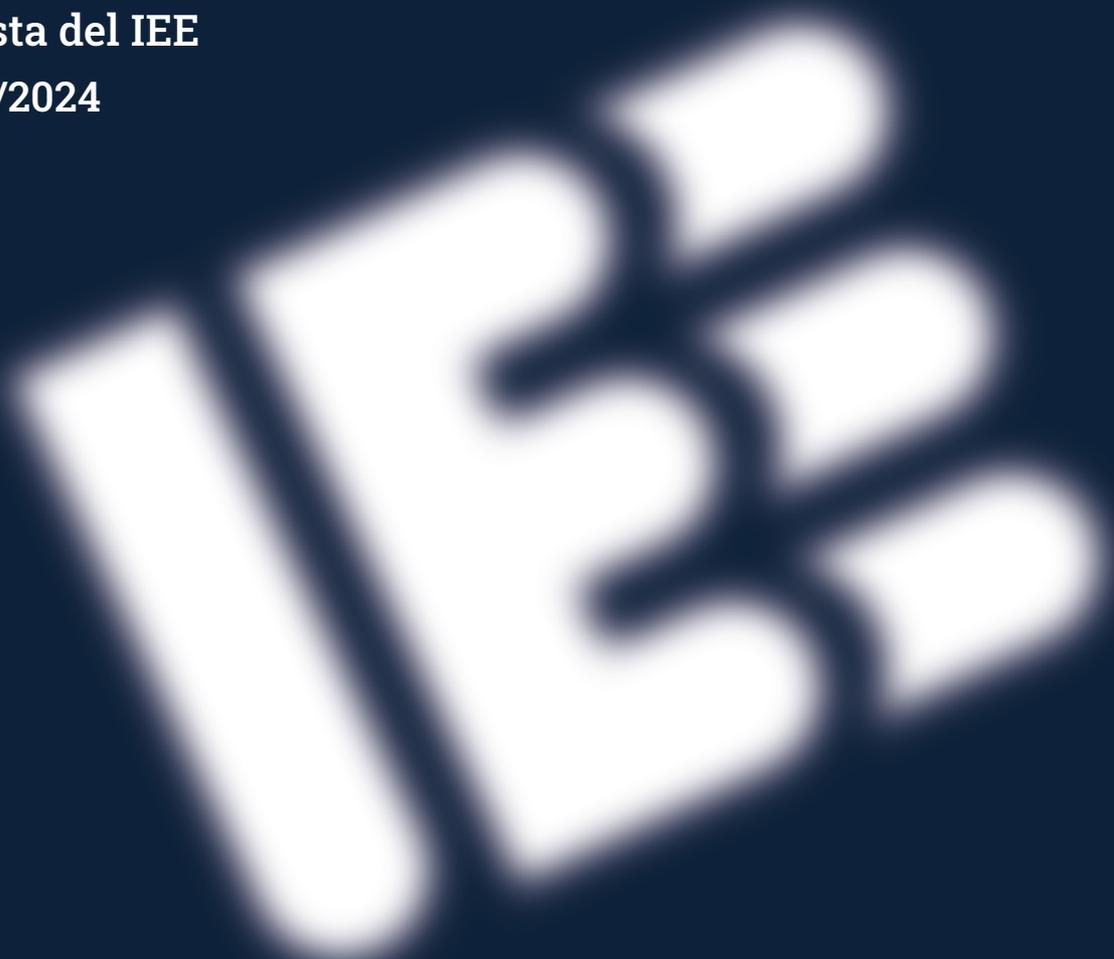


Los riesgos de una inadecuada regulación de las acciones colectivas para la protección de los consumidores

**Análisis del Proyecto de Ley de transposición
de la Directiva (UE) 2020/1828**

Revista del IEE

N.º 2/2024



Los riesgos de una inadecuada regulación de las acciones colectivas para la protección de los consumidores

**Análisis del Proyecto de Ley de transposición
de la Directiva (UE) 2020/1828**

Revista del IEE

N.º 2/2024



INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS

Director de la Revista del IEE

Gregorio Izquierdo Llanes

Consejo de Redacción de la Revista del IEE

Carlos Ruiz Fonseca, Erica Alonso Alba, Elena Herrera González del Peral, María Higuera Callejo, Marta Meler Tarlowski, Adrián González Martín, María del Carmen Vizcaya León, Paloma Blanco Ramos, Ligia Elena Topan y Jaime Elías Navarro García

Editor

José María Pérez de Tudela Vázquez

El Instituto de Estudios Económicos no se identifica necesariamente con el contenido de los documentos publicados en esta Revista. Las opiniones y valoraciones que se muestran en los artículos son propias de los autores.

© 2024 INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS

C/ Príncipe de Vergara, 74, 6.ª planta • 28006 Madrid

Tel.: 917 820 580

iee@ieemadrid.com

www.ieemadrid.es

© 2024 Los riesgos de una inadecuada regulación de las acciones colectivas para la protección de los consumidores, posicionamiento del IEE cuyos autores son GREGORIO IZQUIERDO LLANES, CARLOS RUIZ FONSECA, MARÍA HIGUERA CALLEJO, ELENA HERRERA GONZÁLEZ DEL PERAL y MARTA MELER TARLOWSKI – HERBERT WOOPEN, La transposición de la Directiva 2020/1828 en los países de la Unión Europea - IGNACIO PLA VIDAL, Los riesgos para las empresas de una inadecuada transposición de la Directiva 2020/1828 en el sector del crédito de consumo - JOSÉ MARÍA CAMPOS GORRIÑO, El Proyecto de Ley Orgánica para la defensa de los intereses de los consumidores. Análisis y riesgos del modelo (*opt-in/opt-out*) y la ejecución de sentencia desde la perspectiva de la empresa - MANUEL GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ y MIGUEL ÁNGEL CEPERO ARÁNGUEZ, La transposición de la nueva Directiva por la defensa de los intereses de los consumidores desde la perspectiva de las asociaciones de consumidores – ESTHER DE FÉLIX PARRONDO y RAQUEL ESPÍN GUTIÉRREZ, Algunas consideraciones en relación con la regulación de la financiación en el Proyecto de Ley Orgánica llamado a trasponer la Directiva 2020/1828. Breve repaso de la regulación en derecho comparado - SILVIA DE PAZ PÉREZ y MARÍA DE ARCOS TEJERIZO, Los mecanismos *opt-in/opt-out* en acciones colectivas: experiencias comparadas - ALEJANDRO FERRERES COMELLA, La transposición de la nueva Directiva para la defensa de los intereses de los consumidores. Análisis y riesgos del modelo *opt-in/opt-out*, en general, y desde la perspectiva de la empresa afectada: razones para la implantación de un sistema de *opt-in*.

Maquetación: D. G. Gallego y Asociados, S. L.

gallego@dg-gallego.com

ISSN: 0210-9565

Depósito Legal: M. 8.715-1980

Septiembre 2024

Documento digital PDF

La Revista del Instituto de Estudios Económicos está incluida en la base de datos ISOC, producida por el Centro de Información y Documentación Científica (CINDOC).

Se autoriza la difusión por terceros de esta publicación, de forma total o parcial, siempre y cuando quede reflejado inequívocamente que la autoría de la misma es del Instituto de Estudios Económicos. En este caso, rogamos que nos envíen una copia de la referencia al IEE.

Relación de autores

JOSÉ MARÍA CAMPOS GORRIÑO

Director del Departamento Legal
CEOE

IGNACIO PLA VIDAL

Secretario general
Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF)

HERBERT WOOPEN

Director de Política Jurídica
Foro Europeo de Justicia

MANUEL GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ

Abogado y Socio
Uría Menéndez

MIGUEL ÁNGEL CEPERO ARÁNGUEZ

Abogado
Uría Menéndez

ESTHER DE FÉLIX PARRONDO

Socia del grupo Litigación de daños, acciones colectivas y consumo
Cuatrecasas

RAQUEL ESPÍN GUTIÉRREZ

Asociada principal del grupo Litigación de daños, acciones colectivas y consumo
Cuatrecasas

SILVIA DE PAZ PÉREZ

Asociada sénior (Litigación y Arbitraje)
Pérez-Llorca

MARÍA DE ARCOS TEJERIZO

Asociada (Litigación y Arbitraje)
Pérez-Llorca

ALEJANDRO FERRERES COMELLA

Socio
Linklaters

Índice

INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS

LOS RIESGOS DE UNA INADECUADA REGULACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES 9

1. El problema del abuso del litigio y la litigación masiva en España 9
2. Problemas e inconvenientes de la industria del litigio y la litigación masiva 13
 - 2.1. Los riesgos sobre la protección y tutela judicial efectiva de los consumidores 13
 - 2.2. El problema de los conflictos de interés de los promotores de estas iniciativas 15
 - 2.3. Los inconvenientes para las empresas y los consumidores 17
3. Propuestas de regulación inteligente de las acciones colectivas 19

LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2020/1828 EN LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA 21

HERBERT WOOPEN | Director de Política Jurídica / Foro Europeo de Justicia

1. ¿Qué es el Foro Europeo de la Justicia? 22
2. Contexto y lema de la reforma española del proceso y de la organización judicial 22
 - 2.1. Concentración del asunto en litigio 23
 - 2.2. Entidades habilitadas con capacidad jurídica 23
 - 2.3. Procedimiento de autorización y soporte informático 25
 - 2.4. Divulgación de los acuerdos de financiación 25
 - 2.5. Divulgación de los beneficiarios efectivos 26
 - 2.6. Límite a los beneficios de los financiadores de litigios 27
 - 2.7. Prioridad de los desembolsos 28
 - 2.8. Normativa con fuerza de ley 29
 - 2.9. Procedimiento de vinculación por defecto frente a vinculación por adhesión 29
 - 2.10. Consumo completo de la acción colectiva 31



LOS RIESGOS PARA LAS EMPRESAS DE UNA INADECUADA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2020/1828 EN EL SECTOR DEL CRÉDITO DE CONSUMO 33

IGNACIO PLA VIDAL | Secretario general / Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF)

- 1. Los sistemas de vinculación a las reclamaciones colectivas y el proyecto español 34
- 2. Sistemas de vinculación en otros Estados miembro: la experiencia del Derecho comparado 36
- 3. Consecuencias para el sector del crédito al consumo del mecanismo de adhesión tácita 38
- 4. Conclusiones 40

EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA PARA LA DEFENSA DE LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES. ANÁLISIS Y RIESGOS DEL MODELO (OPT-IN/OPT-OUT) Y LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA EMPRESA 41

JOSÉ MARÍA CAMPOS GORRIÑO | Director del Departamento Legal / CEOE

- 1. El Proyecto de Ley Orgánica 42
- 2. Breve esquema *opt-out* propuesto en el Proyecto de Ley Orgánica: los terceros beneficiados por el litigio 44
- 3. Los riesgos del *opt-out* diseñado en el Proyecto de Ley Orgánica para la empresa española y posibles alternativas 45
 - 3.1. La realidad del sistema *opt-out* diseñado en el Proyecto de Ley Orgánica 45
 - 3.2. Cómo afecta el sistema *opt-out* previsto en el Proyecto de Ley Orgánica a las empresas españolas 48
 - 3.3. Alternativas al sistema *opt-out* diseñado en el Proyecto de Ley Orgánica 49
- 4. Los riesgos de la ejecución de la sentencia de la acción colectiva prevista en el Proyecto de Ley Orgánica para la empresa española 52
 - 4.1. El diseño de la ejecución de la acción colectiva propuesto en el Proyecto de Ley Orgánica favorece que el Financiador se enriquezca a costa de la empresa española 52
 - 4.2. Alternativas al sistema de ejecución de sentencia diseñado en el Proyecto de Ley Orgánica 54
 - 4.3. La necesidad de eliminar o limitar el beneficio del Financiador en la litigación colectiva 55
- 5. Conclusión: propuestas para una regulación equilibrada 56



LA TRANSPOSICIÓN DE LA NUEVA DIRECTIVA POR LA DEFENSA DE LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES 58

MANUEL GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ | Abogado y Socio / Uría Menéndez

MIGUEL ÁNGEL CEPERO ARÁNGUEZ | Abogado / Uría Menéndez

Introducción 59

- 1. La legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de acciones colectivas según el Proyecto de Ley 60
- 2. Reflexiones sobre el régimen de legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios: la necesidad de mantener el requisito de representatividad 62

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN RELACIÓN CON LA REGULACIÓN DE LA FINANCIACIÓN EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA LLAMADO A TRASPONER LA DIRECTIVA 2020/1828. BREVE REPASO DE LA REGULACIÓN EN DERECHO COMPARADO 67

ESTHER DE FÉLIX PARRONDO | Socia del grupo Litigación de daños, acciones colectivas y consumo / Cuatrecasas

RAQUEL ESPÍN GUTIÉRREZ | Asociada principal del grupo Litigación de daños, acciones colectivas y consumo / Cuatrecasas

- 1. Introducción: luces y sombras del Proyecto de Ley Orgánica 68
- 2. Regulación de la financiación por terceros en el Proyecto de Ley Orgánica. Comparativa con la propuesta de Directiva en materia de financiación por terceros 69
- 3. Breve aproximación a la regulación de la financiación por terceros en Europa 73
- 4. Conclusión 76

LOS MECANISMOS *OPT-IN/OPT-OUT* EN ACCIONES COLECTIVAS: EXPERIENCIAS COMPARADAS 77

SILVIA DE PAZ PÉREZ | Asociada sénior (Litigación y Arbitraje) / Pérez-Llorca

MARÍA DE ARCOS TEJERIZO | Asociada (Litigación y Arbitraje) / Pérez-Llorca

Introducción 78

- 1. Principales diferencias de los modelos *opt-in/opt-out* 78
 - 1.1. Publicidad de la acción colectiva 79
 - 1.2. Efectos de cosa juzgada de la sentencia 79



| | |
|---|----|
| 1.3. Ejecución de la sentencia y liquidación de las cantidades otorgadas..... | 79 |
| 2. Ventajas y desventajas de los regímenes de <i>opt-in</i> y <i>opt-out</i> . Experiencias comparadas.... | 80 |
| 2.1. Reino Unido..... | 81 |
| 2.2. Portugal..... | 84 |
| 2.3. Alemania..... | 85 |
| 3. El proceso de transposición de la Directiva 2020/1828. Modelos procesales escogidos por los países de nuestro entorno..... | 86 |
| Referencias bibliográficas..... | 88 |

LA TRANSPOSICIÓN DE LA NUEVA DIRECTIVA PARA LA DEFENSA DE LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES. ANÁLISIS Y RIESGOS DEL MODELO *OPT-IN/OPT-OUT*, EN GENERAL, Y DESDE LA PERSPECTIVA DE LA EMPRESA AFECTADA: RAZONES PARA LA IMPLANTACIÓN DE UN SISTEMA DE *OPT-IN*..... 91

ALEJANDRO FERRERES COMELLA | Socio / Linklaters

| | |
|--|-----|
| Introducción..... | 92 |
| 1. Con carácter general: la definición del mecanismo de vinculación y su relevancia..... | 93 |
| 2. La propuesta sobre el sistema de vinculación en el Proyecto de Ley Orgánica..... | 94 |
| 3. Algunas razones para la instauración de un sistema de vinculación por adhesión expresa (<i>opt-in</i>)..... | 96 |
| 3.1. No hay motivos de «tradición jurídica» que militen en favor de un sistema de vinculación por defecto..... | 96 |
| 3.2. La falta de experiencia litigiosa de un sistema de vinculación por defecto (<i>opt-out</i>) exige la consolidación previa de los mecanismos de desistimiento o no vinculación: los costes de optimización de tales mecanismos y el aprendizaje de los consumidores en su uso pueden ser un peaje excesivo para el derecho de los consumidores concernidos a litigar individualmente sus intereses patrimoniales particulares..... | 97 |
| 3.3. Un sistema de vinculación por adhesión (<i>opt-in</i>) facilita que los intereses (los incentivos) de los terceros que eventualmente hayan alcanzado un acuerdo de financiación del litigio con la entidad habilitada que inicia la acción se alineen con el interés de los consumidores representados de que se respete su derecho a la tutela judicial efectiva, que incluye el derecho a preservar, de forma efectiva, su derecho a litigar de forma individual..... | 102 |
| 3.4. Un sistema de vinculación por adhesión (<i>opt-in</i>), en el que se permita la interposición simultánea o sucesiva de acciones colectivas resarcitorias, genera una competencia entre quienes «rivalizan» en la interposición de acciones beneficiosa para los intereses de los consumidores a los que se busca representar..... | 104 |



Los riesgos de una inadecuada regulación de las acciones colectivas para la protección de los consumidores

1. El problema del abuso del litigio y la litigación masiva en España¹

El Congreso de los Diputados está discutiendo actualmente el **Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios**, por el que se **transpone la Directiva (UE) 2020/1828** relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

Esta Directiva deja libertad a los Estados miembros para que **establezcan el sistema mediante el cual el consumidor afectado pueda expresar la voluntad de ser, o no, representados por la acción iniciada por una entidad habilitada y de quedar, o no, vinculados por el resultado de dicha acción.**

De esta manera, **los Estados pueden escoger entre dos sistemas:** el **sistema de vinculación por adhesión (*opt-in*)**, mediante el cual se requiere una manifestación **expresa de voluntad de adhesión** del consumidor afectado; y el **sistema de vinculación por defecto (*opt-out*)**, en el cual **todos los consumidores afectados por el incumplimiento se consideran, automáticamente, adheridos** salvo que, en un plazo determinado, manifiesten, expresamente, su voluntad de no vincularse a dicha reclamación colectiva.

El Proyecto de Ley Orgánica que se está debatiendo actualmente en el Congreso propone un modelo de vinculación por defecto, que reproduce, en España, el sistema de litigación anglosajón y se aparta del sistema mayoritario europeo, que sigue un modelo de vinculación por adhesión.

¹ Las propuestas e ideas expuestas a continuación se basan, entre otras, en los siete artículos presentes en esta Revista, cuyos autores son destacados profesionales en el ámbito legal y empresarial: Herbert Woopen, director de Política Jurídica del Foro Europeo de Justicia; Ignacio Pla Vidal, secretario general de la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF); José María Campos Gorriño, director Legal de CEOE; Manuel García-Villarubia Bernabé, abogado y Socio, y Miguel Ángel Cepero Aránguez, abogado, ambos en Uría Menéndez; Esther de Félix Parrondo, socia del grupo de Litigación de daños, acciones colectivas y consumo, y Raquel Espín Gutiérrez, asociada principal en el mismo grupo, ambas de Cuatrecasas; Silvia de Paz Pérez, asociada sénior de Litigación y Arbitraje, y María de Arcos Tejerizo, asociada de Litigación y Arbitraje, ambas de Pérez-Llorca; y Alejandro Ferreres Comella, socio en Linklaters.



El modelo de vinculación por defecto propuesto en el Proyecto de Ley Orgánica ha sufrido duras críticas, tanto desde organizaciones de consumidores (p. ej., FACUA) como desde el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) o el Consejo Económico y Social (CES).

A continuación, se desarrollarán las **implicaciones de ambos modelos para cada uno de los agentes vinculados**, los **posibles riesgos** y, por último, **diversas propuestas para una regulación más equilibrada**.

Las acciones colectivas o en representación son procedimientos judiciales en los que un grupo de personas con intereses comunes se une para presentar una única demanda; es decir, **la forma de habilitar a una pluralidad de demandantes para ser parte en un proceso, de forma conjunta, cuando han sido perjudicados por un mismo acto**². Este mecanismo permite abordar eficientemente los conflictos masivos, ofreciendo una solución práctica y económica para los litigios que, de otro modo, serían impracticables debido a los altos costes individuales y la redundancia de esfuerzos legales.

El mercado único de la Unión Europea permite la comercialización simultánea de un mismo producto o servicio en diferentes Estados miembros. El desarrollo que se ha producido en el ámbito de la digitalización, y la globalización y sus efectos sobre el consumo masivo, así como el desarrollo de la regulación de la tutela colectiva de los derechos en los distintos Estados miembros de la UE, han incidido en que, en la esfera del derecho de consumo, y **en el contexto de la Unión Europea, las acciones colectivas hayan ido ganando importancia en la normativa comunitaria, aprobándose, finalmente, la Directiva 2020/1828**³ del Parlamento Europeo y del Consejo, que trata de establecer un marco común para las acciones en representación con el objetivo de proteger los intereses colectivos de los consumidores. La Directiva, por lo tanto, busca armonizar las prácticas legales en los Estados miembros, promoviendo una mayor cooperación y coherencia en la protección de los derechos de los consumidores, asegurando, así, una respuesta más uniforme y efectiva en toda la Unión. Una propuesta que estableciera un equilibrio entre los intereses colectivos de los consumidores y los derechos de las empresas en las acciones de representación, teniendo plenamente en cuenta los requisitos relacionados con la libertad de empresa.

Tal y como se indica en el considerando (30) del Informe sobre el **Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores del Consejo General del Poder Judicial**, «Coherentemente, **la Directiva tiene por finalidad contribuir al funcionamiento del mercado interior y alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores** [Considerando (8)]; si bien, junto con esa finalidad **destaca la importancia de garantizar el equilibrio entre mejorar el acceso a la justicia y proporcionar a los empresarios salvaguardias adecuadas para evitar un ejercicio abusivo de la acción procesal**, lo que

² DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES OF THE UNION (2018), «Collective Redress in the Member States of the European Union», p. 13.

³ 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 de 4.12.2020, pp. 1-27). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/LSU/?uri=CELEX%3A32020L1828>



obstaculizaría injustificadamente la capacidad de las empresas para ejercer su actividad en el mercado interior [Considerando (10) y artículo 1]».

La implementación de esta Directiva no ha sido homogénea. **Muchos Estados han establecido sus propios procedimientos de acción colectiva, lo que complica los casos transfronterizos.** Para resolver estos conflictos es necesario mejorar las normas del Derecho internacional privado a nivel europeo o crear normas de Derecho sustantivo uniforme. Mientras esto no ocurra, las normas de Derecho internacional privado vigentes seguirán siendo la herramienta para abordar estos casos⁴.

Por otro lado, la implementación y efectividad de las acciones colectivas dependen, en gran medida, del modelo de incorporación por el que cada país opte, siendo el modelo de vinculación por defecto (*opt-out*) y el modelo de vinculación por adhesión (*opt-in*) los más empleados internacionalmente.

El modelo de vinculación por adhesión (*opt-in*) requiere que los afectados expresen su consentimiento para unirse a la acción colectiva, lo que garantiza un mayor control y consentimiento individual, y tiende a evitar litigios masivos que puedan saturar el sistema judicial, mientras que en **el modelo de vinculación por defecto (*opt-out*) se considera que todos los afectados estarán vinculados** por la decisión que, eventualmente, acabe tomando el tribunal salvo que expresamente manifiesten lo contrario, pudiendo iniciar acciones individuales si así lo consideran⁵, lo que puede resultar en una mayor presión sobre el demandado para llegar a un acuerdo o cumplir con la sentencia.

Aunque **el modelo de vinculación por defecto**, en un principio, puede incrementar la representatividad y la eficacia de la acción colectiva, también **puede dar lugar a problemas de legitimidad y consentimiento.** Los afectados podrían no estar completamente informados o no estar de acuerdo con su inclusión en la demanda, viéndose obligados a desvincularse activamente si no desean participar. Además, **puede sobrecargar el sistema judicial con estos litigios de alta complejidad.** A esto se suma que, en este esquema, **los principales beneficiarios no son necesariamente los consumidores, sino que, en la mayor parte de las acusaciones, serán los promotores de la iniciativa,** como los financiadores y las asociaciones promotoras involucradas, quienes pueden quedarse con la mayor parte de las compensaciones otorgadas a los consumidores y usuarios, aprovechando los montos recuperados para maximizar sus propios beneficios. Y es que, **aunque formalmente el promotor sea una asociación de consumidores, en la práctica, el control económico y los beneficios pueden acabar, en muchos casos, en manos de las promotoras de las acciones.**

⁴ ONANDIA CAÑAS, I. (2020), «La acción colectiva en la Unión Europea: ¿es posible encajarla en el reglamento de Bruselas I bis?», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (39), pp. 297-321. <https://doi.org/10.15366/rjuam2019.39.010>

⁵ Sobre las diferencias entre ambos procedimientos, véase JOHNSON, A., «To “opt-in” or to “opt-out” – That is the Question», en LEIN, E., FAIRGRIEVE, D., OTERO CRESPO, M. y SMITH, V., «Collective Redress in Europe: Why and How», *British Institute of International and Comparative Law*, 2015, pp. 61-66.



En consecuencia, la elección de cada país en optar por un modelo u otro determinará no solo cómo se vincula a los afectados a un procedimiento colectivo, sino también la eficacia, la representatividad y la legitimidad de las acciones colectivas dentro de su sistema judicial.

En relación con la **elección del modelo de adhesión en los Estados miembros, la gran mayoría** de aquellos que ya han traspuesto la Directiva, o que están en proceso de hacerlo, **han optado por regular la tutela colectiva resarcitoria mediante el modelo de adhesión expresa**. En concreto, trece de los dieciocho Estados miembros que ya han traspuesto la Directiva han optado por este modelo: Alemania, Italia, Irlanda, Suecia, Finlandia, Dinamarca, Grecia, Eslovaquia, Croacia, Rumanía, Malta, Letonia y Lituania. Tan solo los Países Bajos, Portugal, Chipre, Eslovenia y Hungría se han inclinado por un modelo por defecto. En este contexto, Herbert Woopen (Foro Europeo de Justicia) recomienda una mirada a los modelos escandinavos, que considera muy eficaces en esta materia.

Adicionalmente, seis de los nueve Estados miembros que todavía no han completado su proceso de transposición (Francia, Bélgica, Austria, Polonia, la República Checa y Estonia) también han propuesto sistemas de adhesión, **en contraste con el Proyecto de Ley Orgánica español, que dispone de un sistema de acciones colectivas de vinculación por defecto**, que no sigue, por lo tanto, las prácticas seguidas en la mayor parte de los países de nuestro entorno.

El **Consejo Económico y Social (CES)** también se ha pronunciado al respecto. De acuerdo con su **Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores**, el CES presentó la petición de que se modificara el citado Anteproyecto para que **la regla general fuera la de la tramitación de las acciones colectivas resarcitorias bajo el formato de vinculación por adhesión, con el principal argumento del riesgo de perjudicar a los consumidores vulnerables**⁶. En opinión del CES, *«a fin de respetar el principio de ejercicio voluntario de la acción por la persona consumidora, sería más adecuado que la regla general fuera que resultarían afectadas por la acción de representación resarcitoria solo las personas consumidoras y usuarias que hayan manifestado su voluntad expresa de vincularse a la misma»*.

En este sentido, Alejandro Ferreres (Linklaters) propone **aprovechar la facilidad de acceso a las nuevas tecnologías**, las cuales ofrecen la posibilidad de establecer **mecanismos ágiles de adhesión a la acción**, y de facilitar la publicidad en relación con la certificación de las acciones. Además, la utilización de mecanismos informáticos de adhesión suficientemente accesibles y ágiles harán posible ofrecer **garantías de trazabilidad**.

En los últimos años, España ha experimentado un auge significativo en la litigación, impulsado por la creciente judicialización de los conflictos entre la ciudadanía. Ha surgido, en ocasiones, la que se denomina la industria del litigio, que son acciones masivas que buscan maximizar el número de pleitos y costes judiciales, no tanto para beneficiar al consumidor que la

⁶ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (2023), Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. 25 de enero de 2023.



legítima sino a los agentes que asumen su posición jurídica, y a cambio participan en un porcentaje de lo obtenido.

A nivel internacional, especialmente en Estados Unidos, la situación es igualmente preocupante. Concretamente, en 2021, el U.S. Chamber of Commerce Institute for Legal Reform estimó que los casos de litigios masivos en procedimientos de MDL representaron el 67% de todos los casos civiles privados pendientes en los tribunales de distrito de EE. UU.⁷ Por otra parte, como consecuencia de esta actividad han surgido problemas de concentración en los servicios jurídicos, con el consiguiente aumento de los costes para los consumidores de las mismas.

Por contra, es importante tener en cuenta que **la Unión Europea tiene una regulación administrativa en materia de consumo muy estricta, con sanciones elevadas y, por lo tanto, disuasorios y que, en alguna medida, son sustitutivos de los modelos primitivos en la jurisdicción aún vigente de los países anglosajones.**

En los Estados Unidos la protección al consumidor se basa, principalmente, en demandas colectivas (acciones de clase) por daños y perjuicios, que se presentan ante tribunales civiles y tienen un enfoque punitivo⁸. Estas demandas son financiadas por terceros, como fondos de litigación y despachos de abogados, en un sistema donde los costes judiciales son muy altos, y la litigación en consumo se ve como un negocio legítimo, lo que resulta en una especie de privatización del derecho de consumo. Debido a esto, como bien se ha especificado previamente, **casi todos los países de la UE han adoptado sistemas de vinculación por adhesión (donde los consumidores deben elegir su participación) y han limitado, directa o indirectamente, las ganancias que estos terceros pueden obtener a costa de los derechos de los consumidores.** Esto contrasta con el sistema de vinculación por defecto de Estados Unidos (donde los consumidores están automáticamente incluidos en las demandas a menos que opten por no participar), que, sorprendentemente, es el que parece haber elegido España con el Proyecto de Ley Orgánica relativo a las acciones colectivas (PLO).



2. Problemas e inconvenientes de la industria del litigio y la litigación masiva

2.1. Los riesgos sobre la protección y tutela judicial efectiva de los consumidores

El modelo de vinculación por defecto puede, en la práctica, mermar el derecho a obtener una tutela individualizada de los tribunales y, en su caso, el derecho a elegir el equipo profesional y la estrategia de defensa de sus intereses por parte de los potenciales afectados. De hecho, tiene serias deficiencias en cuanto a la justificación de la legitimación y consentimiento,

⁷ U.S. CHAMBER OF COMMERCE INSTITUTE FOR LEGAL REFORM (2021), «ILR Briefly Twisted Blackjack: How MDLs Distort and Extort».

⁸ FREEMAN ENGSTROM, N., VENOOK, T., FREEMAN ENGSTROM, D. y SALTZMAN, S. (2023), «Plaintiffs and Attorneys in Multidistrict Litigation: Strengths, Deficits, and Paths Forward», Stanford Law School, Deborah L. Rhode Center on the Legal Profession.

que son bases asentadas en nuestro sistema jurídico, bien distinto del modelo anglosajón, que es el que siguen los escasos países que lo han implementado.

En un contexto como en España, en el que el consumidor tiene el derecho y el privilegio del principio general del consentimiento expreso, no parece muy lógico que se exima de este consentimiento informado expreso el efectuar una acción en su nombre sin que el mismo la tenga necesariamente que conocer y, por lo tanto, valorar adecuadamente impidiéndole, en su caso, el poder no solo optar voluntariamente por no participar ni emprender una reclamación sino siquiera escoger una dirección letrada determinada y de su confianza para emprender la misma. **Esta realidad incumple el derecho de defensa y tutela judicial efectiva en cuanto que no puede siquiera ejercerse, voluntaria e informadamente, el derecho a la libre elección de abogado que es consustancial al mismo.**

El riesgo de quebrantar la tutela judicial es mucho mayor en el sistema de vinculación por defecto, ya que el consumidor que opte por desistir no va a poder reclamar individualmente esta cuestión en el caso de que fracase la acción colectiva, con lo que se le obliga a incorporarse a la misma o perder la posibilidad de hacer ningún tipo de reclamación. Por el contrario, **en los modelos de vinculación por adhesión, si un consumidor no se encuentra adherido a una iniciativa, y posteriormente se replantea su decisión, puede vincularse con una iniciativa posterior desarrollada, eventualmente, por otra entidad, con lo que está en mucha mejor posición desde el punto de vista de la tutela judicial,** ya que aumentan sus posibilidades de actuación judicial, en el momento y el agente a través del cual quiere actuar, no perdiendo posibilidades por no adherirse a la iniciativa primera que, por definición, será la de más riesgo y, por lo tanto, de más incierto resultado *a priori*.

