

TUTELA COLECTIVA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS: LA PROYECTADA TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA 2020/1828 SOBRE ACCIONES DE REPRESENTACIÓN

Yolanda De Lucchi López-Tapia
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Málaga

I. EL EQUILIBRIO ENTRE EL ACCESO A LA JUSTICIA DE CONSUMIDORES Y EMPRESARIOS

La regulación de mecanismos eficaces en materia de acceso a la justicia de consumidores y usuarios ha sido fruto de constante preocupación en el legislador europeo¹. Dado que la globalización y la digitalización aumentan exponencialmente el riesgo de que gran número de consumidores se vean perjudicados por una misma práctica ilícita que, además, en muchas ocasiones, afecta transfronterizamente a aquellos, la falta de medios eficaces para que los consumidores puedan poner fin a las prácticas ilícitas y ser resarcidos, debilita la confianza en el mercado interior y puede provocar la distorsión de la competencia leal entre aquellos empresarios que incumplen la normativa y aquellos que sí la cumplen.

Esta preocupación del legislador se ha manifestado de una forma bidireccional, bien hacia la regulación o armonización de mecanismos alternativos diversos que integran el concepto de “acceso a la justicia”, distinto del acceso a tribunales², ya sea bien a través de la utilización de recursos colectivos que pretenden aunar esfuerzos con resultado eficaz en la tutela judicial -o administrativa, ya que, en algunos Estados, puede darse esa posibilidad- de los afectados.

En este último apartado se encuentra uno de los últimos paradigmas en esa armonización europea del derecho procesal civil como es la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE. Los esfuerzos legislativos en torno a esta homogeneización son fruto de una evolución larga y complicada que finalmente ha desembocado en el instrumento que ahora analizamos³, donde se establece un plazo de dos años para que los Estados adapten sus legislaciones. Dicho plazo finalizó en diciembre de 2022, momento en el que el Gobierno de España presentó un Anteproyecto

¹ El artículo 169, apartado 1 y apartado 2, letra a), del TFUE establece que la Unión ha de contribuir a alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores mediante medidas que adopte en virtud del artículo 114 del TFUE. El artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone que en las políticas de la Unión ha de garantizarse un nivel elevado de protección de los consumidores.

² ROMERO PRADAS, M.I. incide en que, en los trabajos de la Comisión Europea cuando se utiliza la expresión acceso a la justicia no se hace de forma limitada al acceso a tribunales ordinarios o especializados, sino incluyendo otras instancias de diversa naturaleza, como la mediación, conciliación o arbitraje. “El acceso de los consumidores a la justicia y la solución de los conflictos de consumo”. *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*. Valencia, 2022, p. 43.

³ Vid una excelente referencia a los antecedentes legales de esta Directiva en PLANCHADELL GARGALLO, A. *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, N.º. 5, 2022, págs. 276 Y SS.

de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, que se encuentra actualmente en tramitación. En todo caso, el art. 24.1 de la Directiva determina que se aplicarán, las disposiciones previstas en la misma a partir de junio de 2023, si los Estados no han cumplido con la obligación de su correspondiente transposición.

El presente capítulo tiene como objetivo, no tanto el estudio de la propia Directiva, sobre la cual existen ya excelentes trabajos doctrinales que aquí reseñaremos debidamente, sino de la opción elegida por el prelegislador español para adaptar nuestros mecanismos de acceso a la justicia de consumidores y usuarios, de manera que se analizarán debidamente si se han cumplido los parámetros europeos en la armonización perseguida.

Vaya por delante que, como se ha señalado en numerosas ocasiones, aun siendo conscientes de que las Directivas como instrumentos legislativos europeos tienen como característica principal ser una directriz al legislador interno, esta en concreto establece unos mínimos muy mínimos, de manera que se ha llegado a calificar como equivalente a una mera Recomendación, ya que algunas de las previsiones más «atrevidas» se presentan como facultativas para los Estados miembros⁴. Así, será francamente difícil que España no cumpla con su deber de armonizar, pero es una buena ocasión para analizar las mejoras en esta materia y la prospección de futuro, sobre todo. De otro lado, España ya contaba con un modelo de tutela colectiva regulado en la LEC, aunque adolecía de defectos que el futuro modelo pergeñado en el Anteproyecto debe tratar de paliar y mejorar. Es una oportunidad de oro para que la tutela colectiva en España alcance los niveles de eficiencia deseados y que destierren prácticas habituales procesales que en nada favorecen al sistema, como los llamados “pleitos-masa”.

Antes de iniciar con el recorrido comparativo entre ambos instrumentos, conviene señalar los propios objetivos de la Directiva señalados en su art. 1 y que sirven de criterio interpretativo a la hora de analizar las propias disposiciones. Tal y como hemos rubricado el presente epígrafe, a modo de introducción, el objetivo principal de la Directiva puede sintetizarse en una mejora sustancial del acceso a la justicia, tanto de consumidores y usuarios como de los propios empresarios, en el sentido que explicaremos en las siguientes líneas. Sigue el Parlamento Europeo la línea de cumplir con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la ONU en su Agenda 2030, cuyo objetivo nº 16 se concentra en alcanzar “Justicia para todos”.

