

Hacia un nuevo modelo de acciones colectivas: análisis de las propuestas incorporadas en el Proyecto de Ley Orgánica 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

MARÍA JESÚS SANDE MAYO

Profesora de Derecho procesal

(Acreditada a profesora titular de universidad por la ANECA)

Universidad Pontificia Comillas (ICADE)

SUMARIO: *I. Introducción.–II. La legitimación y el acceso a los medios de prueba.–III. La vinculación de los consumidores a la acción colectiva y los acuerdos transaccionales.–IV. La fase de certificación de la acción colectiva.–V. La financiación de las acciones colectivas.–VI. El cumplimiento y ejecución de la sentencia y los procedimientos con pronunciamientos sucesivos.–VII. La transposición de la Directiva desde la perspectiva del Derecho comparado: especial referencia a la experiencia de Francia y Portugal.–VIII. Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 23 de octubre de 2024 se celebró en la Real Academia de la Jurisprudencia y Legislación de España, el Congreso Internacional «Las acciones colectivas para la protección y defensa

de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios»³, una jornada en la que se dieron cita algunas de las voces más autorizadas del panorama nacional e internacional para debatir sobre el nuevo régimen procesal de acciones colectivas propuesto en el Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia del servicio público de justicia y protección de los derechos de los consumidores y usuarios (en adelante, el Proyecto). Posteriormente, el 4 de noviembre, la Comisión de Justicia aprobó el dictamen del Proyecto de Ley Orgánica, del que sin embargo se excluyó la propuesta de reforma de las acciones colectivas, que será incluida en otra norma.

Al margen de lo anterior, centrándonos en el Congreso, este comenzó con una sesión inaugural a cargo del Profesor Antonio Manuel Morales, Catedrático emérito de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid y Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. En su intervención, el Profesor Morales introdujo a los asistentes en los principales temas que serían objeto de análisis y debate a lo largo de la jornada, incidiendo en algunos de los aspectos más controvertidos y novedosos de la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2020/1828, de 15 de noviembre, relativa a las acciones de representación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores (en adelante, la Directiva).

Como explicaremos a continuación, durante el Congreso se discutieron los siguientes temas: el régimen de legitimación y el acceso a las fuentes de prueba, la vinculación de los consumidores a las acciones colectivas y los acuerdos transaccionales, la fase de certificación, la financiación, el cumplimiento y ejecución de sentencias y el procedimiento con pronunciamientos sucesivos. Asimismo, se abordó la transposición de la Directiva a los ordenamientos jurídicos de Francia y Portugal.

II. LA LEGITIMACIÓN Y EL ACCESO A LOS MEDIOS DE PRUEBA

La primera mesa de la mañana se centró en el estudio de la legitimación y en el acceso a las fuentes de prueba, dos cuestiones centrales comprendidas en las disposiciones comunes del proyectado proceso especial para el ejercicio de acciones colectivas. Esta

³ Congreso organizado en el ámbito del Proyecto de investigación «La protección del consumidor en la era digital» (PID2021-122985NB-I00), financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE. La presente reseña se enmarca igualmente dentro del citado Proyecto de Investigación.

primera mesa contó con la participación de Miryam Vivar Gómez, abogada de la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) y Cecilia Rosende Villar, Socia del Departamento de Litigación y Arbitraje del despacho de abogados Garrigues.

1. EL RÉGIMEN DE LEGITIMACIÓN

La determinación de los sujetos legitimados para el ejercicio de acciones colectivas es uno de los aspectos que reviste mayor importancia de la regulación de este instrumento. A este respecto cabe recordar que la resolución que ponga fin al proceso colectivo afectará a la comunidad social en su conjunto —cuando lo que se ejercite sea una acción colectiva de cesación—, así como a los consumidores afectados representados en la acción colectiva —cuando se promueva una acción colectiva resarcitoria—, de ahí que sea indispensable garantizar que el promotor de la acción colectiva sea un «adecuado representante» de los intereses en juego.

Como explicó Miryam Vivar, el Proyecto contempla un nuevo régimen de legitimación cuya principal novedad reside en la definición de un único elenco de sujetos legitimados para la interposición de acciones colectivas de cualquier tipo (esto es, los legitimados podrán ejercitar tanto acciones de cesación como resarcitorias), lo que se aparta del sistema actual en el que los sujetos legitimados para el ejercicio de una acción colectiva de cesación⁴ —en defensa del interés supraindividual— son diferentes de los legitimados para entablar una acción colectiva resarcitoria —en defensa de los intereses individuales homogéneos⁵—. Además, el Proyecto contempla que la regulación de la legitimación para entablar acciones colectivas se concentre en el proyectado artículo 54 del TRLGDCU, sin perjuicio de las disposiciones sobre legitimación para el ejercicio

⁴ La actual regulación de la legitimación para entablar acciones colectivas de cesación se concreta en el artículo 11 LEC, apartados 4 y 5; también en el artículo 54 TRLGDCU y en las leyes sectoriales en materia de consumo que a raíz de la transposición al ordenamiento español de la Directiva 98/27/CE, relativa a las acciones de cesación, pasaron a regular la acción de cesación en sus ámbitos de aplicación respectivos (es el caso de la LSSICE, la LCGC, la LGP, la LCC, etc.).

⁵ En la terminología de la LEC vigente «intereses colectivos» (art. 11.2 LEC) e «intereses difusos» (art. 11.3 LEC). De acuerdo con el artículo 11.2 LEC, están legitimados para interponer acciones colectivas en defensa de un grupo de afectados determinado o fácilmente determinable: el propio grupo de consumidores integrado por la mayoría de los consumidores afectados por el hecho dañoso, las asociaciones de consumidores y las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de estos (también lo estaría el Ministerio Fiscal *ex art.* 11.5 LEC). Estarían legitimados para promover acciones colectivas en defensa de un grupo de consumidores indeterminado o difícilmente determinable, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente representativas, que son las que tienen presencia en el Consejo de los Consumidores y Usuarios (art. 11.3 LEC) y también el Ministerio Fiscal (art. 11.5 LEC).

de acciones colectivas de cesación establecidas en las leyes sectoriales.

El Proyecto no incorpora un cambio de modelo en cuanto a la legitimación, pues en cumplimiento de la Directiva⁶, excluye la legitimación de los consumidores afectados⁷. Ahora bien, el régimen de legitimación propuesto en el Proyecto, lejos de mantenerse invariable como apunta el prelegislador⁸, registra importantes cambios en relación con el vigente:

Por un lado, prescinde de la legitimación de los grupos de consumidores afectados y de las entidades legalmente constituidas para la defensa de los intereses de los consumidores, que actualmente tienen reconocida la capacidad para entablar acciones colectivas resarcitorias en defensa de consumidores determinados o fácilmente determinables (art. 11.2 LEC). Por otro lado, elimina el requisito de representatividad que actualmente deben cumplir las asociaciones de consumidores para entablar acciones colectivas resarcitorias en defensa de consumidores afectados indeterminados (art. 11.3 LEC), reemplazándolo por un proceso de habilitación que todas las asociaciones de consumidores deberán superar para poder actuar como promotoras de los intereses colectivos de los consumidores. Por último, amplía la legitimación extraordinaria de ciertos organismos públicos, permitiéndoles, además de interponer acciones colectivas de cesación, ejercer acciones colectivas resarcitorias.

