

## ANTE EL RETO DE DISEÑAR UN MODELO DE TUTELA COLECTIVA DE MANOS DE LA DIRECTIVA (UE) 2020/1828

### FACING THE CHALLENGE OF DESIGNING A MODEL FOR COLLECTIVE REDRESS HANDS IN HANDS WITH THE DIRECTIVE (EU) 2020/1828

Marien Aguilera Morales\*

**RESUMEN:** Recientemente el Ministerio de Justicia ha sometido a consulta pública la transposición de la Directiva (UE) 2020/1828, relativa a las, así llamadas, acciones de representación. Con ello se da un primer paso para acomodar nuestro ordenamiento a los dictados de la Unión, pero también para que todos, académicos y prácticos, aunemos esfuerzos en diseñar un nuevo modelo de tutela colectiva que supere las deficiencias del actual. En el diseño, desde luego, habrá que tener en cuenta las disposiciones europeas, pero también —y sobre todo— el espíritu que las anima: fomentar la eficiencia judicial, franquear el acceso a la Justicia y poner freno a las demandas fraudulentas o abusivas. Este será el reto en términos generales. Obviamente superar este reto requerirá afrontar otros más específicos y ligados en su mayoría a las exigencias y posibilidades que se abren de manos de la Directiva 2020/1828. El objeto de este trabajo es, justamente, precisar cuáles son estos retos y cuáles, en su caso, las opciones que se presentan a nivel normativo. Y aún tiene este otro propósito: apuntar propuestas concretas que sirvan de estímulo a la reflexión y al debate.

---

\* Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad Complutense. Directora del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR). Correo-e: [eaguiler@der.ucm.es](mailto:eaguiler@der.ucm.es). ORCID ID: 0000-0002-8380-1473.

Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «Hacia una justicia civil eficiente: desafíos actuales y próximos desde la perspectiva europea» (ref. PID2019-103909GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

**PALABRAS CLAVE:** Acciones de representación, medidas de cesación, medidas resarcitorias, intereses colectivos.

**ABSTRACT:** The Ministry of Justice has recently submitted for public consultation the transposition of Directive (EU) 2020/1828 on, so-called, representative actions. This is the first step towards accommodating our system to the orders of the Union, but also towards ensuring that all of us, both academic and practical, join forces in designing a new model of collective protection that overcomes the limitations of the current one. The design must, of course, take account of European provisions, but also, and above all, of the spirit in which they are based: promoting judicial efficiency, opening access to justice and curbing fraudulent or abusive claims. This will be the overall challenge. Obviously, overcoming this challenge will require more specific challenges, most of which are linked to the demands and possibilities opened up by Directive 2020/1828. The purpose of this work is precisely to specify what these challenges are and what policy options could exist. And it still has another objective: to point out concrete proposals that can serve as a stimulus to reflection and debate.

**KEYWORDS:** Representative actions, injunctive measures, redress measures, collective interest.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.—1. EL FRACASO DEL ACTUAL “MODELO”.—2. LA DIRECTIVA (UE) 2020/1828: SUS PIEZAS CENTRALES Y CLAVES: 2.1. Terminología, finalidad y ámbito de aplicación. 2.2. Las piezas centrales: legitimación y accionabilidad: 2.2.1. Legitimación.- 2.2.2. Accionabilidad. 2.3. Otras piezas clave: 2.3.1. Amplios poderes para el Juez. La financiación de litigios por tercero. 2.3.2. Acuerdos de rescaramiento. 2.3.3. Costas. 2.3.4. Información sobre las acciones de representación. 2.3.5. La «peculiar» eficacia probatoria de las resoluciones firmes. 2.3.6. Exhibición de pruebas. 2.3.7. Asistencia para las entidades habilitadas.—3. LAS PIEZAS QUE FALTAN. EN PARTICULAR, LA FASE DE CERTIFICACIÓN Y LA COORDINACIÓN ENTRE ACCIONES DE REPRESENTACIÓN Y ACCIONES INDIVIDUALES.—CONCLUSIÓN.—FUENTES CITADAS.

## INTRODUCCIÓN

El 25 de noviembre del año pasado se aprobaba la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (en adelante, la Directiva).

El plazo para su trasposición expira el 25 de diciembre de 2022. En esta fecha deberán haberse publicado, por tanto, las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en ella; disposiciones que, a su vez, serán aplicables seis meses más tarde —el 25 de junio de 2023— respecto de las acciones que se ejerciten en esta fecha o en adelante.

En vista de los cambios legislativos que en este horizonte temporal se avencinan, es evidente que la trasposición de la Directiva se presenta como una

excelente oportunidad para revisar y mejorar en este contexto nuestro ordenamiento jurídico. La evidencia descansa en el «déficit regulatorio y aplicativo» (Garnica *et. al.*, 2021) de nuestro actual modelo de tutela colectiva o, más exactamente, en la ausencia de un verdadero modelo con que atajar eficientemente el llamado fenómeno de la litigación en masa (Ferrerres Comella, 2012; Sánchez López, 2014; Planchadell Gargallo, 2017; Ortego Pérez, 2018; Gutiérrez de Cabiedes, 2018; Ariza Colmenarejo, 2018; Montesinos García, 2020; Ortells Ramos, 2021).

Siendo así lo anterior, importa comenzar a plantearse qué aspectos de nuestra vigente regulación habrá o convendrá modificar llegado el momento y en qué sentido dirigir los cambios. Hay que pensar, con otras palabras, en las bases de una futura reforma que sin duda será procesal, pero que muy seguramente alcanzará también a otros textos legales; destacadamente —aunque no solo— al Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios. En esto, en efecto, no debe haber espacio para la improvisación ni para Reales-Decretos ley<sup>1</sup>. No, a la luz de lo que nos jugamos: la eficiencia de nuestro sistema de justicia civil, el acceso a la justicia de los consumidores y la protección de los empresarios frente al uso impropio o abusivo de la litigación colectiva.

Naturalmente, sentar las bases de la futura reforma requiere conocer las exigencias y posibilidades que, en el marco del *collective redress*, se abren de manos de la Directiva. Y este, precisamente, es el propósito que anima a las páginas que siguen: ofrecer una panorámica de esas exigencias y posibilidades<sup>2</sup>, apuntando a colación de unas y otras los principales retos que habrá que afrontar y las opciones que en su caso se presentan.

Adelanto asimismo que, a colación de cuanto se dirá, se apuntarán también algunas propuestas que, aunque retóricamente presento como mías, proceden en buena parte y en honor a la verdad, de tres de los profesionales más versados en la materia: Garnica Martín, Ferrerres Comella y Díez-Picazo Giménez (Garnica *et al.* 2021). Otra buena parte de las propuestas se alimentan, más genéricamente, de las numerosas aportaciones doctrinales realiza-

---

<sup>1</sup> Afortunadamente no parece que este vaya a ser el caso. Da pie a pensarlo así el dato de que, en fechas recientes —el 10 de septiembre pasado— y desde el Ministerio de Justicia, se haya sometido a consulta pública la transposición de la Directiva. Cuestión aparte es la opinión que merece el exiguo plazo de quince días naturales arbitrado al efecto.

<sup>2</sup> Ir más allá de la panorámica y abordar en profundidad los detalles resulta imposible habida cuenta de la razonable extensión que conviene imprimir a este trabajo. De aquí que, para un estudio más detenido de las previsiones de la Directiva 2020/1828, nos remitamos a otros trabajos patrios que ya han visto la luz. Así, por ejemplo, Cordón Moreno, 2020; López Jiménez, 2021; y Gascón Inchausti, 2020. Muy detallados también, aunque referidos a la Propuesta inicial de la Directiva, son los trabajos contenidos en las obras *Acciones colectivas. Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*; *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*; y *Litigiosidad Masiva y eficiencia de la Justicia civil*.

das en nuestro país en estos últimos años (por todos, Ormazabal Sánchez, 2020a). En la hipótesis, por tanto, de que algo de lo expuesto llegue a tener calado, lo más probable es que el mérito corresponda a otros y no a mí.

## 1. EL FRACASO DEL ACTUAL “MODELO”

Antes de entrar en materia, conviene traer brevemente a la vista los principales déficits de nuestro actual “modelo” de tutela colectiva o, si se prefiere, las razones de su manifiesto fracaso.

En ese sentido dicho está que uno de los motivos por el que la tutela colectiva no ha tenido en nuestro país los resultados esperados es su deficiente regulación. El déficit regulatorio es predicable fundamentalmente de la LEC, aunque bien puede elevarse a generalidad habida cuenta de que sus previsiones conviven —y no siempre de forma coherente— con otras muchas a las que sirven de continente diferentes cuerpos legales de naturaleza sustantiva<sup>3</sup>.

A la dispersión del conjunto normativo se suma, además, la propia de la regulación procesal. En su momento el legislador procesal de 2000 no consideró necesario un procedimiento especial para encauzar aquella; antes bien, en su opinión, bastaba «una serie de normas especiales, en los lugares oportunos»<sup>4</sup>. De aquí —y de las reformas que vinieron después— que, hoy día, la serie en cuestión agrupe una veintena aproximada de preceptos diseminados en los tres primeros libros de la LEC.

Pero los defectos más acuciantes de la LEC no son de sistemática. Tampoco de dificultad interpretativa o léxico<sup>5</sup>. Son, como se adelantó, de falta de un modelo acabado que responda a las finalidades propias de todo sistema

<sup>3</sup> No está de más recordar que, en origen, la LEC vino a dar carta de naturaleza a la tutela jurisdiccional de una pléyade de derechos que, a rebufo del dramático «caso de la colza», comenzaron a reconocerse a los consumidores y usuarios tanto a nivel general (LGDCU de 1984) como sectorial (así, *v.gr.*, en materia de competencia desleal, condiciones generales de la contratación, publicidad o marcas). Y también conviene traer a la mente que, al poco de entrar en vigor la LEC, la Ley 39/2002, de 28 de octubre, trasponía a nuestro ordenamiento la Directiva 98/27/CE; trasposición que se acometió no solo modificando la LEC para dar cabida en su articulado a lo relativo a la acción de cesación, sino también llevando esta última a todos los ámbitos, generales y sectoriales, en los que estaban en juego los intereses supraindividuales de los consumidores. Como gráficamente afirma Gutiérrez de Cabiedes (2018:30) esta técnica legislativa generó un «magma normativo» marcado por la reiteración y dispersión de normas innecesarias e inútiles; una situación que, lejos de mejorar con el tiempo, se ha agravado.

<sup>4</sup> Las entrecomilladas son palabras de la Exposición de Motivos de la LEC (aptdo. VII).

<sup>5</sup> Valga como ejemplo de lo primero la diferente eficacia que, según la regla 2.<sup>a</sup> del art. 221 y el art. 222.3 LEC, debe anudarse las sentencias que pongan fin a este tipo de procesos; y de lo segundo la impropia distinción *ex art.* 11 LEC entre intereses generales, colectivos y difusos.

de tutela colectiva: «Eficacia y economía procesal, freno a las actuaciones ilícitas, acceso a la justicia de los pequeños demandantes, protección de los demandados frente a demandas abusivas o inconsistentes, evitación de resoluciones contradictorias y equidistribución de las indemnizaciones» (Planchadell Gargallo, 2017).

La tara acompaña a la LEC desde su génesis. Así lo corrobora una comparativa *grosso modo* entre sus disposiciones y el principal referente en materia de tutela colectiva: el sistema norteamericano de las *class actions* (López, 2011).

Ocurre así que, a diferencia de la *Rule 23* (a) de las *Federal Rules of Civil Procedure*, los requisitos ínsitos a una acción colectiva no están especificados en la LEC ni sometidos, por lo mismo, a control judicial<sup>6</sup> (*certification*).

El silencio de la LEC cualifica igualmente lo relativo a las transacciones (*settlements*) con las que normalmente concluyen los procesos colectivos de aquel otro lado del océano.

Pero es que, además, la LEC no deja claro si el mecanismo sobre el que gravita nuestro sistema de tutela colectiva es el *opt-out* o el *opt-in*<sup>7</sup>. No precisa, más claramente, si el promotor de la acción colectiva actúa en nombre de todos los consumidores, de modo que los efectos de la sentencia que en su día se dicte o del acuerdo al que se llegue alcanzarán a todos ellos con la salvedad de quienes optaron por autoexcluirse de la acción (*opt-out*), o si el promotor de la acción actúa únicamente en defensa de los consumidores que opten por adherirse a ella, a quienes únicamente alcanzarán los efectos de la sentencia o del acuerdo logrado (*opt-in*). En este sentido, importa reparar en que, pese a aproximarse en sus efectos al sistema de *opt-out* (art. 222.3 LEC), nuestro “modelo” no contempla ningún mecanismo de autoexclusión al que puedan acogerse los consumidores que quieran desvincularse del proceso colectivo, sino algo *sui generis* consistente en que, previo llamamiento al proceso y/o comunicación personal anterior a la presentación de la demanda, los

<sup>6</sup> Como ilustra Ferreres Comella (2017: 30-33), a tenor de esta regla, el juez federal debe verificar la concurrencia de estos cuatro requisitos: (i) la *adequacy of representation*, esto es, que el miembro de la clase que aspira a ejercitar la acción es, por sus antecedentes y circunstancias particulares, un representante adecuado de la clase; (ii) la *typicality*, es decir, que el tipo de tutela pretendida por el representante es la que razonablemente solicitaría cualquiera de los miembros de la clase; (iii) la *numerosity*, esto es, que el grupo de casos subyacentes a la acción de clase es lo suficientemente nutrido como para justificar la tutela colectiva como alternativa al ejercicio individual de derechos; y (iv) la *commonality* u homogeneidad de los casos subyacentes.

<sup>7</sup> Amén de ser compartida por la generalidad de la doctrina española, esta misma apreciación se recoge en el Estudio «*Collective redress in the Member States of the European Union*». En la página 26 de este informe se lee, en efecto: «*Spain seems to provide for neither an opt-in nor opt-out system. Indeed, the Spanish collective redress system is drafted in an extremely complex manner. There is no clear indication in the Civil Procedure Act nor in specific legislation that deals with collective redress on the system being opt-in or opt-out*».

consumidores afectados pueden intervenir en él para defender sus derechos particulares (art. 15.1 a 3 LEC).

Ni que decir tiene que estas previsiones —de las que hace tiempo quedaron liberadas las acciones de cesación— no solo encarecen y ralentizan el proceso, sino que lo complican innecesariamente. A mayor abundamiento, no conjuran el riesgo de que, simultánea o posteriormente a los litigios colectivos, se promuevan otros procesos individuales a instancia de los consumidores perjudicados por el mismo hecho dañoso que es objeto de aquel. Es más: sobre la relación entre acciones colectivas e individuales, nada tampoco se especifica en la LEC. Al menos, nada que esté claro.