Son dos, pues, las finalidades esenciales del instrumento de armonización legislativa, que se encuentran en planos diametralmente opuestos pero complementarios⁵; por un lado, se quiere potenciar un mecanismo que proteja adecuadamente los intereses de los consumidores en sus reclamaciones judiciales, franqueando el acceso a la justicia e impulsando la eficiencia judicial⁶; de otro, el sistema debe proporcionar seguridad también a los empresarios, que deben estar protegidos de los posibles abusos en una regulación que pudiera ser excesivamente laxa en el ejercicio de acciones colectivas.

⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F. “¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?”. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, p. 1297.

⁵ El art. 1 de la Directiva establece: establece el citado precepto que “La presente Directiva establece normas para garantizar que en todos los Estados miembros se disponga de un mecanismo de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, al mismo tiempo que proporciona salvaguardias adecuadas para evitar un ejercicio abusivo de la acción procesal”.

⁶ AGUILERA MORALES, M. “Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la directiva (UE) 2020/182”. *Revista Española de Derecho Europeo* 78-79 | Abril – Septiembre 2021, p. 97.

Con respecto al primer objetivo, en la legislación europea de derechos humanos, el concepto de derecho de acceso a la justicia está consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, que garantizan el derecho a un proceso equitativo y a un recurso efectivo, según la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), respectivamente. Estos derechos también están recogidos en instrumentos internacionales, como el apartado 3 del artículo 2 y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas (PIDCP) y los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (DUDH). Elementos fundamentales de estos derechos son el acceso efectivo a un órgano de resolución de litigios, el derecho a un proceso equitativo y a la resolución diligente de litigios, el derecho a un recurso adecuado y la aplicación general de los principios de eficiencia y eficacia a la administración de justicia⁷. En el ámbito específico del acceso a la justicia de los consumidores⁸, la Unión Europea ha venido insistiendo en la necesidad añadida a estos elementos de eliminar las barreras que pueden obstaculizar dicho acceso sobre las bases de tres parámetros como son el tiempo, el coste económico y la eficacia conseguida⁹. No obstante, el concepto de acceso a la justicia trasladado al ámbito de consumidores se torna en un tema poliédrico que requiere una visión individualizada que atienda a los requerimientos específicos de cada relación de consumo determinada¹⁰.

Con respecto al segundo objetivo, como lo ha denominado GASCÓN INCHAUSTI, el *leitmotiv* recurrente de evitar abusos¹¹, es manifiestamente patente que el legislador europeo pretende equilibrar la balanza en este diseño de modelo de tutela colectiva, protegiendo al empresario de posibles utilizaciones fraudulentas de las acciones de representación, que otorgan sin duda alguna, de un instrumento empoderante a consumidores y usuarios. Si la confianza del mercado interior se debilita por la falta de cauces adecuados para una tutela judicial efectiva de consumidores -por las razones que todos conocemos de asimetría y debilidad en su posición individual-, el ejercicio abusivo de acciones debilita el mercado de oportunidades de empresarios, que puede amilanar la proyección económica de un Estado.

Así, se establecen salvaguardias que protegen a los empresarios:

-Se establece la obligación de evitar en el modelo interno de cada Estado la imposición de los llamados daños punitivos, tan característicos del sistema estadounidense -*punitive damages*-, como aquellas medidas indemnizatorias de carácter meramente sancionador y no resarcitorio¹².

⁷ FRA (European Union Agency for Fundamental Rights). *Access to justice in Europe: an overview of challenges and opportunities*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones, 2011 p. 9.

⁸ Sobre el derecho de acceso a la justicia de consumidores y usuarios, vid. CATALÁN CHAMORRO, M.J. 2018. «El Derecho Fundamental de Acceso a la Justicia de los Consumidores». *Estudios de Deusto* 66, n.º 2, 2018, pp. 323-346 que realiza un estudio de la obra de referencia de CAPPELLETTI y GARTH.

⁹ ROMERO DE PRADAS, M.I. *op. cit.*, p. 43.

¹⁰ GUZMÁN FLUJA, V. “Acceso a la justicia de los consumidores revisitado en el auge de la inteligencia artificial”. *Hacia una tutela efectiva*....*cit.* p. 865.

¹¹ GASCON INCHAUSTI, F. “Hacia un nuevo régimen de acciones colectivas en Derecho español: retos en la trasposición de la Directiva 2020/1828”. *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2022

¹² Vid. entre otros, DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. “Daños punitivos en la tradición continental”. *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo / Justo García Sánchez (dir.)*, Vol. 11, 2021 (Tradición y recepción romanísticas. / coord. por Pedro Resina Sola), pp. 129-150

-Se establece la obligación de fijar un control *a priori* en la determinación de las entidades que van a estar legitimadas para el ejercicio de las acciones colectivas -entidades habilitadas-,

-Se establece la obligación de controlar la financiación de éstas.