En definitiva, de acuerdo con el Proyecto tendría reconocida legitimación para entablar acciones representativas, tanto resarcitorias como de cesación (proyectado art. 54 TRLGDCU):

Las asociaciones de consumidores y usuarios habilitadas para el ejercicio de acciones de representación, nacionales o transfronterizas. A este respecto el Proyecto extiende a las asociaciones de consumidores que pretendan entablar acciones de representación

⁶ A este respecto dispone la Directiva en su artículo 4.1 que: «Los Estados miembros velarán por que las acciones de representación tal como se establecen en la presente Directiva puedan ser ejercitadas por las entidades habilitadas designadas por ellos para tal fin»; definiendo a la «entidad habilitada» en su artículo 3 apdo. 4 como: «toda organización u organismo público que represente los intereses de los consumidores, que haya sido designado como tal por un Estado miembro para el ejercicio de acciones de representación de conformidad con la presente Directiva».

⁷ El reconocimiento de legitimación en favor de los consumidores afectados por el hecho dañoso es la opción por la que se decanta, entre otros, el sistema norteamericano de las *class actions*, en el cual cualquier sujeto afectado –tras la certificación de su carácter representativo– puede defender los intereses de toda la clase.

⁸ En la Exposición de Motivos del Proyecto se sostiene lo siguiente: «En cuanto a la regulación de la legitimación activa, se mantiene el régimen existente, pero la ley se centra en la de las entidades habilitadas, efectuando una remisión parcial al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Se regulan, de forma especial, el tratamiento procesal que ha de recibir la desaparición sobrevenida de los requisitos que una entidad que esté ya ejerciendo una acción de representación ha de cumplir para estar habilitada y, por ende, legitimada» (apdo. IV).

nacionales, los requisitos exigidos en la Directiva a aquellas entidades que pretendan recibir habilitación para el ejercicio de acciones transfronterizas⁹.

El Ministerio Fiscal.

La Dirección General de Consumo y los órganos o entidades, de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

Las entidades designadas en otro Estado miembro de la Unión Europea como entidades habilitadas para ejercitar acciones de representación transfronterizas, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2020/1828.

Este régimen de legitimación diseñado por el prelegislador, tal y como puso de manifiesto la representante de OCU, no ha generado consenso, fundamentalmente porque con la regulación proyectada se daría entrada a un vasto elenco de nuevas asociaciones de consumidores (algunas de ellas constituidas por los propios despachos de abogados) que, cumpliendo unos criterios a su juicio insuficientes para garantizar la adecuada representación de los consumidores afectados, estarían facultadas para promover acciones colectivas. En opinión de Miryam Vivar, la flexibilidad de los requisitos establecidos por el prelegislador para que las asociaciones de consumidores sean reconocidas como promotoras legítimas de este tipo de acciones podría facilitar la iniciación de procesos colectivos que no representen los intereses de los afectados de manera adecuada. Por lo anterior y en sintonía con las enmiendas al Proyecto formuladas por los grupos parlamentarios Popular y Socialista, defendió que únicamente las asociaciones de consumidores que forman o puedan formar parte del Consejo de los Consumidores y Usuarios deberían estar legitimadas para ejercitar acciones colectivas.

Ello no obstante, tal y como indicó uno de los asistentes, la propuesta que pasa por restringir la legitimación a las asociaciones

⁹ De conformidad con el artículo 4.3 de la Directiva, para poder ejercitar acciones transfronterizas, la entidad debe reunir los siguientes requisitos:

a) Ser una persona jurídica constituida de conformidad con el Derecho nacional del Estado miembro de su designación y puede demostrar que ha desempeñado de manera efectiva y pública una actividad durante doce meses en el ámbito de la protección de los intereses de los consumidores antes de su solicitud de designación.

b) En sus estatutos consta que tiene un interés legítimo en proteger los intereses de los consumidores.

c) Carece de ánimo de lucro.

d) No está incurso en un procedimiento de insolvencia ni está declarada insolvente.

e) Es independiente y no está influida por empresarios que tengan un interés económico en el ejercicio de cualquier acción de representación.

f) Publica en su sitio web la información necesaria para acreditar el cumplimiento de los requisitos anteriores, así como la información relativa a las fuentes de financiación, su estructura organizativa, su gestión y composición, su finalidad estatutaria y sus actividades.

presentes en el Consejo de los Consumidores y Usuarios conlleva un importante riesgo, cual es la posible falta de iniciativa de estas entidades para impulsar acciones colectivas. A este respecto cabe recordar que estas asociaciones de consumidores ya tienen reconocida legitimación bajo el régimen vigente y, sin embargo, el número de acciones colectivas (fundamentalmente resarcitorias) que han entablado hasta la fecha, ha sido testimonial.

Por otro lado, también se puso sobre la mesa la controversia en torno al reconocimiento de legitimación en favor de las asociaciones de ámbito autonómico (cuyos requisitos constitutivos se fijan en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores). En este punto, al ser preguntada por ello, Miryam Vivar se mostró favorable al reconocimiento de su legitimación, pero únicamente para promover acciones colectivas en conflictos que afecten exclusivamente al ámbito de su Comunidad Autónoma. En cambio, si el conflicto es de alcance nacional, opinó que solo las asociaciones de ámbito estatal representadas en el Consejo de Consumidores y Usuarios –por ser las únicas representativas a nivel nacional– deberían tener legitimación para ejercitar la acción.

2. EL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA

Otra de las novedades que incorpora el Proyecto viene referida a la regulación del acceso a las fuentes de prueba. Como explicó Cecilia Rosende, el acceso a las fuentes de prueba constituye un mecanismo que se está implementando en sectores específicos dentro de la tutela civil. Inicialmente, se introdujo en el marco de las acciones por daños derivados de infracciones de Derecho de la Competencia, cuya regulación se recoge en el artículo 283 LEC. Posteriormente, se amplió su uso a las acciones relacionadas con secretos empresariales y, recientemente, se ha previsto también para las acciones colectivas. En su incorporación inicial a nuestro ordenamiento jurídico, se evaluó su posible implementación general, considerando la supresión de las diligencias preliminares, sin embargo, finalmente se optó por una integración gradual.

En el caso específico de las acciones colectivas, la normativa de acceso a fuentes de prueba desplazaría la aplicación de la diligencia preliminar de determinación de los afectados por el hecho dañoso prevista en el artículo 256.1.6.º de la LEC. El Proyecto propone la sustitución de esta diligencia preliminar por un recurso más amplio que permita a la entidad habilitada preparar adecuadamente

la acción colectiva¹⁰. Por ello, gracias a la regulación del acceso a las fuentes de prueba, la actora podrá solicitar de la futura demandada la exhibición no sólo de la relación de afectados, sino de piezas específicas de prueba o de categorías pertinentes de pruebas (que incluso deba confeccionar *ex novo* el requerido), eso sí, «lo más limitadas y acotadas como sea posible atendiendo a los hechos razonablemente disponibles en la motivación razonada» (proyectado art. 838.2 LEC).

En todo caso, el tribunal, previa la realización del requerimiento, debería realizar un juicio de proporcionalidad con el propósito de limitar la exhibición de las pruebas a lo que sea estrictamente necesario, teniendo en cuenta en el juicio de proporcionalidad todos los intereses en liza (proyectado art. 838.3 LEC). Como señaló Rosende, es fundamental que la aplicación práctica de este acceso sea razonable, permitiéndose únicamente cuando esté debidamente justificado y asegurando, en todo caso, que sea proporcional. Así lo establece la normativa, en vista de la repercusión negativa que esta medida podría tener para la parte contra la cual se solicita.

Como propuesta de mejora técnica, Rosende señaló que sería oportuno que, salvo en los casos en que la finalidad sea la identificación de los afectados y el número de estos, donde tendría sentido su adopción de forma previa o simultánea a la demanda, en los demás casos, específicamente cuando el acceso esté relacionado con la existencia de la infracción, este solo se permita una vez la acción colectiva haya sido certificada. En caso contrario, si la acción no llegara a certificarse, las consecuencias para la parte afectada por la medida podrían ser irreversibles. Además, considera necesario precisar si se exige la prestación de caución, ya que, aunque en principio parecería excluirse, debido a la falta de remisión al artículo 283 *bis* c) de la LEC, no resulta del todo claro a la luz del artículo 283 *bis* g), que prevé la caución como requisito previo a la ejecución de cualquier medida aprobada.

