a la empresa o profesional demandado al pago de una suma de dinero, éste último deberá hacer efectivo el pago dentro del plazo establecido a tal efecto (art. 873.1 LEC-PLAR).

En situaciones donde, por motivos no imputables al empresario o profesional condenado, resulte imposible efectuar el pago a uno o varios beneficiarios, el condenado podrá consignar la cantidad

que adeude en la cuenta de depósitos y consignaciones del juzgado, tal y como establece el artículo 873.4 del Proyecto. En este sentido, esta cantidad consignada será devuelta al condenado en caso de que transcurra el plazo de caducidad de la acción ejecutiva sin ser reclamada⁴⁷.

Una vez verificado el pago completo del monto total en concepto de resarcimiento fijado en la sentencia o realizadas las consignaciones pertinentes, el Letrado de la Administración de Justicia emitirá un decreto mediante el cual declarará cumplida la sentencia (art. 873.5 LEC-PLAR).

En caso de incumplimiento de la sentencia por parte del condenado a pesar de la amenaza de multas coercitivas, se iniciará el proceso de ejecución a instancia del beneficiario de la sentencia que, en virtud del artículo 874.1 del Proyecto: *“no hubiera obtenido, en todo o en parte, el pago de la cantidad debida dentro del plazo señalado en aquella”*.

En este sentido, el beneficiario que no haya recibido la prestación correspondiente puede solicitar la ejecución en su propio nombre y representación, sin necesidad de abogado ni procurador, o bien, si así lo prefiere, a través de la entidad demandante. En caso de que los beneficiarios afectados por el incumplimiento sean varios, el tribunal podrá acordar de oficio la acumulación de ejecuciones (art. 874.3 LEC-PLAR), todo ello sin perjuicio de la imposición de oficio, en su caso, de la multa coercitiva prevista en el artículo 860.3 del Proyecto, que oscilará entre seiscientos y setenta mil euros por día de retraso.

4.5.1.2. Cumplimiento y ejecución de la sentencia cuando los beneficiarios no estén identificados

Cuando se trate de condenas de carácter pecuniario, cuyos beneficiarios no estén identificados en la sentencia, el proceso de cumplimiento se torna más complejo. Si el condenado desea cumplir voluntariamente con el fallo de la sentencia, de conformidad con el artículo 875 del Proyecto: *“Una vez sea firme la sentencia que condene al pago de cantidades de dinero en favor de*

⁴⁷ En este contexto, el legislador español, ante la libertad normativa que le otorga la Directiva, ha optado por no incorporar el sistema *cy-près*, que encuentra su origen en Francia, por el cual el juez tiene la facultad de interpretar la voluntad del testador en herencias sin beneficiarios designados. Este sistema, presente en las *class actions* del sistema norteamericano, implica que el órgano judicial decida, en caso de haber sobrante, a qué fines se destina. De haber decidido aplicarse en España, me parece que podría tendría consecuencias sancionatorias, ya que no se estaría condenando al empresario o profesional solo a la reparación del daño efectuado, sino que también se le estaría sancionando a destinar el fondo sobrante a otros fines, lindando con el sistema sancionatorio que se debería seguir en otro proceso distinto al presente, con todas las garantías, parecido al penal. Para un mayor entendimiento del concepto *cy-près*, véase Rodríguez Díez, J. E. & Zavala Achurra, M. E. (2019). Restitución e indemnización a sujetos indeterminados, *cy-près* y acciones de clase. *Estudios Socio-Jurídicos*, 21(1), 151-176. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.702>

consumidores y usuarios que no hayan sido todos ellos identificados, deberá el demandado, dentro del plazo establecido en la sentencia, ingresar la cantidad a que se refiere el apartado 4 del artículo 860 en la cuenta de depósitos y consignaciones del tribunal que conoció del proceso en primera instancia.”

En este sentido, el artículo 860.4 del Proyecto determina que, de no ser posible determinar el número exacto de consumidores y usuarios beneficiarios de la condena al pago de una cantidad de dinero, el tribunal fijará en la sentencia una cantidad máxima estimada que deberá ser abonada a los afectados por medio de la consignación del importe en la cuenta de depósitos y consignaciones del juzgado, dentro del plazo también establecido en la misma sentencia.

En el supuesto de que transcurra el plazo fijado por la sentencia sin que se haya hecho efectivo el pago conforme a lo dispuesto en los párrafos anteriores, se despachará la ejecución de oficio, a instancia de la entidad demandante o de cualquiera de los beneficiarios (art. 876 LEC-PLAR). Todo ello, de nuevo, sin perjuicio de la exacción de oficio de la multa prevista, esta vez, en el artículo 860.4 LEC-PLAR (que también oscilará entre seiscientos y setenta mil euros por día de retraso).

4.5.2. Cumplimiento y ejecución de condenas no pecuniarias

En virtud del artículo 882 del Proyecto, en aquellas sentencias que condenen a la realización de obligaciones no pecuniarias, el condenado deberá realizar directamente la prestación correspondiente a favor de aquellos beneficiarios que se encuentren identificados en la sentencia. En caso de que no estén identificados, deberán acreditar al condenado que concurren en ellos las características y los requisitos necesarios fijados en la sentencia.