-Se establece un control por parte del juez de demandas manifiestamente infundadas (art. 7.7)¹³

-Se diseña el modelo del abono del coste del proceso con base en el principio de vencimiento objetivo, de manera que los empresarios puedan recuperar los gastos de procesos en los que no se ha apreciado una conducta ilícita por su parte. Ahora bien, esta última previsión debe complementarse adecuadamente con previsiones normativas que corrijan la inicial asimetría en garantías de éxito de los consumidores y en esa materia, el acceso a la información y a las fuentes de prueba supone un puntal de radical importancia. No puede permitirse que el empresario no sea condenado por una práctica ilícita por dificultades en el acceso a las fuentes de prueba, que puede guardar este celosamente y no permitir su acceso al consumidor, lo que merma sus posibilidades de éxito en el proceso.

Sin embargo, a pesar de este *desiderátum*, es necesaria la confluencia de muchos factores en el diseño y práctica del modelo de tutela colectiva para considerar que se mejora sustancialmente el acceso a la justicia de consumidores y usuarios.

II. EL MODELO DE TUTELA COLECTIVA PREVISTO EN LA DIRECTIVA 1828/2020

1. Características principales de las instrucciones que contiene la Directiva

Con la vista puesta en la afirmación realizada en el epígrafe anterior, en el que destacábamos la tibieza de la Directiva a la hora de establecer una regulación mínima en la materia, son varias las características del diseño del modelo de tutela colectiva:

-El ámbito objetivo de aplicación se extiende a los sectores de consumo regulados por la normativa señalada en el Anexo 1 de la propia Directiva 1828/2020¹⁴, entendidos

¹³ “Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales o las autoridades administrativas puedan decidir desestimar los asuntos manifiestamente infundados en la fase más temprana posible del procedimiento de conformidad con el Derecho nacional”.

¹⁴ Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje, protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores, determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de comercio electrónico, medicamentos para uso humano, seguridad general de los productos, servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, seguridad alimentaria, compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, publicidad engañosa y publicidad comparativa, servicios en el mercado interior, derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo, derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril, contratos de crédito al consumo, aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, adquisición de productos vacacionales de larga duración, reventa y de intercambio para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad, clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, mercado interior de la electricidad, mercado interior del gas

aquellos en un sentido amplio¹⁵, ya que se incluyen, por ejemplo, la protección de datos personales. Sin embargo, se ha apartado del objetivo de la Directiva en el diseño del modelo a dos sectores que pueden beneficiarse de una tutela colectiva en el diseño propuesto como son el ámbito de las infracciones del derecho de la competencia y el ámbito de los daños medioambientales, ya que, en este último, Directiva solo protege al medio ambiente de manera anecdótica e indirecta, mediando siempre una relación de consumo¹⁶. No obstante, esto es importante señalarlo, el listado de ámbitos a los cuales deberá ser de aplicación el instrumento de tutela que diseñen los Estados no constituye *numerus clausus*, sino que, como establece la Directiva en su Considerando 18, “la decisión de aplicar las disposiciones de la presente Directiva a aspectos distintos de los incluidos en su ámbito de aplicación ha de seguir siendo competencia de los Estados miembros. Por ejemplo, los Estados miembros deben poder mantener o establecer legislación nacional que corresponda a las disposiciones de la presente Directiva con respecto a litigios no incluidos en el ámbito de aplicación del anexo I”. Cabe, por tanto, la extensión del ámbito de aplicación, pero, en ningún caso, lógicamente, la reducción del mismo, algo que exige expresamente la Directiva en su art. 1.1 *in fine*.

-El modelo diseñado en la Directiva y que deben implementar los Estados miembros no debe sustituir los mecanismos procesales nacionales existentes, pudiendo elegir la entidad habilitada -que es la legitimada para interponer la acción en el modelo previsto- cuál utilizar. No se impide, por tanto, que los Estados miembros adopten o mantengan en vigor

natural, el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía, seguro de vida, acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio, responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente, pagos transfronterizos en la Comunidad, etiquetado de los neumáticos en relación con la eficiencia en términos de consumo de carburante, productos cosméticos, prestación de servicios de comunicación audiovisual, etiqueta ecológica de la UE, derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables, gestores de fondos de inversión alternativos, derechos de los consumidores, derechos de los viajeros de autobús y autocar, información alimentaria facilitada al consumidor, eficiencia energética, transferencias y los adeudos domiciliados en euros, itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión, resolución alternativa de litigios en materia de consumo, resolución de litigios en línea en materia de consumo, contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, comercialización de instrumentos de pesaje de funcionamiento no automático, comercialización de material eléctrico destinado a utilizarse con determinados límites de tensión, mercados de instrumentos financieros, comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, traslado de cuentas de pago, acceso a cuentas de pago básicas los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados, productos de inversión basados en seguros, fondos de inversión a largo plazo europeos, medidas en relación con el acceso a una internet abierta y tarifas al por menor para comunicaciones intracomunitarias reguladas, viajes combinados y servicios de viaje vinculados, servicios de pago en el mercado, distribución de seguros protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, productos sanitarios, productos sanitarios para diagnóstico *in vitro*, portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado, fondos del mercado monetario marco para el etiquetado energético, medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior, Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes).