De acuerdo con el Consejo General del Poder Judicial, *«el mecanismo de adhesión por defecto puede causar daños irreparables a los consumidores, en la medida en que quedarán vinculados al resultado de la acción de representación resarcitoria de la que no han tenido conocimiento o no hayan podido desistir oportunamente, y, además, perderán su derecho a reclamar individualmente (...). No resulta nada descartable que en el futuro los sistemas de opt-out sean sometidos al escrutinio del TJUE por un consumidor vinculado al resultado de una acción de representación al que muestra su desacuerdo (...) y el Tribunal concluya, con alta probabilidad, que resulta contrario al principio de efectividad dotar de carácter vinculante a la publicidad realizada por sistemas generales telemáticos de divulgación de la información que es en el que se basa el modelo del Anteproyecto. Todo aquel sistema que no esté basado en una comunicación personalizada que transmita de manera clara, sencilla, transparente y directa al consumidor concreto afectado el que forma parte de un grupo de afectados, cuáles son sus derechos, cuáles son las consecuencias de no desvincularse y cuál es el plazo concreto para el ejercicio de su derecho –vinculado en términos de días a quo desde tal notificación personal– no reunirá, con alta probabilidad, los estándares necesarios para colmar el principio de efectividad y el de tutela judicial efectiva del artículo 47 CDFUE (...). Por el contrario, el sistema opt-in preserva mejor el derecho de los consumidores afectados a ejercitar individualmente la reclamación resarcitoria: el consumidor que no toma conocimiento de la acción de representación resarcitoria, o que no llega a activar el mecanismo de adhesión, no ve afectado su*



derecho a litigar individualmente y podrá vincularse a otra acción resarcitoria que se inicie por la entidad habilitada».

En la misma línea se pronuncia el Consejo Económico y Social (CES), que considera que la opción contemplada en la normativa entraña riesgos desde el punto de vista de las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva, **siendo más adecuada que la regla general fuese que resultaran afectadas por la acción de representación resarcitoria solo los consumidores y usuarios que hayan manifestado su voluntad expresa de vincularse a la misma, esto es, la opción de vinculación por adhesión.**

En este sentido, Silvia de Paz Pérez y María de Arcos Tejerizo (Pérez-Llorca) advierten, en su artículo publicado en esta Revista, que **el modelo de vinculación por defecto podría generar problemas de legitimidad y consentimiento, afectando al derecho a una tutela individualizada y aumentando el riesgo de demandas cuantiosas y poco fundamentadas**, lo que podría conllevar grandes costes para las empresas demandadas. Además, el modelo podría permitir la formación de asociaciones *ad hoc* para iniciar litigios colectivos, poniendo en riesgo la representatividad y la protección efectiva de los consumidores. En el mismo sentido, Manuel García-Villarrubia Bernabé y Miguel Ángel Cepero Aránguez (Uría Menéndez) critican que **los requisitos para la legitimación de las asociaciones son insuficientes para evitar abusos y que el periodo de doce meses de actividad propuesto no garantiza una verdadera representatividad.**

2.2. El problema de los conflictos de interés de los promotores de estas iniciativas

La base de los modelos de vinculación por defecto es que la entidad de la naturaleza que sea, jurídica o financiera o una combinación de ambas, promotora de estas actuaciones, participe en el resultado de lo obtenido en sentencia, ya que es lo que hace viable este negocio. En este sentido, **la literatura identifica el problema de la búsqueda injustificada de rentas mediante estos procedimientos al margen de los requerimientos reales de los consumidores y/o de la ausencia de responsabilidades y de daños y perjuicios por parte de las empresas.** Esta realidad se puede intentar enmascarar, pero la misma va en contra de los principios existentes en el sistema jurídico español, que tradicionalmente ha intentado evitar el cobro de servicios jurídicos en función de los resultados, **para evitar los inevitables conflictos de interés de este tipo de prácticas que, tradicionalmente, en España no se han considerado muy compatibles con las mejores prácticas de deontología profesional.**

El modelo de vinculación por defecto genera altos riesgos de conflicto de interés y de incentivos perversos. En la práctica, puede haber una reclamación cuya justificación legal y económica sea muy dudosa, y cuya viabilidad se produzca más por su encaje en el modelo de negocio de la industria del litigio, sus posibilidades de financiación por terceros o los propios intereses de la empresa jurídica que lo asuma que por una legitimación y necesidad por parte de los presuntamente afectados. **Esto supone una injustificada judicialización de las relaciones entre las empresas y consumidores que no tiene sentido en un país como España, con una larga tradición de defensa de los derechos de los consumidores en el ámbito administrativo, que hace innecesarias y contraproducentes este tipo de soluciones.**



El modelo, tal como está planteado, **no tiene como principal beneficiario al consumidor sino, más bien, a los promotores de la iniciativa, ya que son los que pueden beneficiarse de la mayor proporción de los importes que se reconozcan a los consumidores y usuarios.** De igual forma, dado que los promotores participan en los fondos obtenidos a partir del procedimiento, el porcentaje de participación en el resultado de la reclamación será normalmente la máxima que legalmente se autorice, a la vista de las experiencias de otros países. Así, por ejemplo, en Estados Unidos el promedio de honorarios de las acciones de clase es del orden de un millón de dólares, mientras que el importe promedio que recibe cada consumidor es de solo treinta dólares.

Los agentes del modelo, tanto financiador de litigios como intermediarios que plantean acciones colectivas, tienen sus propios intereses e incentivos, que no necesariamente coinciden con los de los consumidores a los que pretenden representar. Así, de partida, tienen un alto incentivo a que la información sobre un procedimiento en curso sea la menor posible, ya que cumplirán los requisitos de información, pero esta no necesariamente será compatible con que un beneficiario mínimamente diligente pueda ser adecuadamente informado, ya que, en la práctica, cuanto mayor número de informados haya, hay un creciente riesgo de que aumenten los consumidores que desistan de incorporarse al procedimiento. **Esta asimetría de incentivos supone un sistema que se legitima sobre la base del consumidor, pero que, en la práctica, no cuenta con dicho consumidor.** En este sentido, el CES manifiesta en su dictamen sobre el Anteproyecto de Ley que *«(...) la futura norma de transposición debería (...) aplicar los mecanismos necesarios para la prevención de prácticas abusivas que comprometen la legítima defensa de los intereses espurios, ya sean puramente lucrativos, publicitarios, ajenos en todo caso a los intereses de las personas consumidoras pretendidamente representados».*

Además, podría darse el caso de que sean muy pocos los consumidores beneficiarios que, en última instancia, solicitaran el cobro de las cantidades, con lo que el verdadero beneficiario de la sentencia condenatoria no sería el único agente con verdadera legitimación, el consumidor, lo que supone **quebrantar los principios de justicia y equidad inherentes a la intervención de los tribunales de justicia en la actividad económica y empresarial.**

En este contexto, la mejor manera de limitar estos conflictos de interés o desalineamientos potenciales entre los promotores de la iniciativa y los consumidores es, por un lado, **limitar o prohibir la financiación de terceros y, por el otro, prohibir que la rentabilidad de los promotores de estas iniciativas se retribuya en función de las cantidades reclamadas u obtenidas como condena, sino que las mismas tengan un tope con relación al total de la reclamación limitando la rentabilidad tanto en relación con el capital invertido como con el porcentaje de la cantidad finalmente cobrada por los consumidores,** como sucede, por ejemplo, en Alemania, donde el porcentaje máximo que puede obtener un financiador es el 10% de la recuperación efectiva de los consumidores.

Concretamente, el Consejo General del Poder Judicial expone *«(...) sobre la financiación del proceso por un tercero, que se rechazará cuando concurra conflicto de intereses. (...) Cuando el tribunal aprecie la concurrencia de conflicto de intereses requerirá a la entidad demandante para que renuncie a la financiación o la modifique en lo necesario. Caso de no hacerlo, el tribunal*



sobreseerá el proceso o excluirá del mismo a la entidad afectada, de haber concurrido otra no afectada por el conflicto de intereses».

2.3. Los inconvenientes para las empresas y los consumidores

El hecho de tener una regulación más desequilibrada en contra de las empresas en nuestro país que las vigentes de nuestro entorno puede provocar que, en España, se concentre la actividad de los operadores financiadores de estas iniciativas para interponer, en nuestro país, acciones colectivas que afectan a las empresas que operan en distintas jurisdicciones de la Unión Europea. De hecho, empresas multinacionales con riesgo de ser objeto de acciones colectivas pueden optar por dejar de operar en España y limitarse a hacerlo desde aquellos países en donde la legislación resulta más equilibrada, lo que supone una fragmentación artificial del mercado cuando lo que justificaba la Directiva, cuya transposición se pretende, era justo lo contrario. La apuesta por un modelo diferente del que va a regir en nuestro entorno, y que puede significar mayores posibilidades de generar riesgos y responsabilidades a las empresas, supone, por sí misma, una desventaja competitiva para la empresa española que, en última instancia, podría desembocar en una deslocalización de sedes de empresas hacia otras jurisdicciones a los efectos de intentar evitar la penalización de esta normativa.

Una empresa afectada por este tipo de procedimiento puede sufrir, en tanto en cuanto se resuelve el mismo, **fuertes daños reputacionales y costosos gastos jurídicos que, incluso, pueden poner en cuestión su viabilidad**, que le produzcan, de forma artificial e innecesaria, unos daños y perjuicios que nadie, a la postre, le va a poder resarcir en su integridad, incluso en los casos en los que el resultado de la demanda sea favorable a la empresa. **Este problema es especialmente grave en sectores o empresas cotizadas en las que el simple conocimiento, por parte del mercado, de la interposición de una acción colectiva de cuantía significativa puede castigar su cotización e incrementar las primas de riesgo que le exigen los inversores.**

Es más, **podría, incluso, suceder que una empresa pudiera verse afectada por una acción de este tipo cuya iniciativa o financiación fuera, de forma indirecta, de un competidor o un tercero**, que tuviera intereses en operar en ese mercado y que, como consecuencia de esta actuación, realizada de forma interpuesta y opaca, se alteraran las condiciones de competencia de un sector y de rentabilidad y viabilidad de una empresa en concreto. Esto supone un riesgo de conflicto de intereses y abusos que cualquier regulación inteligente debería intentar evitar y no facilitar.

En la Unión Europea la protección sobre el consumidor se basa en una regulación administrativa que es muy exigente en el ámbito del consumo con posibilidades de imponer elevadas sanciones, y que beneficia a los consumidores sin que los mismos tengan que afrontar inversiones económicas ni demoras en satisfacer sus pretensiones. Este modelo es totalmente diferente al vigente en otras realidades como Estados Unidos, donde la protección del consumidor se realiza a través de acciones colectivas planteadas en la jurisdicción civil con un carácter último punitivo (sancionador) en los casos de incumplimiento, ya que, en los casos de



condena, la consecuencia es soportar unos costes judiciales muy elevados con relación a los vigentes en Europa y en España pero cuyos principales beneficiarios últimos suelen ser los fondos de litigación y los equipos jurídicos, y no tanto el consumidor.

El hecho de que los costes judiciales y jurídicos en España sean mucho menores que los vigentes en los países anglosajones, donde existe una mayor tradición de acciones colectivas, supone un mayor riesgo de que se planteen acciones infundadas o abusivas, que pueden someter a las empresas a una presión procesal artificial y excesiva, lo que supone un aumento de sus costes operativos y de incertidumbre en relación con la operativa con el consumidor. En este contexto, **los consumidores pueden verse perjudicados en cuanto a que, a largo plazo, van a tener que soportar los sobrecostes (beneficios que terceros, los promotores de la iniciativa, obtienen por estas reclamaciones), un mayor precio o una menor disponibilidad de los bienes y servicios de consumo.** Estos efectos negativos no tienen justificación en realidades como la española, con protecciones adecuadas de los consumidores en el ámbito administrativo.

El Consejo General del Poder Judicial, en los epígrafes 29 y 30, afirma lo siguiente: «29. (...) *La Directiva tiene por objeto garantizar que en todos los Estados miembros los consumidores dispongan, a escala de la Unión y nacional, de al menos un mecanismo procesal efectivo y eficiente de acciones de representación para obtener medidas de cesación y resarcitorias, lo que potenciará la confianza de los consumidores y los capacitará para ejercitar sus derechos, contribuirá a una competencia más leal y creará unas condiciones de competencia equitativas para los empresarios que ejercen su actividad en el mercado interior.*

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

Adicionalmente, José María Campos Gorriño (Departamento Legal de CEOE) menciona, en su artículo, que, en definitiva, **el Proyecto de Ley Orgánica (i) promueve la litigación abusiva o infundada contra las empresas españolas** y les somete a una amenaza y presión procesal injusta en ejercicio de acciones acumuladas, artificialmente, que se interponen por terceros con el ánimo de obtener un beneficio en uso de la tutela del consumidor; **(ii) eleva exponencialmente el riesgo de litigación para las empresas españolas por fondos de litigación y despachos extranjeros;** **(iii) judicializa las relaciones entre consumidores y empresas;** **(iv) afecta a la competitividad de las empresas españolas, incrementa los costes de litigación y limita las posibilidades de crecimiento,** y, en determinados casos, **podría afectar al precio de la acción,** obligando a alcanzar acuerdos perjudiciales; **(v) afecta gravemente a la reputación de la empresa española en el mercado, todo ello con independencia del mérito de la acción;** e **(vi) impone a la empresa española un régimen sancionador indirecto adicional al marco de consumo de la UE,** que se justifica en el beneficio que le reconoce al financiador.



Por otra parte, destacan Esther de Félix Parrondo y Raquel Espín Gutiérrez (Cuatrecasas) en su artículo, que **el modelo de vinculación por defecto podría llevar a una sobrecarga significativa del sistema judicial**. Al incluir automáticamente a todos los consumidores en acciones colectivas, estos quedarían vinculados sin, necesariamente, tener conocimiento de ellas o sin la posibilidad de desvincularse adecuadamente, lo que supone el riesgo de una avalancha de litigios que podría demorar la resolución de casos y fomentar la presentación de demandas infundadas. Esto incrementaría el número de litigios sin fundamentos sólidos. En esta misma línea, Ignacio Pla Vidal (ASNEF) argumenta que **este modelo**, que vincula a los consumidores a acciones colectivas sin su consentimiento expreso, **incrementa la carga sobre el sistema judicial y beneficia desproporcionadamente a la industria del litigio**.

3. Propuestas de regulación inteligente de las acciones colectivas

Teniendo en cuenta lo expuesto, **una regulación inteligente del sistema de litigación colectiva en España es fundamental para mejorar la justicia y la eficacia en los procesos judiciales**. Las siguientes propuestas buscan garantizar un marco que permita un acceso justo a la justicia colectiva, evitando posibles abusos y asegurando un funcionamiento adecuado del sistema, en línea con los principios de nuestro ordenamiento jurídico.

- **El establecimiento de un sistema de vinculación por adhesión, mediante el cual no se hurta la acción al consumidor sin su consentimiento y se le protege al mismo nivel que al consumidor del resto de los países de la UE**, con las mismas cautelas a nivel nacional y transfronterizo, de forma homogénea, tal y como se ha regulado en la mayor parte de los países de la UE, **respetando nuestra tradición jurídica y de acuerdo con las indicaciones del Consejo General del Poder Judicial**.
- **Las organizaciones de consumidores más representativas deberían poder interponer, en su ámbito territorial, acciones colectivas en las que los consumidores puedan vincularse de forma sencilla** y práctica mediante el uso de herramientas informáticas, descartándose la vinculación por defecto prevista en el Proyecto de Ley.

De esta forma se fomenta que la organización de consumidores tenga un **incentivo para trasladar la existencia de la acción al mayor número de consumidores posible; se protege el derecho de los consumidores a que un tercero no litigue su derecho sin su consentimiento en beneficio de un financiador**; y se promueve que las organizaciones de consumidores **representen efectivamente a sus propios asociados**, incentivando el asociacionismo a estas entidades.

- **Los consumidores deberían poder iniciar las acciones individuales que estimen oportunas**, suspendiéndose el procedimiento en el supuesto de que la acción colectiva tenga el mismo objeto, tal y como ocurre en el procedimiento testigo, de forma que se resuelva el problema de la litigación masiva que paraliza nuestros tribunales, al tiempo que se respeta la tutela de



los ciudadanos. **Una vez dictada la sentencia en la acción colectiva, el consumidor deberá elegir entre adherirse al resultado de la acción colectiva o continuar con su procedimiento.**

- La **modificación de la ejecución judicial** prevista en el PLO, **de forma que se respete nuestro actual sistema procesal**. Que no se establezca condena a cantidad alzada alguna que se deba depositar sin ni siquiera conocer los consumidores beneficiarios, **sino que la sentencia reconozca una indemnización a cada consumidor beneficiario individual, el cual podrá cobrar el importe correspondiente en la forma prevista en sentencia o acuerdo homologado** –como, por ejemplo, a través del liquidador designado judicialmente–, para lo cual deberá acreditar que cumple con los requisitos establecidos en dicha sentencia.
- **Respecto a la limitación de los conflictos de interés y los desalineamientos potenciales entre los promotores de la iniciativa y los consumidores**, se debería, por un lado, **limitar o prohibir la financiación de terceros**; y, por el otro, **prohibir que la rentabilidad de los promotores de estas iniciativas se retribuyan en función de las cantidades reclamadas u obtenidas como condena**, sino que las mismas tengan **un tope con relación al total de la reclamación limitando su retribución a un porcentaje prudente de la cantidad finalmente cobrada por los consumidores**, como sucede, por ejemplo, en Alemania, donde el porcentaje máximo que puede obtener un financiador es el 10% de la recuperación efectiva de los consumidores.
- **Respecto a la financiación de litigios por terceros, se deben supervisar adecuadamente las autorizaciones de los financiadores y su operativa**. En este sentido, **los acuerdos de financiación deben ser entregados, obligatoriamente, tanto a los órganos jurisdiccionales como a los demandados**. Además, **los consumidores y usuarios deben obtener su resarcimiento antes de que el tercero financiador obtenga su retribución**.
- **Debe haber un control judicial sobre la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios**. Para ello, el control de esos requisitos de legitimación debe producirse respecto de cada procedimiento para **comprobar que la asociación tiene una adecuada representatividad y que sus fines son la protección de los intereses de los consumidores y usuarios sin que esté indebidamente influida o pueda tener un conflicto de interés o que tenga un valor económico en el ejercicio de la acción colectiva**.

Por último, debemos recordar que **la tutela colectiva de consumo, como proceso civil, tiene carácter compensatorio del derecho del consumidor, no punitivo** -para lo cual ya existe un sistema administrativo sancionador exigente y homogéneo a nivel europeo-. **Todo sistema procesal civil debe ser equilibrado y justo, objetivo que no cumple, como se ha dicho, el PLO, mediante la introducción de medidas legislativas extrañas a nuestra tradición jurídica.**

Palabras clave: acción colectiva, litigación masiva, industria del litigio, Directiva 2020/1828, opt-in, opt-out, vinculación por defecto, vinculación por adhesión, abuso del litigio, derechos del consumidor, promotores, financiadores, tutela judicial.



La transposición de la Directiva 2020/1828 en los países de la Unión Europea

HERBERT WOOPEN

Director de Política Jurídica
Foro Europeo de Justicia

RESUMEN

European Justice Forum (EJF), como asociación europea con sede en Bruselas centrada en enfoques eficaces y eficientes de los litigios masivos, desea contribuir con este dictamen a la mejora del proyecto de ley español de transposición de la Directiva de Acciones de Representación (UE) 2020/1828. En primer lugar, destaca el excelente planteamiento normativo de no pensar, inmediatamente, en los tribunales como solucionadores de problemas jurídicos masivos en tiempos de masificación, sino también reforzar las vías tradicionales de resolución de conflictos que existen en España modernizando la figura de los jueces de paz para resolver a través de la negociación y reforzando y ampliando las soluciones administrativas. Se recomienda una mirada a los modelos escandinavos, muy eficaces, con oficinas públicas de *ombuds* como unidades autorizadas para interponer acciones judiciales. A continuación, se formulan recomendaciones para que el objeto del litigio se concentre en un único tribunal bien equipado y para que, por parte de las entidades autorizadas a entablar acciones judiciales, se recurra a las asociaciones de probada eficacia y verdaderamente representativas de un gran número de consumidores (al igual que el poder judicial ha previsto en el mismo proyecto de ley la negociación con representantes de su propio personal). Antes de admitir un procedimiento judicial, el juez también debería comprobar si ya existen procedimientos paralelos pendientes o ya resueltos en otros Estados miembros de la UE y aclarar si solo les atribuye valor probatorio en virtud del art. 859 y, por tanto, les niega fuerza jurídica o relevancia procesal para España en virtud del Reglamento Bruselas I, o si reconoce el procedimiento extranjero como decisivo para España. La EJF apoya, firmemente, la obligación de revelar la financiación ajena, pero señala que un organismo público ajeno al tribunal podría, posiblemente, dar lugar a una mejor supervisión y al desarrollo de conocimientos especializados en el tratamiento de tales contratos en un lugar centralizado. Para cumplir plenamente el considerando 52 de la Directiva, el legislador también debe crear transparencia sobre los beneficiarios efectivos detrás de las personas jurídicas (también debido al blanqueo de capitales observado a través de este canal). También se recomienda limitar el potencial de beneficio de los terceros financiadores, así como la creación de una infraestructura electrónica estatal normalizada para el pago de las sumas recuperadas con consulta anticipada de los números de cuenta de los reclamantes. El artículo concluye con un firme alegato a favor de una solución *opt-in* general en lugar de la actual solución *opt-out* como cuestión de principio y una recomendación para una regulación bien pensada de la competencia entre varios procedimientos colectivos, en lugar de aceptar el riesgo de una carrera de galgos.



1. ¿Qué es el Foro Europeo de la Justicia?

El European Justice Forum (EJF a.i.s.b.l., –FEJ– Foro Europeo de la Justicia) es una asociación de empresas y bufetes de abogados cuyo objetivo es proporcionar orientación y conocimientos especializados para la tramitación de casos de daños masivos que proporcionen justicia reparadora sin favorecer modelos empresariales que pretendan obtener beneficios desproporcionados de tales casos.

2. Contexto y lema de la reforma española del proceso y de la organización judicial

El Ministerio de Justicia español ha elaborado una reforma legislativa muy completa y exhaustiva, en la que también se transpone la Directiva sobre acciones representativas. Es un acierto **no solo colocar un único instrumento nuevo junto a las estructuras existentes**, sino también integrar los objetivos de la Directiva sobre acciones representativas en la legislación española vigente sobre procedimiento civil y organización judicial de diversas maneras y –mejor de lo que prevé la Directiva– **vincularla con otras formas de resolver litigios en materia de consumo**. El objetivo es aumentar, considerablemente, la eficacia de la administración de la justicia civil en España.

Para ello se incorporan las tradiciones propias del país. Al igual que Suiza, España tiene una larga tradición de jueces de paz, que durante muchas décadas se han encargado de externalizar competencias que, originalmente, eran responsabilidad de los respectivos alcaldes locales. Siguiendo los pasos históricos de los jueces de paz, la reforma actual ha creado unas modernas «oficinas judiciales», cuyo objetivo es aliviar la carga de los tribunales ordinarios y ofrecer una mediación centrada en el ciudadano. Con su razonamiento, el legislador español habla desde el corazón del Foro Europeo de la Justicia y se cita aquí su lema, que también persigue una perspectiva de Derecho comparado:¹

«(...) antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia».

Además de este enfoque tan sensato, el legislador español podría inspirarse, en gran medida, en los **países escandinavos**, que se basan, en gran parte, en la tarea central de un Estado de hacer cumplir su propio ordenamiento jurídico y no permitir que esta tarea se la quiten de las manos los agentes privados. El temor de que el actual proyecto de ley en España pueda tener, precisamente, esta consecuencia no deseada es percibido, con razón, por una asociación de consumidores española que, al igual que varias otras organizaciones líderes en la protección de los consumidores, debe temer ser barrida por fondos de inversión y financiadores de litigios con los mejores recursos financieros y motivados, únicamente, por el ánimo de lucro.²

¹ Proyecto de ley 121/000016, *Boletín oficial*, Congreso de los Diputados, Núm. 16-1, p. 11 (sección V).

² Véase <https://facua.org/noticias/facua-cree-que-el-proyecto-de-ley-de-acciones-colectivas-busca-poner-a-las-asociaciones-de-consumidores-al-servicio-de-fondos-de-inversion/>.



Aparte de la sugerencia de examinar si un mayor préstamo del modelo escandinavo podría ayudar a que el mencionado objetivo del legislador español tuviera un éxito aún más coherente (véanse, también, algunas referencias de Derecho comparado más adelante), podríamos imaginar que podría ser muy útil para los esfuerzos de aplicación destinados a mejorar la idoneidad de los instrumentos de recurso colectivo examinar, más detenidamente, las siguientes recomendaciones:

2.1. Concentración del asunto en litigio

En aras de la economía procesal, es de agradecer que el legislador quiera utilizar las disposiciones del art. 853 n.º 1 y 4 para garantizar que el objeto del **litigio se concentre en el tribunal de la acción representativa** con el fin de aliviar la carga del poder judicial e implicar a los órganos de resolución extrajudicial de litigios. También se regula con sensatez la constelación de que varias acciones representativas puedan, incluso, interponerse ante distintos órganos jurisdiccionales y también por Entidades Habilitadas (EH) extranjeras, con el fin de agruparlas en la medida de lo posible (art. 833, apdo. 4 – acumulación de procesos, suspensión) y distribuir los costes entre las Entidades Habilitadas implicadas (art. 835, apdo. 3 – varias EH, incluso de otros Estados miembros), disponiendo el órgano jurisdiccional de un amplio margen de apreciación sobre la conveniencia de ulteriores acciones.

2.2. Entidades habilitadas con capacidad jurídica

Las modificaciones de los artículos 24, 25, 37, 46, 53, 54, 55, 56, 56 bis, 56 ter, 56 quater y 56 quinquies de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobadas por el Real Decreto-Ley 1/1007, de 16 de noviembre, pueden interpretarse –y esta sería, también, la preferencia expresada por la EJF³– en el sentido de que **no prevén una rebaja de los requisitos habituales para las asociaciones de consumidores y usuarios con derecho a demandar**. Esta sería la precaución más segura contra el riesgo de un abuso desenfrenado de los instrumentos de acción colectiva por parte de intermediarios cuyo principal interés radica en generar beneficios a partir de las acciones de terceros, incluidas las acciones masivas a gran escala en casos de consumidores. Esto parece conseguirse, en particular, por el hecho de que tanto el art. 55.2 párr. 1 y 2 como el art. 56.2 se refieren a una asociación de consumidores y usuarios «inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios» o en los registros de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla; al mismo tiempo, el art. 25 prohíbe el uso de los términos «consumidor y usuario» en las denominaciones de todas las asociaciones que no cumplan los «requisitos establecidos en el presente Reglamento o en la normativa autonómica que les sea de aplicación». Una de las disposiciones que parece permanecer inalterada es el art. 38.1 de la «Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», que establece lo siguiente:

³ Véase, para Austria, WOOPEN, «Umsetzung der Verbandsklagenrichtlinie in Österreich», ZVers 4/2023, 141, pp. 146-147 (sección 12.), siempre que se cree, en general, un mecanismo eficaz para tratar los casos de responsabilidad civil masiva.



«Artículo 38: Consejo de Consumidores y Usuarios.

1. Como órgano nacional de consulta y representación institucional de los consumidores y usuarios a través de sus organizaciones, el Consejo de Consumidores y Usuarios integrará las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico que, atendiendo a su implantación territorial, número de socios, trayectoria en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios y programas de actividades a desarrollar, sean más representativas».

Por otra parte, no parece que se haya modificado el apartado 3 del artículo 11 (Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios) de la Ley n.º 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que dice así:

«3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, **la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas**».

Ceñirse a esta solución tradicional española tendría tanto más sentido cuanto que es, precisamente, este privilegio de las organizaciones más representativas en el mismo proyecto de reforma lo que se va a seguir aplicando a los sindicatos como interlocutores del Ministerio de Justicia con los que quiere negociar sobre organización del trabajo (art. 522 apartado 1)⁴. ¿Por qué querría el Ministerio de Justicia que las empresas lucharan con las organizaciones de consumidores por acuerdos y soluciones que no son las más representativas de su clase si el Ministerio se niega, para sus propios fines, a comprometerse con otros sindicatos que no sean los más representativos en la aplicación razonable de la reforma judicial?

Admitir solo a las organizaciones más representativas cumple, plenamente, el objetivo de la Directiva de garantizar un sistema operativo de recurso colectivo,⁵ y también se confirma en las notas explicativas del proyecto de ley de la siguiente manera:

«Por ello, se modifica el título II del libro I del texto refundido, para su adaptación a la terminología de la Directiva, especificando la legitimación de las asociaciones de consumidores y

⁴ «Artículo 522: 1. El Ministerio de Justicia elaborará y aprobará, previa negociación con las organizaciones sindicales **más representativas**, las relaciones de puestos de trabajo en que se ordenen los puestos de trabajo de las oficinas y unidades previstas en el artículo 520.1, correspondientes a su respectivo ámbito de actuación.

Asimismo, el Ministerio de Justicia, previa negociación con las organizaciones sindicales **más representativas**, será competente para la ordenación de los puestos de trabajo asignados al Cuerpo de letrados de la Administración de Justicia en todo el territorio del Estado, que se determinarán con anterioridad a la aprobación definitiva de cada relación de puestos de trabajo.

⁵ **Considerando 27** de la Directiva sobre acciones representativas: «Ninguno de los criterios aplicados para la designación de las entidades habilitadas para ejercitar acciones de representación nacionales o transfronterizas debe obstaculizar el funcionamiento efectivo de las acciones de representación tal como se establecen en la presente Directiva». Página 4, sección III del Proyecto (véase nota al pie 1): «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, tiene justamente como finalidad **garantizar** que todos los Estados de la Unión Europea cuenten, al menos, con **un mecanismo de tutela colectiva a instancia de las entidades legalmente habilitadas para la salvaguarda de los intereses de los consumidores y usuarios, al tiempo que persigue evitar el ejercicio abusivo de dicha acción procesal**».



usuarios para el ejercicio de acciones colectivas y atribuyendo la posibilidad de que **sean designadas como entidades habilitadas todas aquellas que se encuentren inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios o en los registros autonómicos y de las Ciudades de Ceuta y Melilla de asociaciones de consumidores y usuarios, siempre que cumplan los requisitos establecidos a tal efecto».**

2.3. Procedimiento de autorización y soporte informático

Como parte del procedimiento de autorización, además de los requisitos ya previstos, también debe examinarse si ya existen **resoluciones** que deban tenerse en cuenta, no solo en España, sino también **en el extranjero** (véase el art. 859). Véanse más adelante los comentarios sobre el procedimiento de reconocimiento.