Si los beneficiarios no reciben, total o parcialmente, la prestación debida dentro del plazo fijado, deberán informarlo al tribunal que conoció del caso en primera instancia para iniciar la ejecución de la prestación (art. 883 LEC-PLAR), todo ello sin perjuicio, nuevamente, de las multas coercitivas que, en su caso, considere pertinente imponer el tribunal.

5. CONCLUSIONES

Tras el minucioso estudio de las disposiciones contenidas en el Proyecto de Ley de Acciones de Representación, es posible que con su inclusión en la Ley de Enjuiciamiento Civil se abra la puerta a una verdadera litigación colectiva en España, que puede comportar consecuencias significativas al posibilitar la satisfacción y protección efectiva de los derechos de los consumidores en casos en los que actualmente no sería posible. A la espera de ver los resultados de la regulación, parece que el nuevo articulado podría, asimismo, representar un avance en la eficiencia del sistema judicial, reduciendo el colapso procesal actual y promoviendo un acceso a la justicia más equitativo.

En este sentido, la regulación propuesta ofrece una perspectiva prometedora en términos de equidad en la administración de justicia ya que, consolidando las reclamaciones individuales en un único procedimiento, se agilizarían potencialmente los trámites judiciales, evitando la repetición de recursos, audiencias y, en suma, de procedimientos legales similares, lo que, a su vez, reduce la carga tanto para los tribunales como para las partes involucradas y, en definitiva, minimiza el riesgo de decisiones judiciales contradictorias en aras a satisfacer la tutela judicial efectiva de los consumidores y usuarios.

Al mismo tiempo, esta regulación plantea una serie de peligros o, más bien, desafíos prácticos, a tener en cuenta. Por un lado, el Proyecto ha optado por implementar el sistema *opt-out*; sistema que tiene la ventaja de fomentar más la participación porque supera la apatía del público comúnmente asociada para reclamaciones de menor cantidad. A este respecto, puede tener un impacto mucho más disciplinante en la conducta de los grandes operadores económicos pero, a su vez, comporta desafíos, dado que es necesario que la acción se publicite de una manera muy intensa y, aun así, existe el riesgo de que haya consumidores que no lleguen a ser conocedores del proceso en curso y pierdan la oportunidad de litigar individualmente o de excluirse de la acción si así lo preferían, con el consiguiente menoscabo del derecho a obtener la tutela judicial efectiva.

Esto último me parece que está estrechamente vinculado con la legitimación exclusiva que ostentan las entidades habilitadas para interponer acciones de representación, en tanto que, al establecerse como norma general el sistema de autoexclusión, la existencia de estas entidades, que recordemos que han tenido que reunir los requisitos legalmente establecidos para obtener su habilitación, proporciona una cierta seguridad para todos aquellos individuos que, afectados por el proceso, han quedado excluidos íntegramente de participar de forma directa en él y dependen de que estas entidades aseguren su máxima protección jurídica y gestionen su proceso con todas las garantías.

En contraposición al enfoque que adopta generalmente el Proyecto en cuanto a la forma de vinculación a la acción, el sistema *opt-in*, en el que se requiere el consentimiento informado y activo de los consumidores para participar en el proceso, también puede resultar garantista con los derechos individuales de los consumidores al asegurar que solo aquellos individuos que decidan participar de manera consciente en la acción colectiva lo hagan; por tanto, no serán incluidos ni vinculados por el resultado futuro nunca sin su consentimiento.

Sin embargo, tras el detenido estudio realizado, me inclino a pensar que este sistema de adhesión activa podría ser más beneficioso para las empresas y no tanto para los consumidores, especialmente, como venía diciendo, en casos que involucren reclamaciones de menor cuantía o bagatelarias. Dicho sistema puede llevar consigo en una baja participación de los consumidores por el mero hecho de tener que manifestar expresamente su inclusión en la acción colectiva; ya que el proceso puede percibirse como complejo y disuadir su participación, cosa que, seguramente, de no tener que llevarlo a cabo, no pasaría. Y esta baja participación se traduce, a su vez, como un beneficio o una ventaja para las empresas, ya que la posible sentencia estimatoria que se dicte en el futuro podría no abordar en su totalidad el perjuicio causado por la conducta infractora de la empresa.

Volviendo a la importancia de las entidades habilitadas, habida cuenta de que todo el proceso depende de ellas y, por ende, la clave del éxito del sistema está en su correcta regulación y funcionamiento, me pregunto, a la espera nuevamente de los resultados de la regulación, si dispondrán estas entidades de los recursos adecuados para litigar contra grandes empresas multinacionales o si tendrán los abogados que ostenten la representación procesal en el pleito la suficiente motivación y preparación para llevar a cabo un procedimiento que conlleva la salvaguarda de una inmensa pluralidad de intereses y derechos individuales.