Obviamente los déficits en la regulación de los procesos colectivos guardan estrecha relación con su infrutilización en la práctica, sobre todo allí donde están en liza pretensiones de tipo resarcitorio. Así, por ejemplo, basta echar un rápido vistazo a la jurisprudencia menor para comprobar las muy numerosas ocasiones en que nuestros tribunales han inadmitido demandas colectivas sobre la base de que la asociación demandante no levantó la carga de comunicar su propósito de presentar la demanda a todos y cada uno de los consumidores afectados o pretendió sustituirla por otro tipo de publicidad digamos menos personalizado<sup>8</sup>.

En este déficit aplicativo han jugado, además, factores que nada tiene que ver con las previsiones legales o con su interpretación jurisprudencial. La débil situación económica de buena parte de las asociaciones de consumidores y usuarios para hacer frente a los elevados costes anudados a esta clase de procesos, y el atractivo que para cierto sector de la abogacía supone emprender la vía de la litigación individual ante infracciones generadoras de daños masivos, bien pueden valer como ejemplos.

---

<sup>8</sup> Un ejemplo reciente es el Auto AP de Madrid 149/2020. En él la Audiencia confirmaba la decisión del tribunal *a quo* de inadmitir parcialmente la demanda interpuesta por ADICAE frente a Banco Santander, no en relación con la acción de cesación de la llamada cláusula de gastos hipotecarios, sino con las acciones «colectivizadas» de recuperación de las cantidades pagadas con base en tal cláusula y de indemnización de los daños y perjuicios. La confirmación se fundó en que, respecto de estas últimas acciones, no se cumplió el requisito de procedibilidad *ex* art. 15.2 LEC; incumplimiento que no podía tenerse por subsanado —como interesaba ADICAE— por haber dado publicidad a la demanda en ciertos periódicos o por haber creado una web a la que podían acceder los afectados por la cláusula de gastos. En similares términos, véase también Auto AP de Valencia 173/2020, y Auto AP de Madrid 148/2018. El TS, sin embargo, no siempre se ha mostrado tan riguroso con el requisito, en el entendimiento de que apreciar su falta en casación comportaría sancionar unos efectos claramente desproporcionados respecto de la irregularidad cometida, *cfr.* STS 861/2020.

## 2. LA DIRECTIVA (UE) 2020/1828: SUS PIEZAS CENTRALES Y CLAVES

### 2.1. Terminología, finalidad y ámbito de aplicación

Aunque la expresión «acciones colectivas» se desliza en alguna ocasión entre sus considerandos, la Directiva se decanta por la expresión «acciones de representación» para designar el género de acciones que pueden ser promovidas a instancia de ciertas entidades en defensa de los derechos o intereses de un colectivo de consumidores.

El porqué de la preferencia terminológica es un arcano. No es descartable, empero, que en ella algo haya tenido que ver el significado dado hasta entonces por las instituciones de la Unión a las «demandas en representación» (asociadas a las entabladas por las entidades habilitadas al efecto) en contraposición con las «demandas colectivas» (asociadas a las que los propios consumidores decidiesen anar por los daños sufridos)<sup>9</sup>. Sea como fuere, lo que es inconcuso es que las «acciones de representación» tienen por objeto tanto la protección de intereses de naturaleza supraindividual —los genuinamente colectivos— como la protección de derechos pluriindividuales homogéneos. De hecho, ambas clases de tutela se corresponden con las dos principales categorías del género: las acciones o medidas de cesación y las acciones o medidas resarcitorias.

Otro aspecto claro en la Directiva es que su finalidad es ensanchar aún más el ámbito de protección de los consumidores, de forma tal que, en todos los Estados miembros, existan cauces de tutela colectiva que procuren como hasta ahora el cese o la prohibición de prácticas empresariales ilícitas, pero también —y esto es lo novedoso— el resarcimiento, *lato sensu*, de los concretos consumidores perjudicados por tal clase de prácticas<sup>10</sup>.

Conocedor, no obstante, de los perjuicios que para la actividad empresarial puede suponer un uso abusivo de este tipo de mecanismos, el legislador europeo exhorta también a los Estados a adoptar medidas que prevengan tal clase de abusos, eludiendo por ejemplo la imposición de indemnizaciones punitivas a los empresarios demandados o arbitrando estrictos controles sobre las entidades habilitadas para ejercitar acciones de representación.

<sup>9</sup> Cfr. Libro Blanco «relativo a las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia» [COM (2008) 165, final, 2.4.2008]. Otra posible explicación es la ofrecida por Gascón Inchausti (2020:1296), en cuya opinión tras la expresión «acciones de representación» se adivina clara la voluntad de definir la *European way to collective redress* de forma totalmente alejada de las *class actions* estadounidenses y de los abusos e instrumentalización que en este último país han acompañado al ejercicio de estas acciones. p. 1296.

<sup>10</sup> Recuérdesse que, al albur de la Directiva 2009/22/CE y al de su antecesora, la Directiva 98/27/CE, el contenido de la tutela colectiva que exigía dispensarse era exclusivamente inhibitoria, lo que explica que, en la actualidad, algunos Estados miembros no dispongan de ningún mecanismo de tutela colectiva de tipo resarcitorio.

El reto general que la Directiva plantea a los Estados miembros se dibuja, en definitiva, en términos de equilibrio: es necesario, de un lado, propiciar mecanismos de tutela colectiva para favorecer el acceso de los consumidores a la justicia y mejorar la justicia en sí misma en términos de eficiencia; y es preciso, de otro, evitar que tales mecanismos se erijan en obstáculo a la actividad empresarial y en freno al sistema económico-productivo<sup>11</sup>.

Llegados a este punto, conviene hacer ya un par de aclaraciones:

Una es que la Directiva no estatuye ningún proceso colectivo europeo. Es más: ni siquiera sugiere cuál ha de ser la estructura procedimental básica de los procesos colectivos nacionales. A lo único que obliga —ya se ha dicho— es a que en todos los EEMM exista al menos un recurso colectivo que responda a sus exigencias<sup>12</sup>, pero con el importante matiz de que los Estados son libres de decidir si las acciones de representación han de encauzarse a través de procedimientos administrativos o judiciales, así como de establecer normas específicas sobre competencia, requisitos de la demanda, prueba o recursos, entre otros muchos extremos.

Lo primero que ha de quedar claro, en definitiva, es que, pese a lo que dan a entender sus bases jurídicas, el potencial armonizador de la Directiva es de «mínimos» y la autonomía procesal de los Estados miembros en el diseño de sus respectivos sistemas de tutela colectiva muy amplia; tan amplia —interpolo— que, con algún límite al que luego me referiré, se confía también a su discreción decantarse por los aludidos mecanismos de adhesión voluntaria (*opt-in*), exclusión voluntaria (*opt-out*) o por una combinación de ambos.

---

<sup>11</sup> Amén de equilibrado, el dibujo en cuestión es un dibujo en perspectiva, pues ambos platos de la balanza —la protección de los intereses de los empresarios y la más robusta protección de los intereses de los consumidores— se alzan en aras a lograr el buen funcionamiento del mercado interior. A la sazón, la base jurídica de la Directiva es el art. 169.2 a) TFUE o, lo que para el caso es lo mismo, el art. 114 TFUE, precepto cuyo potencial armonizador supera ampliamente al del art. 81.2 TFUE en la medida en que no se constriñe a los litigios civiles de dimensión transfronteriza.

<sup>12</sup> Como se encargan de precisar los arts. 1.2 y 2.2 de la Directiva, este deber no es excluyente ni incompatible con otros posibles cauces procesales de tutela colectiva que no se acompañen a sus dictados, ni con los cauces extraprocesales, contractuales o extracontractuales, a los que pueden acogerse los consumidores para lograr la satisfacción de sus derechos e intereses. En este mismo orden de cosas, su considerando 11 recalca que «la presente Directiva no debe sustituir los mecanismos procesales nacionales existentes para proteger los intereses colectivos o individuales de los consumidores. Teniendo en cuenta las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, debe quedar a criterio de los Estados miembros integrar el mecanismo procesal para las acciones de representación que se exige en la presente Directiva como un elemento de un mecanismo procesal existente para la obtención de medidas colectivas de cesación o resarcitorias, o como un elemento de un nuevo mecanismo procesal para la obtención de esas medidas, o como un mecanismo procesal distinto, siempre que al menos un mecanismo procesal nacional para las acciones de representación cumpla lo dispuesto en la presente Directiva».

Este ancho margen de maniobra no debe tomarse, sin embargo, en el sentido de entender que los legisladores nacionales tienen ante sí una tarea sencilla. No es así. Por de pronto habrán de encajar en sus respectivos ordenamientos las piezas de la Directiva, lo que implicará hacer hueco en ellos a sus previsiones imperativas y decidir si hacer otro tanto con sus disposiciones facultativas. Y no solo esto. Además, habrán de sumar al puzle otras piezas solo apuntadas en la Directiva —como ocurre con la ya aludida fase de control de las acciones de representación<sup>13</sup>— o solo tangencialmente recogidas en ella —como sucede con la relación entre las acciones de representación y las acciones individuales<sup>14</sup>—.

La otra aclaración que anunciaba atañe al concepto «consumidor» empleado en la Directiva y que esta vincula a su ámbito material de aplicación o, lo que es igual, al extenso catálogo de instrumentos normativos —más de una sesentena— recogido por orden cronológico en su anexo I. «Consumidor» engloba así a cualquier persona física que se haya visto o pueda verse perjudicada por una infracción no solo de la normativa general de protección de consumidores, sino de otros muy variados marcos normativos como la protección de datos, las prácticas comerciales desleales, la publicidad, el comercio electrónico o los servicios financieros.

Siendo este el haz de la Directiva, su envés —lo que se sitúa extramuros de su ámbito de aplicación— viene en principio marcado por dos notas: (i) que las consabidas infracciones afecten a quien no reúna la condición de consumidor (*i.e.*, a quien no sea persona física o a quien siéndolo actúe con

---

<sup>13</sup> Las menciones hechas en la Directiva a esta fase de control son, ciertamente, escasas y vagas. De hecho, la única alusión a este trámite en su parte dispositiva es la contenida en su art. 7.3, a cuyo tenor «los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas examinarán la admisibilidad de una acción de representación específica de conformidad con la presente Directiva y el Derecho nacional». Su considerando 12 se expresa, en cambio, con algo más de detalle: «[...] debe corresponder a los Estados miembros determinar si 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». Y lo mismo el considerando 49, en el que se desliza que la comprobación de que el asunto es apto para fundar una acción de representación debe realizarse «en la fase más temprana posible del procedimiento».

<sup>14</sup> Las previsiones en este punto se reducen a lo dispuesto en el considerando 48 y en los arts. 15 y 16 de la Directiva. El primero se limita a recoger el deber de los Estados de establecer normas de coordinación entre unas y otras acciones, precisando que el ejercicio de las acciones de cesación sobre una conducta antijurídica debe entenderse sin perjuicio de las acciones individuales para obtener medidas resarcitorias que corresponden a los consumidores perjudicados por la misma conducta. Los segundos, exhortan, por su parte, a otorgar eficacia probatoria a las resoluciones firmes que declaren la existencia de una infracción que perjudique a los intereses colectivos de los consumidores en el contexto de una acción resarcitoria, así como a anudar a las acciones de representación en curso el efecto de suspender o interrumpir los plazos de prescripción de las acciones individuales que eventualmente puedan ejercer los consumidores afectados por el mismo hecho dañoso.

fines relacionados con su propia actividad comercial, negocio, oficio o profesión); y (ii) que se trate de infracciones no contempladas en el anexo I, como llamativamente sucede con las infracciones del Derecho de la competencia<sup>15</sup>. Respecto de esta segunda nota importa advertir, no obstante, que estamos ante una de las previsiones facultativas a la que aludíamos *supra*; al cabo, la propia Directiva deja expresamente en manos de los Estados decidir si extender sus previsiones a otros litigios no incluidos en el consabido anexo I. Por contra, en lo que hace al ámbito subjetivo, aquella no deja margen a la discreción y deja bien claro que las infracciones que perjudiquen a las personas físicas no consumidores no deben entenderse incluidas en su ámbito.

De lo dicho ya se coligen tres de los retos que la trasposición de la Directiva implica en términos generales:

Primero. Hay que decidir si mantener el ejercicio de acciones de representación en el ámbito jurisdiccional o si extenderlo —limitadamente, se entiende, y salvaguardando el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>16</sup>— al ámbito administrativo<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Llamativa y paradójicamente habría que decir, pues fue precisamente en el ámbito de defensa de la competencia donde surgieron las primeras iniciativas europeas para acuñar mecanismos de tutela colectiva. De hecho, el Libro Verde «Reparación de Daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia» [COM (2005) 672 final, 19.12.2005] contemplaba la posibilidad de proteger a los consumidores en este ámbito mediante acciones colectivas; posibilidad sobre la que luego volvió el ya mencionado Libro Blanco «relativo a las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», apuntando la combinación de dos mecanismos complementarios de recurso colectivo —las demandas en representación y las demandas colectivas— «como parte de la amplia iniciativa de la Comisión para consolidar mecanismos de recursos colectivos en la UE». El apunte —qué duda cabe— sugería que en la Unión el recurso colectivo iba a diseñarse de manera horizontal y, en consecuencia, que alcanzaría a la normativa comunitaria de la competencia. Sin embargo, nunca llegó a ser así. De hecho, en el mismo año 2008, el Libro Verde «sobre recurso colectivo de los consumidores» [COM (2008) 794, final, 27.11.2008] se justificaba en este sentido señalando que en él «no (se) aborda el recurso colectivo para las víctimas de incumplimientos de la normativa comunitaria de competencia debido al carácter específico de dicha normativa de competencia y al alcance más amplio de sus damnificados, entre los que figuran también (las) PYME».

<sup>16</sup> La propia Directiva advierte de la necesidad de dejar a salvo la salvaguarda jurisdiccional en estos casos. Así, en efecto, su considerando 19 indica que la facultad de ejercer la acción de representación el marco de procedimientos administrativos «debe entenderse sin perjuicio del derecho a una tutela judicial efectiva conforme al art. 47 de la Carta, en virtud del cual los Estados miembros deben velar por que consumidores y empresarios tengan derecho a una tutela judicial efectiva frente a cualquier decisión administrativa adoptada de conformidad con las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva», incluyendo la posibilidad de «obtener una resolución de suspensión de la ejecución de la decisión impugnada, de conformidad con el Derecho nacional».

<sup>17</sup> Al margen de este reto (o además de él) está la posibilidad de arbitrar otros cauces procesales o extraprocesales con que atajar el fenómeno de la litigación en masa;

Segundo. Hay que reformular el sistema de tutela colectiva previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil; sistema que nació ya defectuoso, que el tiempo ha revelado ineficiente, que no responde a la protección equilibrada entre intereses de consumidores y empresarios y que no sigue, en fin, los cánones propios del *opt-in* y/o del *opt-out*. Como bien se alcanza, la alternativa para afrontar este reto pasa por seguir la actual senda de la dispersión normativa o por regular un nuevo procedimiento especial que sirva de cauce a las acciones de representación<sup>18</sup>.