¹⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., *op.cit.*, p. 1298.

¹⁶ GARCIA ALVAREZ, L. “La aplicación en materia ambiental de las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. a propósito de la directiva (UE) 2020/1828. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal* Vol. 2, 2020. Procesos colectivos, p. 58.

medios procesales de protección de los intereses colectivos de los consumidores en el ámbito nacional. Sin embargo, deberán garantizarán que al menos un mecanismo procesal cumpla las disposiciones previstas en la Directiva.

-No establece la Directiva exigencias de armonización en cuestiones procedimentales. Tal y como establece en su Considerando 12, aquella no contiene disposiciones sobre cada aspecto del procedimiento en las acciones de representación. Por consiguiente, corresponde a los Estados miembros establecer normas, por ejemplo, sobre admisibilidad, prueba o vías de recurso, aplicables a las acciones de representación. Ahora bien, la laxitud en vía procedimental puede ser un arma de doble filo a través del cual se establezcan restricciones en el adecuado ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de los consumidores. Como señala GASCÓN INCHAUSTI¹⁷, la Directiva otorga facultades y deberes al tribunal directamente vinculados con la mejor tutela de los derechos de los consumidores y con la evitación de una utilización abusiva de las acciones colectivas; sin embargo, no se establecen deberes o límites en relación con la materialización de aquellos poderes, que habrían podido servir, entre otras cosas, para reforzar la confianza recíproca entre Estados miembros.

-No establece la Directiva directrices respecto al modelo de representación de consumidores a través de las acciones colectivas. En este sentido, existen dos posibilidades; o bien se elige el modelo de *opt-out*, en el que, para evitar que consumidores perjudicados por un hecho dañoso se vean afectados por la sentencia que se dicte en el proceso en el que se ha ejercido la acción colectiva, deberán haber ejercido previamente su derecho a excluirse del conjunto de consumidores representados por la entidad demandante; o bien se elige el modelo de *opt-in* que implica que, para que los consumidores afectados por un hecho dañoso se beneficien de la representación de la entidad y del proceso colectivo deberán solicitar expresamente la inclusión en la *clase*, de tal manera que la sentencia, aún sin haber intervenido en el proceso, les afectará y cercenará su posibilidad de litigar individualmente. En el caso del *opt out*, el consumidor individual seguirá manteniendo la posibilidad de ejercitar su acción individual.

GASCÓN achaca la neutralidad de la Directiva en este punto a la heterogeneidad de los sistemas procesales nacionales y la falta de voluntad de las instituciones europeas de alterar los equilibrios alcanzados al respecto en cada Estado miembro¹⁸.

No obstante, por lo que respecta al ejercicio de la acción de contenido resarcitorio, esto es para la reparación individual de los consumidores, el legislador europeo hace una matización que veremos en el posterior epígrafe.

2. Líneas generales para el diseño del modelo

2.1. Acciones de “representación”: contenido y legitimación para ejercitarlas

El boceto del modelo de tutela colectiva realizado por la Directiva se centra en el ejercicio de las llamadas acciones de representación, que ella misma define como “toda acción para la protección de los intereses colectivos de los consumidores ejercitada por una entidad

¹⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F. *Op. cit.*, p. 1318

¹⁸ *Ibidem*, p. 1301.

habilitada como parte demandante en nombre de los consumidores” [(art. 3.5)], distinguiendo entre una acción de representación nacional o transfronteriza según se ejerza la misma por una entidad habilitada en el mismo Estado en el que se ejercita la acción o se ejerza la acción por una entidad habilitada en un Estado diferente al en el que se está ejercitando la acción.

El ejercicio de las acciones de representación tutelan los intereses colectivos de los consumidores que abarca tanto el interés que tradicionalmente se ha denominado supraindividual como los intereses individuales homogéneos¹⁹, ya que las pretensiones que se pueden incorporar a la acción de representación son la solicitud de una medida de cesación de la práctica ilícita del empresario, o una medida resarcitoria, que aspira a conseguir la reparación del daño causado individualmente, obligando al empresario a proporcionar soluciones a los consumidores afectados, como la indemnización, la reparación, la sustitución, la reducción del precio, la resolución del contrato o el reembolso del precio pagado. No hace referencia, sin embargo, la Directiva a la distinción entre intereses colectivos y difusos de los consumidores en función de la determinación o indeterminación de los afectados por un hecho ilícito derivado del consumo.

La posibilidad de incorporar la solicitud de una acción resarcitoria constituye, por tanto, una novedad plausible de la Directiva, que viene a paliar esta ausencia notable en la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, ahora derogada. La Directiva del 2009 permitía a las entidades habilitadas el ejercicio de acciones de representación destinadas principalmente a la cesación o prohibición de infracciones del Derecho de la Unión que fuesen perjudiciales para los intereses colectivos de los consumidores, pero no abordaba suficientemente las dificultades relativas para hacer cumplir la normativa en materia de consumo. Así que para reforzar la disuasión de las prácticas ilícitas y reducir el perjuicio ha sido necesario reforzar los mecanismos procesales de protección de los intereses colectivos de los consumidores, incluyendo tanto medidas de cesación como medidas resarcitorias (Considerando 5).