¹⁰ El Proyecto, a la hora de articular el acceso a las fuentes de prueba, se remite parcialmente a lo dispuesto en los artículos 283 *bis* y siguientes de la LEC, en los que se regula la exhibición de las pruebas en procesos para el ejercicio de acciones por daños derivados de las infracciones de Derecho de la Competencia. En particular, se remite a lo dispuesto en el artículo 283 *bis* b), en el supuesto de que el tribunal considere que debe facilitarse el acceso a información confidencial, y a los artículos 283 *bis* d) a 283 *bis* h), relativos a la competencia, momento para realizar la solicitud, procedimiento, ejecución de la medida de acceso y consecuencias de la obstrucción a la práctica de las medidas acordadas; y al artículo 283 *bis* k, sobre las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de confidencialidad y uso de las fuentes de prueba.

III. LA VINCULACIÓN DE LOS AFECTADOS A LA ACCIÓN COLECTIVA Y LOS ACUERDOS TRANSACCIONALES

La segunda mesa de la mañana, dedicada a la vinculación de los consumidores afectados a la acción colectiva y a los acuerdos transaccionales, contó igualmente con dos ponentes de excepción, los Catedráticos Javier López Sánchez, de la Universidad de Zaragoza, y Andrea Planchadell Gargallo, de la Universidad Jaume I, dos investigadores pioneros en el estudio de las acciones colectivas desde la perspectiva del Derecho nacional y del Derecho comparado.

1. LA VINCULACIÓN DE LOS CONSUMIDORES A LA ACCIÓN COLECTIVA

El sistema de vinculación de los consumidores a la acción colectiva, como seguidamente explicaremos, constituye uno de los temas más controvertidos de la transposición de la Directiva al ordenamiento español. Como tuvo ocasión de explicar el Profesor López, a la hora de regular las acciones colectivas resarcitorias, uno de los principales cometidos que debe cumplir el legislador es el de optar por el establecimiento de un sistema de *opt-in* u *opt-out* o por la combinación de ambos¹¹. Así lo exige la Directiva sin mostrar su preferencia por ninguno de los dos sistemas, apartándose así de la Recomendación de la Comisión del año 2013, en la que la opción preferente era el *opt-in*¹².

Los sistemas de *opt-in* son aquellos en los que el promotor de la causa sólo actúa en representación de quienes expresamente manifiestan su voluntad de adherirse a la acción colectiva. De este modo, los efectos de la sentencia vincularán sólo a quienes en el momento procesal preciso al efecto hayan manifestado su voluntad de formar parte de la causa. Su principal ventaja es que preservan en mayor medida la libertad del individuo para acceder al proceso, lo que además facilita la determinación del *quantum* y la ejecución de la sentencia. Sin embargo, entre sus desventajas más notables

¹¹ Este sistema de *opt-out* u *opt-in* no sería aplicable a los procesos colectivos en los que se ejerciten acciones colectivas de cesación, pues la naturaleza indivisible del interés supraindividual que a su través se protege impone una solución unitaria, de modo que al respecto de esta tipología de intereses no es posible ejercitar un derecho de exclusión o inclusión.

¹² *Vid.* a este respecto la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (Considerandos 21 a 28).

destaca la de sus limitados efectos prácticos, pues el porcentaje de sujetos que llevan a cabo las actuaciones necesarias para adherirse al proceso suele ser muy reducido en comparación con el número total de afectados, puesto que la tendencia natural del individuo en lo que a litigación concierne, es la de la inactividad, que únicamente se verá modulada cuando el daño ocasionado, individualmente considerado, sea de importante entidad.

Los sistemas de *opt-out*, por su parte, se caracterizan porque el promotor de la causa actúa en el proceso colectivo en defensa de todos los perjudicados por el hecho dañoso a excepción de aquellos que hubieran optado expresamente por apartarse de aquella. La gran ventaja de este sistema es su fuerte impacto disuasorio, ya que del mismo modo que los niveles de participación en un sistema de *opt-in* suelen ser muy bajos, igualmente reducido será el número de sujetos que lleve a cabo las actuaciones necesarias para desvincularse de la causa, por eso su alcance es mucho mayor que el del *opt-in*. Por lo anterior, a su través se maximizan las funciones que las *class actions* llevan aparejadas: acceso a la justicia, economía procesal y modificación de conductas. En cuanto a las desventajas, la principal que se señala es que en estos procesos se cuestiona la eficacia del mecanismo de notificación, lo que obliga a aceptar mecanismos de corrección en orden a posibilitar la exclusión, aún después de haber sido dictada la resolución.

Teniendo lo anterior presente, el prelegislador se decantó por el sistema de *opt-out* como regla general (proyectado art. 848.2 LEC), estableciendo dos excepciones: por un lado, contempla la posibilidad de que el juez pueda valorar la pertinencia de adoptar un sistema de *opt-in* en los casos en los que la cuantía reclamada para cada consumidor individualmente considerado supere los tres mil euros¹³, siempre que el establecimiento del *opt-in* resulte necesario para una buena administración de justicia. Por otro, impone el *opt-in* en relación con los consumidores afectados que tengan su residencia habitual fuera de España (proyectado art. 848.3 y 4 LEC).

Esta decisión del prelegislador, sin embargo, no ha generado consenso, contando con un importante número de detractores. Ha sido rechazada, entre otros, por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) –como refleja su informe sobre el Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación–, así como por los grupos par-

¹³ En el Anteproyecto de acciones de representación para la defensa de los consumidores y usuarios se previa la cantidad de cinco mil euros. Por su parte, el grupo parlamentario PNV, en las enmiendas presentadas al Proyecto, propone en este punto rebajar la cuantía de los tres mil a los mil quinientos euros. El grupo parlamentario Sumar, en sus enmiendas formuladas al Proyecto, propone que sea la propia entidad habilitada la que, en cada caso, pueda determinar la pertinencia del *opt-in* o el *opt-out*.

lamentarios Popular y Vox, cuyas enmiendas al Proyecto inciden igualmente en la ausencia de garantías que supondría la instauración de un sistema *opt-out*, al no respetar la voluntad de los consumidores afectados. También apuntan la incompatibilidad del sistema de *opt-out* con la tradición jurídica española.

Ahora bien, la instauración de un sistema de adhesión automática o *opt-out* también cuenta con sólidos defensores, como el Profesor López. En su opinión, la aplicación de la acción colectiva bajo un sistema de adhesión expresa o *opt-in* convierte el acceso conjunto al proceso en una simple acumulación de reclamaciones individuales, con la única salvedad de que los consumidores afectados no se personan en la causa, haciéndolo en su nombre la entidad habilitada para promover tales acciones. En este contexto, aunque la entidad habilitada actúe en nombre de los consumidores, la necesidad de que cada afectado manifieste expresamente su adhesión limita el alcance general de la sentencia que pone fin al proceso colectivo. Como resultado, quedarían pendientes tantos procesos individuales como consumidores no se hubieran adherido de manera explícita, siendo previsible que esta falta de adhesión afecte a la mayoría de los potenciales interesados.