Y tercero. Hay que tomar postura sobre si conviene que nuestro sistema de tutela colectiva quede acotado al ámbito objetivo de la Directiva o si es preferible no hacer restricciones en este sentido y apostar por un modelo de tutela colectiva de alcance horizontal.

Sentado la anterior, no rehúyo a expresar que, en lo primero, mi posición es favorable a que el ejercicio de las acciones de representación quede circunscrito al ámbito jurisdiccional; y no solo porque la «administrativización» de tales acciones resulte extraña a nuestra tradición jurídica y arriesgada desde la perspectiva constitucional —que también—, sino porque entiendo que la implantación de soluciones de este tipo debería realizarse en el marco de reformas mucho más estructurales que nuestro legislador no parece estar dispuesto a acometer. No, de momento. De hecho, así cabe inferirlo de una de las iniciativas legislativas que este pasado verano veía la luz: el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la LOPJ, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 —la Directiva sobre reestructuración e insolvencia—<sup>19</sup>.

---

posibilidad que ya se baraja —con desigual alcance, apostillo, y cuestionado acierto— en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de la Justicia de mano del pleito testigo, la extensión de efectos y de erigir en requisito de procedibilidad de la mayoría de las demandas los denominados medios alternativos de solución de controversias —los abreviadamente conocidos como MASC—.

Algunas otras propuestas ministeriales se sitúan en esta misma línea, aunque a nivel sectorial y con alcance más reducido. Tal es el caso de un borrador de Proyecto de Ley de creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Protección del Cliente Financiero, abanderado desde el Ministerio de Hacienda, entre cuyas previsiones se encuentra la de confiar a tal Autoridad la resolución extrajudicial de las controversias suscitadas entre consumidores y entidades financieras, otorgándole carácter vinculante cuando el importe reclamado sea inferior a 50.000 euros. El texto de este borrador, aún a expensas del audiencia e información pública, es accesible en: <http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2019/06/Proyecto-de-ley-de-creaci%C3%B3n-de-la-Autoridad-Administrativa-Independiente-de-Protecci%C3%B3n-del-Cliente-Financiero.pdf>.

<sup>18</sup> Montesinos García (2018:15), remitiéndose a la opinión de los expertos en la materia, añade una tercera posibilidad: la de acuñar, al margen de la LEC, una nueva regulación específicamente destinada a esta clase de acciones.

<sup>19</sup> El texto de este Anteproyecto, complementario al Anteproyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, es accesible desde la web del Ministerio de Justicia: <https://www.mjjusticia.gob.es/>.

A propósito de este Anteproyecto, no puede dejar de apuntarse un significativo cambio que planea a su albur: el de sustraer a los Juzgados de lo Mercantil su actual competencia para conocer de las acciones colectivas previstas en la legislación sobre condiciones generales de la contratación y en la legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios (y la competencia funcional de las Secciones especializadas de las Audiencias Provinciales) para residenciarla en los Juzgados de Primera Instancia (y la funcional en las Secciones de lo Civil de las Audiencias). Claramente el cambio proyectado responde al bienintencionado propósito de descargar a los Juzgados de lo Mercantil de la abrumadora carga de asuntos a los que, hoy día, han de hacer frente. Menos claro tengo para mí que, con vistas a la futura regulación de las acciones y procesos de representación, convenga residenciar la competencia objetiva para conocer de estos últimos en los Juzgados —así, *in genere*— de Primera Instancia. Antes bien, resultaría más apropiado concentrar el conocimiento de estos procesos en un número reducido de Juzgados especializados, sean estos Mercantiles o de Primera Instancia, y además con carácter exclusivo. Residenciar la competencia objetiva en los Juzgados cuya sede sea coincidente con la de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia e incluso, más reducidamente, en los Juzgados de esta clase que tenga a bien designar la Comisión Permanente del CGPJ, podría ser la fórmula.

En cuanto al segundo de los retos, entiendo que lo propio es dar regulación a un nuevo procedimiento especial, que muy bien podría ubicarse en el Libro IV de la LEC por la vía de adicionar a este un nuevo Título IV. Si el objetivo es tener una regulación completa y acabada de esta clase procesos, lo propio —pienso— es afrontarla con sistemática y unidad. Por lo demás, a la sola vista de las piezas que la Directiva exige ensamblar en el marco de estos procesos, su carácter especial estaría más que justificado.

También en lo relativo al ámbito material y subjetivo de la futura reforma mi posición es de máximos. Me inclino así porque a nivel interno esta clase de acciones y procesos se pongan al alcance de todos aquellos supuestos en que los intereses y/o derechos de un colectivo de personas pueda requerir de la adopción de medidas de cesación y/o resarcitorias. Soy favorable, en otros términos, a imprimir al nuevo procedimiento un enfoque horizontal, de forma tal que este permita no solo combatir las infracciones referidas en la Directiva, sino también las del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, las de las normas de defensa de la competencia y cualesquiera otras infracciones, en fin, que afecten a los derechos e intereses de una pluralidad de personas en las que no necesariamente tendría que concurrir la condición de consumidor.

## 2.2. Las piezas centrales: legitimación y accionabilidad

### 2.2.1. Legitimación

Como se ha deslizado, la Directiva vincula las acciones de representación a su ejercicio por las entidades habilitadas al efecto<sup>20</sup>; un vínculo que sus predecesoras —la Directiva 2009/22/CE y la Directiva 98/27/CE— ya establecían para las acciones de cesación y que ahora también alcanza a las acciones resarcitorias, aunque con alguna significativa diferencia. La diferencia aludida se vertebra sobre la distinción entre acciones de representación nacionales y acciones de representación transfronterizas; tipología que se hace descansar en el hecho de que la acción se ejercite en el mismo Estado miembro en que la entidad accionante haya sido designada (acción nacional) o en un Estado miembro diferente (acción transfronteriza)<sup>21</sup>.

Es, en efecto, sobre este binomio —«nacional/transfronteriza»— que la Directiva abre el portillo a la atribución de legitimación para ejercitar acciones de representación bien a organismos públicos, bien a asociaciones de consumidores.

Corrijo: tratándose de organismos públicos ni el binomio entra en juego ni se impone condición alguna a su designación. Antes bien, se consiente incluso que los organismos públicos otrora designados para ejercitar acciones de cesación conserven su legitimación para el ejercicio de cualquier acción de representación y, por ende, para impetrar medidas cesatorias y/o resarcitorias tanto en el Estado en que fueron designados como en cualquier otro.

Por el contrario, para la designación de las asociaciones u organizaciones de consumidores, el binomio se activa. De hecho, para las acciones transfronterizas —y solo para las transfronterizas—, tal designación se somete a férreas exigencias y controles. Así, en efecto, la Directiva impone que las asociaciones que aspiren a ser habilitadas para accionar en otros Estados miembros deben cumplir *todos* estos requisitos (art. 4.3):

<sup>20</sup> Nótese que en este extremo estriba el principal rasgo diferenciador entre la tutela colectiva a la europea y el sistema de *class actions* estadounidense. A la postre, para la Directiva, son aquellas entidades —y solo ellas— las legitimadas para impetrar la tutela colectiva en favor de los consumidores. No es posible, por tanto, que un consumidor promueva un proceso colectivo, por mucho que su interés en la tutela solicitada coincida con el de otros muchos consumidores.

<sup>21</sup> Los elementos definitorios de una acción de representación nacional o transfronteriza son, en definitiva, la entidad accionante y el Estado en el que se ejercita la acción, pero solo a efectos de legitimación no de competencia internacional y ley aplicable. En estos últimos aspectos la Directiva no incide, con lo que se rigen por el Reglamento 1215/2012 y por los Reglamentos “Roma I” y “Roma II” sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales, respectivamente.

— Ser una persona jurídica legalmente constituida y demostrar que, previamente a su solicitud y al menos durante un año, ha desempeñado de manera efectiva y pública una actividad en el ámbito de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios;

— Tener una finalidad estatutaria de la que quepa inferir un interés legítimo en la protección de los intereses de los consumidores;

— Carecer de ánimo de lucro;

— No estar incurso en un procedimiento de insolvencia ni haber sido declarada insolvente;

— Ser independiente de los empresarios que tengan interés económico en cualquier acción de representación, así como de los terceros que financien esta última y, más allá, haber establecido procedimientos para evitar tales influencias o conflictos entre los intereses de los consumidores, de la propia entidad o de los financiadores; y

— Publicar, en términos claros y comprensibles, por cualquier medio adecuado y, en particular, en su *web* que la entidad cumple con todos los requisitos anteriores, incluyendo información sobre su estructura, organización, gestión y composición, finalidad estatutaria y actividades, así como sobre sus fuentes de financiación en general.

De otra parte, pero en relación asimismo con estos requisitos, la Directiva articula un sistema de supervisión *ex post* que también incumbe a los poderes públicos del Estado designante, aunque puede activarse igualmente a iniciativa del resto de Estados o de la Comisión Europea. Así las cosas, además de la tradicional elaboración de una lista con las entidades designadas para ejercitar acciones transfronterizas que facilitar a la Comisión, aquella impera que cada Estado someta a evaluación quinquenal a las entidades designadas, para corroborar si siguen cumpliendo con los requisitos o para revocar su designación en caso contrario. Y del mismo modo habrá de procederse si, en cualquier momento y a través de los puntos de contactos nacionales, otro Estado miembro o la propia Comisión formula reservas al cumplimiento de los consabidos requisitos por parte de alguna entidad designada.

Tratándose empero de acciones de representación nacionales, la Directiva deja a la decisión de los EEMM establecer cuáles han de ser los requisitos que han cumplir las entidades que aspiren a ser habilitadas, así como su fiscalización. Y aún incorpora esta otra facultad: la de designar (se supone que por el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa) una entidad con carácter *ad hoc* (art. 4.6). Obvio es decir que ninguna de estas facultades lleva pareja la supervisión *ex post* prevista para las acciones transfronterizas.

Otra obviedad es que, pese a presentarse oficialmente con carácter potestativo para los Estados, el tenor con que la Directiva presenta estas facultades es sugerente de que, por un lado, se estimula que los requisitos exigidos para la designación de las asociaciones para ejercer acciones transfronterizas

rijan también a nivel doméstico<sup>22</sup>; y de que, por otro, se desaconseja la designación *ad hoc* de entidades habilitadas que —no había sido dicho aún— no se consiente para las acciones transfronterizas. En la sugerencia —no hay duda— va implícita la intención de concentrar en unas pocas entidades —las más «representativas», consolidadas, independientes y transparentes— la legitimación para impetrar la tutela colectiva y, más allá, la de evitar un uso impropio o abusivo de esta clase de acciones<sup>23</sup>.

Traducido cuanto aquí va expuesto al lenguaje de los retos, bien se alcanza que, en lo relativo a la legitimación, nuestro legislador habrá de moverse en tres planos: uno en el que operen las coordenadas «acciones de representación transfronterizas» y «acciones de representación nacionales»; otro regido por las coordenadas «organismos públicos», «asociaciones de consumidores» y, eventualmente, por las «entidades designadas *ad hoc*»; y un tercer plano con las coordenadas «acciones o medidas de cesación» y «acciones o medidas resarcitorias».

En lo que hace al primer plano, la principal cuestión a despejar será si elevar —o no— al umbral europeo de exigencia los requisitos que han de concurrir en las asociaciones de consumidores para ser designadas como entidades habilitadas para el ejercicio de acciones de representación, al menos para las resarcitorias. Personalmente creo que la respuesta positiva se impone, y no solo porque se sugiera desde Europa, sino porque, a mi modo de ver, el éxito de nuestro sistema de tutela colectiva dependerá también de que la llave que lo active esté en poder de unas pocas asociaciones, de las más representativas y fiables<sup>24</sup>. No se me oculta, sin embargo, que la solución que propugno tiene pocos visos de prosperar. A nuestro legislador, ciertamente, le será difícil sustraerse a la presión de las asociaciones por mantener su actual *statu quo* en lo relativo a las acciones de cesación y por extenderlo, además, a las resarcitorias. Sea como fuere, importa no dejarse llevar del todo por reivindicaciones y cuando menos prescindir de criterios laxos para otorgar a las asociaciones legitimación para ejercitar acciones resarcitorias a nivel nacional (recuerdo que hoy basta la pertenencia al Consejo de Consumidores

<sup>22</sup> Cfr. considerandos 26 y 28, y art. 4, apartados 4 y 5.

<sup>23</sup> En este mismo sentido —aunque a colación de la Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, «sobre los principios comunes aplicables a 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»—, la Comisión ya ponía el acento en que «las normas que velan por que las entidades representantes tengan conocimientos especializados y la capacidad para tratar asuntos complejos garantizan unos servicios de alta calidad para los demandantes y protegen, asimismo, a las partes demandadas frente a acciones temerarias». Cfr. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. COM (2018) 40 final, 25.1.2018.

<sup>24</sup> No parece compartir esta opinión Cerdón Moreno (2020:171-172), quien no opone reparos a que nuestro vigente régimen interno en materia de legitimación pueda seguir aplicándose cuando se trate de acciones de representación nacionales, sean estas de cesación o resarcitorias.

y Usuarios para adquirir este carácter), y vencer la tentación de trasladar a las acciones de representación transfronterizas el actual listado de entidades habilitadas al efecto<sup>25</sup>.

Los dos últimos planos exigirán, por su parte, barajar distintas variables y enfrentar un mayor número de cuestiones. En particular, estas tres: (i) si reconocer legitimación a unas mismas entidades para ejercitar acciones cesatorias y resarcitorias o diferenciar en este sentido; ii) si dar carta de naturaleza —o no— a la consabida facultad de designar entidades *ad hoc* y mantener por esta vía la actual legitimación de los grupos de consumidores afectados por un hecho dañoso (art. 11.2 LEC); y (iii) si conservar la legitimación del Ministerio Fiscal para ejercitar cualquier tipo de acción en defensa de los consumidores y usuarios (art. 11.5 LEC).

Hablando nuevamente en primera persona, y empezando por esto último, tengo para mí que, a la vista de la dimensión plural de los derechos e intereses en juego, el Ministerio Fiscal debería seguir legitimado para promover cualquier tipo de acciones de representación y, más allá, ser parte necesaria en los procesos de representación.