Para apoyar este examen podría ser muy útil no solo encargar a la Entidad Habilitada que ejercita la acción la creación de una plataforma electrónica para los consumidores afectados (art. 849, sobre costas judiciales en el sentido del art. 241.1), como se prevé actualmente, sino también crear una **amplia infraestructura electrónica estatal** capaz de establecer tanto los requisitos de procesamiento de datos para casos individuales como los datos decisivos de procedimientos colectivos ya en curso o concluidos que sean relevantes para los consumidores españoles. En principio, también se prevé una plataforma para esta última tarea, pero no son reconocibles ni la consideración de las resoluciones extranjeras relevantes ni la asunción de las funciones centrales para los consumidores afectados en los respectivos casos en la misma plataforma. Existe, por tanto, un **riesgo de fragmentación del soporte informático** de un sistema estandarizado de resolución de reclamaciones masivas, que en sí mismo es totalmente adecuado (Proyecto de Ley, p. 22 = Sección VII):

«Una pieza clave del nuevo sistema es la configuración de un sistema de difusión y publicidad de estas acciones en el actual Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que mediante la modificación normativa correspondiente, pasa a denominarse Registro de Condiciones Generales de la Contratación y de Acciones Colectivas, cuya gestión corresponde al Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España con el objetivo de fomentar la transparencia y el conocimiento de las acciones colectivas en marcha, tanto en general, como por sus posibles beneficiarios. Se concibe como una herramienta imprescindible para la adecuada coordinación entre órganos judiciales ante los que pudieran estar pendientes procesos colectivos con objetos idénticos o conexos. Este Registro será crucial para el funcionamiento adecuado de estos instrumentos para la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios».

2.4. Divulgación de los acuerdos de financiación

También es muy positivo el derecho del tribunal a exigir la revelación del acuerdo de financiación en virtud del art. 850 núm. 5, con la posible protección de la información sensible de los



demandantes en virtud de las disposiciones generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil española [art. 283 bis b)]. Aún podría mejorarse este punto en el sentido de que la divulgación debe hacerse *siempre de forma sistemática*, pero no ante el tribunal, sino *ante una autoridad pública*, que puede así acumular un caudal de experiencia y conocimientos, lo que debería facilitar la evaluación de tales acuerdos. Austria ha confiado esta tarea al Fiscal Federal de Cánceles (Sección 1 (1) N.º 4 y Sección 2 (1) Proyecto QEG).

2.5. Divulgación de los beneficiarios efectivos

También puede merecer la pena fijarse en la evolución que se viene observando en otros países desde hace algún tiempo: **la financiación de litigios se utiliza cada vez más para fines que van más allá de la búsqueda de beneficios excepcionalmente elevados**. Por ejemplo, según Bloomberg Law⁶, una familia kazaja está blanqueando enormes sumas malversadas en Kazajstán desde Suiza a través de una sociedad suiza de financiación llamada «Litigation Partners SA». El Financial Times informó, también en noviembre de 2023, que los chinos están financiando demandas de patentes contra empresas tecnológicas como Samsung en los EE. UU.⁷, después de que Intel ya había testificado sobre esto en el Comité Judicial del Senado de EE. UU. en 2021⁸. Los financiadores de litigios también se utilizan para socavar las sanciones internacionales⁹.

Por lo tanto, **la evaluación de los acuerdos de financiación de litigios debe complementarse, definitivamente, con un régimen específico de prevención del blanqueo de capitales**, ya que es una falacia suponer que las disposiciones de prevención pertinentes para notarios, bancos, compañías de seguros y sociedades de inversión podrían garantizar que no se produzca blanqueo de capitales a través de las sociedades de financiación de litigios; los ejemplos de la práctica antes mencionados demuestran lo contrario. Esta cuestión ha sido abordada, de manera ejemplar, por la ley checa de transposición: según el artículo 25 del proyecto de ley checa sobre procedimientos colectivos¹⁰, los beneficiarios efectivos detrás de las personas jurídicas, incluidos los detalles de esta propiedad efectiva, deben ser revelados, al igual que un fondo

⁶ <https://news.bloomberglaw.com/business-and-practice/man-linked-to-money-laundering-aids-litigation-finance-startup>

⁷ <https://www.ft.com/content/d6b1690e-2eda-4e10-8d98-915a382bd2ac>

⁸ <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Stabinsky%20-%20Testimony.pdf>

⁹ <https://news.bloomberglaw.com/litigation-finance/putins-billionaires-sidestep-sanctions-by-financing-lawsuits>

¹⁰ <https://odok.cz/portal/veklep/material/KORNCMALVTYM/>



fiduciario o construcciones similares. Solo una interpretación así de la Directiva hará justicia a su considerando 52, que está demasiado poco reconocido¹¹.

2.6. Límite a los beneficios de los financiadores de litigios

Pero, además, **el tribunal** (o, en caso de que se encomiende esta tarea a órganos judiciales centrales, estos órganos) **también debe llevar a cabo un examen de la idoneidad de la remuneración económica del financiador**. A este respecto, el art. 850 (1), (2) y (5) y el art. 846 núm. 2 conceden, acertadamente, al propio tribunal un margen de discrecionalidad para evaluar la «adecuación» de las condiciones de financiación y su autorización, pero no definen normas cuantitativas objetivas para ello. A este respecto, otros Estados miembros de la UE han sido más valientes: Alemania ha limitado la posible participación en los beneficios de los financiadores de litigios al 10% de los ingresos totales, ya que, de lo contrario, deja de aplicarse la legitimación de la entidad demandante (artículo 4 (2) n.º 3 VDuG DE), con las consecuencias de desestimación de la acción y ausencia de reembolso de gastos y costas.

La intención económica de la propia Directiva se describe con bastante claridad en sus artículos 12(2) y 20(3)¹²: Según el principio rector de la Directiva, los consumidores no pueden ser gravados con los costes del procedimiento judicial, salvo en la medida de la modesta cuota de participación como contribución a los costes de carácter general para la Entidad Habilitada. Desde un punto de vista económico, esto también podría aplicarse con respecto a la transferencia de una parte sustancial de sus ganancias al financiador, incluso si las pretensiones de ganancia del financiador del litigio no deben considerarse costas procesales en sentido estricto. *Stadler* combina una interpretación tan amplia de las «costas procesales» con la exigencia de que la

¹¹ «Las entidades habilitadas deben ser **plenamente transparentes** ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades administrativas en lo que respecta a la fuente de financiación de sus actividades en general y a la **fuente de los fondos que respaldan una acción de reparación representativa concreta**. Esto es necesario para que los tribunales o las autoridades administrativas puedan evaluar si, en la medida en que lo permita la legislación nacional, la financiación por terceros cumple las condiciones establecidas en la presente Directiva, **si existe un conflicto de intereses entre el tercero que financia y la entidad habilitada que cree un riesgo de abuso de proceso**, y si la financiación por un tercero con un interés económico en la interposición o el resultado de la acción de representación para obtener reparación pondría en peligro la protección de los intereses colectivos de los consumidores en la acción de representación. **La información facilitada por la entidad habilitada** al órgano jurisdiccional o a la autoridad administrativa debe permitir, al órgano jurisdiccional o a la autoridad administrativa, evaluar si el tercero puede influir indebidamente en las decisiones procesales de la entidad habilitada en el contexto de la acción de representación, incluidas las relativas a los acuerdos transaccionales, de manera que se perjudiquen los intereses colectivos de los consumidores afectados, y si el tercero aporta fondos para financiar una acción de representación para obtener reparación contra un demandado que sea competidor del financiador o del que este dependa. **La financiación directa de una acción representativa concreta por parte de un comerciante** que opera en el mismo mercado que el demandado **debe considerarse un conflicto de intereses**, ya que el competidor puede tener un interés económico en el resultado de la acción representativa que no sería idéntico al interés del consumidor.

En el caso de financiación **indirecta** de una acción representativa por parte de organizaciones financiadas mediante contribuciones iguales de sus miembros o mediante donaciones, incluidas las donaciones de empresarios en el contexto de iniciativas de responsabilidad social corporativa o *crowdfunding*, **debe permitirse la financiación por terceros, siempre que la financiación por terceros cumpla los requisitos de transparencia, independencia y evitación de conflictos de intereses**. Si se confirma la existencia de un conflicto de intereses, el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa deben estar facultados para adoptar las medidas oportunas, por ejemplo, exigiendo a la entidad habilitada que deniegue o modifique la financiación en cuestión y, en caso necesario, denegando el reconocimiento de la legitimación de la entidad habilitada o decidiendo la inadmisibilidad de una determinada acción representativa de resarcimiento. Tal denegación o decisión no debe afectar a los derechos de los consumidores afectados por esa acción de representación».

¹² Astrid STADLER, «Third-Party Funding in Collective Redress», en *Festschrift (Liber Amicorum for) Christopher Hodges* (2022), 151, 154.



sociedad asuma la totalidad de los beneficios reclamados por el tercero financiador en caso de que no tenga éxito. Sin embargo, esto iría claramente demasiado lejos, ya que sería injusto cumplir la promesa de beneficio hecha por la entidad cualificada y los consumidores que la siguen al tercero financiador únicamente a expensas del tercero demandado (¡contrato inadmisiblemente a expensas de terceros!).

No obstante, en consonancia con el «principio rector» de la Directiva para un reparto adecuado de cargas y beneficios en los procedimientos colectivos, cabría preguntarse si no sería conforme con el principio de equidad que el legislador dispusiera, para el caso especial de una acción colectiva autorizada por un tribunal, que se ha de tramitar de forma restrictiva, que la empresa demandada pague por la reclamación de beneficios del financiador del litigio por un importe de quizás hasta el 5% de la cantidad total concedida a los demandantes, si y solo en la medida en que la parte demandante también soporte el 5% o más de la misma. Esto limitaría los beneficios totales del financiador del litigio al 10% (como en Alemania), lo que podría alcanzar importes absolutos considerables en el caso de las elevadas cantidades en juego, pero es de esperar que sin sobrecargar indebidamente a las partes del litigio. En cualquier caso, **debería incluirse en el proyecto un límite cuantitativo claro sobre el potencial de ingresos de los financiadores de litigios y debería encomendarse el correspondiente examen al órgano competente** (idealmente algunos órganos centrales del poder judicial y no el tribunal de primera instancia, que en caso de duda no tiene especial experiencia en el funcionamiento de este tipo de contratos, de modo que la experiencia en el funcionamiento de estos contratos, a menudo complicados, se acumule en los órganos centrales del poder judicial). En su decisión, el organismo público examinador también tendría que valorar si la entidad demandante ha obtenido suficientes ofertas para la financiación del proceso por terceros y si tiene intención de aceptar la oferta económicamente más viable para los consumidores.



2.7. Prioridad de los desembolsos

Según el art. 878.1 frase 3, el tribunal inicialmente solo «reserva» el beneficio del financiador del litigio; si esto debe entenderse en el sentido de que **no se paga hasta que se haya abonado a los consumidores**, sería muy de agradecer. Porque solo cuando se haya pagado a todos los consumidores que están realmente interesados en obtener su compensación, y no haya más reclamaciones adicionales que dirigir al deudor judicial, dejará de plantearse la cuestión de quién —¿los consumidores o el financiador del litigio o los abogados o todos proporcionalmente?— tiene que soportar el riesgo de insolvencia del deudor judicial. Tal interpretación del art. 878, apdo. 1, frase 3, **invertiría las disposiciones contractuales habituales, pero no favorables a los consumidores, de los financiadores de litigios, según las cuales se debe pagar primero a los financiadores de litigios y no a sus «clientes», los consumidores**, cuyos intereses deben ser la principal preocupación. Y la utilidad social de una acción colectiva solo puede medirse por el **número de consumidores que realmente reclaman su parte de la cantidad ganada, razón por la cual la remuneración del financiador del litigio solo puede medirse por la**

cantidad realmente pagada y no por la cantidad ganada. La cantidad restante, probablemente, deberá devolverse a la empresa demandada y condenada.

2.8. Normativa con fuerza de ley

El art. 859 confirma, claramente, que las sentencias firmes de tribunales de otros Estados miembros en el mismo asunto son **solo pruebas y no tienen fuerza legal en España**. Se trata de una decisión valiente y acertada por parte de los redactores, sobre la que otras leyes de transposición, lamentablemente, guardan silencio en lugar de abordar de frente esta cuestión tan obvia.

Esta clara visión de los problemas reales del Reglamento Bruselas I en materia de reconocimiento del efecto de cosa juzgada de las sentencias extranjeras en los procesos colectivos se completaría si, en el marco del procedimiento de **autorización de una acción colectiva interna (o transfronteriza) por un tribunal español, este tuviera en cuenta si procede, o no, otorgar efecto de cosa juzgada a una sentencia extranjera en un asunto comparable**. Se trata, en realidad, de un procedimiento de *exequatur* para el reconocimiento de una sentencia extranjera, para el que cualquier tribunal que conozca de la admisión de una acción colectiva tiene competencia automática, lo que también debería aclararse expresamente en la ley. Sugerencia de redacción: «En el contexto de la autorización de una acción de reparación, el tribunal ante el que se ha presentado la demanda también decide si las sentencias extranjeras, en casos potencialmente relacionados, deben tener valor legal o solo probatorio para los nuevos procedimientos pendientes (*exequatur* o no *exequatur*)».

2.9. Procedimiento de vinculación por defecto frente a vinculación por adhesión

El art. 848(3) del nuevo Título IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil española declara el denominado procedimiento de **vinculación por defecto (opt-out)** como principio del procedimiento español de acción colectiva, en virtud del cual se concede al tribunal discrecionalidad para cambiar el procedimiento a un procedimiento de **vinculación por adhesión (opt-in)** si las demandas individuales de los consumidores ascienden a más de 3.000 euros.

En cualquier caso, se trata de una solución mejor que un procedimiento de vinculación por defecto, prescrito indiscriminadamente, para todas las constelaciones, como vemos en la legislación estadounidense, en la acción colectiva «original», que incluye a todas las partes perjudicadas, que inicialmente parece ser la mejor solución del problema o, al menos, una solución aceptable. Sin embargo, nos gustaría analizar, críticamente, las razones por las que Dinamarca, como país de tamaño manejable y con una fuerte tradición de consenso social, ha abandonado lo que consideramos el sistema más convincente para diferenciar entre procedimientos de vinculación por defecto o por adhesión:

Hasta ahora, **Dinamarca** permitía un procedimiento de vinculación por defecto **solo a petición de una sola institución de derecho público** (Defensor de los consumidores) y únicamente



a favor de importes muy pequeños, de hasta 150 euros por beneficiario. Sin embargo, **el país acaba de suprimir esta variante más convincente de reparto de tareas entre un procedimiento de vinculación por adhesión y otro de vinculación por defecto en su ley de aplicación**, con los siguientes argumentos:

- Es posible que, a pesar de todos los esfuerzos por proporcionar información, las personas implicadas no sean conscientes de su opción de vinculación por defecto y pierdan, así, de forma permanente su derecho procesal a demandar y, si se desestima la sentencia, también su reclamación de fondo.
- Un planteamiento de vinculación por defecto no proporcionaría ni al tribunal ni al demandado claridad sobre el número de perjudicados y el volumen de daños en juego, de modo que las conversaciones para llegar a un acuerdo son tan buenas como impracticables.
- La necesidad de regulación para un planteamiento de vinculación por defecto es más amplia que para un planteamiento de vinculación por adhesión, porque se necesita regulación adicional sobre cómo podría ser exhaustiva la información de los afectados por el procedimiento, y cómo tratar un excedente de dinero o una asignación insuficiente del fondo que debe estimarse para los beneficiarios del pago.

No podemos sino estar de acuerdo con esto. Pero, sobre todo, además de las razones mencionadas anteriormente, lo siguiente habla **en contra de cualquier planteamiento de vinculación por defecto**: si los financiadores de litigios y los intermediarios que buscan acciones colectivas (abogados, plataformas de acciones colectivas, agencias de relaciones públicas para acciones colectivas) pueden estar seguros en un sistema de este tipo, en el que la cantidad total de **dinero en juego será muy alta**, tienen un gran incentivo para iniciar tales procedimientos. **Al mismo tiempo, no tienen ningún incentivo**, según se explica a continuación:

- Informar a los beneficiarios afectados sobre el procedimiento en curso, ya que la única consecuencia concebible para estos intermediarios podría ser un desistimiento (*opt-out*) por parte de los beneficiarios.
- Los intermediarios tienen, igualmente, pocos incentivos para distribuir los fondos obtenidos a través del procedimiento, y desde luego no rápidamente. Al contrario, les interesa ganar lo máximo posible con la administración y el no desembolso de estos fondos durante el mayor tiempo posible.
- Además, con el procedimiento de vinculación por defecto, los diversos datos relevantes para el pago solo deben/pueden recopilarse una vez concluido el procedimiento judicial. Por lo tanto, el procedimiento de vinculación por defecto es estructuralmente la forma más prolongada de proporcionar alivio a los consumidores; un procedimiento de vinculación por adhesión que funcione con una infraestructura informática bien estructurada y recopile los datos necesarios en una fase temprana, estructurada por el juez, incluidos, por ejemplo,



los números de cuenta bancaria necesarios, es mucho más rápido para lograr el éxito del reparto. **Eslovenia** opta por un procedimiento suplementario de vinculación por adhesión que debe llevar a cabo el administrador del pago después de la sentencia para identificar a los afectados (nota: sería más eficaz optar por la vinculación por adhesión [el *opt-in*] desde el principio como mecanismo de participación).

En este contexto, **es aconsejable abandonar, por completo, el enfoque de vinculación por defecto** en las respectivas leyes nacionales de aplicación, como han hecho **Dinamarca, Rumanía** y, recientemente, incluso **Bélgica** (como solución por defecto). El planteamiento del proyecto de ley belga podría seguir siendo una sugerencia para que España reconsidere el límite fijo de 3.000 euros como planteamiento normativo: en **Bélgica**, un procedimiento de vinculación por defecto solo es posible si las partes en litigio acuerdan, durante el procedimiento de autorización, que el procedimiento de vinculación por defecto es la mejor solución para resolver el litigio; si no se llega a un acuerdo, solo queda el procedimiento de vinculación por adhesión como vía de resolución.

En esta ocasión también debe tenerse en cuenta la siguiente consideración: la preocupación de que un periodo de vinculación por adhesión pueda ser demasiado corto está, probablemente, alimentada por el temor de que pueda ser demasiado tarde para que algunos obtengan reparación si no hay más oportunidades de compensación si no participan en la acción colectiva específica en cuestión. En **España**, en particular, se ha hecho una propuesta interesante: si se establece un procedimiento de *opt-in* (vinculación por adhesión) realmente temprano, sería perfectamente concebible no asumir el agotamiento/**consumo completo** de la acción colectiva, sino permitir otro procedimiento de acción colectiva para casos similares, quizás por otra EH, con otro *opt-in* temprano.¹³



2.10. Consumo completo de la acción colectiva

En principio, la idea de un agotamiento/consumo completo de la acción colectiva es un buen enfoque para crear paz jurídica, de modo que no haya una continuación interminable de la disputa sobre la misma cuestión que ya se ha decidido. La ley de transposición española persigue este planteamiento con el trasfondo de su planteamiento fundamental de vinculación por defecto (art. 848, apartado 3, sin posibilidad de enmienda hasta 3.000 euros). Sin embargo, cabe preguntarse si no puede lograrse un resultado económico esencialmente equivalente «a todos los efectos prácticos» con mucho menos esfuerzo e incertidumbre.

¹³ Véase, también, el brillante artículo de Alex FERRERES, «Vinculación por defecto (*opt-out*) en las acciones de representación», *Almacén de derecho*, feb. 10, 2023 – apartados «Con carácter general: la definición del mecanismo de vinculación y su relevancia» y «La falta de experiencia litigiosa de un sistema de vinculación por defecto (*opt-out*) exigirá la consolidación previa de los mecanismos de desistimiento o no vinculación: los costes de optimización de tales mecanismos y el aprendizaje de los consumidores en su uso pueden ser un peaje excesivo para el derecho de los consumidores concernidos a litigar individualmente sus intereses patrimoniales particulares».

El legislador podría, por ejemplo, ordenar la **suspensión de todos los demás pleitos basados, esencialmente, en los mismos hechos y cuestiones jurídicas** tras la autorización de una acción colectiva y remitir de oficio estos otros pleitos al tribunal de la acción colectiva. Allí se podría decidir, entonces, sobre la conveniencia de combinarlos con el procedimiento de la acción colectiva (en particular, sobre la base de un soporte de *hardware* y *software* adecuado). Por lo tanto, solo sería coherente determinar de oficio, como juez estatutario en casos masivos, el menor número posible de tribunales superiores para todas las acciones relacionadas y no cometer el craso error del legislador alemán de bloquear, sin más, otras acciones colectivas contra el mismo empresario sobre los mismos hechos de la vida y sobre las mismas pretensiones u objetivos declarativos una vez pendiente una acción colectiva (art. 8 VDuG DE). Esto se debe a que, por un lado, dar prioridad a la primera acción crea un incentivo para la llamada «carrera de galgos» que conlleva el gran riesgo de una demanda de mala calidad por parte del demandante más rápido y la consiguiente desestimación total de la demanda,¹⁴ y, por otro, priva al tribunal de la oportunidad de tramitar el asunto en litigio de la forma más eficiente posible **en interés de la economía procesal y de las partes** y, en su caso, de optimizar la interacción entre las diferentes entidades habilitadas y sus diferentes enfoques de financiación en interés bien entendido de las partes litigantes¹⁵. En el caso de que la legislación española no limitara –tal y como lee y recomienda el EJV más arriba (2.2)– el derecho de acción de las asociaciones a las más representativas –tal y como prevén también los arts. 522 y 523 párr. 2 n.º 1 del anteproyecto de ley de transposición para los sindicatos–, podría tener en cuenta, cuando el tribunal decida sobre la entidad principal cualificada en una mayoría de procedimientos, cuál de las entidades demandantes podría representar mejor a los consumidores a los que hay que representar, que generalmente será una asociación de consumidores miembro del Consejo de Consumidores y Usuarios (art. 38 - ver 2.2 arriba) y, por tanto, reconocida como representativa.

Esta concentración global del objeto del litigio permitiría, también, alcanzar la «finalidad» en el sentido de que, una vez concluida la acción colectiva, no podrían admitirse nuevas acciones sobre el mismo asunto («**consumo de la acción colectiva**»), salvo que circunstancias especiales aconsejaran la admisibilidad de una nueva acción de este tipo.

¹⁴ Ver, de nuevo, Alex FERRERES, «Vinculación por defecto (*opt-out*) en las acciones de representación», *Almacén de derecho*, feb. 10, 2023, sección al final «Un sistema de vinculación por adhesión (*opt-in*) genera una competencia entre los que «rivalizan» por iniciar acciones colectivas resarcitorias más beneficiosa para los intereses de los consumidores a los que se busca representar».

¹⁵ Sobre esto y las mejores soluciones en Australia y Canadá, véase WOOPEN, «Umsetzung der Verbandsklagerichtlinie in Österreich», ZVers 4/2023, p. 141, 143 con más referencias.



Los riesgos para las empresas de una inadecuada transposición de la Directiva 2020/1828 en el sector del crédito de consumo

IGNACIO PLA VIDAL

Secretario general

Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF)

RESUMEN

El proceso de transposición de las directivas europeas permite a los Estados miembro adaptar los requerimientos regulatorios europeos a las necesidades particulares de cada país respondiendo a las distintas realidades económicas, sociales e incluso culturales de los Estados miembro. De esta forma, se alcanza un doble objetivo: homogeneizar los requerimientos regulatorios a nivel europeo a la par que cada país puede adaptar la norma en cuestión a la idiosincrasia de su ciudadanía y de las características propias de su tejido empresarial.

Para evaluar el éxito de una nueva normativa han de cuantificarse los impactos económicos y sociales que de la misma se deriven tras su entrada en vigor (*ex post*). Es por ello por lo que, previa transposición y elaboración de la Ley (*ex ante*), deberían analizarse las distintas posibilidades, los diferentes escenarios y las diversas consecuencias que, potencialmente, podrían derivarse de la misma. Solo así podrá llevarse a cabo una redacción de la norma que sea beneficiosa para la economía y, por tanto, para la sociedad en su conjunto.

En el presente artículo se exponen, de manera pormenorizada, las consecuencias que se podrían derivar del proyecto de ley y concretamente del modelo de vinculación *opt-out*, tal y como está redactado en el momento actual, fundamentándonos no solo en las nociones más básicas del funcionamiento de nuestro ordenamiento jurídico y de la realidad económica y social de España, sino también en las consecuencias materiales contrastadas que se están sufriendo en aquellos países que están actualmente aplicando el sistema que el legislador español propone implementar en nuestro país.

El proyecto de ley, en su redacción actual, trae consigo consecuencias negativas para los distintos sectores empresariales y para la economía en su conjunto. Países como Francia, Alemania e Italia, han rechazado nuestro modelo por los evidentes riesgos que entraña. Además, tendrá un impacto negativo en el orden jurídico español.



1. Los sistemas de vinculación a las reclamaciones colectivas y el proyecto español

Con el objeto de garantizar la debida protección de los intereses colectivos de los consumidores nace la **Directiva 2020/1828 de 25 de noviembre de 2020**, que pretende dotar a estos, tanto a nivel de la Unión como a los Estados miembro, de un **sistema de herramientas efectivas y eficientes de acciones de representación de cesación y resarcitorias**.

La Directiva, tal y como se expresa en sus Considerandos, **no debe sustituir los mecanismos procesales nacionales existentes de defensa de los intereses colectivos o individuales de los consumidores**. Así, teniendo en cuenta las tradiciones jurídicas de los Estados miembro, debe quedar a criterio de estos **integrar el mecanismo procesal adecuado para las acciones de representación tal y como se recoge en la norma**. En línea con esta idea, **la Directiva deja libertad a los Estados miembro para que establezcan el sistema mediante el cual el consumidor afectado por el incumplimiento de un empresario pueda expresar la voluntad de ser, o no, representados por la acción iniciada por una entidad habilitada y de quedar, o no, vinculados por el resultado de dicha acción**. De esta manera, los Estados pueden escoger entre dos sistemas:

1. Sistema de **adhesión explícita** mediante al cual se requiere una manifestación expresa de voluntad de adhesión del consumidor afectado (sistema *opt-in*).
2. Sistema de **adhesión tácita**, en el cual todos los consumidores afectados por el incumplimiento se consideran, automáticamente, adheridos salvo que, en un plazo determinado, manifiesten expresamente su voluntad de no vincularse a dicha reclamación colectiva (*opt-out*).

El proyecto de ley español de transposición de la mencionada Directiva se ha inclinado por la segunda opción, es decir, por el sistema de adhesión tácita, que carece de tradición en nuestro derecho, y que, con carácter general, no es una alternativa aplicada en el resto de las jurisdicciones del continente europeo por no considerarse una opción más beneficiosa ni para el sistema jurídico ni para la adecuada protección del consumidor. De esta forma, **el consumidor afectado quedará vinculado al resultado de la acción emprendida por una asociación sobre la base de una «presunción»**.

El Boletín Oficial del Congreso publicaba, el 22 de marzo pasado, el **Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios**¹. Se recoge en el proyecto que **el tribunal determinará, en el auto que certifique la acción colectiva resarcitoria, la conducta o conductas infractoras y los consumidores y usuarios que han de verse afectados por la acción**. Configura, por tanto, de esta forma, una **adhesión tácita** al recoger que los consumidores, que no deseen verse vinculados por dicha acción, deberán manifestar, de forma expresa, esta decisión en el plazo y forma que determine el juzgador. Tan solo,

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



el tribunal tendrá la facultad de exigir una vinculación expresa cuando la cantidad reclamada, o el valor de la prestación solicitada como resarcimiento para cada beneficiario, supere los 3.000 euros y siempre por causas justificadas.

Sorprende sobremanera la opción escogida por el legislador dado el grado de riesgo que la misma implica, tanto para el sistema jurídico, en su conjunto, como para la economía, en general, y para el propio consumidor en particular. En primer lugar, **no existe tradición histórica en nuestro derecho**, ni por ello, **tampoco la necesaria experiencia que permita dar este salto sin el riesgo cierto de que sobrevengan consecuencias que puedan ser socialmente inasumibles**. El consumidor se verá vinculado y constreñido por los efectos de la acción emprendida por una asociación a la que, normalmente, no conocerá y con la que no habrá tenido, con toda probabilidad, relación alguna, ni habrá, por tanto, tenido oportunidad de valorar. La medida implica, pues, una **intervención agresiva en la esfera de decisión del consumidor**, que siempre se ha preservado, arrojando al silencio o a la inactividad del consumidor la decisión de interponer una reclamación judicial, bajo una dirección letrada que no ha escogido. **Es desconcertante que el proyecto acoja la opción *opt-out*, que supone una quiebra del principio de transparencia exigible para este tipo de decisiones que requieren un consentimiento informado**. ¿Dónde queda la libre elección de abogado y el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva a estos efectos?

En segundo lugar, las entidades de crédito son entidades reguladas que, como más adelante veremos, están sometidas a un estricto régimen prudencial de solvencia y supervisión de forma que se garantice la estabilidad del sistema financiero. Pues bien, **una acción colectiva de resarcimiento, acompañada de la preceptiva publicidad, implica, de forma instantánea, un perjuicio patrimonial inmediato que puede, incluso, condicionar su estabilidad en el sistema financiero y, como consecuencia, la de aquellas otras entidades que tienen relación con el mismo**. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a aquellas entidades que, a través del mercado interbancario, participan en su financiación.

Lo señalado en el párrafo anterior es una cuestión que puede provocar inestabilidad a cualquier Entidad del sector financiero que se vea inmersa en un proceso de estas características y, muy probablemente, a causa de un criterio o interpretación que hasta el momento no era evidente. Ello supone, para dicha entidad, la necesidad de dotar unas provisiones que, potencialmente, alcanzarían al total de la cartera afectada y que imposibilitaría, en muchos casos, cumplir con los requerimientos de capital a los que están sometidas. No es necesario destacar la **relevancia que las entidades de crédito tienen en la economía y en la sociedad**, no solo por la importancia de su actividad económica y por el número de personas a las que dan empleo, sino también por el imprescindible servicio que prestan a los ciudadanos.

No hay duda de que las circunstancias expresadas anteriormente, y una más adecuada valoración de la seguridad jurídica, han llevado a los países de nuestro entorno y, especialmente, a aquellos más relevantes, a **rechazar el sistema de adhesión tácita** como veremos a continuación.



2. Sistemas de vinculación en otros Estados miembro: la experiencia del Derecho comparado

Como se ha mencionado, la Directiva (UE) 2020/1828 da a los Estados miembro la opción de adoptar dos sistemas de vinculación a la acción de representación diferentes. En la transposición de la norma, por tanto, los diferentes Estados miembro están escogiendo entre sistemas de vinculación, bien expresa o bien tácita, de los consumidores individuales, es decir, sistemas de inclusión voluntaria (*opt-in*) o de exclusión voluntaria (*opt-out*).