Ahora bien, cada una de estas medidas en el fondo cualifica el ejercicio de la acción de un modo u otro. Así, una de las cuestiones sobre las que incide la Directiva es la relación entre ejercicio de acciones colectivas y acciones individuales, sobre todo cuando se solicita el resarcimiento, puesto que se trata de tutelar intereses individuales homogéneos que repercute en la esfera individual de cada consumidor afectado, mientras que las acciones de cesación tutelan un interés supraindividual de manera que tutelado el interés de un consumidor, tutelados los de los demás. En este sentido, establece el art. 9.2 que “los Estados miembros regularán la manera y la fase de la acción de representación para obtener medidas resarcitorias en que los consumidores individuales afectados por la acción de representación manifiesten expresa o tácitamente su voluntad, dentro de un plazo adecuado después de haberse ejercitado dicha acción de representación, de ser representados o no por la entidad habilitada en dicha acción de representación y de quedar vinculados o no por el resultado de la acción de representación”, de manera que es necesario que se adopte algún tipo de modelo opt in u opt out para no obligar a la representación, digamos forzosa. Algo que, por la naturaleza del interés que se tutela en las acciones de contenido cesatorio, no es de obligada exigencia (art. 8.3). A pesar de la inicial neutralidad de la Directiva en el sentido anteriormente expuesto, el apartado 3 del

¹⁹ Para una distinción entre tipos de intereses susceptibles de ser tutelados a través de una acción colectiva vid. mi obra *La tutela jurisdiccional civil de los intereses de consumidores y usuarios*. Madrid, 2005.

art. 9 resulta ser más estricto con relación al ejercicio de una acción resarcitoria transfronteriza, puesto que, en estos caso, los Estados miembros velarán por que los consumidores individuales que no residan habitualmente en el Estado miembro del órgano jurisdiccional o autoridad administrativa ante el que se haya ejercitado una acción de representación estén obligados a manifestar expresamente su voluntad de ser representados en dicha acción de representación a fin de quedar vinculados por el resultado de esta. Se trata, lógicamente de intentar homogenizar ordenamientos en aquellos supuestos en los que se encuentren involucrados dos o mas Estados.

El art. 4 atribuye legitimación para ejercer las acciones de representación a las entidades habilitadas para tal fin, de manera que solamente ellas están legitimadas para interponer este tipo de acciones, lo que constituye un rasgo definitorio de lo que se ha denominado la *European way to collective redress*²⁰. Desde la óptica de nuestro derecho procesal interno, esta legitimación constituye un tipo de legitimación representativa, término acuñado y definido por DE LA OLIVA SANTOS hace ya dos décadas como aquel tipo de legitimación en la que la parte pretende una tutela jurisdiccional basada en un derecho ajeno, pero que, a diferencia de los legitimados por sustitución, no actúa en interés propio, sino en interés de los titulares de los derechos esgrimidos y, a diferencia del representante, aquel es la verdadera parte del proceso²¹

El ejercicio de estas acciones colectivas no cierra la puerta al ejercicio de acciones individuales, aunque deberá regularse por los derechos internos si se opta por un sistema de opt-in o uno de opt-out, ya que la Directiva ha omitido cualquier exigencia al respecto. Por entidad habilitada entiende la propia Directiva toda organización u organismo público que represente los intereses de los consumidores, que haya sido designado como tal por un Estado miembro para el ejercicio de acciones de representación de conformidad con la presente Directiva [art.3.4)], de manera que esta exigencia de “habilitación” permite un control por los Estados miembros respecto a la seriedad y potencialidad de dichas entidades para llevar a cabo dicha función²², viéndose reforzado dicho control respecto de entidades habilitadas para el ejercicio de una acción de representación transfronteriza, puesto que la Directiva concreta los requisitos (art. 4.3) que deben tener las entidades para que sean habilitadas y otorga a la Comisión Europea un control posterior de vigilancia de las mismas (art. 5).

De esta manera, si se trata de una entidad habilitada nacional para ejercitar acciones de representación nacionales, la Directiva deja a criterio de los Estados el establecimiento de requisitos para ostentar el título habilitante con el único límite que sea conforme con los objetivos de la presente Directiva, pero, si se trata de una entidad para el ejercicio de una acción transfronteriza, la Directiva obliga a los Estados a exigir los siguientes requisitos para obtener el título habilitante, que son los siguientes (art. 4.3):

-Que se trate de una persona jurídica constituida de conformidad con el Derecho nacional del Estado miembro de su designación y pueda demostrar que ha desempeñado de manera efectiva y pública una actividad durante doce meses en el ámbito de la protección de los intereses de los consumidores antes de su solicitud de designación;

²⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F. *Op. cit.*, p. 1299.