No soy favorable, en cambio, de permitir la designación *ad hoc* de ciertas entidades y, por lo mismo, de consentir que los grupos de consumidores afec-

---

<sup>25</sup> S.e.u.o., la última versión de este listado es la recogida en el DO C 237/3, 15.7.2019. La lista recoge casi una treintena de entidades, de la que la mayoría son organismos públicos de ámbito nacional y autonómico y el resto asociaciones u organizaciones de consumidores y usuarios. En concreto los organismos públicos legitimados son: el Instituto Nacional de Consumo (hoy, Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición, ANESCAN); la Dirección General de Consumo de la Junta de Andalucía; la Dirección General de Consumo del Gobierno de Aragón; la Agencia de Sanidad ambiental y Consumo del Principado de Asturias; la Dirección General del Consumo de las Islas Baleares; La Dirección General de Consumo del Gobierno de Canarias; la Dirección General de Comercio y Consumo del Gobierno de Cantabria; el Instituto de Consumo de la Junta de Comunidades de Castilla La-Mancha; la Agencia Catalana de Consumo; la Agencia de Protección de Consumo de la Generalitat de Catalunya; la Dirección General de Consumo de la Junta de Extremadura; el Instituto Gallego de Consumo; la Dirección General de Consumo de la Comunidad de Madrid; la Dirección General de Atención al Ciudadano, Drogodependencias y Consumo de la Región de Murcia; la Dirección General de Familia, Infancia y Consumo del Gobierno de Navarra; la Dirección General de Salud Pública y Consumo del Gobierno de la Rioja; la Dirección General de Comercio y Consumo de la Generalidad Valenciana; y la Dirección de consumo y Seguridad Industrial-Gobierno Vasco. Conforman el resto de entidades: la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC); la Asociación General de Consumidores (AGSECO); la Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios (CEACCU); la Confederación de Consumidores y Usuarios (CECU); la Federación de Usuarios y Consumidores Independientes (FUCI); la Confederación Española de Cooperativas de Consumidores y Usuarios (HISPACOP); la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU); la Federación Unión Nacional de Consumidores y Amas de Hogar de España (UNAE); la Asociación de Bancos, Cajas y Seguros (ADICAE); y la Unión de Consumidores de España (UCE).

tados promuevan acciones de este tipo, sobre todo si se mantiene el perturbador requisito de la mayoría *ex* apartado 7.º del art. 6.1 LEC<sup>26</sup>.

En cuanto a la cuestión de si concentrar en unas mismas entidades la legitimación para ejercitar acciones de cesación y resarcitorias a nivel interno, pocas dudas tiene que decantarse por el sí favorece mejor que la alternativa la acumulación objetiva de acciones y permite, además, que las acciones de cesación se aprovechen de las garantías ínsitas a una legitimación exigente. Sin embargo, tampoco es dudoso que, a la vista de las entidades actualmente legitimadas para ejercitar acciones de cesación, tal solución es tan poco realista como irrazonable legitimar a todas y cada una de ellas para ejercitar acciones resarcitorias. Sobre esta base, las posibilidades que se abren son, a mi juicio, dos: o diversificar la legitimación activa en función del tipo de acción, haciéndola más amplia para las acciones de cesación y más exigente para las resarcitorias; o hacer otro tanto en función de la eficacia anudada a las acciones de representación o, más propiamente, de que opere el *opt-in* o el *opt-out*.

Dejo para el final un extremo que no admite discusión: la transposición de la Directiva debe ser aprovechada para imprimir un sobresaliente efecto codificador, terminando así con la maraña normativa que hoy envuelve lo relativo a la legitimación para ejercitar este tipo de acciones. Es más: justamente por estar ante supuestos de legitimación extraordinaria, considero que la regulación general en este punto debe llevarse al texto de la LEC, sin perjuicio de las especificidades que convenga incluir o mantener en las normas sustantivas.

### 2.2.2. Accionabilidad

En materia de accionabilidad dicho está también que la gran novedad de la Directiva es sumar a las acciones de cesación, acciones de tipo resarcitorio o indemnizatorio. Unas y otras acciones («medidas de cesación» y «medidas resarcitorias», en terminología europea) pasan, por tanto, a convertirse en las dos categorías europeas del género acciones de representación.

Dado su diferente contenido y finalidad, ambas clases de acciones pueden ejercitarse por separado. Es más: la Directiva viene a admitir su carácter independiente y autónomo por la vía de negar que para el ejercicio de las resarcitorias se requiera la declaración de existencia de una infracción en un procedimiento previo. Esto, sin embargo, no debe tomarse en el sentido de entender que la Directiva proscriba su acumulación. Al contrario, exhorta desde su articulado a que las entidades habilitadas puedan impetrar medidas de cesación y medidas resarcitorias en una única demanda y a que el órgano jurisdiccional pueda decidir sobre ellas en una única resolución (art. 7.5). Tras la exhortación asoman nuevamente razones de eficiencia, pero también

---

<sup>26</sup> En sentido contrario, Ormazabal Sánchez (2020a: 66-67).

la dificultad de que esta última se alcance habida cuenta de la diferente velocidad que, por lo general, exigirá el enjuiciamiento de unas y otras acciones.

*i) Las medidas de cesación*

La primera categoría de acciones —las de cesación— conserva su contenido y naturaleza tradicionales. De aquí, tal vez, que ni siquiera se haya considerado preciso incluirlas entre las definiciones de la Directiva. Lo propio de las acciones de esta clase sigue siendo, por tanto, obligar al cese en una actuación u omisión constitutiva de infracción o en prohibir esta última, y esto segundo tanto en el de que la infracción no se haya producido pero se aprecie tal riesgo, como de que la infracción haya cesado en el momento de interponer la acción y lo temido sea su reiteración futura (arts. 8.1. y 2.1. *i.f.*).

Asimismo, se mantiene la posibilidad de que la tutela cesatoria o inhibitoria se solicite y dispense a título provisional o definitivo. Para el primer caso, perdura la exigencia de encauzar la acción de cesación a través de un procedimiento acelerado. Para el segundo —para las cesatorias definitivas— se busca imprimir «la debida diligencia» a su tramitación, y también se conserva la posibilidad de que la tutela incluya la obligación de publicar total o parcialmente la resolución sobre la medida o una declaración de rectificación, así como la facultad para los EEMM de supeditar el ejercicio de estas acciones a la llamada «previa consulta del empresario».

En relación con esto último, abro un paréntesis para recordar, primero, que esta «consulta previa» —traída de las Directivas del 98 y de 2009 y prevista también ahora para las acciones resarcitorias— tiene por objeto brindar al empresario la oportunidad de evitar la incoación de un proceso de representación, aviniéndose a cesar en la infracción en el breve plazo de dos semanas; y para advertir, segundo, que la naturaleza de esta «consulta previa» es la propia de un requisito de procedibilidad, toda vez que el ejercicio de la acción de representación se condiciona a que se requiera al empresario a cesar en la infracción y a que, pasado aquel plazo, este no haya atendido al requerimiento. Cierro el paréntesis.

Y aún hay otro extremo traído del régimen anterior: el de que, dada su habitual naturaleza condenatoria, los Estados han de prever sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias» ante el incumplimiento o la negativa a cumplir estas medidas que «pueden consistir, entre otras, en multas» (art. 19).

A la luz de lo dicho hasta aquí podría erróneamente pensarse que, en lo relativo a las medidas de cesación, la Directiva no incorpora novedades. Como digo, es un pensamiento errado. Sí las hay y de importancia:

Una primera novedad es la facultad que se abre para los EEMM de incluir como medida cesatoria definitiva «que se declare que la práctica constituye una infracción» [art. 6.2 a)]. La novedad —es evidente— tiñe la naturaleza típicamente condenatoria de estas medidas con los colores propios de la tutela

merodeclarativa, y lo hace con la finalidad de que la eventual estimación de esta pretensión despliegue efectos sobre posteriores procesos o, en palabras de la propia Directiva, «para facilitar el seguimiento de las medidas resarcitorias». Insisto, con todo, en que esta previsión ni comporta que el ejercicio de las acciones resarcitorias quede supeditado a la declaración previa de la infracción, ni obsta a que las acciones resarcitorias incorporen pretensiones del mismo tipo.

Otra novedad es que, para esta clase de acciones, se contempla expresamente que ni el consumidor está obligado a manifestar su voluntad expresa de hacerse representar por las entidades habilitadas, ni estas últimas a demostrar que la infracción causó un perjuicio o daño a los consumidores afectados por ella o que respondió al dolo o la negligencia del empresario. El legislador europeo recalca de este modo el carácter abstracto (o, si se prefiere, genuinamente colectivo) de la tutela cesatoria y, en recta coherencia, ni contempla respecto de ella el *opt-in*, ni requiere para su concesión acreditar el grado de culpabilidad del empresario en la comisión de la infracción o la repercusión que esta ha tenido en los concretos consumidores.

## ii) *Las medidas resarcitorias*

*Prima facie*, la segunda categoría de acciones se concibe desde Europa con un contenido amplio, susceptible de abarcar soluciones «como la indemnización, la reparación, la sustitución, la reducción del precio, la resolución del contrato o el reembolso del precio pagado, según corresponda y se disponga de ellas en virtud del Derecho de la Unión o nacional». Bien mirado, sin embargo, la Directiva no establece el contenido de estas medidas, sino que se limita a ejemplificarlo, remitiéndose en este sentido a los derechos sustantivos reconocidos en las normas nacionales o, de otro modo, a los sistemas nacionales de responsabilidad civil. Si se hace hincapié en este punto es porque la remisión implica de suyo que el contenido de la tutela resarcitoria será, en extensión y en límites, la prevista en cada uno de los Estados miembros. Habrá Estados, por tanto, en que estas medidas no puedan ir más allá de restaurar a quien ha sufrido un daño en la misma posición que se encontraba antes de sufrir el perjuicio y por el importe que acredite; y, aunque en menor número, habrá también Estados en que las medidas resarcitorias trasciendan el límite resarcitorio y franqueen la imposición de indemnizaciones punitivas o cuasi-punitivas; una puerta que, sorprendentemente, la Directiva no llega definitivamente a cerrar<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> A diferencia de los contundentes términos en que, en este sentido, se expresa la Directiva 2014/104/UE en el marco del Derecho de la competencia (cfr. art. 3.3), ningún precepto de la Directiva 2020/1828 proscribire la imposición de indemnizaciones punitivas en el marco de las acciones de representación. La omisión sorprende por varias razones, empezando por la que la propia Directiva deja claro que la *voluntas legislatoris* en este ámbito es también contraria a cualquier exceso de resarcimiento

Pero, en lo atinente a este tipo de acciones, tanto o más destacable que lo anterior es el ya referido criterio de confiar a la libertad de los EEMM la decisión consistente en exigir que los consumidores individuales manifiesten su voluntad expresa o tácita de adherirse al proceso de representación en aras a que lo que en él se acuerde o decida les alcance, y/o en presumir de los consumidores esa misma voluntad, pero dejando la puerta abierta a que aquellos que lo deseen se excluyan del proceso colectivo y de sus resultados. Las opciones que se abren son, más simplemente, el *opt-in*, el *opt-out* o una combinación de ambos mecanismos (art. 9.2).

Hay, sin embargo, una parcela en que lo opcional no entra en juego: la de los consumidores que no sean residentes habituales en el Estado en que se ejercita la acción resarcitoria. Para ellos, en efecto, la Directiva impone el *opt-in* (además, en su vertiente expresa), en aras a «garantizar una buena administración de justicia y evitar resoluciones contradictorias» (art. 9.3 y considerando 45).

Que, con esta salvedad, se permita a los EEMM elegir entre el *opt-in* y/o el *opt-out* no implica, sin embargo, que el legislador europeo se desentienda absolutamente de cuándo, cómo y a qué efectos han de operar estos mecanismos a nivel nacional.

Así, tanto para el *opt-in* como para el *opt-out*, lo previsto es que los consumidores deben poder adherirse o excluirse del proceso «dentro de un plazo adecuado después de ejercitada la acción de representación» (art. 9.2). Se apunta de esta forma a la necesidad de que, en los albores del proceso, se arbitre un trámite a estos efectos y, lo que es más importante, un mecanismo que favorezca la adhesión o la exclusión.

Este último propósito anima también el deber impuesto a los EEMM de establecer normas que garanticen que los afectados por una acción de representación «reciban información sobre dicha acción en tiempo oportuno y por los medios adecuados» a los efectos de ejercitar su derecho de opción (art. 13.2).

La eficacia que la Directiva anuda al *opt-in* y al *opt-out* es, en el último lugar, la propia de estos mecanismos y en la que radica su potencial: la de impedir, por un lado, que los consumidores que, expresa o tácitamente, hayan manifestado su voluntad de ser representados en el proceso, vuelvan a serlo en otros procesos de representación con el mismo objeto y frente al

---

(cfr. considerando 42), y siguiendo por la de que, como en su momento se apuntó, la vía de los *punitive damages* propicia el uso abusivo del mecanismo de tutela colectiva. *A fortiori* —como, con clarividencia, afirma Gascón Inchausti (2020: 1309), la falta de contundencia de la Directiva en este punto comporta el riesgo añadido de que se formulen acciones de representación transfronterizas en aquellos Estados cuyas legislaciones sí permitan los *punitive damages* o indemnizaciones de tipo similar. Casos de nuestra historia reciente, como el «caso de los hemofílicos irlandeses» (1994) o el «caso Honeywell o caso Constanza» (2002), ilustran, ciertamente, de que las indemnizaciones punitivas y el *forum shopping* son fenómenos que suelen ir de la mano.

mismo empresario o ejerciten acciones individuales en los mismos términos (art. 9.4); y la de procurar, por otro, que los consumidores individuales representados en la acción se beneficien llegado el caso de las medidas acordadas. Es más: en este último sentido, la Directiva mandata que los consumidores individuales deben poder beneficiarse de las medidas resarcitorias acordadas sin necesidad de «interponer otra acción» y dentro de un plazo específico habilitado al efecto (art. 9.6 y 9.7).

Excuso decir que esto último apunta a soluciones que, en los antípodas del 519 LEC, franqueen a todos y cada uno de los consumidores beneficiados por la sentencia que se dicte (o el acuerdo que se logre) ser resarcidos de los daños sin necesidad de acudir ante el juez y, menos aún, de promover un proceso de ejecución o un procedimiento incidental. De hecho, la propia Directiva contempla como posible la constitución de fondos indemnizatorios desde los que pueda materializarse el cobro de los importes que correspondan a cada consumidor; así como previsiones sobre el destino que ha de darse al sobrante de esos fondos una vez transcurra el plazo previsto para la reclamación a título individual<sup>28</sup> (art. 9.7).

Atendido todo lo anterior, salta a la vista que, en el contexto de la accionabilidad, los retos también son varios.

Uno de ellos atañe al contenido de las futuras acciones de representación.

Así, y por lo que hace a las acciones de cesación, importa reparar en que, aunque va a hacer para veinte años de su incorporación a nuestro ordenamiento, el contenido típico de estas acciones gira alrededor de las pretensiones de la tutela cesatoria y prohibitoria, pero no abarca —no, *in genere*— la pretensión de que se declare que la práctica empresarial constituye una infracción. Antes bien, esta pretensión solo se contempla para ciertos sectores regulados e incluso de forma diferenciada a la propia acción de cesación<sup>29</sup>. Con ocasión de la transposición de la Directiva habrá que decidir, por tanto, si dejar las cosas como están o si ampliar expresamente el contenido de la acción de cesación en los términos que posibilita la Directiva.

De otra parte, y respecto de las acciones resarcitorias, recuerdo que la Directiva no establece cuál ha de ser su contenido, sino que remite a la accionabilidad de las pretensiones encaminadas a obtener una reparación *lato*

---

<sup>28</sup> Sobre estos mecanismos de *cy près*, que incluyen el *fluid recovery* —esto es, la posibilidad de que el remanente no aproveche a los consumidores representados en la acción, sino que revierta en otras personas o instituciones—, cfr. Gascón Inchausti (2010: 54-57).