El derecho comparado siempre se estudia y analiza a la hora de preparar una normativa, sobre todo a nivel europeo, al tratarse de la transposición de una directiva. En este sentido, en cuanto a la decisión del consumidor, **la opción predominantemente elegida por los distintos Estados miembro es, claramente, el sistema de vinculación expresa *opt-in***. Efectivamente, los Estados miembro de nuestro entorno, incluidos los más relevantes como **Alemania**², **Italia**³, **Francia**⁴, **Suecia**⁵, **Irlanda**⁶ y **Polonia**⁷, entre otros, están acogiendo, en sus ordenamientos jurídicos, el **sistema de inclusión expresa, voluntaria (*opt-in*)**. Estos países destacan por estar a la vanguardia en materia de protección al consumidor y por velar por el bienestar social como garantía del estado de derecho.

En el caso de **Francia**, dado que la acción colectiva fue introducida por la Ley del 17 de marzo de 2014 relativa al consumo, conocida como «Ley Hamon», el Informe de la ponencia n.º 862 sobre el proyecto de ley de transposición subraya que el objetivo del legislador de 2014 era evitar excesos como los de los «cazarrecompensas» y otras carencias de la acción colectiva de «estilo americano».⁸ Así, el procedimiento previsto por el legislador francés se divide en tres etapas, siendo la segunda etapa una fase de indemnización de daños que afecta a las personas que han decidido unirse al grupo mediante un mecanismo de tipo *opt-in* tardío por el que

² BUNDESGESETZBLATT (2023), «Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher - Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz (VRUG)» [Accesible en <https://www.recht.bund.de/bgbl/1/2023/272/VO.html>]

³ GAZZETTA UFFICIALE (2023), Decreto Legislativo 10 marzo 2023, n.º 28. «Attuazione della direttiva (UE) 2020/1828 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2020, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori». [Accesible en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2023/03/23/23G00036/SG> <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/1363062.pdf>]. La acción colectiva fue introducida en Italia con la ley n.º 31/2019 y está operativa desde 2021. Italia implementa el sistema de *opt-in* mediante la remisión a las disposiciones del Código del Consumidor (nuevos artículos 140-ter-140-quater c.p.c.). El *opt-in* se puede producir en dos momentos distintos (*opt-in* tardío).

⁴ ASSEMBLÉE NATIONALE (2024), «Proposition de loi, modifiée par le Sénat, relative au régime juridique des actions de groupe», n.º 2154, déposée le mercredi 7 février 2024. [Accesible en https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/textes/l16b2154_proposition-loi]

⁵ REGERINGSKANSLIET (2023), «Grupptalan till skydd för konsumenters kollektiva intressen». [Accesible en <https://www.regeringen.se/contentassets/1a9f8504377d49a8a6e8f5149de6e8d7/grupptalan-till-skydd-for-konsumenters-kollektiva-intressen/>]. El estudio de evaluación previa de la transposición por el Gobierno sueco indica que la regulación sueca ya prevé el sistema *opt-in*, por lo que no se requieren cambios legislativos con la ley transposición.

⁶ HOUSES OF THE OIREACTHAS (2023), «Representative Actions for the Protection of the Collective Interests of Consumers Bill 2023». [Accesible en https://data.oireachtas.ie/ie/oireachtas/libraryResearch/2023/2023-05-16_bill-digest-representative-actions-for-the-protection-of-the-collective-interests-of-consumers-bill_en.pdf]

⁷ KANCELARIA PREZESA RADY MINISTRÓW (2024), «Projekt ustawy o zmianie ustawy o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym oraz niektórych innych ustaw» [Accesible en <https://www.gov.pl/web/premier/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-dochodzeniu-rozszczen-w-postepowaniu-grupowym-oraz-niektorych-innych-ustaw2>]

⁸ VICHNIEVSKY, L. y GOSSELIN, P. (2023), «Rapport n.º 862 de la commission des lois sur la proposition de loi relative au régime juridique des actions de groupe». [Accesible en https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/rapports/cion_lois/l16b0862_rapport-fond]



el consumidor interesado se vincula después de la sentencia sobre responsabilidad dentro de los plazos y condiciones que fije el juez, oponiéndose, así, al principio de *opt-out* según el cual se presumiría que todas las víctimas potenciales forman parte del grupo excepto quienes expresamente se opongan.⁹ El propio Diputado ponente, Gosselin, concluye en el informe: «*para tranquilizar en particular a las empresas, no se trata de poner en marcha una demanda colectiva «al estilo americano», procedimiento cuyos excesos conocemos».*

De manera similar a la opción elegida en Francia, el Decreto Legislativo de **Italia**, de 10 de marzo de 2023, vigente desde abril de 2023, transpone la Directiva (UE) 2020/1828 insertando en el Código del Consumidor italiano nuevos artículos 140-ter hasta el 140-quaterdecies.¹⁰

El nuevo art. 140-novies del Código del Consumidor italiano se remite, expresamente, a las disposiciones ya vigentes en Italia sobre acciones colectivas previstas en el código de procedimiento civil italiano, dado que las demandas colectivas se introdujeron con la ley n.º 31/2019 vigente desde 2021.¹¹ La norma ya prevé que únicamente los consumidores interesados en beneficiarse de la acción de representación puedan unirse a ella a través del mecanismo de participación voluntaria *opt-in* tardío. En concreto, el consumidor puede adherirse en dos momentos diferentes:

- En primer lugar, tras el auto que admite la acción de conformidad con el art. 840-quinquies, párrafo 1, del Código de Procedimiento Civil y con el que el juez fija el plazo para ser parte.
- En segundo lugar, tras el pronunciamiento de la sentencia que acoge la acción con la que el juez «declara abierto el procedimiento de adhesión y fija el plazo perentorio, no inferior a sesenta días ni superior a ciento cincuenta días, para incorporarse a la acción colectiva de sujetos con derechos individuales homogéneos» (art. 840-sexies, inciso 1, letra e, Código de Procedimiento Civil).

Cabe destacar, también, el **caso alemán**, cuya Ley de transposición de la Directiva (UE) 2020/1828 sobre acciones de representación (conocida como «VRUG») se publicó en el Boletín Oficial Federal el 12 de octubre de 2023.¹²

El artículo 46, apartado 1, frase 1 prevé que los consumidores deben adherirse, de manera expresa, en la acción de representación inscribiéndose en el registro de acciones de representación de la Oficina Federal de Justicia. La fecha hasta la cual es posible el registro fue modificada varias veces durante el proceso legislativo, optándose, finalmente, por un plazo de tres semanas después de la finalización de la audiencia oral. Dado que la sentencia no puede dictarse antes

⁹ Tal y como se desprende del Artículo 1.º undecies del proyecto de Ley sobre el Procedimiento colectivo de liquidación de daños y perjuicios [Accesible en https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/textes/l16b2154_proposition-loi]

¹⁰ Decreto Legislativo de 10 de marzo 2023, n.º 28, «Attuazione della direttiva (UE) 2020/1828 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2020, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori (23G00036)» [Accesible en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2023/03/23/23G00036/SG>]

¹¹ CODICE DI PROCEDURA CIVILE (2023), [Accesible en <https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-civile/>]

¹² «Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2020/1828 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher». BGBl. 2023 I Nr. 272 vom 12.10.2023 [Accesible en: <https://www.recht.bund.de/bgbl/1/2023/272/VO.html>]



de seis semanas después de la finalización de la audiencia oral en atención al artículo 13 de la VRUG, los consumidores deben adherirse siempre antes de que se dicte sentencia.

En conclusión, **en materia resarcitoria, el modelo de *opt-out* no es el que se viene perfilando en el derecho de la Unión Europea**. Ni siquiera el modelo de acciones de representación del Reglamento General de Protección de Datos, único sistema de acción colectiva armonizado en la UE, es *opt-out* puro, en tanto se prevé siempre *opt-in* para resarcitorias -*cfr.* Arts. 80.1 y 80.2, y opcional *opt-out* para acciones de cesación.¹³

La experiencia y preferencia, no solo en España, sino en toda la UE, es el modelo *opt-in*, pudiendo conjugarse con un modelo *opt-out* para las acciones de cesación o persecución de una actividad ilícita.

3. Consecuencias para el sector del crédito al consumo del mecanismo de adhesión tácita

Nos referíamos, con anterioridad, a las consecuencias que, para el sector del crédito al consumo, se derivarán del sistema de vinculación elegido para entidades financieras como para el propio consumidor.

El sector financiero está sometido a una regulación con una *«profundidad interventora mayor que las empleadas en otras áreas de actividad económica, la regulación necesaria para la mejor prevención y gestión de los riesgos financieros y, al tiempo, el fomento de las más favorables condiciones de financiación de la economía. Se puede decir que el fundamento último de toda la legislación financiera consiste en la necesidad de garantizar la estabilidad y el eficiente funcionamiento de los mercados financieros...»*¹⁴

Por su parte, el **Reglamento (UE) 575/2013, de 26 de junio de 2013**, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, **recoge aquellos requisitos prudenciales aplicables a las entidades financieras con el objeto de garantizar tanto la estabilidad financiera de los operadores en esos mercados como un elevado grado de protección de los inversores y los depositantes**. Este Reglamento se complementa por medio de numerosas **normas técnicas de regulación**, también de carácter vinculante, que son de aplicación directa y que tienen el objetivo de **establecer unos criterios de homogeneidad en el sector financiero europeo**.

Los requerimientos prudenciales implican, como su propio nombre indica, **un nivel de prudencia adicional al ya considerado en la regulación contable**, ya que, con la concesión de cada

¹³ «Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos [Accesible en <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>]

¹⁴ Exposición de motivos de la ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.



préstamo, la entidad financiera deberá inmovilizar un porcentaje de capital que no podrá ser utilizado para conceder operaciones adicionales, es decir, queda como una «reserva» que permita hacer frente a potenciales pérdidas. Este porcentaje de capital se calcula sobre la base de la calificación de riesgo que la normativa estima para cada tipo de préstamo, son los conocidos «**activos ponderados por riesgo**» sobre los cuales se establece el umbral mínimo de solvencia que la Entidad financiera debe mantener. Ante esta lógica, una cartera que bajo la normativa prudencial sea considerada de mayor riesgo, deberá mantener un porcentaje de capital equivalente que permita responder ante la potencial materialización de impagos y, de esta forma, asegurar la viabilidad de la entidad y la salud del sistema financiero en su conjunto. Como consecuencia, **la capacidad de una entidad financiera para conceder préstamos depende, directamente, de su estructura de capital y de la fortaleza que este demuestre para soportar las operaciones que mantenga en cartera.**

Se puede concluir, por tanto, que **la regulación obliga a las entidades financieras a inmovilizar un capital equivalente al riesgo mantenido en sus carteras.** Ante este requerimiento regulatorio, **¿qué ocurriría si una demanda, con mayor o menor fundamento, fuese interpuesta bajo el modelo de *opt-out*?** Este modelo *opt-out*, al incluir de forma automática a la totalidad de operaciones con ciertas características, **obligaría a las entidades financieras a dotar provisiones por una cuantía tal que permita cubrir el riesgo total afectado por dicha demanda.** Es decir, **incluso antes de tener certeza sobre la legitimidad de las reclamaciones contenidas en la demanda y de conocer, con precisión, el número de operaciones a las que podría afectar, la entidad podría verse obligada a provisionar por el total del riesgo potencial.**

Por todo ello, **el modelo *opt out* entendemos que supone un alto riesgo, considerando los requerimientos contables y prudenciales a los que está sometido el sector.** Este modelo **chocaría frontalmente con el objetivo de la normativa vigente, ya que haría imposible su convivencia con el modelo de negocio de las entidades financieras** que, insistimos, están sujetas a unas normativas de prudencia que les obligarían a inmovilizar una cantidad de capital ingente ante una potencial demanda. Es más, **el modelo *opt out*, de establecerse tal y como está concebido, va en perjuicio del propio consumidor,** ya que se vería afectado por una más que probable restricción del crédito y un endurecimiento de las condiciones provocado por la amenaza de soportar reclamaciones colectivas de cuantías desproporcionadas.

Por otra parte, **el consumidor y el mercado no serán ajenos a estas consecuencias y peligros.** El impacto de una acción de este tipo no solo condicionará a la entidad afectada sino al sector, pues, sin duda, el resto de las entidades «*tomarán nota*» y, con toda probabilidad, adoptarán posiciones más conservadoras en la concesión de crédito. Ello sin contar con el efecto reputacional que afectará a los depositantes e inversores de la entidad afectada y de aquellas otras que hubieran mantenido una relación con la misma. En suma, **una serie de efectos indeseables que pueden convertirse en sistémicos dañando gravemente la estabilidad del sistema financiero.**

Si los textos que constituyen el marco normativo europeo y nacional, regulador del sector del crédito, destacan, desde sus primeras palabras, la importancia de la solvencia de las entidades



financieras para la estabilidad de la economía, **esta medida sumamente agresiva y que, expresamente, no ha sido adoptada en los países de nuestro entorno, podría ir en contra de tal objetivo de estabilidad.**

4. Conclusiones

1. Ante la interposición de una acción colectiva, **equiparar la inactividad del consumidor**, afectado por un hipotético incumplimiento, **a una decisión voluntaria e informada en una cuestión**, que se supone debe ser trascendente para sus intereses, **no se corresponde con la debida transparencia.**
2. ¿Cuántos consumidores serán conscientes de que están siendo partícipes de una acción colectiva? **El sistema de adhesión *opt-out* supone**, sobre todo en el caso de las acciones colectivas resarcitorias, **una intervención inédita en la esfera de decisión del consumidor** que restringe, de forma efectiva, su libertad de decisión.
3. **La aplicación de un sistema de adhesión *opt-out***, para determinar la vinculación de todos los consumidores afectados a una acción colectiva, **supone un grave y, posiblemente, irreparable perjuicio para las entidades financieras**, incrementando, notablemente, el riesgo de deterioro reputacional del sistema financiero.
4. ¿Se han planteado los autores del proyecto los escenarios que de esta normativa se podrían derivar? Como ha quedado patente, **los países de nuestro entorno y, en particular, los más avanzados, con industrias sólidas y prósperas, no han acogido este sistema.** Nuestro país carece de toda experiencia.
5. **La norma podría llegar a ocasionar un grave perjuicio al consumidor, opuesto a lo que la esencia de la misma debería pretender.** Por un lado, perjudicaría a una inmensa mayoría de consumidores que, por desconocimiento, no hubieran manifestado, expresamente, su rechazo a participar, quedando irremediadamente sujetos a la acción colectiva, a su leal y prudente ejercicio, y privados del libre ejercicio de su legítima defensa.
6. **Los efectos de la interposición de una acción colectiva resarcitoria de estas características, sin duda, impactarán en el sector y en el comportamiento de las entidades crediticias que deberán ajustar sus políticas de riesgo para evitar considerables contingencias.** No hay que olvidar el efecto llamada a los despachos de abogados especializados que lleva implícito el sistema *opt-out* en las acciones resarcitorias y el consiguiente interés de posicionarse en el mercado de la industria de la reclamación ante una constante búsqueda de nichos y oportunidades de negocio.



El Proyecto de Ley Orgánica para la defensa de los intereses de los consumidores. Análisis y riesgos del modelo (*opt-in/opt-out*) y la ejecución de sentencia desde la perspectiva de la empresa

JOSÉ MARÍA CAMPOS GORRIÑO

Director del Departamento Legal
CEOE

RESUMEN

El presente artículo analiza, resumidamente y con datos, los graves problemas que supondrán para las empresas españolas el sistema *opt-out* y el mecanismo de ejecución de sentencia diseñado en el Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. El Proyecto replica el modelo de litigación de clase estadounidense y se aparta de la transposición que han hecho las principales economías de la UE y de la tradición española. Al igual que ocurre en los Estados Unidos, los principales beneficiados de este tipo de regulación serán los fondos de litigación y los despachos de abogados, a los que el Proyecto fomenta y protege sin que ningún beneficio reciba el consumidor español, cuyo interés queda relegado y subordinado. Una propuesta de transposición de una Directiva errónea que perjudicará a la competitividad de las empresas españolas frente a las del resto de los países de la UE, que creará barreras regulatorias para nuestras empresas, que transformará a las organizaciones de consumidores en el medio plazo en instrumentos de litigación ajeno a su finalidad social y que no generará beneficio alguno a los consumidores, cuya capacidad para decidir sobre la tutela de sus derechos en materia de consumo desaparecerá. Por ello, adicionalmente, el artículo formula y razona propuestas para resolver los graves defectos del Proyecto.



1. El Proyecto de Ley Orgánica

El Congreso de los Diputados está discutiendo actualmente el Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios (en adelante, el «PLO»), por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (en adelante, la «Directiva»).

El PLO propone un modelo *opt-out*, que, resumidamente, consiste en que, con carácter general, una asociación de consumidores —asistida, como veremos, por un financiador— estará legitimada activamente para interponer una acción colectiva que vinculará, por defecto, a todos los consumidores afectados de España, salvo que manifiesten, de forma expresa, su voluntad de desvincularse del proceso colectivo por medios electrónicos en un periodo de tiempo de entre 2 a 6 meses desde el auto de certificación¹. **Los consumidores quedarán vinculados a la acción a pesar de que desconozcan su mera existencia o estén asociados a otras asociaciones de consumidores.**

El modelo *opt-out* que propone el PLO reproduce en España el sistema de litigación anglosajón —principalmente, Estados Unidos— y **se aparta del sistema mayoritario europeo**, que sigue un modelo *opt-in*². En la mayor parte de Europa el consumidor se vincula voluntariamente a la acción colectiva si así lo considera oportuno, que puede realizarse a través de un sencillo trámite electrónico. **Los principales países de la UE, como Alemania, Francia, Italia o Polonia, han optado por un sistema *opt-in*, opuesto al que propone el PLO.** Incluso países que en el pasado habían implementado, para algunos supuestos concretos, un sistema *opt-out*, similar al que propone el PLO, han regresado al modelo *opt-in*, como Dinamarca o Bélgica³.

Adicionalmente, **el modelo *opt-out* propuesto en el PLO ha sufrido duras críticas**, tanto desde organizaciones de consumidores (p. ej., FACUA), como desde el Consejo General del Poder

¹ Art. 848.5 LEC según el PLO. Menos del 0,2% de los consumidores optan por desvincularse de la acción colectiva de consumo en Estados Unidos. «The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues», *Vanderbilt University Law Review*, octubre 2004, p. 6. Por tanto, la desvinculación, en la práctica, es simplemente irreal, tal y como puso de manifiesto el informe del Consejo Económico y Social de España sobre el PLO, teniendo especial impacto en el consumidor vulnerable.

² Los principales Estados de la UE, como Alemania, Francia, Italia y Polonia, así como la gran mayoría del resto de los Estados miembros (19) han previsto sistemas de *opt-in*, opuesto al que pretende aprobar el Proyecto de Ley. Incluso algunos Estados miembros, como Dinamarca o Bélgica, preveían anteriormente un reconocimiento parcial de sistema *opt-out* en su legislación y lo han sustituido por un sistema *opt-in*. Tan solo 5 Estados miembros ya tenían implementado, han elegido o han propuesto elegir un sistema *opt-out* como el que propone el Proyecto de Ley, siendo todos ellos los de menor población de la UE: Chipre, Eslovaquia, Hungría, los Países Bajos y Portugal. En el caso de los Países Bajos y Portugal ya tenían implementado un sistema *opt-out* (con ciertos matices) por diversos motivos, entre ellos su tradición jurídica. En todo caso, debe significarse que incluso en el caso de los Países Bajos, su jurisprudencia exige a la asociación de consumidores y a sus financiadores acreditar una representación mínima de los consumidores, requisito que ni siquiera exige el PLO. Ver nota al pie 32.

³ Ver el artículo redactado por Herbert Woopen, de European Justice Forum, donde explica, con detalle, los casos de Dinamarca y Bélgica, y los motivos por los que estos países cambiaron su legislación procesal de *opt-out* a *opt-in*.



Judicial (CGPJ)⁴, o el Consejo Económico y Social (CES)⁵ por diversos motivos, tales como por entregar la tutela de los consumidores a los fondos de litigación, separarse de nuestra tradición jurídica o perjudicar a los consumidores, especialmente a los más vulnerables.

Debe considerarse que **la UE cuenta con una regulación sancionadora administrativa en materia de consumo muy exigente y con multas muy elevadas**⁶. Frente a este sistema, el control en materia de consumo en los Estados Unidos se realiza, principalmente, a través de las acciones de clase —colectivas— de daños y perjuicios ante la jurisdicción civil, con una cierta filosofía punitiva. Estas acciones de clase son financiadas por terceros —fondos de litigación y despachos de abogados— en una jurisdicción donde los costes judiciales son muy elevados y que entiende la litigación en materia de consumo como un negocio legítimo en sí mismo, en una suerte de privatización del derecho sancionador en materia de consumo. Por otra parte, **prácticamente todos los Estados miembros de la UE han adoptado sistemas *opt-in* y han limitado, directa o indirectamente, el beneficio que terceros financiadores puedan obtener a costa de los derechos de los consumidores, en oposición al sistema estadounidense, *opt-out*, que, sorprendentemente, es el que parece haber elegido España a través del PLO.**

Todo debate no se puede entender sin ser consciente de la existencia de **fondos de litigación**, principalmente extranjeros, y **despachos de abogados**⁷, el «**Financiador**», que, según establece el PLO, asumirán voluntariamente los costes del proceso a través de un acuerdo con la asociación de consumidores a cambio, normalmente, de un porcentaje del total de la indemnización agregada del conjunto de los consumidores españoles. **El Financiador, lógicamente, obtendrá importantísimos beneficios económicos a través del proceso de litigación colectiva a costa de los recursos de las empresas españolas, todo ello gracias al reconocimiento expreso y la protección del Financiador que proporciona el PLO.**

No se tratará en este artículo la potencial creación de asociaciones y plataformas de consumidores por los propios Financiadores —a través, normalmente, de despachos de abogados—, que supondrá la integración vertical del nuevo negocio procesal y financiero diseñado en el PLO.

⁴ Informe del CGPJ: «El modelo de adhesión voluntaria o representación por mandato (*opt-in*) es el que escoge o planea adoptar la mayoría de los Estados miembros para las acciones resarcitorias —bien en las escasas normas aprobadas a fecha de hoy, bien en los proyectos legislativos en curso—, dado que se entiende que es el más cercano a la tradición jurídica propia y no plantea problemas de constitucionalidad al respetar el derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía patrimonial de cada individuo».

⁵ Informe del CES: «El CES considera que esta opción contemplada por el Anteproyecto entraña riesgos desde el punto de vista de las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva puesto que, para la mayor parte de las personas consumidoras, resultará harto difícil conocer de la propia existencia de la acción de representación, circunstancia que se verá agravada en el caso de las personas consumidoras especialmente vulnerables, a cuya problemática ya se ha hecho alusión. En opinión del CES, a fin de respetar el principio de ejercicio voluntario de la acción por la persona consumidora, sería más adecuado que la regla general fuera que resultaran afectadas por la acción de representación resarcitoria solo las personas consumidoras y usuarias que hayan manifestado su voluntad expresa de vincularse a la misma».

⁶ Las sanciones en materia de consumo pueden llegar a alcanzar el 4% del volumen de negocio anual del empresario en el Estado miembro de la UE. Ver artículo 49.5 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

⁷ Despachos de abogados, tanto nacionales como internacionales, dedicados a la litigación masiva financian y asumen los costes y riesgos de los litigios colectivos, estando algunos de ellos participados directamente por fondos de inversión. En otras ocasiones, fondos de litigación y despachos de abogados forman un mismo equipo, que asegura el control procesal de la acción colectiva.



2. Breve esquema *opt-out* propuesto en el Proyecto de Ley Orgánica: los terceros beneficiados por el litigio

El modelo *opt-out* propuesto en el PLO aparta al titular del derecho —el consumidor—, que pasa a ser tutelado sin su consentimiento por una asociación de consumidores con la que, normalmente, no tendrá relación. Esta asociación de consumidores alcanzará acuerdos económicos con un Financiador para el pago de costes y posterior entrega de una parte de la indemnización correspondiente a los consumidores⁸.

Resumidamente, el **esquema procesal *opt-out*** contenido en el PLO es el siguiente:

- **La legitimación activa la ostenta una Organización de Consumidores habilitada**⁹, que, principalmente, exige una actividad de 12 meses.
- **La delimitación de los consumidores representados se realizará en un trámite previo denominado «certificación»**, donde se definirá el ámbito objetivo de la acción¹⁰.

Como regla general, **los consumidores delimitados en la «certificación» se vincularán, de forma automática, a la acción sin su consentimiento (*opt-out*) y perderán, por defecto, su derecho a ejercitar la acción individual**¹¹. El consumidor no podrá decidir si quiere iniciar una litigación o, en su caso, quién litiga su derecho —directamente o a través de otras organizaciones de consumidores de su confianza— y ni siquiera podrá intervenir en el proceso por así establecerlo el PLO¹².

Transcurrido un plazo determinado, ninguna otra asociación de consumidores podrá iniciar una acción colectiva en nombre de sus asociados o cualquier otro consumidor¹³.

Este régimen de *opt-out* no aplica a consumidores del resto de la UE a los que la Directiva protege¹⁴. Los consumidores de otros Estados miembros de la UE, al contrario que los españoles, no podrán quedar vinculados por defecto, sino que deberán manifestar su voluntad

⁸ Entre las propuestas de enmiendas registradas en el PLO, un grupo parlamentario ha llegado a proponer que el Financiador pueda obtener hasta un 30% de una cantidad alzada reconocida a todos los consumidores de España en la acción colectiva o un 200% de beneficio sobre las cantidades financiadas. Se analizará esta propuesta en el apartado 4.3 siguiente.

⁹ Requisitos en el artículo 55 de la LCU.

¹⁰ Artículo 845 LEC y ss. según el PLO.

¹¹ El PLO, al igual que ocurre en Estados Unidos, prevé que los consumidores puedan desvincularse de la acción, si así lo manifiestan, en un periodo de entre 2 a 6 meses desde la certificación. La media de consumidores que optan por desvincularse de la acción colectiva en Estados Unidos fue inferior al 0,2%, por lo que la opción de desvincularse es una mera formalidad. Afecta especialmente a los consumidores más vulnerables que quedarán vinculados, por defecto, sin tener la posibilidad de negarse a ser representados por un tercero. Este dato se puede encontrar en el informe «The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues», *Vanderbilt University Law Review*, octubre 2004, p. 5 [1541]. <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1688&context=vlr>

¹² Artículos 831.3, 853.6 y 862 LEC, según el PLO.

¹³ Artículo 833.3 LEC, según el PLO, al igual que ocurre en la legislación procesal norteamericana, por ejemplo (art. 23 *Federal Rules of Civil Procedure*).

¹⁴ Artículo 848.4 LEC según el PLO y artículo 9.3 de la Directiva.



expresa de vincularse a la acción para ser representados en la acción ejercitada en España (*opt-in*), al igual que en determinados supuestos que el PLO califica de excepcionales¹⁵.

- **El PLO reconoce, expresamente, la figura del Financiador**¹⁶, que tendrá derecho a un beneficio procedente del total alzado reconocido a los consumidores y cuyo importe o porcentaje dependerá de lo previsto en el acuerdo de financiación¹⁷ alcanzado con la asociación de consumidores, con independencia del número de consumidores que, efectivamente, se beneficien de la acción.

Esto implica que el PLO reconoce un beneficio a un tercero —el Financiador— por un pleito ajeno, cuyo importe dependerá de un acuerdo que alcance con otro tercero —la asociación de consumidores—, el cual tampoco tiene interés directo en el pleito. Todo ello gracias a la vinculación a la acción colectiva de los consumidores afectados de toda España sin su consentimiento. Lógicamente, **la sentencia que se dicte puede ser desestimatoria de la reclamación**, perjudicando irremediamente el derecho del consumidor, o, en su caso, **podría reconocer una indemnización inferior a la que el consumidor pudiera haber obtenido** si el PLO no le hubiera arrebatado, sin su consentimiento, su derecho a litigar.

3. Los riesgos del *opt-out* diseñado en el Proyecto de Ley Orgánica para la empresa española y posibles alternativas

3.1. La realidad del sistema *opt-out* diseñado en el Proyecto de Ley Orgánica

Desde el punto de vista de la empresa española, el sistema *opt-out* previsto en el PLO supone la **acumulación global y simultánea de todas las acciones de todos los consumidores de España en un único procedimiento que, normalmente, se ejercitará contra una única empresa demandada** y en el que, como se ha dicho: (i) **el consumidor, representado titular del derecho, no participa, carece de todo control y, normalmente, desconocerá su existencia**; y (ii) **se reconoce a un tercero, el Financiador, un beneficio directo del pleito ajeno**. Es decir, **el principal interesado en un procedimiento *opt-out* diseñado en el PLO no es el consumidor individual. Es el Financiador**.

Tomemos un caso real. Demanda colectiva interpuesta en el Reino Unido contra una empresa de tarjetas de crédito. Muy resumidamente, esta empresa fue demandada por 14.500 millones

¹⁵ Consciente de la gravedad de la medida de sustraer el derecho del consumidor por defecto (*opt-out*) y su distinto tratamiento al consumidor de fuera de España, el PLO prevé una situación que califica como excepcional (artículo 848.3 LEC), según la cual posibilita que el tribunal exija al demandante que el consumidor se manifieste sobre el destino de su derecho (*opt-in*). El tribunal «solo podrá tomar esta decisión cuando, atendidas a las circunstancias del caso concreto»: (i) la reclamación de cada beneficiario supere los 3.000 €; y (ii) resulte necesaria para «una mejor administración de justicia». En la práctica, esta situación excepcional será de uso residual por el elevado importe requerido, si bien, con independencia del importe, no se resuelven los graves problemas asociados a un sistema *opt-out*. Además, dará lugar a situaciones diversas y contradictorias, dado que el concepto de «buena administración de justicia» no es un término definido.

¹⁶ Artículo 850 LEC según el PLO.

¹⁷ Artículo 878 LEC según el PLO.



de libras¹⁸ en una acción colectiva *opt-out* interpuesta en Londres por un despacho de abogados y sus financiadores. El argumento principal de la demanda consiste, resumidamente, en que entre 1992 y 2008 se fijó una comisión de intercambio con los comercios que utilizaban tarjetas de crédito que, supuestamente, eran excesivas. Según la demanda, los comercios y las empresas trasladaron estas comisiones de intercambio a todos los compradores mayores de 16 años que hubieran residido en el Reino Unido en el referido periodo en forma de precios más altos, incluso con independencia de si utilizaron una tarjeta de crédito.

Los demandantes reclaman un porcentaje necesariamente ínfimo de todas las compras de todos los consumidores del Reino Unido por un periodo de 16 años, que, gracias al sistema *opt-out*, supone entregar a fondos de litigación y abogados un procedimiento judicial de nada menos que 14.500 millones de libras contra una única empresa en representación de millones de consumidores indeterminados, que no conocen al demandante y que, en la abrumadora mayoría de los casos, ni siquiera saben que un Financiado está litigando en su nombre.

Pero es que, además, con independencia del resultado del procedimiento, es razonable afirmar que ningún consumidor británico medio tiene interés alguno en este pleito. En el improbable caso de condena, la indemnización será por un importe ínfimo para cada consumidor y será, salvo mejor criterio, prácticamente imposible de acreditar individualmente.

Este procedimiento se viene litigando desde el 2017. Es decir, el demandado habrá asumido razonablemente durante los últimos 7 años costes legales —muy elevados en el Reino Unido—, con riesgo por un procedimiento de 14.500 millones de libras, además de tener que soportar el daño reputacional durante todo este tiempo por cada noticia que salía publicada en la prensa británica o internacional especializada¹⁹.