²¹ DE LA OLIVA SANTOS, A. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 10)*. (con DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ y BANACLOCHE PALAO). Madrid, 2001, p. 97.

²² PLANCHADELL GARGALLO, A. *Op. cit.*, p. 285.

- Que su finalidad estatutaria demuestre que tiene un interés legítimo en proteger los intereses de los consumidores tal como establecen las disposiciones del Derecho de la Unión que se recogen en el Anexo I de la Directiva;
- Que se trate de una entidad sin ánimo de lucro;
- Que no está incurso en un procedimiento de insolvencia ni esté declarada insolvente;
- Que sea independiente y no esté influida por personas distintas de los consumidores, en particular, por empresarios, que tengan un interés económico en el ejercicio de cualquier acción de representación;
- Que proporcione publicidad en términos claros y comprensibles, por cualquier medio adecuado, en particular en su sitio web, de información que demuestre que la entidad cumple los criterios, así como información sobre las fuentes de su financiación en general, su estructura organizativa, su gestión y composición, su finalidad estatutaria y sus actividades.

2.3. El coste del litigio colectivo. Financiación externa

Uno de los principales obstáculos para el ejercicio de acciones colectivas es el coste del litigio, que puede constituir un elemento disuasorio en la iniciación de un procedimiento de esta naturaleza. Las Entidades habilitadas no siempre gozan de la necesaria solvencia económica para afrontar dicho coste y la necesidad de equilibrar la balanza respecto del empresario, de manera que se siga manteniendo el criterio objetivo del vencimiento para la condena en costas no es precisamente un aliciente para el litigio.

Sin embargo, la Directiva considera que las acciones de representación persiguen el interés público mediante la protección de los intereses colectivos de los consumidores (Considerando 70), por lo que establece la necesidad de que los Estados mantengan o adopten medidas con objeto de garantizar que los costes asociados a los procedimientos no sean un obstáculo para que las entidades habilitadas ejerciten acciones de representación.

Entre esas medidas se encuentran la limitación de las tasas judiciales o administrativas aplicables, asistencia jurídica gratuita para las entidades habilitadas, o financiación pública para el ejercicio de acciones de representación, incluido apoyo estructural. Incluso prevé la Directiva en su art. 20 que sean los propios consumidores o que financien parcialmente la acción de representación mediante cantidades económicas que la propia normativa tilda de “modesta”.

Pero una de las grandes novedades en esta materia resulta ser la previsión de la Directiva sobre la financiación de los litigios por terceros. Aunque la posibilidad de regular la financiación ajena (*third party funding*) es algo que se deja a cada uno de los Estados, el legislador europeo sí ha querido establecer los necesarios controles en la financiación, cuando proceda. Así, el art. 10 establece la obligación de que se adopten medidas para evitar los conflictos de intereses y que no sea un instrumento que aleje a los consumidores de sus propios intereses, concretándose requisitos que garantizan este objetivo, como que la acción de representación no se ejercite contra un demandado que sea un competidor del financiador o contra un demandado del que dependa el financiador. El control en la transparencia de la financiación deberá ser controlada por el juez -o la autoridad administrativa, en los estados donde el proceso colectivo esté atribuido a una autoridad administrativa-. Para ello, las entidades habilitadas comunicarán al órgano jurisdiccional

o autoridad administrativa un resumen financiero de las fuentes de financiación utilizadas para apoyar la acción de representación.

2.4. Los poderes del juez

Los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas estén facultados para adoptar las medidas adecuadas, como, por ejemplo, exigir a la entidad habilitada que rechace o modifique la financiación controvertida y, de ser necesario, denegar legitimación procesal a la entidad habilitada en una determinada acción de representación. Si se deniega legitimación procesal a la entidad habilitada en una determinada acción de representación, dicha denegación no afectará a los derechos de los consumidores afectados por esa acción de representación

2.6. Medios de acceso a información y fuentes de prueba

La investigación preparatoria como actividad realizada por las partes a fin de recabar información relativa a los hechos que fundamenten su pretensión, además de localizar y asegurar las fuentes de prueba, se configura como un elemento estructural esencial del proceso civil. El último de los impulsos europeos a la eficiencia de la investigación probatoria en el ámbito del proceso civil ha sido precisamente en este ámbito. Su art. 18 exige la regulación de un mecanismo para la exhibición de pruebas que obren en poder del demandado o de un tercero, si así lo solicita la entidad habilitada, de manera que el órgano jurisdiccional o autoridad administrativa pueda ordenar que el demandado o tercero exhiba dichas pruebas, de conformidad con las normas procesales nacionales, sin perjuicio de las normas de la Unión y nacionales aplicables en materia de confidencialidad y proporcionalidad. Este mecanismo debe estar también a disposición del demandado. El art. 19 exige la necesaria imposición de sanciones ante el incumplimiento de obligaciones de exhibición de las fuentes de prueba ordenadas por el juez.