En contraste, en un sistema de *opt-out*, la falta de acción por parte de los afectados no impide que la sentencia tenga un alcance amplio y vinculante, dando así una respuesta unitaria al conflicto y excluyendo únicamente a aquellos consumidores que hayan ejercido su derecho de exclusión de manera formal y oportuna. Para el Profesor López, incluso en los casos más complejos, los de reclamaciones de elevada cuantía que involucran a un número indeterminado de afectados, la falta de información en un sistema de *opt-out* no implicaría necesariamente un perjuicio significativo para los consumidores, dado que la acción representativa siempre se ejercería en su interés. Así, aunque reconoce que este sistema puede limitar el derecho de disposición individual, considera que, en ningún caso, llegaría a generar una situación de indefensión absoluta para los consumidores afectados.

La ponencia del Profesor López propició un interesante debate entre los asistentes, con la intervención destacada del Profesor Orduña, quien puso sobre la mesa los recelos que la instauración de un *opt-out* le ocasionaban apelando para ello al principio de efectividad de la Unión Europea. En su opinión, un pronunciamiento futuro del Tribunal de Justicia de la Unión Europea podría poner de manifiesto la oposición del sistema de *opt-out* con este principio central de la política de la Unión.

Otros de los argumentos expuestos por los asistentes en contra del establecimiento de un sistema de *opt-out* incidieron en la idea de que, en el marco de este sistema, el interés principal suele recaer en el demandante y su financiador, quienes buscan maximizar las compensaciones económicas, sin que esto beneficie realmente a los consumidores, quienes a menudo ni siquiera saben de la acción o consideran insignificante el monto a reclamar. Además, señalaron que este sistema podría incentivar demandas temerarias con un importante impacto reputacional para las empresas demandadas, como ya ocurre en Estados Unidos.

2. LOS ACUERDOS TRANSACCIONALES

La Profesora Planchadell, por su parte, abordó otra de las novedades que alberga el Proyecto, en este caso la propuesta de regulación de los acuerdos transaccionales. De conformidad con las previsiones de la Directiva¹⁴, el Proyecto contempla la posibilidad de que, en el marco de los procesos en los que se ejercitan acciones colectivas resarcitorias (quedarían fuera las acciones de cesación)¹⁵, la entidad habilitada y el profesional o empresario puedan alcanzar un acuerdo de resarcimiento, que únicamente sería eficaz tras la oportuna homologación judicial.

Como explicó la Profesora Planchadell, el Proyecto establece dos momentos para solicitar la homologación de un acuerdo de resarcimiento: después de la certificación de la acción (proyectados arts. 864 a 866 LEC) o antes de esta certificación (proyectados arts. 867 a 872 LEC). En cada caso, el procedimiento y los requisitos que deberá considerar el juez para homologar el acuerdo varían.

a) Propuesta de acuerdo tras la fase de certificación

Una vez certificada la acción colectiva, las partes (es decir, la entidad demandante y el demandado) podrían solicitar al tribunal la homologación de un acuerdo de resarcimiento para los consumidores afectados. El tribunal, igualmente, podría promover que las partes intentaran alcanzar dicho acuerdo, suspendiendo temporalmente el proceso por un plazo máximo de tres meses.

¹⁴ Vid. a este respecto el artículo 11 Directiva.

¹⁵ Como tuvimos ocasión de señalar anteriormente, el interés protegido por medio de las acciones colectivas de cesación es un interés supraindividual o social que pertenece de modo indivisible a la colectividad de los consumidores, estamos, por lo tanto, ante un interés indisponible.

La solicitud de homologación del acuerdo debería incluir una propuesta detallada sobre la compensación que se abonaría a cada beneficiario o categoría de ellos. De ser posible, se expresaría el importe total que habría de abonarse como indemnización, así como los criterios y el procedimiento para distribuirlo entre los consumidores y usuarios afectados. Tratándose de otras medidas resarcitorias, expresaría igualmente su contenido y el modo en que los consumidores y usuarios podrían beneficiarse o acceder a ellas. En la solicitud, además, las partes tendrían que exponer sucintamente los motivos por los que consideren que el acuerdo propuesto es justo y razonable.

La homologación del acuerdo por el tribunal sería una etapa crucial, ya que el juez verificaría que el acuerdo no lesiona los derechos de los consumidores, no es contrario a normas imperativas y que no está sujeto a condiciones que no puedan cumplirse. Si el acuerdo no cumpliera con estos criterios, el tribunal podría denegar su homologación, aunque se otorgaría una «segunda oportunidad» para reformularlo y presentar una nueva solicitud. La decisión de denegar la homologación sería apelable y tendría efecto suspensivo.

Si la homologación fuese aprobada, se determinarían los consumidores afectados y se establecerían las condiciones de vinculación al acuerdo. Como norma general, este vincularía a los consumidores afectados que no hubieran manifestado explícitamente su deseo de desvincularse de la acción colectiva (*opt-out*). Sin embargo, en los supuestos en los que las cuantías reclamadas para cada consumidor superasen los tres mil euros, el juez podría decidir –cuando la buena administración de justicia así lo aconsejase–, el establecimiento de un *opt-in*. En el caso de consumidores residentes fuera de España, estos tendrían necesariamente que expresar su voluntad de vincularse mediante el sistema *opt-in*.

El efecto vinculante del acuerdo homologado impediría la interposición de demandas colectivas adicionales con el mismo objeto. Con todo, es relevante destacar que la homologación de un acuerdo de resarcimiento no implicaría un reconocimiento de responsabilidad o culpabilidad por parte del empresario, lo que se contempla como una medida para fomentar la resolución amistosa y evitar litigios prolongados.

b) Propuesta de acuerdo antes de la fase de certificación

El Proyecto también contempla la posibilidad de que las partes alcancen acuerdos de resarcimiento antes de la certificación de la

acción. En estos casos, el acuerdo debería especificar el monto que recibiría cada beneficiario y, si fuera posible, la cantidad total de la indemnización, así como los criterios y el procedimiento para su distribución entre los consumidores afectados. De haber otras medidas resarcitorias, el acuerdo debería incluir su contenido y el mecanismo para que los consumidores se beneficiaran de ellas. Además, debería asegurar que se cumplen los requisitos necesarios para la certificación de la acción resarcitoria.

En la fase de homologación del acuerdo, el tribunal evaluaría si el acuerdo vulnera los derechos de los consumidores, si contraviene normas imperativas, si contiene condiciones imposibles de cumplir, y si cumple los presupuestos de certificación de la acción, dado que, en caso contrario, no podría homologarlo.

Si el tribunal rechazara la homologación del acuerdo, el procedimiento continuaría. Si, por el contrario considerara que el acuerdo cumple con todos los requisitos, fijaría un plazo de entre dos y seis meses para que los consumidores pudieran manifestar su voluntad de no quedar vinculados. Excepcionalmente, el tribunal podría requerir la adhesión expresa solo en acuerdos donde la compensación superara los tres mil euros. Además, el tribunal encomendaría a la entidad demandante la creación de una plataforma electrónica para facilitar la vinculación o desvinculación de los consumidores y garantizaría la difusión adecuada del acuerdo, prestando especial atención a los consumidores vulnerables.

Para asegurar la transparencia y protección de los derechos de los consumidores, el Proyecto prevé que, en la comunicación individual y en la publicación se tendría que especificar, de forma clara y comprensible, que los consumidores y usuarios que hayan de verse afectados pueden manifestar expresamente su voluntad para desvincularse del acuerdo homologado o, en su caso, para vincularse a él, indicando el plazo y la forma de acceder a la plataforma electrónica para hacerlo. La interposición por parte de los consumidores afectados de reclamaciones individuales o agrupadas con el mismo objeto dentro del plazo de adhesión se interpretaría como una decisión de no unirse al acuerdo. Lo mismo sucedería si iniciasen procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos con el mismo objeto en dicho plazo. Una vez vencido este, no se permitirían demandas individuales adicionales con el mismo objeto, ni ante el tribunal ni a través de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Lo decisivo para que la propuesta de regulación de los acuerdos colectivos sea garantista es que los consumidores puedan ejercitar su derecho de separación, de ahí que la ponente pusiese el foco en

la necesidad de arbitrar mecanismos de publicidad y sistemas de desvinculación eficaces.