Se podría argumentar que, a través de un sistema *opt-out* como el diseñado en el PLO, se garantiza la tutela del consumidor que, de otra forma, no ejercitaría, sin necesidad de litigar ni interesarse en el procedimiento. Por tanto, **el PLO considera necesario arrebatarle al consumidor español su derecho para que un tercero ajeno lo litigue y tutele a cambio de grandes beneficios.**

Esta interpretación concibe al consumidor medio como incapaz de decidir sobre el ejercicio de su derecho y se escapa de la interpretación del Tribunal de Justicia de la UE, que entiende que un consumidor medio es aquel «*normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*»²⁰. Como decimos, **el PLO pasa a tratar al consumidor español como una suerte de menor de edad, incapaz de decidir sobre su derecho.** Esta situación será especialmente grave en reclamaciones de cierto importe, en los que un consumidor español afectado que vaya a formular una reclamación se podrá encontrar con que, simplemente, no puede, ya que una asociación de consumidores y su Financiado le han arrebatado la acción sin su consentimiento,

¹⁸ 17.200 millones de euros.

¹⁹ Para más información, ver <https://www.freshfields.com/en-gb/capabilities/case-studies/mastercard-case-study/> o <https://www.mastercardconsumerclaim.co.uk/>

²⁰ Por ejemplo, entre otras muchas, STJUE de 2 de mayo de 2019. C-614/17.



no pudiendo, el consumidor español afectado, intervenir de ninguna forma por así ordenarlo la propia ley. El consejo práctico al consumidor español –entre los que personalmente me encuentro– sería que revisara periódicamente internet para comprobar que ningún tercero asume su derecho sin su consentimiento, carga al ciudadano que, honestamente, no parece aceptable.

En este sentido, debe recordarse que **el consumidor vinculado al resultado de la acción colectiva en un sistema *opt-out* podría perder su derecho, irremediablemente, en el supuesto de desestimación de la demanda u obtener una cantidad inferior a la que le podría haber correspondido**, sin haber si quiera intervenido en el proceso.

La pregunta razonable que sigue sería si realmente el sistema *opt-out*, previsto en el PLO, merece la pena para el consumidor. La experiencia estadounidense demuestra que entre los años 2019 y 2020 el porcentaje de consumidores afectados en una *class action* que, teniendo derecho, recibieron efectivamente una indemnización fue del 4,91% y en tan solo dos casos se superó el 15%²¹. Los motivos por los que los consumidores ni siquiera solicitan la compensación pueden ser varios. Principalmente, porque el consumidor entiende que no tienen un problema real contra la empresa que deba ser objeto de litigio o compensación, el desconocimiento de la existencia del derecho, la imposibilidad de acreditar su derecho o que ni siquiera le merezca la pena realizar el trámite teniendo en cuenta el reducido importe a percibir²².

Igualmente, cabría preguntarse si la indemnización que recibe el consumidor al menos justifica la invasión de su tutela judicial efectiva. La experiencia estadounidense demuestra que, **en el régimen *opt-out* que prevé el PLO, la indemnización que recibe un consumidor individual no será normalmente significativa. Quien sí obtiene un beneficio es el Financiadore**, que, como se ha dicho, el PLO le permite acumular millones de pequeñas reclamaciones en un único procedimiento para su beneficio. En este sentido, un estudio del *Consumer Financial Protection Bureau (CFPB)*, del Gobierno Federal de los Estados Unidos, concluyó que la cantidad media que recibían, de media, los consumidores de una acción de clase era de 32,35\$, mientras que los honorarios de los abogados de una acción de clase –Financiadore– eran de 1.000.000\$ de media por cada caso²³.

El sistema *opt-out* fomenta la litigación de cuestiones nimias, en litigios que son habituales en Estados Unidos pero que lo cierto es que sorprenden –y hasta causan sonrisa– al ciudadano europeo, tales como el tamaño de un bocadillo, si un vaso de café es o no reciclable²⁴, o el tamaño de las jaulas de las gallinas ponedoras de huevos, acciones colectivas reales en los

²¹ Informe U.S. Chamber of Commerce Institute for Legal Reform [ILR-Class-Action-Flaws-FINAL.pdf](https://www.instituteforlegalreform.com/) (instituteforlegalreform.com)

²² Jones Day, *An Empirical Analysis of Federal Consumer Fraud Class Action Settlements (2010-2018)*, at 1 (Apr. 2020): «Many class actions involve class members who have suffered little or no injury. There are all too many plaintiffs who have not been harmed in any way, financial or otherwise» (quoting Deposition of Sarah Samet 141- 51, Samet v. Proctor & Gamble Co., No. 3:12-cv-01891, ECF No. 148-1 (N.D. Cal. filed Sept. 28, 2015)). <https://www.jonesday.com/en/insights/2020/04/empirical-analysis-consumer-fraud-class-action>

²³ Consumer Financial Protection Bureau Arbitration Study: Report to Congress 2015 section 8, pages 27-28 and 33 (Mar. 2015), perma.cc/8AX5-AYWN («CFPB Study»); Jason Scott Johnston, «High Cost, Little Compensation, No Harm to Deter: New Evidence on Class Actions Under Federal Consumer Protection Statutes», 2017 Colum. Bus. L. Rev. 1 (2017).

²⁴ Ver, por ejemplo: <https://instituteforlegalreform.com/blog/looking-to-join-a-class-action-lawsuit-think-again/>



que el beneficiado es el Financiador y el consumidor nada recibe. Como se ha dicho, **el sistema ideado en el PLO podría tener cierto sentido en jurisdicciones con una tradición jurídica anglosajona, pero no en aquellas donde existe una base administrativa protectora en derecho de consumo, como sí existe en la UE.**

En conclusión, **las acciones colectivas *opt-out*, entre otras cuestiones, (i) implican la judicialización de las relaciones entre la empresa y el consumidor**, normalmente por importes pequeños, en acciones que se interponen en el principal interés de un Financiador, sin beneficio significativo para el consumidor y en grave perjuicio de la empresa nacional; y **(ii) favorecen la potencial proliferación de especuladores de pleitos**, que convierten un litigio ajeno en objeto de agio.

3.2. Cómo afecta el sistema *opt-out* previsto en el Proyecto de Ley Orgánica a las empresas españolas

El impacto económico que tiene la implantación de un sistema *opt-out* en España es muy superior al que podría tener en otros Estados miembros de menor tamaño de la UE²⁵. La acumulación de millones de reclamaciones en un único procedimiento es superior cuanto mayor es la población.

El sistema del PLO obligará a las empresas españolas, entre otras cuestiones: (i) **a dotar importantes reservas para cubrir posibles contingencias** por el resultado del pleito derivado de la simple interposición de la demanda colectiva en régimen de *opt-out*; (ii) **a soportar un riesgo reputacional constante mientras dure el litigio**, que, en determinados casos, podría incluso afectar al precio de la acción; (iii) **a soportar relevantes costes legales**; y, en el supuesto de que hubiera una condena, (iv) **a consignar elevadas cantidades en efectivo de forma injustificada e inútil**, ya que el PLO ordena la consignación con independencia de si el consumidor individual reclama efectivamente una indemnización²⁶. Como veremos en el apartado dedicado a la ejecución, **el PLO obliga a la empresa española a consignar un importe global alzado en único beneficio del Financiador en el caso de sentencia condenatoria**, al que le reconoce una cantidad que se detrae de este total con independencia de cuántos consumidores pudieran resultar beneficiados de la sentencia²⁷.

Por todos estos motivos, y tal y como ocurre en el 98% de las acciones colectivas en Estados Unidos²⁸, **la empresa española demandada no tendrá más remedio que alcanzar un acuerdo**

²⁵ Nótese que España es un Estado miembro de 48 millones de habitantes, el 4.º más poblado de la UE.

²⁶ Ver apartado 4 siguiente.

²⁷ El hecho de que el despacho de abogados/financiador obtenga un importe que no está en relación con las cantidades recibidas por los consumidores está siendo corregida por la jurisprudencia norteamericana, como se analizará en el apartado 4.2 siguiente.

²⁸ Carlton Fields 2019 Class Action Survey (page 34): <https://www.carltonfields.com/getmedia/efc6c4a4-9460-4a9b-87d2-0afc214a9679/2019-carlton-fields-class-action-survey.pdf>



exclusivamente con la finalidad de poner fin al litigio y eliminar la contingencia, con independencia del mérito de la acción.

Con carácter general, **el acuerdo será la única opción razonable para la empresa**: por una parte, como se ha dicho, la empresa querrá cerrar la contingencia lo antes posible para evitar provisionar importantes sumas que afecten a su operativa, evitar el devengo de mayores costes legales y asumir el daño reputacional asociado inasumible ante la acumulación indiscriminada de acciones contra ella en un único procedimiento colectivo. Igualmente, el acuerdo le permitirá controlar el desembolso de la indemnización directamente al consumidor, que será prácticamente ninguna, y que es de imposible control en el esquema de ejecución diseñado por el PLO para que el Financiador obtenga su beneficio. Todo ello, aunque la demanda careciera de mérito o incluso fuera absurda.

Por otra parte, **la asociación de consumidores-Financiador también será proclive al acuerdo**. Su principal interés será poner fin al proceso lo antes posible para obtener un beneficio con la menor inversión posible, presentar su actuación como un éxito y eliminar un potencial riesgo de condena al pago de costas. **En toda esta ecuación el interés del consumidor no existe.**

En conclusión, **el PLO (i) promueve la litigación abusiva o infundada contra las empresas españolas y les somete a una amenaza y presión procesal injusta** en ejercicio de acciones acumuladas artificialmente que se interponen por terceros con el ánimo de obtener un beneficio en uso de la tutela del consumidor; (ii) **eleva exponencialmente el riesgo de litigación para las empresas españolas por fondos de litigación y despachos extranjeros**; (iii) **judicializa las relaciones entre consumidores y empresas**; (iv) **afecta a la competitividad de las empresas españolas, incrementa los costes de litigación y limita las posibilidades de crecimiento**, y, en determinados casos, **podrá afectar al precio de la acción**, obligándole a alcanzar acuerdos perjudiciales; (v) **afecta gravemente a la reputación de la empresa española en el mercado**, todo ello con independencia del mérito de la acción; e (vi) **impone a la empresa española un régimen sancionador indirecto adicional al marco de consumo de la UE**, que se justifica en el beneficio que le reconoce al Financiador.

Todo ello, insistimos, **mediante la implantación de una regulación contraria a la que han seguido la mayoría de los Estados miembros de la UE.**

3.3. Alternativas al sistema *opt-out* diseñado en el Proyecto de Ley Orgánica

Ante el controvertido diseño del PLO (*opt-out*) y el hecho de que los sistemas de los principales Estados miembros de la UE son totalmente opuestos al español (*opt-in*), **se han venido proponiendo distintas alternativas a la propuesta, lo cual no hace sino incidir en el hecho de que el PLO debe modificar el sistema elegido.**



El problema que generara el PLO es de fácil solución. **Bastaría con implementar un sistema de *opt-in*, tal y como se ha hecho en la mayor parte de la UE, en el que el consumidor pudiera adherirse fácilmente a la acción colectiva interpuesta por una asociación de consumidores de su confianza si lo estima oportuno**, generando, además, el incentivo para que las asociaciones de consumidores dieran a conocer públicamente la acción colectiva entre el conjunto de consumidores²⁹.

Sin embargo, **se han propuesto distintas alternativas que parten del error de concepto del PLO**. De esta forma, se ha propuesto, por ejemplo, que únicamente las reclamaciones inferiores a 3.000 € puedan conocerse a través de un sistema *opt-out*, o atemperar —sin dato que lo soporte— la reducción de la cantidad que una acción colectiva pudiera seguirse por un sistema *opt-out* a umbrales como los 1.500 €.

Estas alternativas, si bien, como decimos, reconocen implícitamente que el sistema *opt-out* diseñado en el PLO es un problema, no lo solucionan. Piénsese en el caso del Reino Unido antes citado: el hecho de que la reclamación individual del consumidor sea ínfima no mitiga el riesgo que correrán las empresas españolas, que podrán ser objeto de interposición de acciones especulativas y abusivas financiadas por Financiadores, en el que el interés del consumidor, simplemente, no importa.

Otras alternativas proponen que sea la asociación de consumidores y usuarios quien decida cuándo se debe aplicar un sistema *opt-in* y cuándo *opt-out*. Esta solución tampoco parece aceptable. Sin perjuicio de dejar al arbitrio del demandante el sistema procesal civil, que no es razonable conforme al principio de la igualdad de armas, perjudicará a las propias organizaciones de consumidores más representativas y con mayor implantación en España. Téngase en cuenta que las asociaciones de consumidores legitimadas con pocos o ningún asociado —que con toda seguridad acudirán asistidas de fondos de litigación— siempre escogerán un sistema *opt-out* para acumular y vincular a todos los consumidores de España sin su consentimiento y expulsar a las demás asociaciones de consumidores más representativas. Es razonable afirmar que esta situación provocará una carrera entre las asociaciones de consumidores por interponer la acción colectiva en primer lugar —tal y como se prevé actualmente—, en la que ganará no la organización de consumidores más representativa, sino la que tenga un mejor Financiador, que, lógicamente, impondrá sus condiciones.

Esta solución deteriorará la calidad y protección de los propios consumidores y pondrá en cuestión la independencia de las asociaciones de consumidores de los Financiadores, por mucho que se esfuerce el PLO en cubrir este punto desde una óptica formal.

²⁹ Nótese que en el sistema *opt-out* propuesto en el PLO, la asociación de consumidores no tiene ningún incentivo para publicitar la acción colectiva: cuantos menos consumidores conozcan de la existencia de la acción colectiva más consumidores quedarán vinculados sin su consentimiento. Sin embargo, el sistema *opt-in* establecido en la gran mayoría de los países de la UE, es imprescindible la difusión de la acción al conjunto de consumidores para que la conozcan y se vinculen, lo que, adicionalmente, favorece a las organizaciones de consumidores con mayor implantación, que informarán directamente a sus asociados de su existencia.



Con el sistema del PLO, o propuestas como la analizada, existe el riesgo cierto de que desaparezcan las organizaciones de consumidores tal y como las conocemos actualmente. Teniendo en cuenta las millonarias cantidades que están en juego, no deberá sorprender que se transformen, en la práctica, en vehículos de fondos internacionales de litigación y despachos de abogados, los cuales, en un primer término, impondrán las condiciones de sus acuerdos de financiación consagrados en el PLO. Posteriormente, en el medio plazo, no deberá sorprender que los Financiadores creen sus propias asociaciones de consumidores –de ámbito nacional o autonómico– que controlarán, directa o indirectamente, para aprovecharse de la legitimación que la ley les regala. **No existen medidas o cautelas razonables que puedan evitar la perversión del sistema *opt-out* en el medio plazo teniendo en cuenta las millonarias cantidades que están en juego.**

Por todo ello, **la solución más obvia, como se ha dicho, es establecer un sistema *opt-in* y limitar, directa o indirectamente, los beneficios de los Financiadores, tal y como han hecho, insistentemente una vez más, los principales Estados miembros de la UE.** Además, **este sistema es más respetuoso con la tutela judicial efectiva del consumidor: permite salvar las acciones individuales sin colapsar los tribunales de justicia, que quedarán en suspenso hasta que se decida la acción colectiva, alternativa que supone una solución similar a la del procedimiento testigo³⁰, recientemente aprobado.**

Otra alternativa razonable es, por ejemplo, el previsto en el sistema belga, que establece que las partes –asociación de consumidores y empresa– puedan pactar que los consumidores queden vinculados por defecto (sistema *opt-out*) y, si no se alcanza un acuerdo, los consumidores deberán manifestar expresamente su deseo de vincularse a la acción mediante un sistema *opt-in*³¹.

Igualmente, **existen otras alternativas, como la necesidad de acreditar un porcentaje mínimo de los consumidores afectados por la acción colectiva concreta para vincular, por defecto, al total de los consumidores nacionales, porcentaje que podría ser razonablemente alrededor de un 20%.** Este sistema trata de evitar abusos y ha sido analizado en los Países Bajos, donde se han inadmitido demandas en las que la asociación demandante –junto con fondos de litigación– pretendía la vinculación, por defecto, de todos consumidores afectados, pero no acreditaron representar a un porcentaje aceptable y suficiente de asociados³². Esta solución no sería extraña en nuestro ordenamiento. Por ejemplo, en materia de negociación colectiva, nuestra legislación exige que los representantes ostenten un porcentaje mínimo de representados para afectar y vincular los derechos de terceros que no han dado su representación.

³⁰ Artículo 438 bis LEC, según redacción del Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre.

³¹ Ley belga, de 21 de abril de 2024, por la que se modifican los Libros I, XV y XVII del Código Económico y se transpone 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.

³² Sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya, de 20 de septiembre de 2023. Caso Airbus. C-09-623288-HA ZA 22-26 y C-09-627583-HA ZA 22-313, en la que se rechazó la legitimación de una asociación de consumidores que formalmente cumplía con los requisitos legales tras analizar «el número de consumidores perjudicados que estén asociados o son miembros de la organización y la cuestión de en qué medida los perjudicados apoyan la acción colectiva», tras observar que el porcentaje de representados y de consumidores que habían manifestado su voluntad de adherirse a la acción colectiva era pequeño en relación con los potenciales perjudicados.



Esta alternativa debería ir acompañada de otras medidas adicionales para evitar perjudicar el derecho del consumidor al que se le decide vincular por defecto, como el establecimiento de un valor mínimo de la reclamación o la consideración del daño que la demanda acumulada pudiera causar a la empresa.

En definitiva, **hay margen suficiente para alcanzar soluciones razonables**, más allá de reproducir el sistema estadounidense contenido en el PLO, que presenta los gravísimos problemas expuestos para todos los interesados legítimos en el proceso.

4. Los riesgos de la ejecución de la sentencia de la acción colectiva prevista en el Proyecto de Ley Orgánica para la empresa española

4.1. El diseño de la ejecución de la acción colectiva propuesto en el Proyecto de Ley Orgánica favorece que el Financiador se enriquezca a costa de la empresa española

El régimen de ejecución de una eventual sentencia condenatoria contemplado en el PLO es, cuando menos, llamativo y se aparta de nuestra tradición procesal.

En nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, toda sentencia firme dictada por un tribunal puede ser ejecutada por el demandante en el plazo de 20 días³³. Idéntico carácter proactivo del beneficiario se exige en nuestro sistema de ejecución procesal en sentencias de procesos colectivos sin determinación individual³⁴. Es decir, **en nuestro sistema procesal es el beneficiado por la condena el que, individualmente, debe solicitar la ejecución de la sentencia**.

Sin embargo, **el PLO obliga a la empresa demandada a depositar una cantidad alzada en la cuenta de consignaciones del juzgado por el 100% de una estimación global y alzada a la que el PLO le obliga al juez a determinar, con independencia del número de consumidores que reclamen**, y que serán importes muy elevados debido a la acumulación masiva de acciones que implica el sistema *opt-out*. **El PLO impone esta obligación a la empresa con independencia de que los consumidores beneficiarios reclamen o no su derecho**³⁵. Esta previsión es muy relevante si se tiene en cuenta que, como se ha dicho, el porcentaje medio de consumidores que reclaman una indemnización en los sistemas *opt-out* es del 4,91%³⁶, que es el riesgo razonable que una empresa española condenada debería asumir, de media, según la experiencia en otros países, y no el 100% que pretende el PLO. Dicho de otro modo, de la cantidad alzada que el PLO obliga a la empresa española a depositar, el 95,09% no será reclamado por nadie.

Pero es que, además, el cálculo de ese 100% que se obliga a depositar, en la mayor parte de los casos, será imposible de determinar con certeza, se basará en una estimación contenida en la

³³ Artículos 517 y 548 LEC.

³⁴ Artículo 519 bis LEC.

³⁵ Artículo 875 LEC, según el PLO.

³⁶ Informe U.S. Chamber of Commerce Institute for Legal Reform [ILR-Class-Action-Flaws-FINAL.pdf](#) (instituteforlegalreform.com).



sentencia³⁷ y, desde el punto de vista del consumidor, es irrelevante, puesto que cada uno tendrá derecho a obtener su compensación individual en la forma que establezca la sentencia, sin necesidad de que se realice un ejercicio estimativo del total de la suma de todos los consumidores en perjuicio del demandado.

¿Por qué el PLO modifica el régimen ordinario de ejecución? ¿Qué sentido tiene obligar al juez a estimar una cantidad alzada en sentencia, de complicado cálculo y determinación incierta y que de nada sirve al consumidor? ¿Por qué se obliga a la empresa demandada a depositar este importe en la cuenta de consignaciones antes de conocer cuántos consumidores reclamarán? A la vista del PLO, la única razón para obligar a depositar una cantidad global alzada en la cuenta de consignaciones del juzgado es la de garantizar la entrega de un porcentaje al Financiador, con independencia del número de consumidores que, efectivamente, reciban una compensación³⁸. No será inhabitual, por tanto, que el propio Financiador obtenga, incluso, más dinero que todos los consumidores beneficiarios juntos.

Veamos un caso práctico. Si la sentencia estimatoria de una acción colectiva, por ejemplo, fija una cantidad alzada de 100 millones de euros y al final cada consumidor reclama su indemnización individual por un valor total de 5 millones de euros ¿qué sentido tiene que el PLO obligue al juez a calcular este importe alzado? ¿Qué sentido tiene que el PLO obligue a la empresa condenada a depositar, en efectivo, los 100 millones en la cuenta de consignaciones del juzgado nada más dictarse la sentencia, si ni siquiera se conoce el número de consumidores que solicitarán una indemnización?

La única explicación razonable es la siguiente: para que el Financiador pueda separar su beneficio tomando como referencia el total alzado y detraer su beneficio con independencia de los consumidores que obtengan, efectivamente, una compensación. Además, sirve para introducir una presión adicional a la empresa española en caso de condena, que verá el riesgo de quiebra su *cash flow*, ya que le obligará a dotar provisiones contables por el importe total alzado con independencia de las cantidades reclamadas por los consumidores y, con ello, incluir otro elemento para forzar un acuerdo, a pesar de que perjudique los intereses de la empresa o la acción no tenga mérito.

Si el PLO hubiera respetado el sistema procesal español de ejecución, el principal perjudicado sería el Financiador. Si la empresa condenada tuviera que pagar a cada beneficiario individual que reclamara y acreditara tal condición en la forma prevista en la sentencia —a través de un liquidador designado *ad hoc*—, el Financiador no tendría forma de controlar el flujo de dinero para calcular su porcentaje de beneficio establecido en un acuerdo de financiación con la asociación de consumidores y, de esta forma, obtener los cuantiosos beneficios que el PLO

³⁷ La determinación del número de afectados será, en la mayor parte de los casos, imposible. Como se ha dicho, en Dinamarca se justificó la supresión del sistema *opt-out* para reclamaciones inferiores a 150 € en que el planteamiento de vinculación por defecto no proporciona ni al tribunal ni al demandado claridad sobre el número de perjudicados y el volumen de daños en juego.

³⁸ Artículos 875 y 878.1 LEC, según el PLO: «(...) Al proceder a la distribución de la cantidad, reservará la parte que, en su caso, corresponda al tercero que haya financiado el proceso».



diseña para ella. Igualmente, tampoco la empresa condenada tendría la presión de rotura de su *cash flow* y no podría reducir la dotación de provisiones contables.

En definitiva, **el PLO diseña un sistema de ejecución especialmente favorable para el Financiador, que se aparta del actualmente vigente, lo hace a costa de la empresa española y sin que se dote de protección adicional alguna al consumidor**, apartándose de nuestra tradición jurídica procesal.

4.2. Alternativas al sistema de ejecución de sentencia diseñado en el Proyecto de Ley Orgánica

La forma razonable de regular la ejecución de sentencia condenatoria en una acción colectiva no exige apartarse, notablemente, de la forma de ejecución actualmente prevista en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil³⁹.

Como se ha dicho, **la sentencia no debe establecer una cantidad alzada**, entre otras razones, (i) **porque no existe motivo para ello y carece de utilidad práctica** desde el punto de vista del consumidor que va a ser compensado en todo caso; (ii) **por los problemas que genera su cálculo**, que se basa en meras estimaciones⁴⁰; y (iii) **porque se aparta radicalmente de nuestra actual regulación procesal**. Cada consumidor representado es titular del derecho individual ejercido en la acción representativa y cada consumidor individual tiene derecho a recibir el importe correspondiente en la forma establecida en la sentencia con independencia del resto, a través, por ejemplo, de un liquidador, sin que el importe global alzado sea relevante para el consumidor, y cuyo cálculo únicamente sirve a los intereses del Financiador.

Desde el punto de vista teórico-jurídico, simplemente debemos decir que no existe una solidaridad de derechos indemnizatorios entre todos los consumidores representados que obligue al establecimiento de una cantidad indemnizatoria global y alzada, solidaridad de derechos que sí existe, por ejemplo, en la acción de clase estadounidense⁴¹.

La gestión del pago al beneficiario en una sentencia condenatoria en una acción representativa se puede realizar, bien a través de un liquidador con suficiente experiencia, al que el demandado le vaya dotando de fondos a medida que los vaya requiriendo para que el pago al consumidor beneficiario se realice en un plazo razonable, una vez comprobado el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en sentencia. Lógicamente, el liquidador debe contar con un seguro de responsabilidad civil que proteja al demandado de posibles abusos por pagos indebidos.

³⁹ Artículo 519 bis LEC.

⁴⁰ Ver nota al pie 37 sobre los motivos por los que Dinamarca abandonó el sistema *opt-out* para reclamaciones inferiores a 150 €.

⁴¹ En Estados Unidos los acuerdos establecen una cantidad económica que, con carácter general, sirve de límite máximo de responsabilidad del demandante y se fija con el principal objeto de calcular el beneficio del Financiador. No obstante, como se ha dicho, nunca se llega a cubrir, siendo la media del 4,91%.



Al finalizar la ejecución en el plazo que determine la sentencia, el liquidador deberá presentar un informe completo que será sometido al escrutinio del tribunal y de las partes —tanto por si el liquidador ha realizado pagos indebidos, como si se ha negado pagos debidos—. Esta forma de ejecución, además, es similar a la práctica seguida en los Estados Unidos para la distribución de la compensación en acuerdos en acciones de clase.

4.3. La necesidad de eliminar o limitar el beneficio del Financiador en la litigación colectiva

El problema del abuso del Financiador en acciones colectivas y el consecuente incremento irracional de la litigiosidad ya está siendo analizado por los Tribunales Federales en Estados Unidos: los Financiadores interponen acciones contra empresas —que acaban en acuerdo por los motivos expuestos—, inútiles para un consumidor que nada obtiene y de las que solo se beneficia el propio Financiador, que obtiene un porcentaje sobre el total del acuerdo.

Por ello, los Tribunales Federales estadounidenses ya están implantando la necesidad de establecer una proporción entre el beneficio que obtiene el Financiador y las cantidades efectivamente indemnizadas a los consumidores, por considerar que, de otra forma, el sistema puede ser manifiestamente abusivo⁴². Igualmente, Estados miembros de la UE han establecido límites y precauciones necesarios en cuanto al beneficio que puede obtener un Financiador. Por ejemplo, en Alemania se establece un sistema *opt-in* y se limita el beneficio que puede obtener el Financiador a un máximo del 10% de las cantidades efectivamente indemnizadas a los consumidores que se hayan vinculado voluntariamente a la acción.

Así, resulta, cuando menos, sorprendente que entre las enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados se proponga que se modifique el PLO de forma que el Financiador pueda obtener, nada menos, que el 30% de la cantidad total alzada concedida en la sentencia —con independencia de las cantidades efectivamente recibidas a los consumidores⁴³— o un retorno

⁴² Diversas sentencias de Tribunales Federales de Estados Unidos están considerando el beneficio final obtenido por los consumidores para valorar los honorarios que corresponden al Financiador. En este sentido, ver *Lowery v. Rhapsody Int'l, Inc.*, 75 F.4th 985 (9th Cir. 2023) y *Moses v. New York Times, Co.*, 79 F.4th 235 (2d Cir. 2023).

⁴³ Para entender la gravedad de la propuesta presentada en el Congreso de los Diputados tomemos un ejemplo con cifras en el que se dictara una sentencia de condena, por ejemplo, por una cantidad alzada de 100 millones de euros para 1 millón de consumidores vinculados mediante el sistema *opt-out*, a los cuales le correspondería 100 euros a cada uno. Teniendo en cuenta que el porcentaje medio de los consumidores que reclaman, según datos en Estados Unidos, es del 4,91% (ver apartado 3.1 anterior), el Financiador obtendría un beneficio de 30 millones de euros y 49.100 consumidores obtendrían una indemnización acumulada total de 4,91 millones de euros. Sin embargo, en este mismo ejemplo con las mismas cifras, en Alemania, los consumidores recibirán exactamente la misma cantidad, pero el Financiador obtendrá un beneficio total de 491.000 euros (todo ello sin perjuicio de las costas judiciales). Por este motivo, como se ha dicho, Alemania establece que el porcentaje máximo que puede obtener el Financiador es del 10% sobre la recuperación efectiva de los consumidores. Igualmente, varias sentencias en Estados Unidos establecen la necesidad de que la remuneración del Financiador se calcule sobre la cantidad recibida efectivamente por los consumidores, algo que las propuestas legislativas ignoran sorprendentemente. Por todo ello es imprescindible regular adecuadamente la ejecución de sentencia.



de, nada menos, que del 200% de la inversión realizada en el procedimiento en defensa de los intereses de los consumidores⁴⁴.

5. Conclusión: propuestas para una regulación equilibrada

Teniendo en cuenta lo expuesto, **una regulación equilibrada del sistema de litigación colectiva en España debe cumplir las siguientes condiciones:**

- i. **Establecer un sistema *opt-in*, es decir, que no se hurte la acción al consumidor sin su consentimiento y se le proteja al mismo nivel que al consumidor del resto de los países de la UE**, con las mismas cautelas a nivel nacional y transfronterizo, de forma homogénea, tal y como se ha regulado en la mayor parte de los países de la UE, respetando nuestra tradición jurídica y de acuerdo con las indicaciones del Consejo General de Poder Judicial y del Consejo Económico y Social.
- ii. **Que las organizaciones de consumidores más representativas puedan interponer, en su ámbito territorial, acciones colectivas en las que los consumidores puedan vincularse de forma sencilla y práctica** mediante el uso de herramientas informáticas, descartándose la vinculación por defecto (*opt-out*) prevista en el Proyecto de Ley.

De esta forma (i) **se fomenta que la organización de consumidores tenga un incentivo para trasladar la existencia de la acción al mayor número de consumidores posible**; (ii) **se protege el derecho de los consumidores a que un tercero no litigue su derecho sin su consentimiento en beneficio de un financiador**; y (iii) **se promueve que las organizaciones de consumidores representen, efectivamente, a sus propios asociados**, incentivando el asociacionismo a estas entidades.

- iii. **Que los consumidores puedan iniciar las acciones individuales que estimen oportunas**, suspendiéndose el procedimiento en el supuesto de que la acción colectiva tenga el mismo objeto, tal y como ocurre en el procedimiento testigo, de forma que se resuelva el problema de la litigación masiva que paraliza nuestros tribunales, al tiempo que se respeta la tutela de los ciudadanos. Una vez dictada la sentencia en la acción colectiva, el consumidor deberá elegir entre adherirse al resultado de la acción colectiva o continuar con su procedimiento.
- iv. **Que se prohíba o limite la financiación de terceros**, de forma que se evite que la acción colectiva de los intereses de los consumidores sea un objeto de agio para Financiadores y despachos de abogados.