Tras el análisis de la propuesta del nuevo marco normativo, no puedo evitar concluir que, para llevar a cabo de manera exitosa un proceso de tal dimensión, se requiere un gran fondo financiero para hacer frente a las obligaciones vinculadas a éste, entre ellas, la de publicidad, así como un equipo legal sumamente especializado en la materia. Y es por ello que, a mi juicio, sería crucial reforzar los criterios que se establecen en el articulado para que una entidad sea considerada como habilitada para emprender acciones de representación, dado que estos criterios no son del todo equiparables con la magnitud de la responsabilidad que va aparejada a tal figura; esto es, la protección de los intereses de los consumidores y la correcta administración de la justicia.

Para concluir, atendiendo a lo anterior y a la vista de los resultados de la implementación del texto legal que eventualmente llegue a ver la luz, de lo que no me cabe duda es de que nos hallamos ante un giro copernicano en materia de litigación colectiva, ya que la inclusión de esta reforma en nuestro ordenamiento jurídico puede transformar completamente la manera en que se abordan las reclamaciones de los consumidores. No obstante, la instauración exitosa de esta reforma requerirá un enfoque diligente para abordar y regular las consideraciones prácticas expuestas a lo largo de este trabajo, con el fin de asegurar una protección efectiva de los consumidores y usuarios, así como un acceso equitativo a la justicia.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Consejo Fiscal. Presidente. (3 de abril de 2023). *Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores*. Fiscalía General del Estado.

https://www.fiscal.es/documents/20142/290789/INFORME+CF+APL+Acciones+consumidores_firmado.pdf/bc3fe63e-8d1f-be84-02a5-5566fb3c5460?t=1681115101053

Ferreres Comella, A. (mayo/agosto, 2005). Las acciones de clase (Class Actions) en la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 11, 38-48.

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1380/documento/articuloUM.pdf?id=3210&forceDownload=true>

Ferreres Comella, A. (10 de febrero de 2023). Vinculación por defecto (opt-out) en las acciones de representación: Y una propuesta de sustitución por la vinculación por adhesión (Opt in).

Almacén de Derecho. <https://almacenederecho.org/vinculacion-por-defecto-opt-out-en-las-acciones-de-representacion/>

Ferreres Comella, A. (28 de febrero de 2023). La legitimación activa y la financiación de litigios en el Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación. *Almacén de Derecho*.

<https://almacenederecho.org/53368-2>

Ferreres Comella, A. (5 de abril de 2023). El ámbito objetivo de aplicación del recurso colectivo resarcitorio en el Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación: En particular, los presupuestos de aplicación del recurso colectivo resarcitorio. *Almacén de Derecho*.

<https://almacenederecho.org/el-ambito-objetivo-de-aplicacion-del-recurso-colectivo-resarcitorio-en-el-anteproyecto-de-ley-de-acciones-de-representacion>

Ferreres Comella, A. (25 de abril de 2023). La certificación de las acciones representativas.

Almacén de Derecho. <https://almacenederecho.org/la-certificacion-de-las-acciones-representativas>

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

Gascón Inchausti, F. (17 de febrero de 2023). Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores. *Almacén de*

Derecho. <https://almacenederecho.org/algunas-claves-del-anteproyecto-de-ley-de-acciones-de-representacion-de-los-intereses-colectivos-de-los-consumidores>

López Sánchez, J. (2023). La desvinculación en las acciones de representación (opt out) y el derecho a la tutela judicial efectiva. *Diario La Ley*, (10282), 3.

https://legalteca.aranzadilaley.es/myreader/SMTA5972_00000000_20230509000102820000?fileName=content%2FDT0000368711_20230503.HTML&location=pi518&anchor=tBody&publicationDetailsItem=SystematicIndex

Ministerio de Justicia, Ministerio de Consumo. (20 de diciembre de 2022). *Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores*

[https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Anteproyecto de Ley acciones representativas.pdf](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Anteproyecto%20de%20Ley%20acciones%20representativas.pdf)

Uría Menéndez Abogados (4 de diciembre de 2020). *Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores*. Uria.com.

<https://www.uria.com/documentos/circulares/1338/documento/12023/UM-Nota-Informativa.pdf?id=12023>

Uría Menéndez Abogados (10 de enero de 2023). *El cambio de paradigma de las acciones colectivas ya está aquí. Arranca el proceso de trasposición de la Directiva europea sobre acciones de representación*. Uria.com.

https://www.uria.com/documentos/circulares/1628/documento/13200/Nota_ESP.pdf?id=13200&forceDownload=true

Zaballos Zurilla, M. (2023). El Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores: aspectos clave. *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, (46), 68–86. https://doi.org/10.18239/RCDC_2023.46.3336

7. LEGISLACIÓN CONSULTADA

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE [en línea], núm. 7, de 8 de enero de 2000, páginas 575 a 728). <<https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1>>

España. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (BOE [en línea], núm. 287, de 30 de noviembre de 2007, páginas 49181 a 49215). <<https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2007/11/16/1>>

Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE. (DOUE L [en línea], núm. 409, de 4 de diciembre de 2020, páginas 1 a 27). <<http://data.europa.eu/eli/dir/2020/1828/oj>>

España. Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. (BGCE [en línea] núm. 16-1, de 22 de marzo de 2024). <https://www.congreso.es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/A/BOCG-15-A-16-1.PDF>