La Unión Europea ha querido dar un toque de eficiencia en la futura regulación de los ordenamientos de los Estados Parte en esta parcela tan vulnerable para los consumidores, de las que puede depender radicalmente el éxito de la acción. Cobra una especial relevancia la importancia del debido acceso a las fuentes de prueba ya que, en la mayoría de las ocasiones, la desigualdad intrínseca de las partes puede derivar en un aumento de la dificultad probatoria. En este punto, no obstante, el legislador de la Unión Europea se ha acercado ligeramente a la regulación de la llamada *discovery* como fase procedimental de los EEUU, en el que una de las partes puede obtener información de las otras, de cara a concretar el objeto de la controversia, determinar sus posiciones y recopilar prueba para el posterior proceso judicial. El sistema que diseña la Directiva converge con el sistema previsto en las *Federal Rules of Civil Procedure* en tanto en cuanto están regidas pro el debido principio de proporcionalidad en la solicitud (no caben ya las *fishing expeditions* de antaño), limitadas por la debida confidencialidad y abarcan a todos los mecanismos de prueba, pero diverge de él en cuanto su ámbito de aplicación está reducido a las fuentes de prueba que pudiera ser conocidas por la entidad habilitada.

2.7. Garantía de información a los consumidores y usuarios afectados

2.8. Cumplimiento de la sentencia condenatoria

2.9. Acuerdos de resarcimiento

III. EL PROYECTADO DISEÑO DE TUTELA COLECTIVA EN ESPAÑA

1. Líneas generales del modelo propuesto

El 20 de diciembre de 2022, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, con el acuerdo por el que se autoriza la tramitación administrativa urgente prevista en el artículo 27.1, letra a), de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, del mismo. A pesar de la tramitación urgente, con el ánimo de llegar a tiempo en los plazos establecidos por la Directiva, lo que no es adecuado, puesto que una ley de estas características debe tramitarse de forma sosegada y con su respectivo trámite de consulta pública que, en este caso, se suprime, lo cierto es que no llegaremos a ver la ley probablemente hasta finales de 2023. Y habiendo elecciones legislativas de por medio, este plazo incluso puede atrasarse. De ahí que el presente trabajo que ahora redactamos no deba incidir demasiado en la regulación propuesta sino en resaltar las principales líneas sobre las que se asienta el nuevo modelo, sin perjuicio de que la regulación específica de determinados aspectos pueda ser modificada y se añadan nuevos preceptos que abunden en la mejora del Anteproyecto, ya que, son varias las lagunas de las que adolece la propuesta.

El análisis apriorístico sobre el Anteproyecto se centra en el propio título de la Ley. Para adaptarnos a la Directiva, se ha elegido el mismo título que aquella, cambiando la denominación de las acciones a acciones de representación y haciendo referencia, con carácter genérico a los intereses colectivos, desterrando denominaciones y clasificaciones anteriores como la de intereses difusos. Curiosa en este sentido es la supresión del término usuarios en el propio título de la Ley²³, cuando las referencias en el texto siguen siendo a consumidores y usuarios, en su diferente concepción de bienes o servicios. Aunque pudiera ser baladí la diferencia en cuanto a su tratamiento jurídico, puesto que podría utilizarse el término consumidor en un sentido amplio, las referencias al usuario en el texto obligan a incluirlo en el propio título de la Ley. Asimismo, el título de la ley se refiere únicamente a la protección de los intereses colectivos, cuando es absolutamente patente que se tutelan también los derechos de los consumidores y usuarios. No obstante, la ley, con defectuosa técnica legislativa, se refiere indistintamente a veces, solo a los intereses colectivos de consumidores y usuarios; otras veces a los derechos e intereses de estos.

Dejando al margen cuestiones meramente terminológicas, las líneas generales del modelo propuesto son las siguientes.

1.1. Diseño del modelo como proceso especial

²³ Algo que HORTELANO ANGUITA, M. A. atribuye a un simple «lost in translation». “Comentarios sobre el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para los intereses colectivos de los consumidores”. Actualidad Civil, Nº 2, Febrero de 2023, Editorial LA LEY, p.1.

Si el legislador del año 2000, cuando introdujo por primera vez en la LEC un modelo de tutela colectiva, lo hizo de forma fraccionada en cada una de las partes de la ley de enjuiciamiento destinada a la regulación de las diferentes instituciones involucradas (legitimación, intervención, ejecución, entre otras), el modelo del año 2023 se configura de forma totalmente diferente, como proceso especial en un nuevo Título IV del Libro IV “De los procesos especiales” de la LEC (arts 828 a 885), titulado: “De los procesos para el ejercicio de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de consumidores y usuarios”. Esta decisión del legislador es acertada por dos razones: una puramente sistemática ya que las muchas normas en la materia dispersas en nada ayudaban establecer un sistema coherente; y de otro, y mucho mas importante, porque la deriva en la protección procesal de los consumidores y usuarios ha ido confeccionando un sistema procesal que no comulga con los principios inherentes al modelo procesal establecido para la solución de conflictos que pertenecen a la esfera privada de los individuos, sino que el carácter tuitivo de las normas procesales en esta materia, que mutan tradicionales principios como el dispositivo y sus consecuencias, transformándose en principios de oficialidad, aconsejan sin duda alguna, que sean reguladas en el Libro dedicado a los Procesos especiales, que precisamente tienen en común la aplicación atenuada de determinados principios básicos del proceso civil.