⁴⁴ Se propone remunerar al Financiador con un «200% de la financiación aportada por la entidad financiadora». En este sentido, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en sus sentencias de 15 de febrero de 2023 (Roj: STS 442/2023) y de 28 de febrero de 2023 (Roj: STS 786/2023), fijan en 6 puntos la horquilla para determinar cuándo nos encontramos ante un interés notablemente superior al normal del dinero, conforme al artículo 1 de la Ley de Usura, habiendo declarado usuario, por ejemplo, un préstamo de un 27% de interés. En este caso, la propuesta pretende remunerar al Financiador de una acción colectiva con un retorno del 200% de las cantidades financiadas, que, eventualmente, puede incluso superar a la indemnización que perciban todos los consumidores perjudicados que reclamen efectivamente.



- v. **Que se modifique la ejecución judicial prevista en el PLO, de forma que se respete nuestro actual sistema procesal.** Que no se establezca condena a cantidad alzada alguna que se deba depositar sin ni siquiera conocer los consumidores beneficiarios, sino que la sentencia reconozca una indemnización a cada consumidor beneficiario individual, el cual podrá cobrar el importe correspondiente en la forma prevista en sentencia o acuerdo homologado —como, por ejemplo, a través del liquidador designado judicialmente—, para lo cual deberá acreditar que cumple con los requisitos establecidos en dicha sentencia.

La regulación propuesta en el PLO, además de afectar negativamente al conjunto de los intervinientes en los procesos de consumo, perjudica gravemente a las empresas españolas al transponer, de nuevo, una Directiva de la UE en la forma más perjudicial posible. Por ello, el PLO (i) genera nuevas barreras regulatorias frente a otros Estados miembros que han realizado una transposición razonable, equilibrada y acorde con la tradición europea, opuesta a la propuesta española; y (ii) sitúa a nuestras empresas en desventaja frente a las de otros Estados miembros de la UE, sin beneficio para el consumidor.

El PLO, tal y como está redactado, afectará a nuestra competitividad como país e incrementará exponencialmente la litigiosidad masiva en materia de consumo, sin suponer una mayor garantía o beneficio para el consumidor español. El principal beneficiado con esta regulación serán los Financiadores, normalmente fondos extranjeros y despachos de abogados.

Por último, **debemos recordar que la tutela colectiva de consumo, como proceso civil, tiene carácter compensatorio del derecho del consumidor, no punitivo** —para lo cual ya existe un sistema administrativo sancionador exigente y homogéneo a nivel europeo—. **Todo sistema procesal civil debe ser equilibrado y justo, objetivo que no cumple, como se ha dicho, el PLO, mediante la introducción de medidas legislativas extrañas a nuestra tradición jurídica.**



La transposición de la nueva Directiva por la defensa de los intereses de los consumidores desde la perspectiva de las asociaciones de consumidores

MANUEL GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ

Abogado y Socio
Uría Menéndez

MIGUEL ÁNGEL CEPERO ARÁNGUEZ

Abogado
Uría Menéndez

RESUMEN

Una adecuada representatividad y la plena independencia de las asociaciones de consumidores y usuarios son salvaguardas necesarias para garantizar el correcto funcionamiento del sistema de las acciones colectivas y evitar un ejercicio abusivo de la litigación colectiva. En atención a los amplios efectos de las acciones colectivas, el rol de las asociaciones en la llevanza y gestión del procedimiento y la experiencia que ha habido en España, es conveniente que la futura regulación de la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios se refuerce con el requisito de la representatividad que, hasta la fecha, está vigente para el ejercicio de acciones colectivas en defensa de los intereses difusos de los consumidores.



Introducción

Garantizar la independencia y una suficiente representatividad de las asociaciones de consumidores y usuarios es fundamental para lograr una protección eficaz y adecuada de los intereses generales de los consumidores y usuarios. Para conseguir este objetivo, es necesario articular **mecanismos procesales** que, en el marco del proceso colectivo, permitan verificar que la asociación demandante cumpla con esos requisitos durante toda la tramitación del proceso.

En España está pendiente la transposición de 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 («**Directiva 2020/1828**»).

El proceso de su transposición está avanzado, ya que se cuenta con el Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios (el «**Proyecto de Ley**»), que fue publicado el 22 de marzo de 2024. En el concreto ámbito de la regulación de las acciones colectivas, el Proyecto de Ley refleja, en gran medida, el texto original del Anteproyecto de Ley para la protección colectiva de los consumidores (el «**Anteproyecto**»), tras incorporar algunas de las consideraciones formuladas durante la fase de audiencia pública.

Con la regulación completa que se proyecta, **se avecina una profunda reforma del régimen legal de las acciones colectivas**, con la que se busca potenciar el ejercicio de esta clase de acciones (particularmente, las resarcitorias) y que los consumidores se beneficien de su eventual estimación.

Los requisitos exigibles para la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de acciones colectivas parecen **relajarse y flexibilizarse** en comparación con el régimen vigente. En cambio, este planteamiento del prelegislador no se coherente con la trascendencia y los amplios efectos que el nuevo régimen persigue otorgar a las acciones colectivas.

Precisamente por ello es conveniente que, como mínimo, se mantengan las mismas garantías que, en la actualidad, se exigen para la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios. Nos referimos, en particular, al **requisito de la representatividad**, que se cumple por aquellas asociaciones que forman parte del Consejo de Consumidores y Usuarios de conformidad con el actual artículo 24.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias («**TRLUCU**»).

Los requisitos relativos a una suficiente representatividad buscan garantizar que los derechos e intereses de los consumidores y usuarios serán adecuadamente defendidos en el proceso colectivo y que la asociación demandante tendrá medios y recursos suficientes para las tareas de gestión y seguimiento del procedimiento que se le encomiendan en el nuevo régimen legal. Y, al mismo tiempo, se consigue mitigar el riesgo de litigación abusiva.



1. La legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de acciones colectivas según el Proyecto de Ley

Con el régimen legal vigente en la actualidad, **la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios depende de la clase de proceso colectivo del que se trate**. Si el proceso se promueve en defensa de los intereses colectivos (esto es, aquellos en que los consumidores afectados están determinados o son fácilmente determinables), estarán legitimadas las asociaciones legalmente constituidas conforme a la legislación nacional o autonómica que les resulte de aplicación. Si el proceso se refiere a la defensa de los intereses difusos de los consumidores (aquellos en que los sujetos afectados son indeterminados o son de difícil determinación), la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios queda circunscrita a aquellas que formen parte del **Consejo de Consumidores y Usuarios**, que es el órgano colegiado de carácter consultivo y de representación de los intereses de los consumidores y usuarios a nivel estatal.

Es decir, **el legislador partió de la fundada premisa de que era exigible un mayor grado de representatividad de la asociación de consumidores y usuarios para los procesos que podrían tener unos efectos más amplios porque afectan a un número indeterminado de consumidores** y porque estos, una vez dictada la sentencia eventualmente estimatoria, podrán solicitar el reconocimiento de su condición de beneficiario de la condena para instar la ejecución (artículo 519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, LEC).

El **requisito de representatividad** definido en el actual artículo 24.2 del TRLCU permite asumir que la asociación es independiente, tiene una trayectoria constatable en la defensa de los consumidores y usuarios y, en consecuencia, tiene la experiencia, los medios y recursos adecuados para entablar una acción colectiva. Ello es así porque, para la integración de una asociación en el Consejo de Consumidores y Usuarios, se debe atender a su implantación territorial, número de socios (que no puede ser inferior a 10.000), la trayectoria en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios, que puede acreditarse mediante la presencia en órganos de representación y consulta de los consumidores y usuarios, la participación en el Sistema Arbitral de Consumo, el ejercicio de acciones judiciales, el mantenimiento de consultas y reclamaciones de los consumidores y usuarios, la realización de actividades informativas y formativas, entre otras, y los programas de actividades a desarrollar de información o defensa de los consumidores y usuarios que sean relevantes por su número, repercusión social o importancia efectiva (artículo 38.1 del TRLCU y artículo 3 del Real Decreto 894/2005, de 22 de julio, por el que se regula el Consejo de Consumidores y Usuarios).

El Proyecto de Ley termina con la distinción de los procesos de naturaleza colectiva (colectivos o difusos) según el grado de determinación de los consumidores afectados y, con ello, propone una **regulación unitaria y homogénea de la legitimación de las asociaciones de consumidores** y usuarios sin establecer ninguna diferenciación.

La **regulación de la legitimación** de las asociaciones de consumidores y usuarios se contendrá en las previsiones del TRLCU. En particular, en la versión del artículo 55.3 del TRLCU que



prevé el Proyecto de Ley, se establecen los **requisitos** que deben cumplir las **asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas e inscritas** (ya sea en el registro estatal o en el registro autonómico correspondiente) para ser consideradas **entidad habilitada para el ejercicio de acciones colectivas**:

1. Demostrar el **desempeño de manera efectiva y pública** durante un periodo mínimo de **doce meses** antes de la fecha de su solicitud de designación, de la actividad propia de su fin de protección de los intereses de los consumidores.
2. Ser una entidad sin ánimo de lucro, que tenga como finalidad estatutaria la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.
3. No estar incurso en un procedimiento de insolvencia ni estar declarada insolvente.
4. Ser **independiente** y **no estar influida por personas distintas de los consumidores y usuarios**, en particular, por empresarios, que tengan un interés económico en el ejercicio de cualquier acción de representación, también en el supuesto de financiación por terceros. Para cumplir ese fin, la asociación debe haber establecido procedimientos para evitar tal influencia, así como para evitar conflictos de intereses entre la propia entidad, sus financiadores y los intereses de los consumidores.
5. **Publicar** en términos claros y comprensibles, por cualquier medio adecuado, en particular en su sitio web, **información** que demuestra que cumple los criterios anteriores, así como información sobre las fuentes de su financiación en general, su estructura organizativa, su gestión y composición, su finalidad estatutaria y sus actividades.

Con esta proyectada regulación, **el prelegislador español adopta, en esencia, los requisitos que la Directiva 2020/1828 exige para las asociaciones de consumidores y usuarios que aspiren a ejercitar acciones transfronterizas** (art. 4.2), que son aquellas que se interponen en un Estado miembro por una asociación de consumidores y usuarios que ha sido designada como entidad habilitada en otro Estado miembro. De esta forma, **el Proyecto de Ley unifica los criterios exigidos para poder ejercitar acciones nacionales y transfronterizas**. Con una sola excepción: como resulta del artículo 55.2 del TRLCU, las únicas asociaciones que podrían ejercitar acciones transfronterizas serían las de ámbito estatal, mientras que las asociaciones de nivel autonómico solo estarían legitimadas para ejercitar acciones colectivas nacionales.

No obstante, la Directiva 2020/1828 no impone criterios de legitimación de las entidades habilitadas para interponer acciones colectivas nacionales. Sí que **reconoce que se deben establecer salvaguardias adecuadas para evitar un ejercicio abusivo de la acción procesal** (Considerando 10 y artículo 1). Esas salvaguardias necesariamente deben establecerse también al regular la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios y, como es lógico, se deben prever en atención a las circunstancias y experiencia práctica existente en cada país.



En este sentido, es muy positivo que el prelegislador haya descartado la posibilidad de que **asociaciones de consumidores creadas *ad hoc*** estén legitimadas para ejercitar una concreta acción colectiva. Esta situación habría dado lugar, sin duda, a posibles abusos y habría incentivado a la industria del pleito a crear asociaciones específicas para iniciar procesos colectivos.

Otro aspecto relevante de la legitimación de las asociaciones de consumidores es la necesaria **supervisión y control de los criterios que le confieren la condición de entidades habilitadas**.

La designación de la asociación como entidad habilitada para el ejercicio de acciones colectivas corresponderá a la Dirección General competente en materia de consumo de la Administración general del Estado o, si la asociación es autonómica, a las autoridades con competencias en materia de consumo de la comunidad autónoma correspondiente. A estos efectos, las autoridades competentes elaborarán un **listado con las asociaciones de consumidores y usuarios habilitadas para el ejercicio de acciones colectivas nacionales**.

De este modo, cualquier organización que no esté en ese listado carecerá de legitimación para ejercitar una acción colectiva. Ahora bien, el simple hecho de que una asociación esté incluida en esa lista de entidades habilitadas no blinda su legitimación, sino que esta puede ser objeto de **control judicial en el marco del proceso colectivo**.

En particular, el profesional demandado podrá plantear el incumplimiento, por parte de la entidad demandante, de las exigencias establecidas para su designación como entidad habilitada para el ejercicio de acciones colectivas. Esta oposición podrá formularse tras la notificación de la demanda o, con posterioridad, si el demandado solo pudo conocer después los hechos en que se funde la falta de legitimación. Cuando se invoque esa excepción, será preceptivo un previo informe de la autoridad competente correspondiente para la designación de la asociación como entidad habilitada, pero carecerá de efectos vinculantes (arts. 838.1 y 838.3 de la LEC según el Proyecto de Ley).

2. Reflexiones sobre el régimen de legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios: la necesidad de mantener el requisito de representatividad

A nuestro juicio, **el régimen previsto no establece suficientes salvaguardas para garantizar la adecuada representatividad de la asociación** y su aptitud para entablar y gestionar el proceso colectivo, así como evitar el ejercicio abusivo de una acción colectiva.

Para estos fines, es positivo que una asociación de consumidores y usuarios no ostente legitimación por el mero hecho de estar inscrita en el registro estatal o autonómico correspondiente y que no se otorgue legitimación a asociaciones de consumidores y usuarios creadas *ad hoc* para el ejercicio de la acción colectiva. Pero con ello no es suficiente.

Esta conclusión la apoyamos en dos motivos principales:



El **primero** es que **vemos que puede ser particularmente fácil cumplir con los requisitos exigidos por el Proyecto de Ley**. En esencia, parece que bastaría con constituir una asociación de consumidores y usuarios, ponerla en funcionamiento y esperar doce meses para adquirir legitimación a efectos de la interposición de la acción colectiva (que, de hecho, puede coincidir con el tiempo necesario para preparar la demanda). Ese periodo de tiempo resulta claramente insuficiente para garantizar una adecuada representatividad y, en la práctica, puede dar lugar a situaciones proscritas como la creación de una asociación *ad hoc* para iniciar el proceso colectivo.

Ese requisito, que no es el único que se prevé para la legitimación de la asociación de consumidores y usuarios, sí que es el más fácilmente verificable. Respecto del resto de los requisitos, como el relativo a la independencia, la norma no otorga pautas concretas para verificar su cumplimiento.

El **segundo motivo** es que, en nuestra opinión, **no está justificada la supresión del presupuesto de representatividad exigido en la normativa actual para promover procesos en defensa de los intereses difusos de los consumidores**, si se atiende a los amplios efectos que se pretenden anudar a las acciones colectivas y a las importantes funciones que se encomiendan a las asociaciones de consumidores en el nuevo régimen legal.

De un lado, de conformidad con el Proyecto de Ley, las acciones colectivas resarcitorias se regirán, como regla general, por el **mecanismo *opt-out***. Quiere ello decir que **el resultado del proceso vinculará a todos los consumidores que no hayan manifestado expresamente, en el plazo concedido judicialmente durante la sustanciación del proceso colectivo, su deseo de desvincularse de la acción**. Si se mantiene esta opción legislativa (que la Directiva 2020/1828 deja a elección de los Estados miembros que, en su gran mayoría, han optado por el sistema *opt-in*), sería conveniente establecer requisitos adicionales para garantizar una adecuada representatividad de la asociación de consumidores y usuarios que pretenda ejercitar la acción colectiva. **Cuanto más amplio sea el alcance subjetivo de la acción colectiva, más garantías y requisitos deben exigirse respecto de la legitimación de la asociación demandante.**

Esto **debe ser así por las enormes consecuencias que el sistema *opt-out* tendría sobre la generalidad de los consumidores y el profesional demandado**. Una vez promovida la acción colectiva, ninguna otra asociación (ni otro ente legitimado, como el Ministerio Fiscal o los organismos públicos correspondientes) podría ejercitar una nueva acción sobre la misma conducta infractora. Por tanto, podría suceder que una asociación de consumidores y usuarios representativa quedara privada de la posibilidad de ejercitar una concreta acción colectiva porque, previamente, la demanda hubiera sido interpuesta por una asociación con menor representatividad o con una implementación territorial menor (por ejemplo, por ser autonómica) o con menores medios y capacidad para litigar.

No solo eso. Tras el transcurso del plazo que los consumidores tienen para expresar su deseo de desvincularse del proceso (que puede oscilar entre dos y seis meses desde la publicación del



auto de certificación en el Registro de Condiciones Generales de Contratación y de Acciones Colectivas), aquellos consumidores que no se hayan desvinculado no podrán ejercitar sus acciones individuales (arts. 848 y 853 de la LEC, según el Proyecto de Ley). Y esto será así también para aquellos consumidores que, simplemente, no se desvincularon del proceso porque no tuvieron conocimiento suficiente del ejercicio y alcance de la acción colectiva.

Con estos efectos, parece evidente que **es preciso asegurarse de que la asociación demandante que interpone la acción colectiva (única), que tendrá efectos sobre la práctica totalidad de los consumidores afectados, sea suficientemente representativa, que sea independiente y no tenga ningún interés económico en el ejercicio de la acción.**

De otro lado, **las asociaciones de consumidores y usuarios tendrán un papel aún más relevante en el proceso colectivo en comparación con el régimen actual.** El Proyecto de Ley le encomienda a la entidad demandante la puesta en funcionamiento de una **plataforma electrónica** singular para cada proceso, cuya finalidad es la gestión del procedimiento y transmitir información a los consumidores afectados (art. 849 de la LEC). Esta plataforma tendrá una importancia fundamental, ya que será el medio a través del cual los consumidores podrán manifestar su deseo de desvinculación (o vinculación, cuando proceda) del proceso colectivo y se canalizarán las peticiones de los consumidores de cumplimiento y ejecución de la sentencia (art. 878 de la LEC). Además, en esa plataforma se debe establecer un canal de comunicación directo con una persona física que pueda atender las necesidades o las consultas de los consumidores afectados.

Con el requisito de **representatividad** se garantizaría que la asociación demandante tenga la **experiencia, medios y recursos** adecuados para la gestión del proceso y que cumpla las importantes funciones que se le encomiendan con la nueva regulación.

Debe tenerse en cuenta que, en nuestro país, existe un elevado número de asociaciones de consumidores y usuarios, tanto nacionales como de ámbito autonómico. Según el Ministerio de Consumo, hay 21 asociaciones de ámbito nacional¹. Y a ellas se suman las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito autonómico, que también han estado muy activas en el ejercicio de acciones colectivas. Por ello, **se antoja preciso limitar la legitimación a las asociaciones de consumidores más representativas**, que son las que, a su vez, más experiencia atesoran en la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios y están en mejores condiciones para garantizar una adecuada llevanza y gestión del proceso colectivo.

Además, la ventaja de la exigencia de la inclusión en el Consejo de Consumidores y Usuarios frente a otros requisitos que se establecen en el Proyecto de Ley es que permite **objetivar el criterio de la adecuada representatividad y de la independencia y otorga seguridad jurídica a todo el sistema.** Con dicho requisito, se trata de establecer un control *ex ante* de la adecuada representatividad de la asociación demandante en atención a criterios homogéneos y objetivos.

¹ Así se desprende del listado de asociaciones de consumidores y usuarios disponible en este enlace: [Listado de asociaciones de consumidores y usuarios | Ministerio de Consumo](#)



Asimismo, el requisito de representatividad también cumple con el objetivo de **mitigar el riesgo de litigación abusiva**, que es una de las finalidades de la Directiva 2020/1828. Con ello, se evitaría el riesgo, muy real, de solicitudes de registro de asociaciones de consumidores y usuarios tras las que, en realidad, se encuentren despachos de abogados y fondos de inversión que no persigan la protección de los derechos e intereses de los consumidores, sino la utilización del sistema de litigación colectiva como una fuente de ingresos para sus fines lucrativos.

Esta cuestión es muy relevante a la vista de la experiencia vivida en España con ciertos casos de litigación abusiva por parte de determinadas asociaciones de consumidores y usuarios o por parte de algunos despachos de abogados que han creado asociaciones de consumidores y usuarios con la finalidad principal de poder litigar en nombre y representación de sus asociados (tras el previo pago de la cuota correspondiente) y así acceder al beneficio de justicia gratuita.

Es cierto que, por mandato de la Directiva 2020/1828, los criterios exigidos para la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios no deben obstaculizar el funcionamiento efectivo de las acciones colectivas (Considerando 27). Ahora bien, a nuestro juicio, la exigencia de representatividad respeta el principio de efectividad de la Directiva porque en España, a día de hoy, hay **nueve asociaciones de consumidores y usuarios que integran el Consejo de Consumidores y Usuarios**². Constituye un número más que suficiente de entidades habilitadas para el ejercicio de acciones colectivas (al que deben unirse los órganos públicos que también ostentan legitimación), sobre todo si se compara con el número de asociaciones de consumidores y usuarios que, en la actualidad, forman parte de la lista de entidades habilitadas para el ejercicio de acciones transfronterizas³ (por ejemplo, en Portugal constan designadas dos entidades).

De hecho, la exigencia de la representatividad no planteó ninguna duda sobre su compatibilidad con el principio de efectividad de la anterior directiva en materia de acciones colectivas (la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores), por lo que tampoco cabe hacer ninguna objeción bajo la nueva directiva.

Si finalmente el legislador decidiera no exigir el requisito de representatividad para ejercitar acciones colectivas, sería preciso que, al menos, la legitimación se reservase a las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal (que, por definición, son más representativas), de manera que los efectos de las eventuales acciones colectivas ejercitadas por asociaciones de consumidores y usuarios quedasen circunscritos al ámbito territorial de la comunidad autónoma en la que esté inscrita la asociación demandante.

Esta previsión estaría justificada por la regulación de la legitimación para ejercitar acciones colectivas transfronterizas. Como se ha expuesto, el artículo 55.2 del TRLCU, según su

² Así consta en la página web del Consejo de Consumidores y Usuarios, disponible en este enlace: [Consejo de Consumidores y Usuarios - Representación - Organizaciones \(consumo.gob.es\)](https://www.consumo.gob.es/consejo-de-consumidores-y-usuarios-representacion-organizaciones)

³ Lista disponible en el siguiente enlace: [Cross-border Qualified Entities | EC-REACT \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/eu-justice/justice-portal/en/cross-border-qualified-entities)



redacción por el Proyecto de Ley, solo habilita a las asociaciones inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios (y siempre que cumplan los requisitos antes descritos que emanan de la Directiva 2020/1828) para ejercitar acciones transfronterizas. Según el segundo párrafo de ese precepto, las asociaciones inscritas en registros de asociaciones de consumidores y usuarios correspondientes a las comunidades autónomas solo podrán ser designadas, por las autoridades autonómicas competentes, como entidades habilitadas para el ejercicio de acciones nacionales. Por el mismo motivo, estas asociaciones de consumidores y usuarios de carácter autonómico solo deberían estar legitimadas para ejercitar acciones que tengan efectos exclusivamente en su ámbito territorial.

Por último, nos parece oportuno resaltar la **importancia del control judicial sobre la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios**. La verificación de los criterios de legitimación que se establece en el Proyecto de Ley no puede producirse de forma estática ni automática con la simple constatación de que la asociación demandante forma parte del listado de entidades habilitadas para el ejercicio de acciones colectivas.

Al contrario, el control de esos requisitos de legitimación debe producirse respecto de cada procedimiento para comprobar que la asociación tiene una adecuada representatividad y que sus fines son la protección de los intereses de los consumidores y usuarios sin que esté indebidamente influida o pueda tener un conflicto de interés o que tenga un interés económico en el ejercicio de la acción colectiva.

Y, de hecho, **este control judicial debe ser aún más estricto y reforzado si finalmente no se adopta el requisito de representatividad**. En ese caso, debería realizarse un control *ex post* completo de los requisitos de representatividad e independencia, que son nucleares para gozar de la legitimación extraordinaria de cara al ejercicio de acciones colectivas en defensa de los intereses de los consumidores.



Algunas consideraciones en relación con la regulación de la financiación en el Proyecto de Ley Orgánica llamado a trasponer la Directiva 2020/1828. Breve repaso de la regulación en derecho comparado

ESTHER DE FÉLIX PARRONDO

Socia del grupo Litigación de daños, acciones colectivas y consumo
Cuatrecasas

RAQUEL ESPÍN GUTIÉRREZ

Asociada principal del grupo Litigación de daños, acciones colectivas y consumo
Cuatrecasas

RESUMEN

El Proyecto de Ley Orgánica español para la transposición de la Directiva 2020/1828 introduce, en su articulado, determinadas normas relativas a la financiación de litigios, del todo novedosas en el ordenamiento procesal español. En este artículo se pretenden analizar los principales aspectos de la nueva norma prevista en el Proyecto, así como aquellas lagunas que no se han visto colmadas por el Proyecto y se ofrecerá una visión de distintas regulaciones europeas que evidencian los distintos criterios que, ahora mismo, rigen en Europa en relación con la financiación.



1. Introducción: luces y sombras del Proyecto de Ley Orgánica

El Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios (en adelante, PLO) es el texto español propuesto para transponer la Directiva 2020/1828, que actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria (y, más concretamente, en fase de presentación de enmiendas¹).

Son muchas las novedades relevantes que el PLO plantea introducir en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC): la creación de **un proceso especial unitario para la tramitación de las acciones colectivas** (que contrasta con la dispersa y escasa regulación existente en la actualidad), el establecimiento de **un régimen de vinculación predominantemente opt-out**, la **inclusión de un trámite desconocido hasta la fecha como es la audiencia de certificación**, la **regulación y reconocimiento expreso de los acuerdos transaccionales de resarcimiento** como forma de poner fin al procedimiento. Sin embargo, y pese a ser una cuestión que parece haber pasado más desapercibida, **la regulación** (a nuestro juicio tímida, como se verá) **de la financiación de este tipo de litigios por terceros** es, sin duda, otra de las grandes novedades del PLO.

No son pocas las ocasiones en las que se podrá leer (no sin razón) que el PLO supone un cambio de paradigma en la litigación para la defensa de los derechos de los consumidores que provocará un auge de este tipo de litigación en España. Sin embargo, **el impulso que la nueva regulación pueda dar a las acciones colectivas en España vendrá, en gran medida, condicionado por cómo se termine regulando en España la financiación por terceros**. De ahí la gran transcendencia de esta cuestión.

El legislador español, aprovechando la transposición de la Directiva, va a introducir (si se aprueba finalmente el texto) los que constituirán los primeros preceptos que regularán, de forma expresa, en España la **financiación de litigios por terceros desde una perspectiva procesal**, que es una realidad en auge en España y en Europa. Sin embargo, conforme a la Directiva, no existía obligación alguna de permitir y regular la financiación de acciones colectivas, pues esta deja margen para que los Estados miembros puedan incluso prohibirla² (decisión adoptada por algún Estado miembro, de hecho).

¹ Al respecto, véase, por ejemplo, que, en fecha de 26 de junio de 2024, el Grupo Parlamentario Popular presentó una enmienda a la totalidad al PLO (Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, serie A, núm. 16-2, de 26 de junio de 2024), especialmente crítica en relación con el sistema de vinculación escogido en el PLO, así como con la admisión de la financiación por terceros. Puede consultarse en el siguiente enlace: [https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&publicaciones_legislatura=XV&publicaciones_id_texto=\(BOCG-15-A-16-2.CODI.\)](https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&publicaciones_legislatura=XV&publicaciones_id_texto=(BOCG-15-A-16-2.CODI.))

² Véase, por ejemplo, el considerando (52) de la Directiva: «Esa transparencia es necesaria a fin de permitir que los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas valoren si **la financiación por terceros, en la medida en que lo permita el Derecho nacional, cumple las condiciones establecidas en la presente Directiva**» que tiene reflejo en su artículo 10.1: «Los Estados miembros velarán por que, cuando una acción de representación para obtener medidas resarcitorias sea financiada por un tercero, **en la medida en que lo permita el Derecho nacional, se eviten los conflictos de intereses [...]**» (énfasis añadido).



No obstante, **el PLO guarda silencio sobre cuestiones de suma relevancia y contiene una regulación que podemos calificar como insuficiente**. El legislador español podría ser algo más ambicioso con esta materia, en línea con lo que parece que podría ser, en unos años, la regulación armonizada en la Unión Europea sobre la financiación de litigios por terceros (nos referimos, concretamente, a las recomendaciones dadas por la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2022, que tiene como anexo la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la regulación de la financiación de litigios por terceros³ —en adelante, **Propuesta de Directiva sobre Financiación**—). De hecho, incluso las asociaciones de consumidores han mostrado su disconformidad con la aproximación que el PLO realiza a la financiación de litigios por terceros⁴.

A continuación, veremos la regulación básica establecida al efecto en el PLO, así como aquellas cuestiones sobre las que el PLO guarda silencio y que deberían ser objeto de una regulación expresa o más depurada.

2. Regulación de la financiación por terceros en el Proyecto de Ley Orgánica. Comparativa con la propuesta de Directiva en materia de financiación por terceros

Son varias las ocasiones en las que el PLO se refiere a la financiación, si bien en prácticamente todas ellas lo hace para tratar de preservar la independencia de la entidad habilitada respecto del tercero financiador en la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios. Parece, así, que la principal preocupación del legislador español, contagiado por la Directiva⁵, se centra en **tratar de prevenir la existencia de conflictos de intereses en caso de que exista financiación por terceros, olvidándose de otras cuestiones esenciales**.

De este modo, el PLO modifica el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, para **exigir que aquellas asociaciones de consumidores y usuarios que pretendan convertirse en entidades habilitadas deban acreditar su independencia, también respecto de sus financiadores**. Igualmente, el PLO impone a las entidades habilitadas la obligación de hacer constar en la demanda por la que ejerciten una acción colectiva resarcitoria una **«exposición completa de las fuentes de financiación» que, necesariamente, deberá identificar al tercero financiador, si existiera** (artículo 844.1.f del PLO). Nótese que, en ese momento inicial del procedimiento, el PLO no exige que se acompañe a la demanda el acuerdo de financiación, sino que, simplemente, se requiere un detalle (completo, eso sí) de esas fuentes de financiación.

³ Véase el texto de la Resolución del Parlamento Europeo y la Propuesta de Directiva sobre regulación de la financiación de litigios por terceros en el siguiente enlace: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0308_ES.html#title1

⁴ Véanse, por ejemplo, las declaraciones realizadas por FACUA que entiende que el PLO «mercantiliza las acciones colectivas» (<https://facua.org/noticias/facua-cree-que-el-proyecto-de-ley-de-acciones-colectivas-busca-poner-a-las-asociaciones-de-consumidores-al-servicio-de-fondos-de-inversion/>)

⁵ Considerandos (25), (52) y artículos 4.3 e) y f) y 10 de la Directiva.



El objetivo es, en esencia, **que, en la demanda, se divulguen los elementos relevantes de la financiación para que, en la posterior audiencia de certificación, pueda, en su caso, discutirse y valorarse cualquier reticencia en relación con la misma y la eventual existencia de conflictos de intereses** (artículo 846.2 del PLO).