IV. LA FASE DE CERTIFICACIÓN DE LA ACCIÓN COLECTIVA

La cuarta mesa, centrada en la fase de certificación de las acciones colectivas, corrió a cargo del Profesor Javier Orduña Moreno, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia y exmagistrado de la Sala Civil del Tribunal Supremo.

El establecimiento de una fase de certificación en los procesos en los que se ejerciten acciones colectivas resarcitorias es clave. El prelegislador español ha decidido incorporarla por iniciativa propia¹⁶ –no se prevé en la Directiva–, inspirándose para ello en la regulación de las *class actions* norteamericanas. En el sistema norteamericano de las *class actions*, en la fase de certificación de la acción el juez debe valorar, de conformidad con la Regla núm. 23 a) de las *Federal Rules of Civil Procedure*, que quien se postula como representante de la clase es un representante adecuado (*adequacy of representation*) y que la clase es tan numerosa que el ejercicio acumulado de las diversas acciones devendría impracticable (*numerosity*). Además, tendrá que analizar si existe identidad fáctica entre los miembros del grupo (*commonality*) y, por último, deberá corroborar que la acción entablada sea típica, esto es, que sea representativa de la que, en su caso, podría ser entablada por cada uno de los miembros de la clase si hubieren promovido la acción (*Typicality*)¹⁷.

La decisión del prelegislador español de incluir esta fase exclusivamente en los procesos de acciones colectivas resarcitorias es acertada, ya que la protección abstracta que se persigue con las

¹⁶ La importancia de incorporar esta fase procedimental venía siendo reclamada por la doctrina.

¹⁷ Lo cierto es que este último parámetro se encuentra íntimamente ligado al primero, con lo que no resulta fácil su distinción. De hecho, en algunas ocasiones ha llegado a ser obviado o subsumido en la *commonality* o en la *adequacy of representation*. Ello no obstante, en otros supuestos sí se hace mención separada de esta exigencia, distinguiéndola de las otras dos mencionadas, por ejemplo, en el caso *Dolgow v. Anderson*, 43 F. R. D. 472- E. D. N. Y., 1968. A su vez, al margen de los requisitos explícitos contenidos en la referida norma, los tribunales han venido identificando otros presupuestos implícitos cuya concurrencia es igualmente exigida. Estos últimos serían, esencialmente, tres: a) que se trate de una clase definible, b) que el representante sea miembro de la clase y c) que se trate de una controversia viva que no encierre cuestiones irrelevantes. Sobre tales requisitos explícitos e implícitos *vid.* KLONOFF, R. H., BILICH, E. K. M., *Class actions and other multi-party litigation. Cases and materials*, American Casebook Series, West Group, St. Paul, Minn, 2000, pp. 41 y ss.

acciones de cesación hace innecesaria su aplicación en estos casos. Sin embargo, otros aspectos de la regulación de esta fase en el Proyecto presentan ciertas deficiencias, como la ausencia del requisito de la «numerosidad» y, como analizaremos a continuación, exigen un mayor esfuerzo legislativo.

Esta fase de certificación, tal y como ha sido diseñada en la proyectada reforma, se dividiría en dos momentos:

En el primer momento o fase de la audiencia de certificación, el juez resolvería las cuestiones procesales (incluida la jurisdicción y competencia) que, o bien hayan podido plantear la parte demandada o pueda él mismo apreciar de oficio, así como las correspondientes a la legitimación de la promotora de la acción (proyectado art. 846.1 LEC). Si por la constatación de algún impedimento procesal o relativo a la legitimación de la promotora del proceso colectivo, el juzgador tuviera que sobreseer la causa, lo acordará así mediante auto (recurrible en apelación) en el que no se pronunciará sobre la certificación (proyectado art. 846.1 III LEC).

Finalizada la fase anterior sin que exista ningún impedimento para la continuación del procedimiento, en el marco de la certificación propiamente dicha, el juzgador tendrá que valorar tres extremos: la «homogeneidad»¹⁸; la licitud de la financiación con la que cuente la promotora de la causa –lo que pasa por examinar posibles conflictos de intereses (proyectados arts. 846.2 en relación con el art. 850.2 LEC)–; y, en su caso, el carácter manifiestamente infundado de la demanda (proyectado art. 847.3 LEC).

Esta segunda etapa ha sido objeto de las mayores críticas. En particular, el profesor Orduña ha señalado la falta de desarrollo normativo en aspectos fundamentales de esta fase, destacando especialmente la ausencia de criterios claros respecto al requisito de homogeneidad, cuya correcta evaluación es crucial para garantizar la viabilidad de la acción colectiva que se pretende promover. El profesor Orduña subrayó la necesidad de que el legislador defina los elementos que el juez debería considerar para evaluar adecuadamente su cumplimiento.

En cuanto a los efectos del auto que deniega la certificación (una vez que gana firmeza), dispone el proyectado artículo 854.3 LEC que no será admisible otra acción de representación resarcitoria con el mismo objeto. A este respecto es necesario tener presente

¹⁸ De acuerdo con el proyectado artículo 847.2 LEC «Se entenderá que existe homogeneidad cuando, en atención a la normativa sustantiva aplicable, resulte posible determinar la concurrencia de la conducta infractora, el daño colectivo cuyo resarcimiento se solicita y el nexo causal entre ambos sin necesidad de tomar en consideración aspectos fácticos o jurídicos que sean particulares a cada 1 de los Consumidores y Usuarios afectados por la acción».

que la denegación de la certificación únicamente puede obedecer a dos causas: la constatación de la falta de homogeneidad o de que la demanda es manifiestamente infundada. En el caso de que el juzgador aprecie un conflicto de intereses con el financiador, requerirá a la entidad habilitada para que renuncie a la financiación o para que la modifique y, si no lo hace en el plazo establecido, procederá al sobreseimiento del proceso (proyectado art. 850.3 LEC), lo que no impediría entablar una acción representativa posterior contra el mismo demandado y con base en la misma infracción.

Una vez que el juzgador ha dictado el auto de certificación, en el que habrá consignado los datos referentes a la infracción, los consumidores afectados por el hecho dañoso y el plazo del que disponen para, en su caso, apartarse de la acción colectiva, lo determinante será arbitrar los mecanismos de publicidad para que los consumidores puedan ejercitar su derecho de separación (en el marco del *opt-out*) o de adhesión (en el marco de un *opt-in*).

V. LA FINANCIACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS

La primera mesa de la tarde abordó la financiación de las acciones colectivas, con especial referencia a la participación de terceros en esta tarea (*third party litigation funding*). La mesa contó con la participación de Luis Francisco García Perulles, abogado y coordinador del grupo de trabajo sobre acciones colectivas de ADICAE, y Jesús Rodrigo Lavilla, Consejero Delegado de PLA *Litigation Funding* y Abogado del Estado excedente, quienes compartieron con los asistentes sus perspectivas sobre la financiación de las acciones colectivas.

Los problemas asociados con la financiación de las acciones colectivas resarcitorias explican, al menos en parte, la falta de efectividad práctica de este mecanismo de protección de los intereses colectivos de los consumidores en nuestro ordenamiento jurídico. Aun así, al transponer la Directiva, el prelegislador, que sí ha realizado un esfuerzo significativo al diseñar un sofisticado proceso especial en materia de acciones colectivas; no ha abordado de manera rigurosa la regulación de la financiación de estos procesos, lo que podría comprometer la viabilidad práctica del nuevo sistema propuesto.