1.2. Ámbito de aplicación de la propuesta de ley: diferentes acciones y diferentes procedimientos

Se ha propuesto un ámbito de aplicación de la norma lo suficientemente amplio para dar cobertura procesal a cualquier infracción en que sea hayan visto perjudicados los intereses de consumidores y usuarios, ampliando así el ámbito de aplicación que propone la Directiva y que hemos reseñado en el epígrafe anterior. La propia Exposición de Motivos del Anteproyecto establece que aquel se extiende a las materias especificadas en el Anexo 1 de la Directiva y a cualquier otro supuesto de vulneración de los derechos del consumidor que no entre en dicho Anexo. Esto determina que es factible que se utilice este nuevo proceso colectivo para ejercitar acciones en defensa de la competencia o en materia medioambiental, siempre que medie una relación de consumo.

Con respecto a las posibilidades de pretensiones en el ejercicio de las acciones de representación que pueden ser ejercidas, el Anteproyecto establece la posibilidad de ejercer acciones de cesación y acciones resarcitorias, Asimismo, el Anteproyecto añade una acción meramente declarativa de una conducta contraria a las normas de protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, que no agotaría su eficacia en la mera declaración sino que podría pretenderse la rectificación o la publicación del contenido de la sentencia en los medios de comunicación. En estos casos, también nos encontraríamos ante una tutela de los intereses supraindividuales de los consumidores con diferentes reglas de juego en cada uno de los casos, reglas derivadas de la propia naturaleza de las acciones. Las acciones de cesación satisfacen el interés supraindividual de los consumidores y usuarios, de manera que procesalmente son más fáciles de articular, puesto que, satisfecho el interés de un consumidor, satisfechos los intereses de los demás, mientras que las acciones resarcitorias implican a todos los consumidores afectados, a modo de una pluralidad de intereses individuales homogéneos, de manera que las reglas del juego procesal resultan mas complicadas de modular.

De esto es consciente el Anteproyecto puesto que divide la regulación en tres Capítulos; uno relativo a disposiciones generales que son de aplicación a todos los tipos de pretensión; un segundo referente a las disposiciones aplicables a las acciones de representación de cesación y un tercer Capítulo referente a disposiciones aplicables a las acciones de representación resarcitorias, siendo mucho más extenso el capítulo III, por las razones anteriormente expuestas. Así, se regulan dos tipos de procesos; un proceso para el ejercicio de las acciones de cesación o meramente declarativas, que se tramitan por el juicio verbal con un plazo ampliado a veinte días para la contestación a la demanda; y un proceso especial, con trámites específicos para canalizar la tramitación de acciones resarcitorias.

1.3. Legitimación extraordinaria representativa: las entidades habilitadas

1.4. Organización de la “representación”: sistema opt out en las acciones resarcitorias

Si bien en el epígrafe anterior adelantábamos que las directrices pergeñadas por la Directiva no se referían a ningún modelo concreto por lo que respecta a la “representación” de los consumidores individuales por las entidades habilitadas, que son las legitimadas únicamente para la interposición de las acciones, el Anteproyecto parece decantarse por un sistema de opt out; esto es,

1.4. Mecanismos de control del órgano jurisdiccional

1.5. Financiación de acciones resarcitorias

1.6. Acceso a la información y fuentes de prueba

1.7. Satisfacción procesal o extraprocesal de la pretensión.

1.8.

2. Cuadro comparativo entre Directiva y Anteproyecto de Ley

III. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA MORALES, M. (2021). Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828. *Revista Española De Derecho Europeo*, (78-79), pp 97–138.

CATALÁN CHAMORRO, M.J. *El Acceso a la Justicia de Consumidores: los Nuevos Instrumentos del ADR y ODR de Consumo*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2019.

DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. “Daños punitivos en la tradición continental”. *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo* / Justo García

Sánchez (dir.), Vol. 11, 2021 (Tradición y recepción romanísticas. / coord. por Pedro Resina Sola), pp. 129-150

GARCIA ALVAREZ, L. “La aplicación en materia ambiental de las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. a propósito de la directiva (UE) 2020/1828. Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal Vol. 2, 2020. Procesos colectivos, pp. 58-110.

GASCÓN INCHAUSTI, F. “¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 1290-1323.

HORTELANO ANGUITA, M. A. “Comentarios sobre el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para los intereses colectivos de los consumidores”. *Actualidad Civil*, Nº 2, Febrero de 2023, Editorial LA LEY, p.1-4.

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. *La tutela jurisdiccional civil de los intereses de consumidores y usuarios*. Madrid, 2005.

PLANCHADELL GARGALLO, A. *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, Nº. 5, 2022, págs. 273-306.

ROMERO DE PRADAS, M.I. “El acceso de los consumidores a la justicia y la solución de los conflictos de consumo”. *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2022, pp. 33 a 76