<sup>29</sup> Paradigmático botón de muestra es lo previsto en materia de competencia desleal y publicidad ilícita, ya que, entre las acciones (colectivas) típicas para hacer frente a las conductas antijurídicas, se incluyen la acción declarativa de deslealtad, la acción de cesación y la acción de rectificación de informaciones engañosas, incorrectas o falsas, así como la posibilidad de que, de ser estimadas cualquiera de ellas, se acuerde la publicación total o parcial de la sentencia o una declaración rectificadora (art. 32 LCD).

*sensu* de los daños ocasionados a los consumidores en cada uno de los Estados. Pues bien, siendo cierto que las acciones encuadrables en esta categoría encuentran cobertura expresa en algunos de nuestros textos legales (así, *v.gr.*, en el art. 53, párrafo tercero TRLGCU, el art.12.2, párrafo segundo, LCGC o en art. 32.1 LCD), también lo es que carecen en nuestro ordenamiento de la cualidad genérica de típicas<sup>30</sup>. Así pues, también en este punto se abre la misma opción anterior: dejar las cosas como están o dar mayor visibilidad a estos tipos de tutela por la vía de engrosar el catálogo de acciones de representación típicas.

Un segundo reto será decidir si, para el género acciones de representación o alguna de sus categorías, conviene contemplar la llamada «consulta previa» o, lo que para el caso es igual, supeditar el ejercicio de aquellas a este requisito de procedibilidad. En la decisión habrá que tener en cuenta, desde luego, que la eventual incorporación de este requisito a nuestro sistema hará de la consabida «consulta» un trámite de obligado cumplimiento para la entidad habilitada con mimbres más cercanos a un requerimiento extraprocesal que a un medio alternativo de solución de controversias<sup>31</sup>.

Y, por supuesto, está el desafío de determinar qué mecanismo implantar en nuestro sistema —el *opt-in*, el *opt-out* o una combinación de ambos—, así de concretar cuándo, cómo y a qué efectos operará. En particular, y respecto de esto último, los esfuerzos habrán de concentrarse en resolver el alcance que, en este ámbito, tendrá la cosa juzgada, y en decidir si relajar para estos procesos las exigencias ínsitas a nuestro sistema de responsabilidad civil, permitiendo estimar los daños a tanto alzado conforme a criterios estadísticos o actuariales.

Dejando para más adelante lo relativo a la cosa juzgada, no cabe duda de que la solución del tanto alzado reportaría beneficios al modelo en términos de eficiencia, pues en su virtud no sería necesario determinar la cuantía indemnizatoria de modo individualizado para cada consumidor. El “pero”

---

<sup>30</sup> Como afirma Gascón Inchausti (2005:7-10) y corrobora la jurisprudencia, que en su dimensión colectiva las acciones resarcitorias sean atípicas o cuasi-atípicas no impide su ejercicio, pues a estos efectos basta con que se den dos condiciones: estar ante una situación en que se aprecie la potencial lesión de los derechos o intereses de los consumidores; y la existencia de una norma atributiva de legitimación extraordinaria.

<sup>31</sup> A diferencia de lo que sostiene Cordón Moreno (2020:10), no creo que del RD Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, pueda predicarse el mérito —o el demérito— de incluir este requisito en nuestro ordenamiento jurídico. Por dos razones: en primer lugar, porque la reclamación prevista en el art. 3 de este RD Ley tiene carácter voluntario; y, en segundo lugar, por estar pensada en clave individual, esto es, para ser empleada por los concretos consumidores. En lo que sí coincido con el profesor Cordón es en que, desde su concepción europea, esta «consulta» está diseñada más como un requerimiento que como un trámite susceptible de albergar soluciones negociales como las que baraja implementar el ya mencionado Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal.

está en que lo implícito a la solución (*i.e.*, que algunos de los consumidores representados en la acción serán reparados por un importe distinto del que realmente les correspondería atendido el concreto daño padecido por cada uno de ellos) no se compadece con los principios sobre los que se asienta nuestro Derecho de daños. Decantarse en favor del tanto alzado exigiría, por tanto, de una norma que, más allá de las genéricas previsiones del art. 1103 CC, faculte específicamente al juez en este sentido.

En la línea de lo habitual, también respecto de estos retos me permitiré tomar partido.

Comenzando por el eventual contenido de las acciones de representación, creo sumamente aconsejable aprovechar la oportunidad de adicionar al contenido clásico de las acciones de cesación (definitivas) la declaración de ilicitud de la práctica. Dada la complejidad de los remedios que deriva del derecho sustantivo en relación con las acciones resarcitorias, me inclino, sin embargo, por no tipificar sus posibles contenidos y estar en este punto a lo ya establecido en las normas sustantivas.

No albergo, de otra parte, grandes esperanzas en que, de implantarse en nuestro ordenamiento, la llamada «consulta previa» aporte demasiados beneficios. De hecho, esto mismo debió pensar nuestro legislador con ocasión de trasponer la Directiva 98/27/CE, pues ya entonces solo la contempló en el marco de ciertos ámbitos sectoriales relacionados con la publicidad, revisiéndola además de carácter facultativo para las entidades dispuestas a emprender una acción de cesación<sup>32</sup>.

En último término, y en lo referente al *opt-in* y al *opt-out*, relego mi parecer a exponer, negro sobre blanco, sus respectivas ventajas e inconvenientes:

En favor del *opt-in* juega fundamentalmente la circunstancia de tratarse de un mecanismo respetuoso con la autonomía de la voluntad de quienes se ven afectados por un mismo hecho dañoso, máxime cuando se hace pivotar sobre la exigencia de una declaración expresa y no tácita. Presenta, sin embargo, el inconveniente de su escasa eficiencia, sobre todo allí donde los afectados son muchos y los daños producidos de escasa entidad económica. En estos casos, ciertamente, será difícil que la mayoría de consumidores individuales venza su reticencia psicológica a reclamar judicialmente siquiera sea por la vía de sumarse a la acción de representación, con lo que el alcance subjetivo de esta última y su efecto disuasorio respecto del empresario se-

---

<sup>32</sup> Cfr: la redacción dada por la Ley 39/2002 a los ya derogados arts. 26 y 29 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, así como a los aún vigentes arts. 120 y 121 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, y 21 y 22 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

rán limitados, mientras que aumentarán las posibilidades de que se entablen procesos individuales que terminen, a su vez, con sentencias contradictorias.

El *opt-out* presenta las ventajas e inconvenientes rigurosamente contrarios. A la postre, la experiencia demuestra que allí donde opera este mecanismo el número de consumidores que decide personarse en el proceso de representación para manifestar su voluntad de autoexcluirse de una acción colectiva es muy escaso, lo que maximiza el alcance subjetivo de la tutela colectiva y su efecto disuasorio respecto de prácticas ilícitas, y minimiza el riesgo de que se incoen procesos individuales que eventualmente puedan concluir en sentencias contradictorias.

Pues bien, siendo esto así, mi posición es favorable a que el *opt-out* se erija en regla general del sistema. No obstante, veo también con buenos ojos permitir que, en determinados ámbitos materiales y siempre que se rebasen ciertos umbrales cuantitativos, la regla conviva con el *opt-in*<sup>33</sup>; posibilidad que vendría a sumarse a la obligación de que el *opt-in* opere ante quienes resultan afectados por la infracción y no tengan residencia habitual en España. Frente a un modelo puro de *opt-out*, la apuesta por un modelo mixto o híbrido presenta la ventaja de conjugar eficiencia con las diferentes realidades que subyacen a la tutela colectiva. Por lo demás —insisto—, no cabe desconocer que, aunque para otros supuestos y con otro fundamento, la propia Directiva impone el *opt-in*, con lo que en mayor o menor medida este mecanismo también operará en nuestro sistema llegado el momento.

Se esté de acuerdo o no con lo anterior, la futura regulación deberá detallar cuándo, cómo y a qué efectos el mecanismo elegido ha de operar. Habrá, por tanto, que (i) concretar en qué momento procesal puede hacerse efectiva la opción; (ii) prever un sistema de información ágil pero capaz a la vez de que esa información llegue al mayor número de afectados posible; (iii) hacer otro tanto respecto del modo en que los afectados han de ejercitar la opción; y (iv) arbitrar el cauce para que los consumidores representados puedan ser resarcidos de los daños.

A mi juicio, todos estos son extremos para los que debe buscarse la flexibilidad y la sencillez. Considero así que conviene permitir que el ejercicio de la opción tenga lugar hasta un momento temporal concreto, que bien podría coincidir con el inicio del juicio<sup>34</sup>. Y también que, a estos efectos, se impone

---

<sup>33</sup> En favor de un modelo mixto, aunque significativamente distinto del que aquí se propone, se posicionan asimismo Planchadell Gargallo (2014: 14 y ss.); Sande Mayo (2018: 127-131); y Ormazabal Sánchez (2020<sup>a</sup>: 98-99).

<sup>34</sup> Sumada a esta conveniencia, y para los supuestos en que el *opt-in* opere, estaría asimismo la de encomendar al letrado de la entidad legitimada la certificación de quiénes son los consumidores adheridos antes de la presentación de la demanda. De hecho, más que una conveniencia, parece estarse ante una obligación pues, aunque nada se diga en su parte dispositiva, las previsiones de la Directiva son que «los Estados miembros que establezcan un mecanismo de inclusión voluntaria *deben poder exigir que algunos consumidores se incluyan en la acción de representación para obtener*

prever sistemas de publicidad efectivos, así como articular un cauce de comunicación que, bajo la supervisión del juez, permita a las entidades recabar el consentimiento informado de los posibles afectados por la infracción y a estos transmitir su voluntad de incorporarse y/o autoexcluirse del proceso sin formalidades de ningún tipo. Asimismo —ya lo he dejado entrever— soy favorable a abrir la puerta del tanto alzado o de la estimación con vistas a favorecer una rápida reparación de los consumidores representados<sup>35</sup>; matizo, no obstante, que al igual que lo previsto para los daños por infracción de las normas de la competencia, esta puerta debería abrirse restrictivamente y no de par en par<sup>36</sup>.

### 2.3. Otras piezas claves

Hasta aquí las piezas centrales del rompecabezas que en su día habrá que armar. La correcta composición del puzzle exigirá, no obstante, ensamblar otras piezas reguladas con mayor o menor detalle en la Directiva, pero importantes todas ellas para obtener del modelo los réditos deseados.

Aunque diste de responder a un criterio lógico, me sirvo del orden seguido en la propia Directiva para el análisis de estas otras piezas.

#### 2.3.1. *Amplios poderes para el juez.* *La financiación de litigios por tercero*

Según se vio, la Directiva confía a los poderes públicos de los EEMM el control de los requisitos que han de cumplir las entidades que aspiren a ser legitimadas para ejercitar acciones de representación. Este control supone un primer muro de contención frente a un eventual uso abusivo o fraudulento de esta clase de acciones. Pero, no es el único. Al cabo, y con igual fin, el legislador europeo levanta otros muros en el seno mismo del proceso por la vía de atribuir al órgano jurisdiccional amplios poderes de control y de decisión.

Aunque los hay de otra clase (se verá enseguida con ocasión de examinar los llamados acuerdos de resarcimiento), los más de estos muros se proyectan sobre la legitimación activa o sobre la propia acción de representación y se contemplan para un momento inicial del proceso.

---

medidas resarcitorias, antes de que esta se ejercite, siempre que otros consumidores tengan asimismo una posibilidad de inclusión una vez ejercitada dicha acción (considerando 44)». La cursiva es mía.

<sup>35</sup> De igual opinión es Ormazabal Sánchez (2020:105-109).

<sup>36</sup> Traigo a la vista —y para comodidad del actor— el tenor actual del art. 76.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia: «Si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o difícil cuantificarlos con precisión en base a las pruebas disponibles, los tribunales estarán facultados para estimar el importe de la reclamación de daños».

Así, en primer lugar, se extiende al conjunto de las acciones de representación la previsión —ya antigua, pero hasta ahora circunscrita a las acciones de cesación— de que la inclusión de la entidad accionante en la lista de entidades habilitadas para su ejercicio no obsta a la comprobación de que su finalidad estatutaria legítima en el caso concreto el ejercicio de la acción (art. 6.3).

Al anterior, la Directiva suma un segundo filtro, este del todo novedoso aunque de aplicación también al género acciones de representación. Se trata de la obligación impuesta a los EEMM de facultar a sus órganos jurisdiccionales «a desestimar los asuntos manifiestamente infundados» (art. 7.7). Como a nadie escapa, esta previsión es de un potencial enorme en tanto abre el portillo al sobreseimiento *a limine* del proceso, y no por razones procesales sino de fondo o, en terminología patria, porque las demandas «se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude a la ley o procesal».

Y aún se prevé un tercer filtro también novedoso pero cuya aplicación se reserva a las acciones resarcitorias o, con más rigor, a los supuestos en que las acciones de esta clase sean financiadas por un tercero «en la medida en que lo permita el Derecho nacional» (art.10.1).

En este punto recorro de nuevo al paréntesis para hacer notar que la financiación por tercero —sea este un banco, un fondo de inversión o una compañía de seguros— es un fenómeno hoy en alza respecto de ciertas clases de litigación, entre la que se incluye, por supuesto, la litigación colectiva. Y no es de extrañar, porque la imagen del proceso como oportunidad de inversión característica del *third party funding* (TPF, por sus siglas en inglés), presenta como reverso la facilidad de remover una de las más importantes trabas asociadas a los procesos colectivos: la de hacer frente a sus costes, por lo general muy elevados.

Mas, como la experiencia australiana y estadounidense revela<sup>37</sup>, no todo en la TPF son ventajas. También existen riesgos que se condensan en que el interés económico del tercero financiador en el resultado del proceso comporte que las decisiones que en él se adopten obedezcan a sus indicaciones, socavando en consecuencia la independencia del abogado<sup>38</sup>. El peligro es, desde otra perspectiva, que al ejercicio de la acción subyazca un conflicto de intereses entre el TPF y las partes del proceso o, lo que para el caso es igual, que tal ejercicio responda a una finalidad abusiva o fraudulenta.

<sup>37</sup> Sobre el desarrollo de la financiación de litigios en estos países, Sánchez Rivera (2018: 315-332). Según la prensa jurídica y económica, el fenómeno también está teniendo hoy calado en países como Reino Unido, Alemania y Francia, cfr. «Litigation funding: una revolución para el sector legal», *Economist & Jurist*, 21 de septiembre de 2021.