En materia de financiación, el Proyecto se ha limitado a reconocer la posibilidad de que las acciones colectivas resarcitorias sean financiadas por terceros ajenos a la causa (*Third Party Litigation Funding*), regulando en lo más básico el control que en su fiscali-

zación podrá ejercer el juzgador –fundamentalmente durante la audiencia de certificación–, sin definir a tal efecto los criterios en los que ha de basarse en la ejecución de este cometido. Tampoco se pronuncia el Proyecto sobre las medidas de «Asistencia para entidades habilitadas», a las que alude la Directiva 2020/1829 en su artículo 20.

No obstante, los representantes de las asociaciones de consumidores (en este caso, ADICAE) y de los fondos de litigación (*PLA Litigation Funding*) expresaron en el Congreso opiniones marcadamente divergentes sobre la conveniencia de incorporar a terceros financiadores en las acciones colectivas y las condiciones bajo las cuales debería permitirse su participación.

El primer ponente en intervenir fue García Perulles, quien destacó la autosuficiencia de ADICAE, la asociación de consumidores a la que representa, para financiar acciones colectivas resarcitorias sin recurrir a fuentes de financiamiento externas. Según explicó, esta independencia ha sido posible gracias a los fondos propios de la asociación y a las contribuciones de sus socios en cada caso. García Perulles subrayó que este modelo de autofinanciamiento ha permitido a ADICAE preservar su independencia y cubrir de manera solvente los costes que normalmente asumen las entidades promotoras de acciones colectivas. No obstante, advirtió que los nuevos gastos previstos en la reforma, como los relacionados con la creación y el mantenimiento de una plataforma electrónica para gestionar el procedimiento y habilitar el mecanismo que permita a los afectados ejercer su derecho de separación, hacen necesarias mayores ayudas públicas. Para García Perulles, las dificultades financieras que puedan enfrentar las entidades habilitadas en el futuro no deberían solucionarse mediante la incorporación de terceros financiadores.

A raíz de esta primera intervención, uno de los asistentes intervino con el fin de poner de manifiesto la tensión existente entre la autosuficiencia declarada y las limitaciones reales del sistema de acciones colectivas. Se apoyó a este respecto en el escaso número de acciones colectivas resarcitorias promovidas por asociaciones de consumidores en los veinticuatro años de vigencia del sistema en España, sugiriendo que el modelo de financiación actual podría no ser suficiente para iniciar acciones colectivas con la frecuencia o el alcance necesarios para proteger eficazmente a los consumidores.

Por su parte, Rodrigo Lavilla abordó los obstáculos que frenan a los fondos de litigación a la hora de financiar acciones colectivas en España. Entre los factores disuasorios mencionó la baja rentabilidad esperada debido a los largos plazos procesales y a la limita-

ción del retorno de la inversión que podría imponerse, como propone la enmienda 355 formulada por el grupo parlamentario socialista, que establece un tope del 30% sobre el importe total reconocido en sentencia o del 200% de la financiación aportada. Rodrigo Lavilla opinó que el sistema se ha diseñado sin suficiente conocimiento de la industria de financiamiento de litigios y que, a corto plazo, las acciones colectivas no serán atractivas para los financiadores.

VI. EL CUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS Y LOS PROCEDIMIENTOS CON PRONUNCIAMIENTOS SUCESIVOS

La segunda mesa de la tarde, dedicada a la ejecución y a los procedimientos con pronunciamientos sucesivos, contó con la participación de dos de las principales expertas en tutela colectiva de los consumidores en España: la Profesora Teresa Armenta Deu, Catedrática emérita de Derecho Procesal de la Universidad de Girona, y María Jesús Ariza Colmenarejo, Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid. Armenta Deu expuso la regulación de la fase de ejecución prevista en el Proyecto, mientras que la Profesora Ariza presentó a los asistentes el innovador procedimiento con pronunciamientos sucesivos que introduce el Proyecto.

1. EL CUMPLIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS

La ponencia de la Profesora Armenta analizó la propuesta contenida en el Proyecto sobre el cumplimiento y la ejecución de las sentencias que concluyen los procesos colectivos. El Proyecto excluye la posibilidad de ejecución provisional y busca fomentar el cumplimiento voluntario por parte del condenado, con la intención de que la ejecución forzosa sea solo una medida residual.

a) La sentencia

El Proyecto parte de que, en la sentencia estimatoria que ponga fin al proceso colectivo en el que se hubiera ejercitado una acción colectiva resarcitoria, el juzgador identificará de manera individualizada a los consumidores a los que se extenderán sus efectos y,

cuando lo anterior no sea posible, indicará los requisitos que han de reunir para verse beneficiados por ella (proyectado art. 860.1 LEC).

En el caso de condenas dinerarias, habría que distinguir dos posibilidades en función de si los afectados se encuentran determinados o no (proyectado art. 860.2 a 5 LEC):

i. Si los afectados se encuentran determinados, la sentencia especificará la cantidad que corresponde a cada uno de ellos o, en su caso, a cada una de las categorías en que aquellos deban agruparse. Igualmente, especificará el plazo en el que se deberá de llevar a cabo el pago y la multa prevista por cada día de retraso.

ii. Si estuvieran indeterminados, la sentencia fijará una cantidad a tanto alzado que represente el importe máximo debido. Esta cantidad podrá ampliarse si, en el procedimiento de liquidación, se demuestra insuficiente. Igualmente, especificará el plazo en el que se deberá de llevar a cabo el pago y la multa prevista por cada día de retraso.

En el caso de que la condena sea no dineraria, se establecerá el plazo y la forma de cumplimiento y las actuaciones que deban llevar a cabo los consumidores y usuarios para que se hagan efectivas las medidas de resarcimiento a que tengan derecho y el plazo para ello. Como en los casos anteriores, se impondrá una multa por día de retraso en función del número de beneficiarios, el tipo de prestación debida y la capacidad económica del condenado (proyectado art. 860.6 LEC).

La resolución judicial será susceptible de ser recurrida en apelación y casación, ambos con carácter preferente.

b) El cumplimiento y ejecución de condenas al pago de cantidades de dinero

Una vez firme la sentencia condenatoria que impone el pago de una cantidad de dinero a favor de los consumidores, los proyectados artículos 873 a 881 de la LEC recogen una propuesta de regulación del cumplimiento y de la ejecución de estas sentencias de condena dineraria.

Si la sentencia identifica a los consumidores beneficiarios, el condenado estará obligado a recabar de ellos la información necesaria para realizar el pago. En caso de que, por motivos no imputables al condenado, el pago directo no sea posible, este podrá consignar el importe en la cuenta de depósitos y consignaciones del órgano judicial (proyectado art. 873 LEC). Si el condenado no efectúa el pago de forma voluntaria, el beneficiario que no haya

recibido, total o parcialmente, el monto adeudado podrá solicitar al juzgado la ejecución por el importe al que considere tener derecho. Esta solicitud puede realizarse directamente mediante un formulario estandarizado –sin necesidad de abogado ni procurador–, o a través de la entidad habilitada, que deberá tener operativa la plataforma electrónica para gestionar estas solicitudes (proyectado art. 874 LEC).

Si la sentencia condenatoria no identifica a los consumidores beneficiarios, el demandado deberá ingresar la cantidad a la que hubiere sido condenado, en la cuenta de depósitos y consignaciones del tribunal (proyectado art. 875 LEC). Transcurrido el plazo fijado sin que se haya procedido al pago, se despachará la ejecución de oficio (proyectado art. 876 LEC).

Una vez que la cantidad objeto de condena esté a disposición del tribunal, se designará al liquidador para que proceda a su distribución entre los beneficiarios. En este punto, el Proyecto introduce un cambio respecto al Anteproyecto, como señala la Profesora Armenta, al prever la designación de un liquidador profesional con experiencia contable que se encargue de la distribución, en lugar de la entidad demandante habilitada propuesta en el Anteproyecto (proyectado art. 877 LEC).