Tras la audiencia de certificación, el Juzgado dictará un auto certificando la acción que deberá pronunciarse, de existir, sobre la financiación del proceso. Ello se encuentra regulado en el artículo 850 del PLO, único precepto de todo el texto dedicado, en exclusiva, a cuestiones de financiación.

En caso de existir financiación por terceros, **el Juzgado en ese auto de certificación puede (i) aceptar los términos de la financiación, (ii) rechazar la financiación del proceso por un tercero o (iii) instar a su modificación**, estas dos últimas opciones bajo riesgo de sobreseimiento de la acción si esa renuncia o modificación de los términos de la financiación no se producen. La decisión relativa al rechazo o modificación de la financiación se deberán producir cuando el tribunal aprecie que la financiación por terceros tiene un interés económico en el ejercicio o resultado de dicha acción que la aparte de la defensa de los intereses de los consumidores o cuando existan conflictos de intereses.

Aquí aparecen, pues, las primeras grandes incógnitas: ¿acaso no tiene siempre el tercero financiador, por definición, interés en el resultado del procedimiento? ¿Qué elementos son los que deben conducir al tribunal a considerar que la financiación aparta la acción de los intereses de los consumidores? ¿Qué debe entenderse por conflictos de intereses?

El PLO no arroja mucha luz al respecto y se limita a **reproducir los supuestos a los que alude la Directiva**: existirá conflicto de intereses particularmente si el demandado es un competidor del financiador o si es un profesional del que depende el financiador y si, en definitiva, se entiende que la financiación influye en las decisiones del procedimiento de forma perjudicial para los intereses de los consumidores y usuarios a quienes representan.

Estas son las escasas pautas que ofrece el PLO a los tribunales para valorar la financiación de la acción y ello, además, tan solo con la «*exposición completa*» que se haga sobre la misma en la demanda (y con lo que el demandado pueda, en su caso, alegar al respecto). Probablemente consciente de que ello pueda resultar insuficiente para que el tribunal haga el ejercicio que se le exige, **el artículo 850.5 del PLO prevé la posibilidad de que el tribunal requiera a la entidad habilitada la aportación del acuerdo de financiación, a fin de verificar los términos de la financiación, el impacto que tendrán sobre los consumidores y usuarios y, en definitiva, valorar si son, o no, desproporcionados**. Nótese que ello se prevé como una mera posibilidad solo del tribunal, por lo que podría darse el caso de que el tribunal termine aprobando la financiación de la acción sin tan siquiera haber visto sus términos concretos. ¿Cómo, entonces, podría valorarse la proporcionalidad de los términos de la financiación?

Las escuetas directrices que ofrece el PLO plantean un problema claro: en un país en el que no existe tradición en la financiación de litigios, **se pretende introducir, por primera vez, la**



obligación de los tribunales (de primera instancia, además) **de fiscalizar la financiación de las acciones colectivas de las que puedan conocer, con unos criterios poco claros, y sin que exista un organismo o entidad especializada que tengan funciones al respecto** (siquiera consultivas). La disparidad de criterios que puede producirse en relación con la financiación de acciones colectivas es, por tanto, evidente, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello provocará.

Lo anterior contrasta con lo establecido en la **Propuesta de Directiva sobre Financiación** que, entre otras cuestiones, establece lo siguiente:

- **La creación de un departamento o autoridad independiente que supervise las autorizaciones de los financiadores y realice investigaciones respecto a financiadores de litigios** (artículo 8). Pese a que la Propuesta de Directiva sobre Financiación prevé que, en caso de financiación de una acción judicial, sea el órgano jurisdiccional quien lleve a cabo el control de esta (artículo 17), se establece la posibilidad de que recabe a tales efectos el asesoramiento de otras personas o de la entidad de supervisión. Ello, sin duda, aboga por una mayor uniformidad en los criterios para valorar la idoneidad de los acuerdos de financiación.
- **La obligación de entregar el acuerdo de financiación si lo requiere no solo el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa, sino también el demandado.** El artículo 16 de la Propuesta de Directiva sobre Financiación impone esa obligación de manera clara: «*Los Estados miembros velarán por que los **demandantes o sus representantes estén obligados [...] a facilitar al órgano jurisdiccional o a la autoridad administrativa pertinente, a petición del órgano jurisdiccional o autoridad administrativa o del demandado, una copia completa y no expurgada de dichos acuerdos de financiación por terceros relativos al procedimiento de que se trate, en la fase más temprana de dicho procedimiento***» (énfasis añadido). Ello facilitaría, sin duda, la labor del tribunal y permitiría al demandado oponer las excepciones que estimara oportunas.
- **Determinadas cláusulas y términos de los acuerdos de financiación que deben considerarse inadmisibles y que, por tanto, deberían conducir al rechazo de la financiación o a su modificación.** Algunos ejemplos son los siguientes:
 - a. Aquellas cláusulas que otorguen al financiador la facultad explícita de tomar decisiones durante el procedimiento o en relación con facultades concretas (como, por ejemplo, la transacción en el procedimiento).
 - b. Cláusulas que limiten la responsabilidad del financiador de litigios en caso de condena en costas.
 - c. Cláusulas que permitan la resolución del acuerdo de financiación de forma unilateral e incondicionada.



- d. Cláusulas que prevean un pago de más del 40%⁶ del resarcimiento que obtengan los consumidores y usuarios, salvo circunstancias excepcionales.

Esas previsiones deberían inspirar al legislador español o, en su defecto, a los tribunales españoles, a la hora de enfrentarse a la novedosa función evaluativa de los acuerdos financiación que les impone el PLO.

De hecho, nótese que el PLO simplemente prevé la obligación de los tribunales de evaluar si los términos del acuerdo de financiación son, o no, desproporcionados, pero sin establecer ninguna guía interpretativa que permita verificar qué debe considerarse, o no, desproporcionado. El ejercicio no es intrascendente: **habiendo elegido el PLO un sistema de vinculación *opt-out*, el análisis que debe realizar el tribunal debe ser exhaustivo**, pues todos los consumidores y usuarios afectados (salvo aquellos que, expresamente, hayan decidido desvincularse de la acción) se verán vinculados, por defecto, por el resultado del procedimiento y, con ello, también con los términos de una financiación cuyo contenido les será totalmente desconocido.

Es aquí donde encontramos otra de las grandes lagunas del PLO en relación con la financiación de acciones colectivas: ¿qué retorno puede obtener el tercero financiador? ¿cuándo y cómo obtendrá el tercero financiador esos importes?

Al respecto, el PLO guarda silencio. Solo encontramos ulteriores menciones a la financiación en los nuevos artículos 865 y 878 de la LEC. **El artículo 865 regula la homologación de acuerdos resarcitorios**, para cuya aprobación el tribunal deberá tener en cuenta qué importes cobrará el tercero financiador. Por otro lado, **el artículo 878 regula la distribución de cantidades entre los consumidores beneficiarios en casos de sentencias y acuerdos resarcitorios en los que los consumidores no estén totalmente identificados**. En ese caso, se prevé la figura de un liquidador que lleve a cabo las labores de distribución de las cantidades reconocidas por sentencia. En ese contexto, el artículo 878.1 *in fine* de la LEC establece que «*al proceder a la distribución de la cantidad, reservará la parte que, en su caso, corresponda al tercero que haya financiado el proceso*».

La anterior es la única previsión en materia de financiación que se establece en sede de cumplimiento y ejecución de sentencias y acuerdos de resarcimiento. En ella ya se observa que **se permite que la retribución del tercero financiador consista en un porcentaje de los importes que se les reconozcan a los consumidores y usuarios** (y ello sin que, como hemos visto, se establezcan guías interpretativas para valorar la proporcionalidad de los términos de los acuerdos de financiación). Ahora bien, **el referido precepto (y, en general, el PLO) no prevé cuándo debe producirse el pago al tercero financiador**: atendiendo al estricto tenor literal del artículo 878.1 de la LEC parecería que el tercero financiador podría cobrar incluso antes que cualquier consumidor. No solo eso: podría darse el caso de que muy pocos o ninguno de los consumidores

⁶ Aunque excede de lo que es estrictamente objeto de este artículo, el 40% al que alude la Propuesta de Directiva sobre Financiación como límite máximo de retorno puede resultar una cantidad demasiado elevada a detrimento de las indemnizaciones a percibir por los consumidores y, hasta cierto punto, incompatible con la finalidad última de salvaguardar sus derechos e intereses.



beneficiarios presentaran solicitud para el cobro de las cantidades y que, a la postre, el tercero financiador sea, prácticamente, el único beneficiado por la sentencia condenatoria.

Lo anterior carece de sentido y resulta contrario a lo que parece tener en mente **el legislador europeo en la Propuesta de Directiva sobre Financiación**. Son varias las ocasiones en las que dicho texto **establece que los consumidores y usuarios deben obtener su resarcimiento antes de que el tercero financiador obtenga su retribución** (véase, por ejemplo, el artículo 12.d del referido texto⁷). Parece, por tanto, que **lo previsto en el artículo 878.1 de la LEC en relación con la retribución del financiador debería ser objeto de una regulación más clara y exhaustiva**, de tal forma que todos los intervinientes (también los financiadores) conozcan cuándo y de qué modo se procederá al pago de la retribución a los consumidores y a los terceros financiadores.

Existe una cuestión adicional sobre la que el PLO no se pronuncia: **el régimen en materia de costas y la asistencia jurídica gratuita de las asociaciones de consumidores y usuarios que sean entidades habilitadas y que hayan contado con financiación de terceros**. Es cierto que el PLO se remite al artículo 394 de la LEC (en el nuevo artículo 860 de la LEC, regulador de la sentencia), por lo que, por lógica, debería entenderse que es de plena aplicación el **principio de vencimiento objetivo**. Ahora bien, el PLO no realiza ningún apunte o matiz al respecto, por lo que **podría llegar a interpretarse que, en caso de sentencia íntegramente desestimatoria con imposición de costas a la asociación, esta podría seguir beneficiándose del derecho de asistencia jurídica pese a haber sido financiada** (pues es el demandante el responsable de las costas). Ello podría conllevar un auténtico **quiebro del principio de vencimiento objetivo** (que, con semejante interpretación, prácticamente nunca operaría en favor del demandado) y no debería tener ningún recorrido. De hecho, en la Propuesta de Directiva sobre Financiación se puede apreciar que el legislador europeo, precisamente, impone la obligación a los fondos de asumir las costas de los procedimientos⁸, lo que podría llevarse a cabo mediante una cobertura del riesgo de condena en costas.

3. Breve aproximación a la regulación de la financiación por terceros en Europa

Finalmente, haremos un breve repaso de la regulación que otros países europeos han adoptado en materia de financiación de acciones colectivas. El panorama europeo sobre la cuestión no puede ser más variado y ello, de nuevo, no es una cuestión menor: en la medida en que la Directiva 2020/1828 prevé las **acciones colectivas transfronterizas**, la regulación que cada país tenga instaurada en materia de financiación de acciones colectivas puede incidir en aquellos

⁷ Artículo 12.d) de la Propuesta de Directiva sobre Financiación: «Una cláusula en la que se especifique que las cantidades reconocidas en el procedimiento de las que se deducirá la retribución del financiador **se abonarán íntegramente en primer lugar a los demandantes, que podrán posteriormente pagar los importes acordados a los financiadores de litigios en concepto de honorarios o comisiones, conservando al menos los importes mínimos previstos en la presente Directiva**» (énfasis añadido).

⁸ Véase el Considerando (30) de la Propuesta de Directiva sobre Financiación: «Cuando los financiadores de litigios hayan apoyado o financiado procedimientos cuyo resultado no les sea favorable, deben responder solidariamente junto con los demandantes de las costas que hayan causado a los demandados y a cuyo pago les condenen los órganos jurisdiccionales o las autoridades administrativas [...]». Ese considerando tiene su reflejo en su artículo 18.



Estados en los que pueda resultar más *atractivo* para los terceros financiadores este tipo de litigación.

De hecho, la Propuesta de Directiva sobre Financiación a la que hemos aludido surge, precisamente, por la **necesidad del legislador europeo de evitar esa fragmentación y la disparidad de regulaciones en materia de financiación**, tal y como se desprende del considerando (1) de dicho texto. La preocupación del legislador europeo no es infundada, ya que los escenarios que nos encontramos en materia de financiación de litigios en los distintos Estados miembros son, en efecto, muy dispares.

Así, podemos encontrarnos con **países que, directamente, prohíben la financiación de litigios por terceros**, como sería el caso de **Grecia**. El legislador griego se ha acogido a la facultad discrecional que otorga la Directiva 2020/1828 de permitir o prohibir la financiación por terceros de las acciones colectivas y ha optado por su prohibición expresa (artículo 10iδ de la Ley 5019/2023)⁹.

En el caso de **Irlanda**, la Ley de 11 de julio de 2023 sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, prevé la financiación por terceros «*en la medida en que esté permitido de conformidad con la ley*» y establece determinadas previsiones para prevenir los conflictos de intereses. Ahora bien, la norma que transpone la Directiva 2020/1828 no altera la realidad actual existente en Irlanda: salvo limitadas excepciones, las *champerty and maintenance doctrines* siguen vigentes y la *Maintenance and Embracery Act* de 1634 sigue resultando de aplicación (su vigencia fue confirmada por el Tribunal Supremo irlandés¹⁰) y prohíbe la financiación por terceros que no posean un interés legítimo en el procedimiento¹¹. Con todo, debe tenerse presente que en Irlanda se está realizando una revisión de la regulación en materia de financiación por terceros que quizás pueda conducir a una modificación de este régimen.

En otros países, en cambio, la financiación de litigios por terceros está permitida, pero los requisitos y límites establecidos la dificultan en la práctica. Nos referimos, por ejemplo, a **Alemania** donde, al margen de prohibir la financiación si viene de un competidor del demandado o si depende de él (como en el PLO español), se exige la aportación del acuerdo de financiación, se prevé un umbral máximo de retorno para los financiadores de un 10%¹² y no se establece ningún mecanismo que permita la remuneración automática.

En el caso de **Francia**, donde todavía no se ha aprobado la norma que transpone la Directiva 2020/1828, el proyecto de ley prevé un régimen similar al español, donde destacan, como

⁹ Véase *Greek implementation of the Representative Actions Directive* en Observatoire des Actions de Groupe et autres Actions Collectives (<https://observatoireactionsdegroupe.com/wp-content/uploads/2024/01/Greece-Observatoire-brief-1.pdf>)

¹⁰ *Persona Digital Telephony Ltd., and Sigma Wireless Networks Ltd. v. The Minister for Public Enterprise, Ireland, and the Attorney General, and by order Denis O'Brian and Michael Lowry*; Apelación no. 72/2016.

¹¹ Artículo 27 de la Ley sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, de 11 de julio de 2023.

¹² Artículo 1 §4 de la Ley para la implementación de la Directiva (UE) 2020/1828 sobre acciones colectivas para la protección de los consumidores y para la derogación de la Directiva 2009/22/CE, así como para la modificación de la Ley de Procedimientos Modelo para Inversores de Capital (*Verbandsklagenrichtlinienumsetzungsgesetz –VRUG–*).



requisitos para permitir la financiación por terceros, que el financiador no sea un competidor y que no tenga un interés económico en el procedimiento. Similar regulación prevé la norma en **Italia**, que entró en vigor en junio de 2023.

Especial mención merecen, por tener una mayor tradición y práctica en materia de financiación, países como Portugal, los Países Bajos o, por supuesto, el Reino Unido. En el caso de **Portugal** también se permite la financiación por terceros de acciones colectivas, exigiendo la aportación de copia autenticada del acuerdo de financiación y estableciendo, de forma clara, la nulidad de cualquier cláusula que imponga la necesidad de que el financiador autorice o sea consultado en relación con cualquier decisión procesal (desistir, transigir, apelar o no, etc.)¹³.

En el caso de los **Países Bajos** no existe obligación de aportar el acuerdo de financiación para su revisión por el tribunal y, de hecho, son pocos los casos en los que los tribunales lo han requerido. Fue el caso, por ejemplo, seguido contra Tiktok en el que el Tribunal del Distrito de Amsterdam, tras revisar los acuerdos, requirió su modificación. De hecho, en ese caso se dictó la famosa sentencia de 25 de octubre de 2023 en la que el Tribunal manifestó que el retorno de los fondos debería deducirse de las indemnizaciones efectivamente reclamadas y distribuidas y que dicho retorno debería estar limitado a un máximo de cinco veces la cuantía invertida (aunque en jurisprudencia previa se aplicaba un máximo de un 25% del resarcimiento obtenido por cada consumidor).

Finalmente, el **Reino Unido** es uno de los países de Europa más desarrollados en lo que a la financiación de litigios se refiere, pionero en la creación, en 2011, del *Code of Conduct for Litigation Funders*¹⁴ que establece los estándares aplicables a fondos de financiación de litigios. Pese a ello, recientemente el Tribunal Supremo inglés, en su sentencia del caso PACCAR v. Tribunal de Apelación de la Competencia y otros, ha causado un gran revuelo en el mundo de la financiación de litigios en el Reino Unido. En esencia, el Tribunal Supremo inglés ha considerado que aquellos acuerdos de financiación en los que el retorno se calcula por medio de un porcentaje respecto a lo que obtengan los consumidores y usuarios son, lo que se denominan, *Damages Based Agreements* que están prohibidos en acciones colectivas de competencia *opt-out* y que, incluso en casos en los que no están prohibidos, deben cumplir con las específicas regulaciones previstas para tales acuerdos. Ello ha comportado que los fondos de financiación deban reajustar los términos de sus acuerdos de financiación y que acciones colectivas en curso se hayan visto afectadas por esta decisión. Con todo, la incertidumbre generada pretende ser aplacada mediante un proyecto de ley que regule esta cuestión, y que actualmente se encuentra en tramitación.

El caso del Reino Unido con la sentencia PACCAR pone de manifiesto lo expuesto al inicio: **ni siquiera los países con una tradición más asentada están exentos de incertidumbre en relación**

¹³ Artículo 10 del Decreto Ley 114-A/2023, de 5 de diciembre, de transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a acciones colectivas para la protección de los intereses de los consumidores.

¹⁴ Para consultar la última versión del *Code of Conduct for Litigation Funders* (2018) véase el siguiente enlace: <https://associationoflitigationfunders.com/code-of-conduct/>



con la financiación de acciones colectivas, lo que, de nuevo, redundará en la necesidad de tener una regulación consistente sobre la materia.

4. Conclusión

El legislador español ha querido aprovechar la ocasión de la transposición de la Directiva 2020/1828 para establecer **determinadas líneas maestras que deben regir la financiación de acciones colectivas**, realidad ya instaurada en Europa. Sin embargo, **dada la falta de tradición en esta materia en España, el PLO incurre en ciertas vaguedades y lagunas, que puede dar lugar abusos**. No pretendemos decantarnos o defender las bondades de establecer unas u otras limitaciones a la financiación de acciones colectivas en España, pero sí que **consideramos necesario dar unas pautas más claras a los tribunales y a las partes en el procedimiento que ofrezcan una mayor seguridad jurídica**. De lo contrario, con la regulación proyectada en el PLO, en muchos aspectos nos encontraremos caminando sobre arenas movedizas.



Los mecanismos *opt-in/opt-out* en acciones colectivas: experiencias comparadas

SILVIA DE PAZ PÉREZ

Asociada sénior (Litigación y Arbitraje)
Pérez-Llorca

MARÍA DE ARCOS TEJERIZO

Asociada (Litigación y Arbitraje)
Pérez-Llorca

RESUMEN

La Directiva 2020/1828 obliga a los Estados miembros de la Unión Europea a establecer en sus ordenamientos un régimen procesal para permitir el ejercicio de acciones colectivas en defensa de los intereses de los consumidores. Los Estados deberán adaptar su normativa procesal interna al ejercicio de este tipo de acciones, lo que conllevará prever cómo los consumidores quedarán vinculados por la acción colectiva. Esto se puede llevar a cabo mediante un mecanismo de adhesión voluntaria (*opt-in*), o mediante un sistema de desvinculación de la acción (*opt-out*). La elección entre un régimen u otro puede tener importantes implicaciones para el proceso de las acciones colectivas en cada Estado miembro, así como para los actores implicados en el procedimiento, incluyendo las empresas potencialmente demandadas. Este artículo pretende comparar experiencias de algunos países con más tradición que España en el ejercicio de acciones colectivas.



Introducción

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 (la «Directiva»), introdujo un marco para las acciones de representación colectiva de cesación y resarcitorias que ahora los Estados miembros deberían haber transpuesto a sus ordenamientos internos. Si bien la Recomendación de la Comisión Europea de 11 de junio de 2013 abogaba por establecer un sistema de acciones de representación basado en el principio de participación voluntaria (*opt-in*)¹, **la Directiva finalmente aprobada permite a los Estados miembros optar por un modelo de inclusión voluntaria (*opt-in*) o de exclusión voluntaria (*opt-out*), o una combinación de ambos**². La elección entre estos modelos tiene implicaciones significativas tanto para los consumidores como para las empresas potencialmente afectadas.

La elección entre un modelo *opt-in* u *opt-out* depende de varios factores, incluyendo las tradiciones jurídicas de cada Estado miembro y las características específicas de los casos de representación colectiva. La Directiva permite a los Estados miembros **optar por el modelo que mejor se adapte a sus necesidades**, e incluso **combinar ambos sistemas en diferentes contextos**. El único límite impuesto por la Directiva es que, en el caso de acciones transfronterizas, los Estados miembros deben imponer un modelo *opt-in* para los consumidores domiciliados en el extranjero³.

El objeto de este artículo es analizar, desde un punto de vista de Derecho comparado, y a partir de experiencias de fuera y dentro de la Unión Europea, las implicaciones de los sistemas *opt-in* y *opt-out* como modelos procesales para la tramitación de las acciones colectivas.

1. Principales diferencias de los modelos *opt-in/opt-out*

Como se ha señalado, en el marco de la litigación colectiva, la Directiva establece **dos modelos procesales** de vinculación al resultado de la acción:

1. El modelo *opt-in* requiere que **los consumidores manifiesten, expresamente, su voluntad de participar en la acción colectiva**. Esto significa que **solo aquellos que se adhieran activamente estarán vinculados por la resolución final del procedimiento**. Este sistema se basa en el principio de participación voluntaria, lo que implica que los consumidores deben tomar una acción positiva para ser incluidos en la demanda.

¹ Recomendación de la Comisión Europea, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/UE), apartado 21.

² 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 4409 de 4.12.2020, pp. 1-27 («Directiva»), artículo 9.2.

³ Directiva, artículo 9.3.



2. En contraste, el modelo ***opt-out*** incluye, automáticamente, a todos los consumidores afectados en la acción colectiva, a menos que expresamente decidan desvincularse. Este sistema presume la participación de los consumidores, lo que puede resultar en una mayor inclusión y representación de intereses colectivos en los que resulta difícil identificar a los afectados.

En este apartado se resumen las principales diferencias en el funcionamiento de estos dos modelos en relación con la publicidad de la acción colectiva, los efectos de cosa juzgada de la sentencia, y la ejecución de la sentencia y posterior liquidación de las cantidades indemnizatorias.

1.1. Publicidad de la acción colectiva

La publicidad en el modelo ***opt-in*** es crucial para asegurar que los consumidores estén informados sobre la acción colectiva y puedan decidir si desean participar. Las entidades habilitadas deben divulgar información detallada sobre la acción colectiva y los procedimientos que los consumidores deben seguir para adherirse a la acción. La efectividad de este modelo *opt-in* depende, en gran medida, de la capacidad para dar publicidad y alcanzar a todos los consumidores potencialmente afectados para que manifiesten su voluntad de adherirse a la acción.

En el caso del modelo ***opt-out***, la información publicitada debe centrarse en notificar a los consumidores sobre su inclusión automática en la acción y su derecho a excluirse si así lo desean. Las entidades habilitadas deben ofrecer y divulgar información relativa tanto a las acciones que hayan planteado como al avance procesal de dichas acciones, y sobre los acuerdos de resarcimiento alcanzados. La publicidad debe ser amplia y accesible para asegurar que todos los consumidores afectados estén al tanto de su participación y de sus derechos.



1.2. Efectos de cosa juzgada de la sentencia

En el modelo ***opt-in***, los efectos de cosa juzgada de la sentencia se aplican, únicamente, a los consumidores que han decidido participar en la acción colectiva. Así, solo aquellos que se han adherido expresamente a la acción estarán vinculados por la resolución final y podrán beneficiarse de ella en la medida en que se establezca en la sentencia, que tendrá efectos de cosa juzgada sobre ellos.

En el modelo ***opt-out***, los efectos de cosa juzgada de la sentencia se extienden a todos los consumidores afectados, incluso si no han manifestado su voluntad de participar en el procedimiento, salvo que expresamente decidan desvincularse de la acción.

1.3. Ejecución de la sentencia y liquidación de las cantidades otorgadas

La ejecución de la sentencia y la liquidación de las indemnizaciones en el modelo ***opt-in*** solo se aplican a los consumidores que han participado activamente en la acción, pues solo ellos

se ven vinculados por los efectos de cosa juzgada. Esto facilita la identificación de los beneficiarios y la distribución de las indemnizaciones.

En el modelo *opt-out*, la ejecución de la sentencia y la liquidación de las indemnizaciones pueden ser más complejas debido al mayor número de consumidores involucrados, y a la dificultad de identificarlos individualmente. Por este motivo, cabe la posibilidad de que la cuantificación del daño reclamado se haga a tanto alzado, y que sea necesario acudir a un liquidador para la distribución de las cantidades acordadas por sentencia entre los consumidores beneficiarios.

2. Ventajas y desventajas de los regímenes de *opt-in* y *opt-out*. Experiencias comparadas

Como se ha señalado, **la Directiva deja abierta a los Estados miembros la posibilidad de adoptar un sistema *opt-in* u *opt-out* en su régimen de transposición.** La elección tiene mucho que ver con la tradición jurídica de cada país y, en última instancia, es una cuestión de política legislativa.

Mientras que **el modelo *opt-in* puede ofrecer una mayor tutela judicial y control de los derechos individuales de los adherentes a la acción** –dado que solo aquellos que consientan expresamente a adherirse la acción estarán vinculados por la sentencia–, en ocasiones, **este modelo puede limitar el alcance y la efectividad de las acciones colectivas si hay una baja participación de los afectados** debido a un sistema de información deficiente o a un proceso de adhesión complejo. Por su parte, **el modelo *opt-out* puede aumentar la representación**, ante su capacidad para agrupar a un gran número de consumidores afectados, y **mejorar las eficiencias tanto económicas** para conseguir una reclamación de mayor cuantía –lo que, a su vez, aumenta el atractivo de la acción para terceros financiadores–, **como desde la perspectiva de la administración de justicia**, ya que no requiere que los consumidores se unan a la acción para beneficiarse de su resultado. No obstante, **la inclusión automática en la acción puede generar problemas de legitimidad y consentimiento**, lo que merma el derecho a obtener una tutela individualizada por los tribunales. Además, **el modelo *opt-out*, si no es adecuadamente regulado, puede favorecer la interposición de demandas muy cuantiosas** –y, en ocasiones, poco fundadas–, dando lugar a abusos que pueden generar grandes costes para las empresas demandadas⁴.

Desde la perspectiva de las empresas, el modelo *opt-in* puede resultar más manejable, al reducirse, significativamente, la exposición a reclamaciones cuantiosas y complejas, y al facilitar la gestión del proceso judicial. Sin embargo, **no evita el riesgo de que se planteen varias reclamaciones similares por parte de varios grupos de afectados.**

⁴ En Estados Unidos, el sistema de acciones de clase ha sido, a menudo, cuestionado por favorecer a los administradores de la clase, abogados y fondos de litigación, pero no a los miembros de la clase en esa jurisdicción: mientras que los miembros de la clase suelen recibir una media de un 23% de la cantidad de indemnización pactada, más del 60% de la cuantía se reparte entre los asesores legales y representantes de la clase. Véase COTTRIEL, D. K., STEWART, C. E. y STANDER, R. N. (2020), pág. 13.



A la hora de optar por uno u otro modelo, **resulta conveniente revisar las experiencias que otros países en Europa han tenido bajo los modelos *opt-in* y *opt-out***. Nótese que las jurisdicciones con mayor recorrido en materia de acciones de clase o similares⁵ son de **tradición jurídica anglosajona** –en particular, Estados Unidos y Australia y, más recientemente, el Reino Unido–. Las diferencias de estos sistemas jurídicos con el español –u otros de tradición civilista– hacen poco contrastables los datos ofrecidos para evaluar las implicaciones que puede acarrear el sistema *opt-in* u *opt-out*, por lo que no pueden extraerse resultados concluyentes. No obstante, el análisis de la experiencia de estos países, unido a algunos otros más cercanos a nuestra tradición jurídica y más adelantados en materia de acciones colectivas, sí puede vislumbrar el camino que puede adoptar nuestra jurisdicción en caso de optar por un modelo u otro.

2.1. Reino Unido

Hasta muy recientemente, las acciones colectivas en el Reino Unido han sido limitadas en comparación con otros países de tradición anglosajona. Sin embargo, en la última década, la proliferación de los fondos de litigación y la progresiva flexibilización por parte de los tribunales de las normas de certificación⁶ han impulsado las acciones colectivas.

Dependiendo de su objeto y de las circunstancias del caso, **las acciones colectivas pueden tramitarse a través de un modelo *opt-in* u *opt-out***. Tradicionalmente, la mayoría de las acciones se tramitaban a través de un sistema *opt-in*, al estar basadas en lo que se conoce como una *Group Litigation Order*⁷. Las acciones de **representación** también estaban disponibles bajo el sistema procesal británico, pero apenas han sido utilizadas. En la sentencia de 2021, *Lloyd v. Google*, el Tribunal Supremo del Reino Unido flexibilizó los criterios para seguir este procedimiento, admitiendo que, en principio, no era necesario el consentimiento de los individuos representados, ni tan siquiera que estuviesen al tanto del procedimiento, para poder ser representados y que la sentencia les vinculase⁸. De forma significativa, en 2015 se introdujo, por vez primera, la posibilidad de acogerse a un régimen *opt-out* en relación, exclusivamente, con las infracciones del Derecho de la competencia bajo el *Competition Act 1998* y el *Consumer Rights Act 2015*, y cuya competencia objetiva corresponde al Competition Appeal Tribunal («CAT»)⁹.

La introducción del sistema *opt-out* para infracciones del Derecho de la competencia supone un caso de estudio paradigmático: en los 12 años en los que solamente cabía el sistema *opt-in* para las acciones colectivas por infracciones del *Competition Act 1998*, se interpuso una única

⁵ Incluyendo los conceptos anglosajones de «class action», «group litigation», «representative action» o «collective redress».

⁶ En *Merriks v. Mastercard* [2020] UKSC 51, el Tribunal Supremo del Reino Unido flexibilizó el enfoque en la fase de certificación de los procedimientos colectivos, y sostuvo que la complejidad de los daños solicitados no supone un impedimento para la certificación de la acción.

⁷ Cuando un grupo de personas quiere traer una acción relativa a cuestiones de hecho o jurídicas «comunes o relacionadas» pueden solicitar, ante el tribunal, que se emita un auto de litigación de grupo (*Group Litigation Order*). La gestión del proceso dependerá del juez (Reglas de Procedimiento – 19, secciones 19.22 - 19.25).