<sup>38</sup> La posibilidad de que socave la independencia del abogado. las *Model Rules of Professional Conduct of American Bar Association* disponen expresamente [art. 5.4 (c)]: *A lawyer shall not permit a person who recommends, employs, or pays the lawyer to render legal services for another to direct or regulate the lawyer's professional judgment in rendering such legal services.*

Pues bien, descendiendo a las acciones de representación, el legislador europeo entiende que los riesgos aparejados a la TPF son dos: (i) que el financiador influya en las decisiones de las entidades habilitadas (incluidos los acuerdos de resarcimiento) en detrimento de los derechos o intereses de los consumidores afectados; y (ii) que la acción de representación se ejercite contra un demandado que sea competidor del financiador o del que este dependa (art. 10.2). En este entendimiento, las herramientas previstas en la Directiva para eludir estos riesgos son también dos y ambas imperativas: una es que las entidades habilitadas faciliten al órgano jurisdiccional un resumen financiero de las fuentes de financiación empleadas para apoyar la acción de representación (art. 10.3); otra —la que aquí más interesa—, que se faculte al juez para adoptar medidas y decisiones del calado de exigir a la entidad habilitada que rechace o modifique su financiación o de negarle incluso legitimación activa (art. 10.4).

Ineludiblemente la futura reforma deberá incorporar aquellos dos primeros filtros entre sus previsiones.

La inclusión del tercer filtro dependerá, en cambio, de la interpretación que se dé a la expresión «en la medida en que lo permita el Derecho nacional», pues lo cierto es que, aunque la TPF carece en la actualidad de soporte normativo específico en España, su empleo se ha abierto paso —«se permite»— al amparo de las disposiciones generales del Código Civil (en particular, de los arts. 1255 y 1535)<sup>39</sup>. Lógicamente, de adoptarse esta exégesis, la incorporación de las previsiones de la Directiva en este punto también resultará obligada. Cuestión distinta es que la TPF llegue a ser en la práctica una vía ordinaria de financiación de las acciones de representación<sup>40</sup>.

En cualquier caso, las previsiones europeas en este punto plantean un reto a nivel más general: el de otorgar carta de naturaleza específica y para toda clase de litigios a la financiación de litigios por terceros. Solo así —creo— será posible precaverse de sus connaturales riesgos<sup>41</sup>.

### 2.3.2. *Acuerdos de resarcimiento*

Otro extremo que la Directiva sujeta a control judicial es el contenido de los eventuales acuerdos alcanzados por las partes durante el transcurso del

<sup>39</sup> De hecho, alguna de nuestras Audiencias se ha pronunciado expresamente sobre la licitud de esta figura. Así, Auto de la Audiencia Provincial de Álava 80/2020, de 24 de junio.

<sup>40</sup> Escépticos en este sentido, aunque por diferentes razones, se muestran Corominas Bach (2018b: 311 y ss.) y Gascón Inchausti (2020:1320).

<sup>41</sup> Este pensamiento coincide con el del Parlamento Europeo que, en estos meses de atrás, recomendaba a la Comisión una propuesta de Directiva sobre la regulación de la financiación por terceros. Cfr. Proyecto de Informe de su Comisión de Asuntos Jurídicos, 2020/2130 (INL), 17.06.21. El documento es accesible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-PR-680934_ES.pdf).

proceso; acuerdos que se propician desde su literalidad, si bien solo en el marco de las acciones resarcitorias.

La prueba del nueve de esta voluntad *pro-settlements* es que desde el articulado de aquella se imponen dos cauces no excluyentes para alcanzarlo: la propia iniciativa de las partes; y la proposición que a estas haga el juez de entablar negociaciones en aras a llegar a un acuerdo en un plazo razonable —se supone, que fijado por él— (art. 11.1). El tenor y el espíritu de la Directiva se alinean, pues, con una realidad contrastada desde aquel y este otro lado del Atlántico: el relevante papel de las transacciones (extrajudiciales —importa subrayarlo<sup>42</sup>—) en el ámbito de la litigación colectiva<sup>43</sup>.

Con todo, el de los acuerdos de resarcimiento también es terreno sembrado de cautelas; algo del todo lógico teniendo a la vista que tales acuerdos pueden no ser aceptables desde la perspectiva de la tutela de los derechos individuales en solfa. Se explica por esto que su eficacia se ligue imperativamente a su homologación por el Juez. Y también que se abra para los EEMM la posibilidad —facultad, por tanto— de establecer normas que permitan a los consumidores representados por la acción de resarcimiento aceptar o rechazar quedar vinculados por los acuerdos alcanzados. Me detendré algo más en estos dos aspectos.

Como se acaba de indicar, la eficacia de los acuerdos de resarcimiento se supedita en términos imperativos a homologación o control judicial. Los términos de la Directiva se diversifican, sin embargo, en relación con los motivos que pueden conducir a que este control no se supere o, lo que es igual, a denegar la homologación y, consiguientemente, a que el proceso siga su curso. Así, mientras que, de un lado, se impone que los órganos jurisdiccionales han de poder denegar la homologación cuando el acuerdo sea contrario a normas imperativas o incluya condiciones que no puedan cumplirse; de otro, se deja a la discreción de los legisladores nacionales si establecer normas que permitan al juez hacer otro tanto cuando aprecien que el acuerdo no es equitativo (art. 11.2). Sobre este control nada más se indica en la Directiva. El silencio preside, por tanto, aspectos de enjundia a los que los sistemas más experimentados en transacciones colectivas han prestado especial atención. Así, *v.gr.*, la cuestión relativa a los elementos de valoración a los que ha de atenderse en el escrutinio judicial, a si este último debe ir acompañado de la celebración de una vista o a la conveniencia, en fin, de que en su decisión el juez pueda ser auxiliado por un perito<sup>44</sup>.

De otra parte, es de notar que la eficacia prevista para los acuerdos homologados es la de resultar «vinculantes para la entidad habilitada, el empresa-

---

<sup>42</sup> De hecho, este dato alimenta la incredulidad de algún autor patrio sobre el éxito del *collective redress* a la europea. Así, Nieva-Fenoll (en prensa).

<sup>43</sup> Un ejemplo cercano en el tiempo a esta realidad es el conocido caso «*dieselgate*» y las soluciones transaccionales alcanzadas en Estados Unidos y Alemania. De él da la celebrada cuenta Ormazabal Sánchez (2020b:1-34).

<sup>44</sup> Cfr. Gascón Inchausti (2010: 194-1977); y Corominas Bach (2020:303-317).

rio y los consumidores individuales afectados», lo que cohonesta con la ya mencionada facultad de permitir a estos últimos «aceptar o rechazar» quedar vinculados por el acuerdo o, lo que es lo mismo, de dar pábulo al *opt-in* o al *opt-out*. Como con acierto escribe Gascón Inchausti (2020: 1319), esta puerta abierta a que cuantos son representados en la acción resarcitoria se adhieran o aparten de los términos del acuerdo es una garantía adicional al control judicial, cuyo carácter facultativo encuentra su explicación más probable en que lo que tiene de salvaguarda para aquellos lo tiene también de rémora en clave de eficiencia pues, a la postre, comporta incurrir en más dilaciones y gastos. Menos probable parece que el espíritu de la Directiva ampare en esto soluciones digamos híbridas del estilo de recabar al inicio del proceso el consentimiento de los consumidores representados respecto de los hipotéticos acuerdos que se alcancen en él. Antes bien, si así fuera, la salvaguarda no sería realmente tal.

Decantarse por un escrutinio judicial laxo o estricto, y condicionar —o no— la eficacia vinculante de los acuerdos resarcitorios al *opt-in* o al *opt-out* son, en suma, las principales decisiones de política legislativa que en su día habrán de tomarse. Estas y dilucidar si extender el régimen que en esto se acuñe a las acciones de cesación pues, aunque será más raro, no es descartable que, en el marco de estas acciones, se entablen también negociaciones que culminen en una solución pactada.

Mi juicio —ya se habrá adivinado— es favorable a esto último. También pienso que convendría asumir lo que la Directiva concibe como posibilidades para los acuerdos de resarcimiento. En primer lugar, porque supeditar la homologación de estos acuerdos al solo parámetro de la legalidad entraña el riesgo de que el control que se opere sea meramente formal y, por lo mismo, de que entre sus intersticios se cuelen los abusos. En segundo, porque parece preferible que la medida de lo aceptable se someta al criterio de quienes han padecido los daños a prescindir del todo de este criterio, máxime si la regla del *opt-out* se aplica a estos acuerdos y el mecanismo se lleva a efecto en los términos propuestos *supra*.

### 2.3.3. *Costas*

Como en el caso de los acuerdos de resarcimiento, las previsiones europeas en materia de costas se circunscriben a las acciones de representación para obtener medidas resarcitorias. En esencia, estas previsiones consisten en dos reglas formuladas en sentido positivo y negativo, y ambas matizadas (art. 12):

La primera regla es que, en el contexto de aquellas acciones, debe regir el criterio del vencimiento, aunque «de conformidad —este es el matiz— con las condiciones y excepciones previstas en el Derecho nacional aplicable al proceso judicial en general».

La segunda regla es que los consumidores representados no deben soportar las costas procesales; y el matiz que, como excepción y en circunstancias igualmente excepcionales, se podrá condenar a un consumidor individual a soportar las costas originadas como consecuencia de su conducta dolosa o negligente.

A la luz de estas reglas, los previsibles cambios que a nivel interno cabe barajar se reducen a esto último, es decir, a permitir —o no— que, a título excepcional, se condene a un consumidor individual a hacer frente a las costas generadas a su instancia<sup>45</sup>. En lo restante, sin embargo, ningún otro cambio parece necesario pues, como a todos alcanza, el criterio de vencimiento objetivo es el general en nuestro ordenamiento.

Lo que quizá sí convenga incluir es una remisión expresa al conjunto de disposiciones generales en materia de costas (arts. 394 a 398 LEC), máxime teniendo en cuenta que las excepciones que en estas se contemplan a la regla del vencimiento —en particular, las relativas a la apreciación de serias dudas de derecho y a la estimación parcial de las pretensiones (art. 394.1 y 2 LEC)— serán también de aplicación a los futuros procesos de representación. Motivos para negar esto último no hay. No, en mi opinión, pues a diferencia de los procesos promovidos a título individual por los consumidores, en estos otros ni está en juego el llamado principio de indemnidad, ni existe asimetría en las posiciones procesales que deban modularse por exigencias del principio europeo de efectividad, ni parece que se dé el riesgo de que cualquiera de las excepciones al criterio del vencimiento provoque lo que el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal Supremo denominan “efecto disuasorio inverso”<sup>46</sup> (esto es, de que desincentive el ejercicio de las acciones resarcitorias por parte de las entidades habilitadas)<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> *Lato sensu*, algún cambio más se impone desde la Directiva (art.11.5). En concreto, respecto de los conceptos que integran las costas, pues a los actualmente previstos en el art. 241 LEC, habrá que sumar en su momento los costes ligados a la información proporcionada a los consumidores en el contexto de la concreta acción ejercitada.

<sup>46</sup> Sería absurdo ocultar que para el legislador europeo ese riesgo sí se da. De otro modo no se entendería la conminación a los EEMM para adoptar «medidas destinadas a garantizar que las costas procesales relacionadas con las acciones de representación no impidan a las entidades habilitadas ejercitar de manera efectiva su derecho [...]» (art. 20.1).

<sup>47</sup> Nótese que estos motivos están tras la doctrina, acuñada en Luxemburgo y seguida por nuestro Alto Tribunal a la luz del principio europeo de efectividad, de que en litigios con consumidores no cabe aplicar la excepción al criterio del vencimiento objetivo por presentar el asunto serás dudas de derecho (art. 394.1 LEC), ni el criterio que anuda a la estimación parcial de las pretensiones el abono de las costas generadas por cada una de las partes y las comunes por mitad (art. 394.2 LEC). Cfr. STJUE de 16 de julio de 2020, *Caixabank*, C-224/19 y C-259/19, así como las SSTs 419/2017, de 4 de julio, y 472/2020, de 17 de septiembre, entre otras muchas. Solo el tiempo dirá si esta misma doctrina es aplicable al art. 394.3 LEC; cuestión que ya ha sido planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 49 de Barcelona, *Caixabank* C-385/20.

#### 2.3.4. *Información sobre las acciones de representación*

Pieza también clave del *collective redress* a la europea es que quienes resulten afectados en sus intereses o derechos por una misma práctica o hecho dañoso reciban adecuada y tempestiva información sobre las acciones de representación que pretendan entablarse y sobre el rumbo que estas adquieran. No en vano, de dicha información depende en gran medida la efectividad de su tutela, pues aquella supone un *prius* para poder adherirse o excluirse de la acción, promover un proceso individual, o siguiendo la línea de los ejemplos, para beneficiarse de las medidas dispuestas en su favor mediante acuerdo o sentencia.

Cobra, por tanto, sentido que la Directiva “cargue las tintas” en este punto, añadiendo a la facultad de que los EEMM creen bases de datos electrónicas desde las que procurar información general sobre las acciones de representación en curso y concluidas (art. 14), el deber de establecer normas que garanticen a los consumidores información concreta conforme a las directrices marcadas en ella (art. 13).

Estas directrices son inequívocas en lo relativo a qué debe ser objeto de información y quién ha de procurarla. Así, mientras que la información sobre las acciones de representación y su devenir procesal —incluidos los supuestos de inadmisión o desestimación— se considera cometido propio de las entidades habilitadas, el legislador europeo muestra cierta predilección porque sea el empresario el obligado a informar de los acuerdos homologados y las sentencias que dispongan medidas en favor de los consumidores.

En lo atinente a cómo y cuándo cumplir estas obligaciones de información, las directrices europeas son empero más abiertas. De hecho, respecto de las que incumben a las entidades habilitadas, únicamente se alude a la posibilidad de facilitar información desde su *web* y a que tal información se procure «en tiempo oportuno y por los medios adecuados», al objeto de facilitar que los consumidores que lo deseen expresen su voluntad de ser representados en la acción. Y algo similar sucede con las que incumben al empresario, para las que lo previsto es que la información se procure por «medios adecuados a las circunstancias del caso y dentro de plazos determinados», incluso, en su caso, de forma individualizada para cada consumidor.

En este contexto, en definitiva, el reto consistirá en concretar los medios de que pueden servirse las partes para atender a sus respectivas obligaciones de información, y en precisar el tiempo del que dispondrán al efecto.

En lo primero, se coincidirá conmigo en la conveniencia de permitir que esa información se facilite no solo desde las *webs* de las partes, sino también desde los *mass media* o las redes sociales. Y también se coincidirá en que, cuando sea posible o necesario, tal información deba proporcionarse, además, de forma individualizada, utilizando una dirección de correo electrónico habilitada o un cauce similar. Esto sentado, no parece que sea necesario

arbitrar plazos excesivamente amplios, aunque sí —entiendo— lo suficientemente razonables para que la información llegue al mayor número de afectados posible.

### 2.3.5. *La “peculiar” eficacia probatoria de las resoluciones firmes*

Indudablemente inspirado en la Directiva de daños por infracciones del Derecho a la competencia, el art. 15 de la Directiva establece<sup>48</sup>:

«Los Estados miembros velarán porque las resoluciones firmes de los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas de cualquier Estado miembro, que declaren la existencia de una infracción que perjudique los intereses colectivos de los consumidores puedan ser alegadas por todas las partes como prueba en el contexto de cualquier otra acción antes sus órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas nacionales, para solicitar medidas resarcitorias contra el mismo empresario por la misma práctica, de conformidad con la normativa sobre valoración de la prueba».