Mediante auto, el tribunal pondrá a disposición del liquidador la cantidad que habrá de ser distribuida y fijará el plazo dentro del cual habrá de completar las operaciones necesarias a tal fin. También se le dará acceso a la plataforma electrónica del proceso, para que los beneficiarios puedan solicitar el cobro sin necesidad de abogado o procurador. Además, el proyectado artículo 878.1 LEC establece que el liquidador debe reservar, si corresponde, una parte de la cuantía para el tercero financiador del proceso.

Asimismo, el liquidador podrá solicitar al tribunal un ajuste de la cuantía si esta se revela insuficiente para cubrir a todos los beneficiarios. Cualquier controversia relativa a la distribución de los fondos será resuelta por el tribunal que conoció la acción colectiva en primera instancia. Una vez completado el proceso de liquidación, el liquidador deberá rendir cuentas al tribunal, con detalle de los pagos efectuados a los beneficiarios (proyectado art. 880 LEC).

Aprobadas las cuentas del liquidador, el proyectado artículo 881 de la LEC prevé que cualquier remanente resultante del proceso de liquidación será devuelto al condenado, descartando la aplicación del mecanismo *cy-près* propio de otros sistemas jurídicos, en los que los remanentes pueden destinarse a terceros, como organizaciones benéficas o sin fines de lucro.

c) El cumplimiento y ejecución de condenas no dinerarias

En el caso de las sentencias que imponen condenas no dinerarias, una vez que la sentencia sea firme, el condenado debe cumplir con las prestaciones impuestas a favor de los beneficiarios identificados. En supuestos de afectados no identificados, estos deberán acreditar ante el condenado que cumplen con los requisitos establecidos en la sentencia (proyectado art. 882 LEC).

Si el condenado no cumple voluntariamente la condena, los beneficiarios podrán solicitar la ejecución de la prestación ante el tribunal mediante un formulario, sin necesidad de abogado o procurador. Esta solicitud también podrá realizarse a través de la entidad habilitada, que debe mantener operativa la plataforma electrónica a tal fin (proyectado art. 883 LEC). En caso de que el condenado dispute la condición de beneficiario de algún solicitante, este podrá reiterar su solicitud ante el tribunal, que resolverá tras valorar las alegaciones y pruebas presentadas por ambas partes. Si el tribunal reconoce al solicitante como beneficiario, fijará un plazo para el cumplimiento y, en caso de incumplimiento, se activarán de oficio las medidas de ejecución y las sanciones correspondientes (proyectado art. 884 LEC).

2. LOS PROCEDIMIENTOS CON PRONUNCIAMIENTOS SUCESIVOS

Entre las innovaciones del Proyecto destaca la propuesta de introducir un procedimiento con pronunciamientos sucesivos para los procesos en los que se ejerciten acciones colectivas resarcitorias destinadas a reclamaciones dinerarias.

Como explicó la Profesora Ariza, el proyectado artículo 863 LEC introduce un procedimiento escalonado, permitiendo que el juez, tras la fase de certificación, se centre en el marco de un primer proceso, en la responsabilidad del demandado, sin abordar aún la cuantificación de la indemnización. Si se declara responsable al empresario, se dictaría una primera sentencia y luego se abriría una segunda fase para establecer los daños a compensar. Esta estructura busca una mayor eficiencia al evitar la cuantificación si no se halla responsabilidad, ahorrando tiempo y costes innecesarios en casos en los que no se deba indemnizar. Además, en caso de que la primera sentencia sea favorable para el demandante, se incrementa la probabilidad de que las partes lleguen a un acuerdo, evitando así la necesidad de la segunda fase.

Sin embargo, el procedimiento escalonado no está exento de dificultades. El artículo permite que el juez tome esta decisión en el auto de certificación, pero no especifica cuándo debe solicitarse formalmente, ni establece claramente quién puede solicitarlo. Lo oportuno sería que la solicitud pudiera hacerla cualquiera de las partes (aunque la decisión final correspondiese al juez) antes del auto de certificación, idealmente en la demanda inicial o durante la audiencia de certificación, permitiendo así una planificación procesal más clara y eficiente.

Por otro lado, en buena parte de las ocasiones, la determinación de la responsabilidad del empresario requerirá del análisis del vínculo causal o lógico del ilícito civil con el resultado dañoso, por lo que la disociación de estas dos cuestiones en procesos independientes podría resultar inconveniente.

El Proyecto, por otro lado, únicamente prevé la posibilidad de apelar la segunda sentencia, que se limita a la cuantificación de los daños, dejando fuera la posibilidad de apelar la sentencia inicial sobre responsabilidad, lo que también parece desafortunado.

En suma, aunque el enfoque busca simplificación y eficiencia, el diseño y su implementación podrían mejorar con una regulación más detallada que no comprometa los derechos y las garantías de los consumidores en los procedimientos colectivos.

VII. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO: ESPECIAL REFERENCIA A LA EXPERIENCIA DE FRANCIA Y PORTUGAL

La última mesa de la tarde exploró el Derecho comparado, con especial atención a la implementación de la Directiva en los sistemas jurídicos de Francia y Portugal. Esta mesa contó con la participación del Profesor Yves Picod, Profesor de la Universidad de Perpiñán (Francia), y Nuno Manuel Pinto Oliveira, Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia y Profesor de la Universidad de Miño (Portugal).

1. LA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO FRANCÉS DE LA DIRECTIVA

El Profesor Picod explicó a los asistentes el estadio en el que se encuentra la transposición al ordenamiento francés de la Directiva. El proceso ya ha comenzado y se desarrolla sobre la base de un proyecto de ley parlamentaria presentado el 15 de diciembre de 2022, en el que se reflejan los siguientes aspectos clave:

En cuanto al ámbito de aplicación, la propuesta amplía el tipo de daños que pueden ser reparados, abarcando tanto daños económicos como no económicos, e incluso daños corporales. También se introduce una «sanción civil» adicional en caso de daños masivos que busca disuadir las conductas ilícitas al imponer sanciones financieras adicionales.

Por otro lado, en lo concerniente a la legitimación para promover acciones colectivas, se reconoce esta no solo a las asociaciones nacionales de consumidores, sino también a las locales e incluso asociaciones *ad hoc* (con al menos 50 personas físicas o 5 personas jurídicas). Se distingue entre la acción nacional y la transfronteriza, con diferentes requisitos para cada una.

En lo relativo a la financiación, se prohíbe el financiamiento por terceros con fines lucrativos. Es decir, se permite el financiamiento no lucrativo de las acciones colectivas, y se establece que los financiadores no pueden tener intereses económicos directos en el resultado de la acción.

En cuanto al sistema de vinculación de los afectados por el hecho dañoso a la acción colectiva, en Francia, la propuesta mantiene el sistema de «*opt-in retardado*» donde los consumidores deben unirse a la acción solo después de que se haya dictado una sentencia de responsabilidad. Esta opción previene problemas de constitucionalidad y evita litigios innecesarios, aunque algunos consideran que el «*opt-out*» sería más efectivo en ciertas áreas de consumo.

Se prevé que los casos de acciones colectivas se concentren en tribunales especializados para asegurar una mayor coherencia en la jurisprudencia. Esto está destinado a mejorar la eficiencia y calidad de las decisiones judiciales en acciones colectivas, aunque la carga de trabajo y recursos es una preocupación.

2. LA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO PORTUGUÉS DE LA DIRECTIVA

En Portugal, a diferencia de lo que acontece en Francia y España, sí se ha completado el procedimiento de transposición de la Directiva. El Profesor Pinto ilustró a los asistentes sobre algunos de los aspectos clave del nuevo sistema de tutela colectiva en Portugal.

En particular, de acuerdo con las previsiones de la Directiva, se amplía el ámbito de aplicación de las acciones colectivas nacionales y transfronterizas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores, basadas en infracciones (i) cometidas por comerciantes contra las disposiciones de la legislación nacional y de la Unión Europea mencionadas en el anexo I de la Directiva (incluida la legislación sobre determinados aspectos de los contratos de compraventa de mercancías, el Reglamento general de protección de datos, la legislación sobre privacidad electrónica y la legislación sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores) y ii) que perjudiquen o puedan perjudicar los intereses colectivos de los consumidores.

En cuanto a la legitimación activa, las asociaciones, fundaciones y autoridades locales siguen teniendo derecho a emprender acciones colectivas en defensa de los derechos e intereses de los consumidores. Ello no obstante, con el fin de garantizar la armonización con los criterios de designación de las entidades habilitadas a efectos de la interposición de acciones colectivas transfronterizas, se amplía la lista de requisitos de legitimación activa (que ahora incluye requisitos relativos a la independencia de las asociaciones y fundaciones y a la financiación de las acciones colectivas por terceros).

Además, para favorecer la transparencia de la financiación por terceros de las acciones colectivas, los demandantes están obligados a poner a disposición del tribunal el acuerdo de financiación, incluido un resumen financiero que enumere las fuentes de financiación utilizadas para apoyar la acción colectiva, y este acuerdo debe, en los términos del decreto-ley, garantizar la independencia del demandante y la ausencia de conflictos de intereses. Los demandantes de acciones colectivas también están obligados a hacer pública en su página *web* diversa información relativa a cada acción colectiva que interpongan.

En relación con el sistema de vinculación de los consumidores afectados a las acciones colectivas, se mantiene el mecanismo de *opt-out* establecido en la Ley de Acciones Populares, pero se esta-

blece que los consumidores que no residan habitualmente en Portugal en el momento de interponer la acción colectiva deberán manifestar su voluntad de ser representados en la acción para quedar vinculados por su resultado.

VIII. CONCLUSIONES

El prelegislador ha hecho un gran esfuerzo a la hora de diseñar un sofisticado proceso especial para garantizar la adecuada tutela de los intereses colectivos de los consumidores. Las especialidades procesales que rigen estos procesos se encuentran hoy en día dispersas a lo largo de la LEC (desde el art. 6 al art. 519) y también en una diversidad de leyes sectoriales, lo que ha representado un obstáculo importante en la promoción de acciones colectivas. Por lo anterior, la ideación de este proceso especial supone, desde un punto de vista sistemático, un claro avance.

Ahora bien, las distintas medidas que debe incorporar el legislador para dar cuerpo a este proceso especial plantean importantes interrogantes:

La adecuada regulación de la legitimación es uno de los aspectos más relevantes del procedimiento de acciones colectivas, ya que el promotor de la acción ha de garantizar en todo momento la adecuada representación de los intereses de los afectados ausentes. En este punto, sin embargo, la flexibilidad de los requisitos exigidos por el prelegislador a las asociaciones de consumidores para que puedan entablar acciones colectivas –sin la articulación de mecanismos de control adicionales–, pudiera favorecer la interposición de acciones que no respondan, como debieran, a los intereses de los consumidores pertenecientes a la clase representada.

La regulación del acceso a las fuentes de prueba, por su parte, representa un claro avance en comparación con el actual mecanismo preparatorio del proceso, limitado a la diligencia de determinación de los afectados (art. 256.1.6 LEC). Este mecanismo, al enfocarse solo en la identificación de los afectados por el hecho dañoso, resulta insuficiente para preparar adecuadamente el proceso colectivo. Además, en este ámbito se puede aprovechar la experiencia adquirida en otros sectores donde el acceso a las fuentes de prueba ya ha sido implementado con anterioridad.

Otro de los aspectos capitales de la regulación de los procesos colectivos, también uno de los más controvertidos, reside en el sistema de vinculación de los afectados a la acción colectiva por el que se opte. El debate sobre el sistema de adhesión de los consumi-

dores (*opt-in* y *opt-out*) refleja posturas diversas. Aunque el Proyecto se inclina por el modelo de *opt-out* para maximizar el alcance de las acciones colectivas, su implantación suscita preocupaciones sobre la eficacia del sistema para notificar a todos los afectados y acerca de su compatibilidad con la tradición jurídica española.

La regulación expresa de los acuerdos en el marco de los procesos colectivos también constituye un acierto, aunque la posibilidad de que estos acuerdos puedan ser alcanzados antes de la fase de certificación de la acción, plantea mayores dificultades prácticas. En todo caso, el éxito del sistema de acuerdos en acciones colectivas dependerá en gran medida de la articulación de sistemas efectivos de publicidad que garanticen el ejercicio de separación por parte de los consumidores afectados.

La incorporación de la fase de certificación en las acciones colectivas resarcitorias también representa un avance significativo, pues permite valorar la viabilidad de la acción y asegura que se cumplan los requisitos necesarios para su correcta representación. Sin embargo, el diseño de esta fase en el Proyecto presenta deficiencias, especialmente la falta de claridad en aspectos fundamentales como el requisito de «homogeneidad» y la ausencia de un criterio para evaluar la «*numerosity*». Estos vacíos normativos deben ser corregidos mediante un mayor desarrollo legislativo para garantizar la efectividad y coherencia del proceso de certificación y asegurar una adecuada protección de los derechos de los consumidores.

La efectividad del proceso colectivo dependerá de una ejecución ágil y garantista de las sentencias que lo concluyen. Una vez que el tribunal ha homologado un acuerdo o emitido una sentencia favorable, resulta esencial que el sistema asegure una ejecución eficaz y expedita, de manera que los consumidores puedan obtener el resarcimiento reconocido sin dilaciones ni obstáculos procesales. La implementación de mecanismos de control y supervisión en la fase de ejecución es clave para que el fallo tenga impacto real y cumpla con su objetivo de compensación y protección efectiva de los derechos de los afectados.

La incorporación de procedimientos con pronunciamientos sucesivos tiene como objetivo simplificar y hacer más eficientes los procesos colectivos; sin embargo, su diseño e implementación requieren una regulación más precisa que asegure la protección de los derechos y garantías de los consumidores.

Como cierre, cabría destacar la importancia de regular convenientemente la financiación de las acciones colectivas por parte de

terceros. El Proyecto se ha limitado a reconocer la posibilidad de que las acciones de representación resarcitorias sean financiadas por terceros ajenos a la causa (*Third Party Litigation Funding*), regulando en lo más básico el control que en su fiscalización podrá ejercer el juzgador –fundamentalmente durante la audiencia de certificación–, sin definir a tal efecto los criterios en los que ha de basarse en la ejecución de este cometido. Estas previsiones, a todas luces insuficientes, podrían frustrar la eficiencia del nuevo proceso cuya configuración se está fraguando, por lo que se requiere un mayor desarrollo normativo en este punto, para evitar posibles conflictos de intereses y garantizar que los procesos colectivos mantengan su objetivo de defensa real de los consumidores.

La experiencia compartida por expertos de Francia y Portugal sobre la transposición de la Directiva a sus respectivos Estados sirvió para visibilidad que los problemas que está enfrentando España en este cometido son, en buena parte de las ocasiones, compartidos por otros Estados vecinos. Mientras que países como Portugal han logrado adaptar su régimen de tutela colectiva de los consumidores a los requisitos de la Directiva, otros, como Francia, siguen enfrentando dificultades para alcanzar un consenso, en parte debido a las implicaciones sociales y económicas de la reforma.