Si se repara en sus premisas, bien se aprecia que el precepto recién transcrito no se enmarca en el contexto exclusivo de las acciones de representación. En él se parte de la existencia de una resolución firme en que se declare la existencia de una infracción, haya recaído esta en el seno de un procedimiento administrativo o jurisdiccional, colectivo o individual. Y en él se parte igualmente de un posterior procedimiento para solicitar medidas resarcitorias, sea este administrativo o jurisdiccional, colectivo o individual.

Pues bien, con esta amplitud, la Directiva dirige un mandato a los legisladores nacionales para evitar contradicciones, ahorrar «esfuerzos probatorios» y allanar el camino a los consumidores que pretendan resarcirse de los daños ocasionados por una infracción. Y también les compele a asumir la fórmula para conseguirlo: la de que, en los procesos emprendidos por tales consumidores (o por una entidad en representación de estos), valgan como prueba las resoluciones jurisdiccionales o administrativas que previamente hayan declarado la existencia de esa misma infracción contra el mismo empresario.

Los problemas se atisban a luz de los términos en que se expresa esta fórmula:

---

<sup>48</sup> Aunque la comparación del art. 9 de la Directiva 2014/104/UE y de este art. 15 permite entrever la inspiración, basta atender a la inicial redacción del entonces art. 10 de la Propuesta de Directiva [COM (2018) 184 final, 11.4.2018] para constatarla. Así, mientras que para los litigios nacionales lo previsto era que las resoluciones firmes adoptadas por un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa establecían de manera «irrefutable» la existencia de la infracción de cara a los procesos subsiguientes en los que se ejercitaran acciones de reparación por la misma infracción; para los transfronterizos, aquellas resoluciones no pasaban de ser en estos una «presunción refutable» de la existencia de dicha infracción.

En primer lugar, por la falta de claridad en torno a si aquella eficacia probatoria únicamente entra en juego en los casos en que se haya declarado la existencia de la infracción o también en los casos contrarios —los de inexistencia— (como da a entender, por cierto, la expresión «por todas las partes» y sugiere el principio de igualdad de armas).

Y, en segundo lugar —primero en orden de importancia—, por distorsionar el concepto mismo de «prueba». Al cabo, lo que se nos viene a decir desde Europa es que las resoluciones firmes deben ser un medio de prueba de los hechos en ellos probados (*i.e.*, de los hechos constitutivos de la infracción), cuando bien mirado ni las sentencias ni menos aún las resoluciones administrativas poseen esa cualidad. Aquellas y estas de lo único que hacen prueba es de que han sido dictadas por tal órgano jurisdiccional o cual autoridad administrativa en una fecha determinada, pero de nada más. Ir más lejos y atribuir a esas resoluciones la condición de prueba entraña, además, evidentes riesgos tanto desde la perspectiva de la independencia como del derecho de defensa<sup>49</sup>, pues por mucho que la Directiva recalque que esa prueba se valorará de conformidad con la normativa nacional, tan difícil será que quien conozca de la acción resarcitoria se aparte del criterio previamente establecido, como a las partes convencerle en este mismo sentido<sup>50</sup>.

Con estas últimas prevenciones y la esperanza puesta en que, en su concreta aplicación, la declaración previa de la existencia de una infracción se tome solo como un elemento más de valoración respecto de los hechos objeto del proceso promovido para obtener medidas resarcitorias, estimo que lo más sensato es que el art. 15 de la Directiva se transponga en su literalidad, aunque aclarando respecto de esta si su alcance abarca solo a los supuestos en que se ha declarado la existencia de la infracción o también a los que se concluye su inexistencia.

### 2.3.6. Exhibición de pruebas

Ceñida, como está, al ámbito de las relaciones de consumo, en nada sorprende que otra pieza clave de la Directiva sea la relativa a la exhibición de

<sup>49</sup> Sobre este punto, Aguilera Morales (2021: 112-116). Entre nosotros, con todo, no faltan quienes afirman que este tipo de pronunciamientos deberían tener eficacia vinculante o de cosa juzgada respecto de los procesos promovidos ulteriormente y a título individual por los consumidores. Así, *v.gr.*, Martín Pastor (2019: 173-174); Ortego Pérez (2018:141) Corominas Bach (2018 a:178); y Ormazábal Sánchez (2000a: 71-81).

<sup>50</sup> De otra opinión es Gascón Inchausti (2020:1315), para quien «la flexibilidad con que se ha redactado el precepto contiene el germen de su propia ineficacia», y quien «asumiendo, en todo caso, que se tratará de una prueba de valoración libre» entiende que «la concreta fuerza que le atribuya un tribunal —o autoridad administrativa— a la resolución dictada en otro Estado miembro dependerá de muchos factores, algunos de ellos ni siquiera fácilmente confesables, asociados a cómo el tribunal perciba la “calidad” del procedimiento en que se dictó aquella».

pruebas con que apoyar la viabilidad de las acciones de representación. Y no sorprende porque lo previsible en este ámbito es que la entidad habilitada no disponga de esas pruebas ni tenga acceso a ellas por encontrarse en poder del empresario o de un tercero.

Lo que sí llama la atención —sobre todo por comparación con la mencionada Directiva de daños antitrust—, es la parquedad con que la Directiva se expresa este punto. O de otro modo: que, salvo unas pocas indicaciones, la exhibición de pruebas sea extremo confiado a la autonomía procesal de los Estados.

Esas pocas indicaciones —recogidas en el art. 18— son las de que: (i) los EEMM han de recoger en sus respectivas legislaciones la posibilidad de que, a instancia de las entidades habilitadas, estas tengan acceso a las fuentes de prueba que obren en poder del demandado o de un tercero; (ii) para que el juez ordene la exhibición, es imprescindible que la entidad aporte «pruebas razonablemente disponibles» para respaldar la acción de representación y que indique cuáles son las pruebas cuyo acceso interesa; y (iii) para hacer efectivo el principio de igualdad de armas, esta misma posibilidad debe abrirse al demandado respecto de las pruebas que obren en poder de la entidad habilitada o de un tercero. En lo demás —lo señalan también este artículo—, la exhibición de pruebas se regirá conforme a las normas procesales, «sin perjuicio de las normas de la Unión y nacionales aplicables en materia de confidencialidad y proporcionalidad». Y otro tanto se prevé respecto del régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento a los requerimientos de exhibición [art. 19.1, literal b)].

Sentado que la transposición de la Directiva exigirá regular lo relativo a la exhibición de prueba en los procesos de representación, es de desear que la futura regulación sea parangonable en grado de detalle a lo que los arts. 283 bis a) a 283 bis k) LEC disponen hoy para los procedimientos de reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia. Importará, en efecto, concretar el contenido de la solicitud y el momento procesal en que poder formularla, los criterios a los que ha de atender el juez para considerar que dicha solicitud se ajusta a los cánones de la proporcionalidad, las reglas sobre confidencialidad, quién debe hacerse cargo de los gastos y la eventual prestación de caución y lo mismo con buena parte de los extremos recogidos en aquellos artículos.

En esto, en suma, el reto vuelve a ser más el cómo que el qué, y las respuestas a la cuestión dos posibles: o emplear la técnica de la remisión a los arts. 283 bis a) y ss. LEC en lo que sean aplicables, o incorporar previsiones específicas sobre exhibición de prueba en sede del nuevo procedimiento especial.

### 2.3.7. *Asistencia para las entidades habilitadas*

Como subraya Corominas Bach (2018b: 298), «el éxito de un sistema de acciones colectivas yace en una correcta financiación».

Resulta imprescindible, ciertamente, que quienes tienen en sus manos la llave de estas acciones, amén de ser «empresas saneadas», dispongan de recursos económicos suficientes para hacer frente a los gastos asociados a la postulación, a la información que deben proporcionar desde sus *webs*, a la identificación de los particulares interesados en la acción o a la comunicación con estos, entre otras partidas.

Pues bien, consciente de ello, pero también de que estos gastos pueden erigirse en traba al ejercicio de las acciones de representación, el legislador europeo abre la espita a que las entidades habilitadas reciban «asistencia» vía financiación pública o privada.

Así las cosas, la Directiva contempla expresamente la posibilidad de que los EEMM adopten medidas de apoyo estructural en favor de tales entidades, limiten las tasas en estos casos o se les permita el acceso a la justicia gratuita (art. 20.2).

Y también de que se permita a las entidades accionantes exigir una «tarifa modesta» a los consumidores que hayan manifestado expresamente su voluntad de ser representados en una determinada acción de representación (art. 20.3); posibilidad a la que hay que sumar, en su caso, a aquella otra de la financiación por tercero.

Entre las tareas de nuestro futuro legislador estará, por tanto, la de diseñar el modo con que financiar estas acciones. Por descontado, en esta labor cabrá atender a las posibilidades apuntadas la Directiva, aunque personalmente dudo que, incluso combinadas, sirvan de verdadero acicate al ejercicio de las acciones de representación: de un lado, porque más allá del «apoyo estructural» que las entidades puedan recibir del Estado, los márgenes para exonerarles del pago de las tasas judiciales o ampliar su derecho a la asistencia jurídica gratuita son ya hoy muy estrechos, al menos en materia de consumo<sup>51</sup>; y, de otro lado, porque los frutos económicos que caben esperar del cobro de una «tarifa modesta» a los consumidores serán exiguos si, en línea de lo aquí propuesto, el *opt-out* se erige en regla general.

Convendrá, por tanto, explorar otras vías de financiación, como la de distraer en favor de las entidades accionantes un determinado porcentaje de la cantidad que se acuerde o decida reembolsar a los consumidores representados en la acción.

---

<sup>51</sup> Arg. Art. 4.2. de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses; y disposición adicional segunda de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita en relación con el art. 37 d) TRLGCU.

### 3. LAS PIEZAS QUE FALTAN. EN PARTICULAR, LA FASE DE CERTIFICACIÓN Y LA COORDINACIÓN ENTRE ACCIONES DE REPRESENTACIÓN Y ACCIONES INDIVIDUALES

Como se avanzó en las páginas iniciales, además de encajar —y ordenar— las piezas centrales y claves de la Directiva, la cabal composición del *collective redress* en nuestro ordenamiento exigirá ensamblar otras muchas piezas, en su mayoría de carácter procesal. Sin desmerecer en importancia ninguna de estas piezas, me detengo solo en dos de ellas por considerarlas angulares en la configuración del futuro modelo y de su éxito.

La primera es la que cabría denominar «fase de certificación» o «fase de admisión de la demanda». Como denotan ambas expresiones, esta fase tendría por objeto el control judicial —a *limine* y de forma contradictoria, esto es, con presencia y facultades de alegación y prueba tanto para la entidad accionante como para el llamado a ser demandado— de que concurren los requisitos intrínsecos a las acciones de representación. Se trataría, más gráficamente, del trámite equivalente a la fase de *certification* de las *class actions*; y los requisitos sometidos a fiscalización en ella los mismos cuatro que en estas últimas<sup>52</sup>, aunque con una notable diferencia.

La diferencia en cuestión afecta al requisito consistente en que el organismo o asociación accionante se considere representante adecuado de los intereses y derechos de quienes en principio están llamados a ser representados en la acción (*adequacy of representation*). Y es que, bien mirado, este requisito debe entenderse cumplido *ex lege* e integrado en la propia designación de las entidades habilitadas para ejercitar acciones de representación. Los únicos extremos fiscalizables en este punto serían, por tanto, aquellos previstos en la Directiva: la correspondencia entre la finalidad estatutaria de la entidad demandante y la concreta acción afirmada, así como la razonabilidad de la tutela impetrada (o, en negativo, que la demanda no es manifiestamente infundada).

En lo demás, esta fase estaría destinada a comprobar (i) que la tutela solicitada es la que razonablemente pediría cualquiera de las personas afectadas por el hecho dañoso (*typicality*); (ii) que estas últimas lo son en número suficiente como para justificar el ejercicio de esta clase de acciones en lugar de su ejercicio individualizado (*numerosity*); y (iii) que entre los casos subyacentes existe suficiente similitud u homogeneidad (*commonality*).

Ni que decir tiene que, de los tres, es este último requisito es el que reviste mayor complejidad. A la sazón, implica discernir si entre los casos subyacentes predominan las cuestiones comunes sobre las individuales (*predominance*) o, desde la perspectiva inversa, si las circunstancias particulares de quienes en principio estarían representados en la acción de representación

---

<sup>52</sup> Cfr. *supra*, nota 6.

son determinantes de la tutela solicitada. Naturalmente, de apreciarse esto último, el requisito de la homogeneidad no se dará y, en consecuencia, la demanda no deberá admitirse.

En este orden de cosas, importa sopesar si llevar al texto de la ley ciertos parámetros de los que pueda servirse el juez en aras a saber cuándo concurre el requisito de la homogeneidad y cuándo no<sup>53</sup>. La propuesta de Ferreres Comella (Garnica *et al.*, 2021) en este sentido bien puede servir como punto de partida. Así, para el autor, no concurre el requisito de homogeneidad cuando:

- «(i) la acción restitutoria se vincule a la anulabilidad de un negocio jurídico por concurrencia de circunstancias que invaliden o vicien el consentimiento prestado;
- (ii) para la determinación del carácter ilícito (antijurídico) de la conducta que la parte actora reproche al demandado, sea necesario tomar en consideración la confianza o expectativas que aquella conducta haya podido generar en cada uno de los consumidores afectados [...];
- (iii) para la determinación del nexo causal entre la conducta jurídicamente reprochable y el daño reclamado que se afirma sufrido por los consumidores afectados sea necesario tomar en consideración y practicar prueba específica de las circunstancias particulares concurrentes en cada uno de aquellos; y
- (iv) para la determinación del daño resarcible sea imprescindible atender a las circunstancias particulares de cada consumidor representado; y, en particular, cuando para la determinación del daño sufrido por cada uno de los consumidores representados sea imprescindible la práctica de prueba pericial individualizada».

La segunda pieza que debería llevarse al texto de la futura reforma es el régimen de coordinación entre acciones de representación y acciones individuales.

Sobre este régimen, dicho está que la Directiva otorga una “peculiar” eficacia probatoria a las resoluciones (o decisiones administrativas) que declaren la existencia de una infracción respecto de posteriores procesos en los que se ejerciten acciones resarcitorias con base en la misma infracción y frente al mismo empresario. Y no solo esto. Impone, además, que se otorgue eficacia suspensiva (o interruptiva) a las acciones de representación en curso respecto de los plazos de prescripción aplicables a las acciones que puedan promoverse posteriormente por la misma infracción (art.16). A la luz de la experiencia propia y comparada, no parece exagerado afirmar que esta segunda previsión es de una gran trascendencia, y no solo por desprover de objeto al tan controvertido tema del cómputo del plazo de prescripción de las

<sup>53</sup> Tampoco, respecto de otros requisitos, habría que descartar esta misma conveniencia. Así, por ejemplo, resultaría también sensato objetivar el número mínimo de afectados para considerar cumplido el estándar de la *numerosity*, a similitud de lo previsto en la legislación alemana para las acciones colectivas declarativas (*Musterfeststellungsklagengesetz*) y de lo exigido para las *class actions* estadounidenses. Sobre esto, Corominas Bach (2019:10).

acciones personales —que también—<sup>54</sup>, sino por poner coto a los casos en que los procesos colectivos “se vuelven en contra” de los consumidores por expirar durante su transcurso el plazo para reclamar los daños padecidos o la restitución de lo que se les adeuda.

Pero, ¿*quid* del supuesto en que, al tiempo de promoverse una acción de representación (para solicitar medidas resarcitorias, se entiende) se encuentre pendiente un proceso promovido a título individual por quien resultó afectado por el mismo hecho o práctica que sirve de base a aquella? Como tantas otras, esta cuestión no encuentra respuesta en la Directiva, con lo que habrá que procurarla a nivel interno pero en consonancia, a su vez, con el Derecho de la Unión.

En este sentido, no está de más recordar que, a colación de las tan traídas y llevadas cláusulas suelo, hace años que el Tribunal de Justicia enfrentó este asunto, viniendo a señalar, en lo que interesa, que es opuesto al Derecho de la Unión (en concreto, a la Directiva 93/13/CEE) supeditar el curso del proceso individual al colectivo, decretando la suspensión de aquel primero sin que el consumidor afectado cuente con la posibilidad de desvincularse de la acción colectiva<sup>55</sup>.

El recordatorio viene a cuento porque, puestos a idear una solución general para esta cuestión, una en principio plausible sería que, advertida la pendencia de un proceso de representación, el juez del proceso individual se dirigiese al consumidor, a efectos de que en un plazo breve manifestase su voluntad de seguir adelante con la acción individual o de sumarse al proceso colectivo<sup>56</sup>. Si la voluntad del demandante individual fuera esta última y en el proceso colectivo operase el *opt-in*, lo propio sería permitirle desistir de la acción individual sin condena en costas. En cambio, para el caso de que el demandante quisiera proseguir con su proceso individual y en el colectivo rigiera la regla del *opt-out*, entiendo que lo procedente no sería la suspensión del proceso individual a expensas de que concluya el proceso colectivo —solución que, opino, comportaría *de facto* la imposibilidad de desvincularse de la acción de representación— *sino que ambos procesos siguieran sus respectivos cursos*.

<sup>54</sup> Cfr., entre las más recientes, SSTJUE de 10 de junio de 2021, *BNP Paribas Personal Finance*, C-766 a C-782/19; 16 de julio de 2020, *Caixabank y BBVA*, C-224/19 y C-259/19; 9 de julio de 2020, *Raiffeisen Bank y BRD Groupe Société Générale*, C-698/18 y C-699/18; y 13 de septiembre de 2018, *Profi Credit Polska*, C-176/17.

<sup>55</sup> Cfr. STJUE de 14 de abril de 2016, *Sales Sinués y Drame Ba*, C-381/14 y C-385/14. Sobre esta sentencia y sus derivas en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, véase Aguilera Morales (2017:111-127); Cerdón Moreno (2017: 217 y ss.); y Senés Motilla (2018:199-203).

<sup>56</sup> A este y otros muchos efectos —piénsese, p.ej., en la acumulación de procesos, en la eventual eficacia de cosa juzgada de las resoluciones o acuerdos respecto de procesos posteriores, en la ejecución, e incluso en la posibilidad de recabar datos estadísticos— sería más que oportuna la creación de un registro electrónico de acciones de representación.

Más compleja se presenta la cuestión consistente en qué eficacia está llamada a desplegar la pendencia de un proceso colectivo así como las resoluciones firmes que le pongan fin respecto de ulteriores procesos promovidos a título individual con el mismo objeto y frente al mismo empresario.

Como he mantenido en otro lugar (Garnica *et al.*, 2021), en este punto convendría distinguir según que (i) el inicio del proceso individual se produzca antes de precluir el plazo para ejercitar la opción en el proceso de representación; o (ii) una vez precluido este.

En el primer caso, el consumidor debería indicar en su demanda que es consciente de la pendencia del proceso colectivo, pero que, aun así, prefiere promover un proceso individual. De no hacerse esta manifestación, el juez del proceso individual debería proceder conforme a lo indicado más arriba, es decir, habría de requerirle para que en un breve plazo expresase su voluntad de reclamar individualmente (y ejercitar, por tanto, su facultad de *opt-out*) o de sumarse a la acción de representación (y quedar vinculado, en consecuencia, por los resultados que se sigan a esta última).

En el segundo, en cambio, lo razonable sería que el juez del proceso individual pusiese fin a este último. Significa esto, más claramente, que con la preclusión del plazo para ejercitar el *opt-out* precluiría asimismo la posibilidad de promover acciones individuales por parte de quienes en su momento no ejercitaron expresamente la facultad de auto-excluirse del proceso colectivo. O, de otro modo: que estos últimos quedarían alcanzados por la eficacia de cosa juzgada de la sentencia que ponga fin a los procesos colectivos independientemente de cuál fuera su signo —estimatorio o desestimatorio. A este respecto, importa reparar en que, si lo resuelto en los procesos para obtener medidas resarcitorias careciera de efectos respecto de ulteriores procesos individuales, aquellos primeros perderían buena parte de su efectividad práctica. Y, más allá: que constreñir el alcance subjetivo de la cosa juzgada exclusivamente a las sentencias estimatorias (*secundum eventum litis*), resultaría sumamente insatisfactorio desde la perspectiva del empresario, pues este no obtendría rédito alguno del dictado de una sentencia desestimatoria de la acción resarcitoria.

## CONCLUSIÓN

Sirvan, a modo de conclusión, estas sencillas ideas:

En materia de tutela colectiva —representativa, si se prefiere— conviene hacer *tabula rasa* de la regulación actual y prever en su lugar una regulación unitaria y sistemática que contemple un procedimiento especial de ancho espectro material, reconozca al juez amplios poderes de control, erija al *opt-out* en regla y exonere a estos procesos de rigideces formales.

Obviamente la nueva regulación deberá incorporar cuantas previsiones impone la Directiva, aunque también otros aspectos solo esbozados en ella como

significadamente ocurre con la fase de certificación de las acciones de representación y con la relación entre estas últimas y las acciones individuales.

Y aún convendrá atender a esta otra obviedad: la de que una visión estratégica de la tutela colectiva en nuestro sistema debería tener presente que el ejercicio jurisdiccional de las acciones de representación es solo una pequeña parte de la efectividad deseada y, por ende, que deberían impulsarse en paralelo soluciones alternativas de resolución de controversias.

## FUENTES CITADAS

### A. Bibliografía

- Aguilera Morales, M. (2021). *Unos mismos hechos. Un ensayo sobre las contradicciones fácticas en los procesos*. Marcial Pons.
- Aguilera Morales, M. (2017). Articulación procesal de acciones individuales y colectivas en defensa de los consumidores a la luz del Derecho de la Unión. *Revista española de Derecho europeo* (63). 111-127. <https://orcid.org/0000-0002-8380-1473>
- Ariza Colmenarejo, M.J. (2018) Ejecución de acciones colectivas en España y en la Unión Europea. En T. Armenta y S. Puigvert (Coords.). *Acciones Colectivas. Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Marcial Pons. 253-271.
- Cordón Moreno, F. (2020) Examen de los instrumentos de tutela previstos en la Directiva del Parlamento y del Consejo, relativa a las acciones de representación para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 36. 166-180. [https://doi.org/10.18239/RCDC\\_2020.36.2639](https://doi.org/10.18239/RCDC_2020.36.2639).
- Cordón Moreno, F. (2017). Acción colectiva e individual para la defensa de los derechos de los consumidores. *Derecho privado y Constitución* (31).
- Corominas Bach, S. (2020) Las futuras transacciones colectivas en la Unión Europea: ¿escrutinio judicial o principio dispositivo? En A. Montesinos (Dir.) y M.J. Catalán (Ed.) *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*. Tirant lo Blanch. 303-317.
- Corominas Bach, S. (2019). El nuevo modelo alemán de la acción declarativa: ¿una tutela efectiva del dieselgate?, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 49.
- Corominas Bach, S. (2018a). *Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto al futuro*. Tirant lo Blanch.
- Corominas Bach, S. (2018b). La financiación de las acciones colectivas en la Unión Europea: un análisis crítico a partir de la experiencia comparada. En T. Armenta y S. Puigvert (Coords.). *Acciones Colectivas. Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Marcial Pons. 297-313.
- Ferreres Comella, A. (2017) Algunas pautas para regular adecuadamente las acciones colectivas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 45.
- Ferreres Comella, A, y López Argumedo, A. (2012). Las limitaciones del sistema de tutela colectiva de intereses individuales homogéneos dispuesto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. Una propuesta inicial de sistemas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº extra.
- Gárnica Martín, J.F., Ferreres Comella, A., Díez-Picazo Giménez, Aguilera Morales, M. (2021) Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, *Diario La Ley* (en prensa).

- Gascón Inchausti, F. (2020). ¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?, *Cuadernos de Derecho transnacional*, volumen 12, nº 2. 1290-1323.
- Gascón Inchausti, F. (2010). *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*. Civitas.
- Gascón Inchausti, F. (2005). Acciones colectivas y acciones inhibitorias para la protección de los consumidores en el proceso civil español: el papel de las asociaciones de consumidores. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/26650/>
- Gutiérrez de Cabiedes, P. (2018) Acciones colectivas: pretensiones y legitimación. En T. Armenta y S. Puigvert (Coords.). *Acciones Colectivas. Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Marcial Pons. 17-59.
- López Jiménez, J.M. (2021). La protección de los consumidores y las acciones de representación. Una primera aproximación a la Directiva (UE) 2020/828, *Diario La Ley*, nº 9834.
- Martín Pastor, J. (2019). La tutela de los intereses colectivos de los consumidores en España y en la Unión Europea: de las acciones colectivas de cesación a las acciones representativas de cesación y reparación. En M. Ortells y L.A. Cucarella (Coords.) *Litigiosidad Masiva y eficiencia de la Justicia civil*. Aranzadi. 121-175.
- Montesinos García, A. (2020). Prólogo. En A. Montesinos (Dir.) y M.J. Catalán (Ed.) *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*. Tirant lo Blanch. 11-15.
- Montesinos García, A. (2018). La tutela extrajurisdiccional de los derechos e intereses colectivos. *Indret* 3. 1-54
- Nieva-Fenoll, J., Online dispute resolution for small claims: is this the only realistic solution?. *Revista italo-española de Derecho Procesal* (pendiente de publicación).
- Ormazabal Sánchez, G. (2020a). Los ejes fundamentales de las acciones colectivas. Un intento de clarificación y propuestas de *lege ferenda*. *Justicia*, nº 2. 47-118.
- Ormazabal Sánchez, G. (2020b). El “dieselgate” ante los tribunales alemanes y norteamericanos: lecciones que cabe extraer respecto del tratamiento de la litigación masiva, *Indret*, 3.
- Ortego Pérez, F. (2018). Las acciones colectivas en la Ley de Enjuiciamiento Civil: propuestas de *lege ferenda*. En T. Armenta y S. Puigvert (Coords.). *Acciones Colectivas. Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Marcial Pons. 135-150.
- Ortells Ramos, M. (2021). Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo. Jueces y CGPJ ante los litigios en masa. *Revista General de Derecho procesal*, 54.
- Planchadell Gargallo, A. (2017) Acuerdos y acciones colectivas: ¿Una posibilidad real?, en A.I. Blnaco (ed.lit). *Mediación Civil*, vol. I. Tirant lo Blanch. 73-92.
- Planchadell Gargallo, A. (2014). *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español (un estudio comparado)*. Tirant lo Blanch.
- Sande Mayo, M.J. (2018). La configuración de los procesos colectivos sobre un modelo mixto de *opt-in* y *opt-out*. 121-134.
- Sánchez López, J. (2018). Acciones colectivas y ejercicio de facultades dispositivas. En T. Armenta y S. Puigvert (Coords.). *Acciones Colectivas. Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Marcial Pons. 61-91.
- Sánchez López, J. (2014). La legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios. En E. Carbonell (Dir.) y R. Cabrera (Coord.). *Intereses colectivos y legitimación activa*. Aranzadi. 207-237.
- Sánchez López, J. (2011). *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*. Comares.
- Sánchez Rivera, P. (2018). La financiación de las acciones colectivas y la *third party funding*, especial referencia a la experiencia en Australia y Estados Unidos. En T. Armenta y S. Puigvert (Coords.). *Acciones Colectivas. Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Marcial Pons. 315-322.

Senés Motilla, C. (2018). Vinculación de procesos por acciones colectivas e individuales de los consumidores en materia de condiciones generales de la contratación». En T. Armenta y S. Puigvert (Coords.). *Acciones Colectivas. Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Marcial Pons. 199-219.

## B. Legislación y jurisprudencia

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 (DO L 409, 4.12.2020).

Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daño envirtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados Miembros y de la Unión Europea (DO L 349, 5.12.2014).

Directiva 2009/22/CE del Parlamento y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los consumidores (DO L 110, 1.05.2009).

Directiva 98/27/CE del Parlamento y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los consumidores (DO L 166, 11.6. 1998).

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (DO L 95, 21.04.1993).

RD Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (BOE núm. 18, 21.01.2017).

Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE núm. 280, 21.11.2021).

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159, 04.07.2007).

RD 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 núm. 287, 30.11.2007).

Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de consumidores y usuarios (BOE núm. 259, 29.10.2002).

Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (BOE núm. 11, 12.01. 1996).

Sentencia TJUE (2021). *BNP Paribas Personal Finance*, C-766 a C-782/19. ECLI: EU:C:2021:470.

Sentencia TJUE (2020). *Caixabank y BBVA*, C-224/19 y C-259/19. ECLI: EU:C:2020:578.

Sentencia TJUE (2020). *Raiffeisen Bank y BRD Groupe Société Générale*, C-698/18 y C-699/18. ECLI: EU: C:2020:537.

Sentencia TJUE (2018). *Profi Credit Polska*, C-176/17. ECLI: EU:C:2018:711.

Sentencia TJUE (2016). *Sales Sinués y Drame Ba*, C-381/14 y C-385/14. ECLI: EU:C: 2016:252.

Sentencia TS 861/2020 (29 dic.). ECLI:ES:TS:2020:861.

Auto AP VI 80/2020 (24 jun.). ECLI: ES:APVI:2020:418A.

Auto AP M 149/2020 (18 sept.). ECLI: ES:APM:2020:5755A.

Auto AP V 173/2020 (6 de oct.). ECLI: ES:APV:2020:2737A.

Auto AP M 148/2018 (21 de sept.). ECLI: ES:APM:2018:4176A.