⁸ *Lloyd v. Google LLC* [2021] UKSC 50, párr. 77. Véanse, asimismo, las Reglas de Procedimiento – 19, secciones 19.8 y 19.9.

⁹ Tribunal con competencia exclusiva sobre las demandas relacionadas con infracciones del Derecho de la competencia.



acción colectiva, en materia de fijación de precios en la venta de camisetas de fútbol¹⁰. Pese a que se calcula que en torno a 1,2-1,5 millones de personas estuvieron afectadas por dicha infracción, y a pesar de que hubo una gran publicidad de la acción, solamente 130 personas se adhirieron a los procedimientos¹¹. En cambio, desde que en 2015 entró en vigor el nuevo régimen *opt-out*, se han registrado alrededor de 40 acciones colectivas ante el CAT¹², y 15 de ellas se han certificado¹³; 11 de estas 15 demandas colectivas han sido certificadas solamente desde diciembre de 2020, tras dictarse la emblemática sentencia del Tribunal Supremo de *Merricks v. Mastercard*¹⁴.

Por lo pronto, cabe afirmar que el Tribunal Supremo del Reino Unido parece mostrarse cada vez más proclive a la **certificación a través de un sistema *opt-out* cuando se trate de reclamaciones que involucren a un elevado número de afectados y que impliquen una compensación relativamente baja por cada beneficiario**. Este razonamiento se ha seguido, incluso, en demandas fuera del ámbito del Derecho de la competencia, como en *Lloyd v. Google LLC*. En esta sentencia, el Tribunal Supremo expuso los siguientes motivos para confirmar la decisión de certificación a través de un régimen *opt-out*.

1. En procedimientos en los que el beneficio individual es relativamente pequeño, los costes iniciales para poner en marcha el procedimiento pueden fácilmente superar el potencial valor total de la reclamación, lo que hace que el proceso sea antieconómico¹⁵. En concreto, se refiere a los elevados costes que debe asumir la parte demandante para obtener suficiente información acerca de los potenciales afectados para determinar si son aptos para adherirse a la acción en caso de seguir un modelo *opt-in*, y ofrecerles asesoramiento –y todo ello antes de la interposición de la demanda–¹⁶.
2. Para el Tribunal Supremo, otra limitación de los procedimientos *opt-in* es que la experiencia ha mostrado que solamente una pequeña proporción de los individuos aptos para adherirse a la acción lo harán finalmente, en particular, si el grupo de afectados es muy grande y el valor de la reclamación individual es relativamente pequeño. El Tribunal Supremo puso como ejemplo una acción *opt-in* traída frente a la cadena de supermercados *Morrisons* por vulneración de la regulación de protección de datos, al haberse revelado información personal relativa a los empleados. De los, aproximadamente, 100.000 empleados afectados por la brecha, menos de 10.000 empleados se adhirieron a la acción colectiva¹⁷.

¹⁰ *The Consumers' Association v. JJB Sports Plc* [2009] CAT 2, párr. 5. Este hecho fue puesto de manifiesto por el propio Tribunal Supremo en *Lloyd v. Google LLC* [2021] UKSC 50, párr. 26

¹¹ *The Consumers' Association v. JJB Sports Plc* [2009] CAT 2, párr. 5.

¹² SEDGWICK, V., DAVISON, F. y ADLARD, J. (2024). Véase, asimismo, MORFEY, A., WEST, T. y RANCE, A. (2023).

¹³ ROSS, C., CHESTERFIELD, L. y CARTER, W. (2024).

¹⁴ RODGER, B. (2023).

¹⁵ *Lloyd v. Google LLC* [2021] UKSC 50, párr. 25. Reproducido por *Le Patourel v. BT Group Plc* [2022] EWCA Civ 593, párr. 71.

¹⁶ *Lloyd v. Google LLC* [2021] UKSC 50, párr. 25. Civil Justice Council Report, «Improving Access to Justice through Collective Actions», 2008, Parte 6, párr. 22.

¹⁷ *Lloyd v. Google LLC* [2021] UKSC 50, párr. 26. Véase *Various Claimants v. Wm Morrisons Supermarkets Plc* [2017] EWHC 3113 (QB); [2019] QB 772; [2020] UKSC 12; [2020] AC 989.



3. Por último, el Tribunal Supremo en *Lloyd* se refirió a que la baja tasa de participación en los procedimientos *opt-in* suele deberse al desconocimiento sobre la oportunidad de unirse a la acción y a la tendencia natural humana de no tomar acciones positivas cuando no obtienen beneficios inmediatos o evidentes, y cuando las consecuencias son inciertas y difíciles de entender¹⁸.

Por estos motivos, **la tendencia en el Reino Unido ante este tipo de reclamaciones está virando hacia el régimen *opt-out*** (más aún si hablamos de acciones de daños por infracciones del Derecho de la competencia). En *Le Patourel v. BT Group Plc*¹⁹, en el auto de certificación de primera instancia –posteriormente confirmado en apelación–, el CAT consideró factores tales como el tamaño de la clase, la cuantía del potencial beneficio individual y el impacto que ambos tenían sobre la financiación de la acción para certificar la acción bajo un régimen *opt-out*. Asimismo, se consideraron parámetros subjetivos de la clase, incluyendo el perfil de edad, clase social y habilidad técnica de los potenciales afectados, lo que reforzó su decisión de adoptar la certificación bajo un sistema *opt-out*²⁰.

No puede obviarse que, además de estas circunstancias, el CAT también ha tenido en cuenta la disponibilidad de fondos como un factor muy relevante a la hora de certificar la acción. En *Le Patourel v. BT Group Plc*, el tribunal consideró que la financiación es un factor muy relevante para garantizar el acceso a la justicia; si los fondos no tienen incentivos para iniciar la acción, lo más probable es que la acción no se interponga, lo que tendría, nuevamente, un efecto antieconómico²¹.

Todo lo anterior se da en un contexto de gran incertidumbre para los fondos de litigación que operan en el Reino Unido, como consecuencia de la decisión del Tribunal Supremo en el caso *PACCAR Trucks*²². En resumen, en esta decisión, el Tribunal Supremo estableció la imposibilidad de ejecutar los acuerdos de financiación basados en un porcentaje de los daños recuperados en sentencia por el demandante en procedimientos *opt-out*²³. Se entiende que todos los procedimientos certificados como *opt-out* seguidos ante el CAT en la actualidad están financiados por fondos de litigación, y se cree que la mayoría de ellos se basan en un retorno porcentual de lo obtenido en sentencia, por lo que las implicaciones de esta decisión podrían ser

¹⁸ *Lloyd v. Google LLC* [2021] UKSC 50, párr. 27. Reproducido por *Le Patourel v. BT Group Plc* [2022] EWCA Civ 593, párr. 71.

¹⁹ La acción colectiva *Le Patourel v. BT Group Plc* fue certificada por el CAT bajo un régimen *opt-out* en septiembre de 2021, y confirmada posteriormente por la Corte de Apelación de Inglaterra y Gales. Esta decisión ha supuesto un impulso en la certificación de un número significativo de demandas como acciones colectivas *opt-out*, y se espera que la decisión que recaiga sobre el fondo sienta un importante precedente en el alcance de las acciones colectivas en el Reino Unido.

²⁰ *Le Patourel v. BT Group Plc* [2022] EWCA Civ 593, párr. 74.

²¹ *Le Patourel v. BT Group Plc* [2022] EWCA Civ 593, párr. 78: «[...] el CAT aceptó que: (i) muy pocos demandantes se adherirían a un proceso bajo un régimen *opt-in*; (ii) un tercero financiador consideraría, por tanto, el litigio poco atractivo; y (iii) siendo esto así, puede que el procedimiento no llegue a comenzar si la demanda se certifica sobre la base de un sistema *opt-in*. Si el procedimiento no continuase por falta de financiación, el acceso a la justicia, que es un principio fundamental que se encuentra en el epicentro del ordenamiento, podría verse frustrado» (traducción propia).

²² *R (on the application of PACCAR Inc and others) (Appellants) v. Competition Appeal Tribunal and others (Respondents)* [2023] UKSC 28.

²³ *R (on the application of PACCAR Inc and others) (Appellants) v. Competition Appeal Tribunal and others (Respondents)* [2023] UKSC 28, párr. 245.



muy relevantes²⁴. En marzo de 2024, el Ministerio de Justicia británico anunció planes legislativos para tratar de contrarrestar los efectos de la sentencia *PACCAR Trucks*, con el fin de favorecer la litigación colectiva²⁵.

En este contexto, hay que tener en cuenta que las sumas reclamadas en acciones de clase en el Reino Unido son muy cuantiosas. Entre 2016 y 2022 se estima un valor total reclamado, en acciones colectivas, de 120 mil millones de libras (unos 141 mil millones de euros), que va incrementándose con el tiempo²⁶. Por lo general, los procesos con régimen *opt-out* son de cuantía más elevada; por ejemplo, recientemente, el CAT ha certificado una acción colectiva por 13,6 mil millones de libras (unos 16 mil millones de euros) frente a Google²⁷. No obstante, hay un procedimiento *opt-in*, en concreto, que ha supuesto la reclamación colectiva *opt-in* más grande y cuantiosa en la historia del Reino Unido, con 700.000 afectados brasileños que reclaman una indemnización de unos 36 mil millones de libras (aproximadamente, 42 mil millones de euros) por daños medioambientales derivados del derrumbamiento de la presa Mariana, en Brasil, contra la compañía anglo-australiana BHP²⁸. En una encuesta recientemente realizada por la firma británica de abogados Shoosmiths, el 51% de las asesorías jurídicas británicas veían la litigación colectiva como uno de los mayores riesgos para las empresas en los próximos tres años, dadas las elevadas cuantías reclamadas²⁹.

2.2. Portugal

Dentro de la Europa continental, los países con mayor experiencia en materia de acciones colectivas, y que cuentan con un sistema mayoritariamente *opt-out*, son los Países Bajos y Portugal. Por cercanía geográfica y jurídica, nos centraremos en el análisis del segundo de ellos.

El sistema de acciones colectivas en Portugal está regulado principalmente por la Ley 83/95, de 31 de agosto, que establece el mecanismo de *acção popular* (acción popular), protegido bajo el artículo 52.3 de la Constitución portuguesa. Este régimen ha sido completado por el Decreto-Ley 114-A/2023, de 5 de diciembre, que es el instrumento de transposición adoptado por Portugal a raíz del mandato de la Directiva. **El régimen de transposición está en vigor desde el 6 de diciembre de 2023**. El sistema de acciones colectivas en Portugal se basa, fundamentalmente, en un esquema *opt-out*, y no existe una fase de certificación de la acción como tal –sin perjuicio de que la ley permita la inadmisión de la demanda si está manifiestamente infundada–³⁰.

²⁴ KIRBY, PJ KC y WILK, C. (2023).

²⁵ WATSON, J. (2024).

²⁶ CMS European Class Action Report 2023, pág. 6.

²⁷ GERKEN, T. (2024).

²⁸ *Município de Mariana & Ors v. BHP Group (UK) Limited & Anor* (High Court Case No HT-2022-000304), [2023] EWHC 1134 (TCC).

²⁹ SHOOSMITHS, «Litigation risk 2024: Assessing the litigation outlook for business». Disponible en: <https://www.shoosmiths.com/insights/research-reports/litigation-risk-2024> (última consulta realizada el 28 de junio de 2024).

³⁰ *British Institute of International and Comparative Law*, «Collective Redress in Portugal», pág. 5.



Los primeros casos de acciones colectivas en Portugal se remontan a los años 90 del siglo pasado. Hasta 2017, se calcula que se iniciaron una media de 37 procedimientos colectivos anuales en Portugal³¹. Desde el año 2020 se ha producido un aumento significativo de las acciones colectivas en Portugal. **Entre los factores que han motivado el aumento de las acciones colectivas en Portugal están la proliferación de las asociaciones de consumidores activas en este ámbito, el acceso a los fondos de litigios y la variedad de esquemas de financiación**³², y los avances de las plataformas digitales para favorecer la publicidad de las acciones.

Las demandas y las cuantías reclamadas en acciones colectivas han aumentado de forma notable en los últimos años. Algunos casos destacados incluyen cuantías significativas: por ejemplo, en dos casos iniciados por la asociación *Ius Omnibus* en el año 2020 y pendientes de resolución, relacionados con infracciones del Derecho de la competencia –*Super Bock* y *Mastercard*, respectivamente–, se reclama una cuantía total (por cada uno de los casos) de 400 millones de euros³³. En abril de 2023, la misma asociación interpuso una acción frente a *TikTok*, que podría alcanzar los 1,12 mil millones de euros³⁴.

2.3. Alemania

Alemania puede ser considerado como un ejemplo de sistema que se ha mostrado tradicionalmente reacio a la introducción de las acciones de clase, ante la preocupación de las empresas por que se produjese un incremento de reclamaciones de daños astronómicas y desproporcionadas que supusieran una amenaza a la existencia del tendido empresarial³⁵.

Hasta el año 2018, en Alemania existían tres mecanismos específicos asimilables a la litigación de grupo, cada uno relativo a un ámbito específico –competencia desleal, cláusulas contractuales firmadas por consumidores, o infracciones del Derecho de la competencia–³⁶ **En 2018, se introdujo un mecanismo de acción colectiva, *Musterfeststellungsklage***³⁷, que permite a las asociaciones de consumidores presentar demandas colectivas de carácter meramente declarativo a través de un modelo *opt-in*³⁸. Esta normativa, conocida popularmente como «Ley Volkswagen»³⁹, se consideró un buen compromiso para garantizar la protección jurídica colectiva de los consumidores, a la vez que no suponía un cambio drástico en el sistema procesal⁴⁰.

³¹ SOUSA FERRO, M. (2022), pág. 437.

³² Varias de las acciones colectivas actualmente pendientes en Portugal tienen acuerdos de financiación de litigios con tres financiadores diferentes: casos *Mastercard*, *Super Bock*, *Meliá*, *TikTok* y *Sony*, entre otras. Véase: <https://iusomnibus.eu/cases/> (última consulta realizada el 28 de junio de 2024).

³³ Véase, respectivamente: *Ius Omnibus v. Super Bock* (<https://iusomnibus.eu/ius-omnibus-v-super-bock/>) y *Ius Omnibus v. Mastercard* (<https://iusomnibus.eu/ius-omnibus-v-mastercard/>) (última consulta realizada el 28 de junio de 2024).

³⁴ CMS European Class Action Report 2023, pág. 45.

³⁵ SCHÄFER, M. (2018), pág. 47.

³⁶ LEIN, E. *et al.* (2017), págs. 175-176.

³⁷ STÖHR, A. (2020), pág. 1611.

³⁸ LANGEN, M. *et al.* (2020).

³⁹ Dado que el texto se tramitó con suma rapidez para su entrada en vigor durante la segunda mitad de 2018, haciéndola coincidir con las reclamaciones por el caso de los vehículos Volkswagen (conocido como «*Dieselgate*»).

⁴⁰ SCHÄFER, M. (2018), pág. 49.



Con la entrada en vigor de la *Musterfeststellungsklage*, **se introdujo un sistema colectivo de declaración de responsabilidad**. Ello implica que, una vez declarada la infracción, los individuos afectados por la acción declarativa deben interponer, con posterioridad, una acción resarcitoria para obtener una indemnización por daños y perjuicios⁴¹.

Con la introducción de este modelo, **en años recientes se ha producido un impulso de la actividad de los demandantes para iniciar acciones colectivas, y cada vez se recurre más a la financiación de terceros**. En febrero de 2020, en el marco de una acción colectiva declarativa, se llegó a un acuerdo transaccional entre una asociación de consumidores y Volkswagen para compensar a los compradores de vehículos afectados por la manipulación del control de emisiones contaminantes de los motores diésel⁴². Unos 446.000 afectados se unieron a la acción colectiva⁴³. El acuerdo transaccional de daños alcanzó los 830 millones de euros, lo que permitió a los propietarios de vehículos diésel recibir una indemnización total de unos 750 millones de euros⁴⁴.

Dada la corta experiencia de Alemania con este modelo de acción declarativa, no hay suficientes datos como para extraer conclusiones. El número de casos es, por lo general, bajo, y los procedimientos son largos⁴⁵. Las principales demandas colectivas se han interpuesto en litigios por daños y perjuicios relacionados con el Derecho de la competencia, mercado de valores, litigios bancarios y de seguros, responsabilidad por productos defectuosos, el sector del transporte y el sector energético⁴⁶.

3. El proceso de transposición de la Directiva 2020/1828. Modelos procesales escogidos por los países de nuestro entorno

La Directiva establecía como fecha límite para su transposición el 25 de diciembre de 2022⁴⁷. Si bien la mayoría de los Estados miembros no cumplieron con el plazo de transposición previsto, **ya se han completado muchos de los procesos de transposición a fecha de redacción de este artículo**.

Los **países que se han decantado por implementar un modelo *opt-in*** (al menos, en lo que se refiere a las acciones colectivas resarcitorias) son, entre otros: **Alemania, Croacia, Eslovaquia, Irlanda, Italia, Luxemburgo o Rumanía**. En el caso de Alemania, el 7 de julio de 2023, el parlamento aprobó la norma de transposición de la Directiva (*Verbandsklagenrichtlinieumsetzungsgesetz*

⁴¹ LANGEN, M. *et al.* (2020).

⁴² STÖHR, A. (2020), pág. 1612.

⁴³ HESSLER, U. (2019).

⁴⁴ Nicolai LAUDE y Christopher HAUSS, «vzbv and Volkswagen agree on a fair settlement solution in the declaratory model action», 28 de febrero de 2020. Disponible en: <https://www.volkswagen-group.com/en/press-releases/vzbv-and-volkswagen-agree-on-a-fair-settlement-solution-in-the-declaratory-model-action-16673> (última consulta realizada el 28 de junio de 2024).

⁴⁵ CMS European Class Action Report 2023, pág. 45.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Directiva, artículo 24.1.



- «VRUG»), la cual complementó la acción declarativa bajo la *Musterfeststellungsklage* con la acción colectiva de daños, que faculta a las entidades habilitadas a solicitar directamente una indemnización para los consumidores, sin necesidad de realizar un proceso en dos pasos⁴⁸. El modelo de la VRUG se sigue fundamentando en un régimen procesal *opt-in*, y requiere un mínimo de 50 adherentes a la acción⁴⁹.

Las respectivas normas de transposición de **Austria, Bulgaria, Chequia, Francia y Polonia** se encuentran en proceso de aprobación; por el momento, sus respectivos proyectos de ley **también se inclinan por un régimen *opt-in***.

Por su parte, **los países que han optado por implementar un modelo *opt-out*** para las acciones de cesación y resarcitorias –con los límites impuestos por la Directiva– son, entre otros, los **Países Bajos, Portugal o Hungría**. En los Países Bajos ya contaban con un régimen muy desarrollado de acciones colectivas, que se fundamenta en un sistema *opt-out* desde la entrada en vigor de la *Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Acties* (WAMCA) en enero de 2020. Por este motivo, apenas han tenido que implementar modificaciones a su sistema actual de acciones colectivas.

Otros países, como **España**, están en vías de aprobar los instrumentos de transposición, con **propósito de un régimen *opt-out***. El pasado **22 de marzo de 2024** se publicó el texto del **Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios**, que contiene la propuesta de transposición de la Directiva. **El sistema escogido para la conducción procesal de estas acciones colectivas será, por defecto, un sistema *opt-out***⁵⁰. Únicamente de forma excepcional, el tribunal podrá acordar que la conducción del proceso se rija por un régimen de *opt-in*, siempre que la reclamación supere el umbral de 3.000 euros por beneficiario, y si el tribunal lo considerase necesario para una mejor administración de justicia⁵¹. Además, y en todo caso, los consumidores afectados por la acción colectiva que tuvieran su residencia habitual en el extranjero deberán manifestar, expresamente, su voluntad de quedar vinculados por el proceso y por el resultado de la acción (esto es, un sistema *opt-in*).

A la espera de que se complete el proceso de tramitación de la norma española para la transposición de la Directiva, cabe la posibilidad de que se propongan y aprueben enmiendas que planteen una limitación del régimen *opt-out*. Sin embargo, **por lo que es posible conocer hasta la fecha, parece que el legislador español se ha decantado por una apertura significativa del sistema de acciones colectivas, lo que podría favorecer las grandes reclamaciones de daños en nuestro país**. En cualquier caso, habrá que esperar a que los sistemas de acciones colectivas

⁴⁸ SCHALOSKE, DR. H., KILIAN, DR. I. y PIES, C. (2023).

⁴⁹ COOPER, D. *et al.* (2023).

⁵⁰ Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, artículo 76, en relación con la introducción de un nuevo artículo 848.2, en el título IV del libro IV, en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁵¹ *Ibid.*, artículo 76, en relación con la introducción de un nuevo artículo 848.3, en el título IV del libro IV, en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.



(ya sea bajo el modelo *opt-in* u *opt-out*) se consoliden en Europa para poder hacer un análisis más profundo sobre sus implicaciones para los distintos actores.

Referencias bibliográficas

COOPER, D. *et al.* (2023): «National Transposition of the EU Representative Actions Directive: What is the Current Status?», *Covington*.

📄 Disponible en: <https://www.insideprivacy.com/eu-data-protection/national-transposition-of-the-eu-representative-actions-directive-what-is-the-current-status/> (última consulta realizada el 28 de junio de 2024).

COTTRIEL, D. K., STEWART, C. E. y STANDER, R. N. (2020): «An Empirical Analysis of Federal Consumer Fraud Class Action Settlements (2010-2018)», *Jones Day White Paper*.

📄 Disponible en: <https://www.jonesday.com/en/insights/2020/04/empirical-analysis-consumer-fraud-class-action> (última consulta realizada el 28 de junio de 2024).

GERKEN, T. (2024): «Court rules Google must face £13.6bn advertising lawsuit», *BBC News*.

📄 Disponible en: <https://www.bbc.com/news/articles/cqll3k92zqo> (última consulta realizada el 28 de junio de 2024).

HESSLER, U. (2019): «Class action lawsuit against VW in Germany», *DW News*.

📄 Disponible en: <https://www.dw.com/en/german-class-action-lawsuit-over-vw-emissions-begins/a-50596406> (última consulta realizada el 28 de junio de 2024).

KIRBY, PJ KC y WILK, C. (2023): «Where now for litigation funding? The likely impact of the Supreme Court's decision in R (on the application of PACCAR Inc and others) v. Competition Appeal Tribunal and others [2023] UKSC 28», *Gatehouse Chambers*.

📄 Disponible en: <https://gatehouselaw.co.uk/where-now-for-litigation-funding-the-likely-impact-of-the-supreme-courts-decision-in-r-on-the-application-of-paccar-inc-and-others-v-competition-appeal-tribunal-and-others-2023-uksc-28/> (última consulta realizada el 28 de junio de 2024).

LANGEN, M. *et al.* (2020): «The new EU representative action from a German perspective – not a sudden, but a gradual revolution», *White & Case*.

📄 Disponible en: <https://www.whitecase.com/publications/alert/new-eu-representative-action-german-perspective-not-sudden-gradual-revolution> (última consulta realizada el 28 de junio de 2024).

LEIN, E. *et al.* (2017): «State of Collective Redress in the EU in the context of the implementation of the Commission Recommendation», *BIICL*.



MORFEY, A., WEST, T. y RANCE, A. (2023): «Certainly an Area to Watch: The Certification of Collective Actions in the UK 2024», *Competition Litigation Laws and Regulations*.

📄 Disponible en: <https://iclg.com/practice-areas/competition-litigation-laws-and-regulations/01-certainly-an-area-to-watch-the-certification-of-collective-actions-in-the-uk> (última consulta realizada el 27 de junio de 2024).

OKÁNYI, DR. Z. *et al.* (2023): *European Class Action Report 2023*.

📄 Disponible en: <https://cms.law/en/media/international/files/publications/publications/european-class-action-report-2023?v=2> (última consulta realizada el 28 de junio de 2024) («CMS European Class Action Report 2023»).

RODGER, B. (2023): «The UK CAT's Judicial Output in Damages Litigation and Collective Redress Claims After the UK Supreme Court Ruling in Merricks», *Kluwer Competition Law Blog*.

📄 Disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/10/23/the-uk-cats-judicial-output-in-damages-litigation-and-collective-redress-claims-after-the-uk-supreme-court-ruling-in-merricks/> (última consulta realizada el 27 de junio de 2024).

ROSS, C., CHESTERFIELD, L. y CARTER, W. (2024): «BT case may shape UK class action landscape», *RPC*.

📄 Disponible en: <https://www.rpc.co.uk/thinking/commercial-disputes/bt-case-may-shape-uk-class-action-landscape/> (última consulta realizada el 28 de junio de 2024).

SCHÄFER, M. (2018): *Der Gesetzesentwurf zur «Musterfeststellungsklage»*, Sankt Augustin/Berlin.

SCHALOSKE, DR. H., KILIAN, DR. I. y PIES, C. (2023): «New law on representative actions in Germany», *Clyde & Co*.

📄 Disponible en: <https://www.clydeco.com/en/insights/2023/10/new-law-on-representative-actions-in-germany-1> (última consulta realizada el 28 de junio de 2024).

SEDGWICK, V., DAVISON, F. y ADLARD, J. (2024): «Reflections on the fast-moving UK competition litigation space», *Frontier Economics*.

📄 Disponible en: <https://www.frontier-economics.com/uk/en/news-and-insights/articles/article-i20566-reflections-on-the-fast-moving-uk-competition-litigation-space/#> (última consulta realizada el 28 de junio de 2024).

SOUSA FERRO, M. (2022): «Ações populares cíveis em Portugal», *Revista de Direito Comercial*.

STÖHR, A. (2020): «The implementation of collective redress – A comparative approach», *German Law Journal*, vol. 21.



WATSON, J. (2024): «Access to justice: UK government seeks to protect litigation funding after PACCAR judgment», *IBA*.

📄 Disponible en: <https://www.ibanet.org/Access-to-justice-UK-government-seeks-to-protect-litigation-funding-after-PACCAR-judgment> (última consulta realizada el 28 de junio de 2024).



La transposición de la nueva Directiva para la defensa de los intereses de los consumidores. Análisis y riesgos del modelo *opt-in/opt-out*, en general, y desde la perspectiva de la empresa afectada: razones para la implantación de un sistema de *opt-in*

ALEJANDRO FERRERES COMELLA

Socio

Linklaters

RESUMEN

El Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Sector Público de Justicia y acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios propone una regulación de la tutela colectiva resarcitoria basada en un modelo de vinculación por defecto (*opt-out*). Existen sensatas razones, que han sido ofrecidas también por relevantes instituciones que han tenido ocasión de pronunciarse al respecto, para modificar en este punto la propuesta y disponer una regulación basada en un sistema de vinculación por adhesión expresa (*opt-in*). Entre aquellas razones destacan: (i) la ausencia de una práctica o tradición jurídica real en nuestro país que avale el recurso a un sistema de vinculación por defecto; (ii) los riesgos para la adecuada tutela judicial efectiva de los derechos de reclamación individual de los consumidores representados que comporta el sistema de vinculación por defecto, y que se evitan, en gran medida, mediante la adopción del modelo alternativo de adhesión expresa; (iii) el riesgo de la falta de alineación de los intereses de los financiadores privados de litigios con los derechos de los consumidores representados en un sistema de vinculación por defecto; y (iv) los mayores incentivos para competir en la calidad de las reclamaciones colectivas resarcitorias que fomenta el sistema de vinculación por adhesión expresa, en la medida en que se permita el ejercicio simultáneo o sucesivo de distintas acciones colectivas resarcitoria bajo el esquema *opt-in*.



Introducción

El Proyecto de Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia y acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios (en adelante, «el Proyecto de Ley Orgánica») incluye, en el apartado setenta y seis de su Artículo 21 («Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil –LEC–»), la regulación mediante la que se pretende transponer a nuestro ordenamiento jurídico 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.

La citada Directiva exige a los Estados miembros que dispongan en sus ordenamientos procesales de un **mecanismo de tutela colectiva en el ámbito civil mediante el que entidades habilitadas puedan interponer acciones de cesación y resarcitorias en tutela colectiva de los intereses de los consumidores**. Muy en particular, para lo que nos interesa, y en lo que a la tutela resarcitoria se refiere, dichos mecanismos **deben permitir la tutela de los derechos patrimoniales homogéneos de los consumidores**.

La Directiva no impone a los Estados miembros un modelo específico de tutela colectiva resarcitoria. En particular, no impone a los Estados miembros el modo en que deben articular el mecanismo de vinculación a la acción colectiva de los consumidores representados. De modo que **los Estados miembros pueden elegir libremente entre los dos modos en los que tradicionalmente se ha articulado aquella vinculación: la vinculación por defecto**, mediante la que la sentencia que se dicta en resolución de la acción colectiva resarcitoria es **vinculante para todos los consumidores afectados por la conducta del empresario demandado**, salvo que hayan manifestado expresamente su deseo de excluirse de tal efecto de vinculación (sistema o modelo de *opt-out*); y la **vinculación por adhesión expresa**, mediante la que **solo quedan vinculados por la sentencia que se dicta aquellos consumidores que expresamente manifiesten su deseo de que eso sea así** (sistema o modelo de *opt-in*).

La gran mayoría de Estados miembros que ya han traspuesto la Directiva o que están tramitando en sus parlamentos propuestas para su transposición se han inclinado por sujetar su regulación de tutela colectiva resarcitoria al sistema o **modelo *opt-in* o de vinculación por adhesión expresa**. En concreto, a esta fecha, trece de los dieciocho Estados miembros que ya han traspuesto la Directiva se han inclinado por un modelo o sistema de acciones colectivas resarcitorias de adhesión expresa (*opt-in*): así lo han hecho **Alemania, Italia, Irlanda, Suecia, Finlandia, Dinamarca, Grecia, Eslovaquia, Croacia, Rumanía, Malta, Letonia y Lituania**. Tan solo **Holanda y Portugal** (que ya contaban antes de la aprobación de la Directiva con regulaciones de tutela colectiva resarcitoria basadas en esquemas de vinculación por defecto), y **Chipre, Eslovenia y Hungría**, se han inclinado por un **sistema de *opt-out***.

Y otros seis, de los nueve Estados miembros que todavía no han completado su proceso de transposición de la Directiva, se han inclinado, también, en las propuestas legislativas que están siendo objeto de tramitación, por el sistema de vinculación por **adhesión expresa (*opt-in*)**: **Francia, Bélgica, Austria, Polonia, República Checa y Estonia**.



En contraste con lo que han hecho todos esos países, y sin que exista en nuestra práctica judicial experiencia o tradición que justifique esta decisión, **el Proyecto de Ley Orgánica dispone un sistema de acciones colectivas resarcitorias de vinculación por defecto (un modelo *opt-out*).**

Me propongo, a continuación, exponer las razones por las que, a mi juicio y, lo que es más importante, a juicio de relevantes instituciones que han tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, **resulta altamente aconsejable modificar en el trámite parlamentario la propuesta del Proyecto de Ley Orgánica, de tal modo que la normativa sobre las acciones colectivas resarcitorias que resulte de la transposición de la Directiva se sujete a un modelo o sistema de vinculación por adhesión expresa (*opt-in*).**

1. Con carácter general: la definición del mecanismo de vinculación y su relevancia

La regulación del mecanismo de vinculación de los consumidores representados al resultado estimatorio o desestimatorio de la acción resarcitoria que se ejercita es un elemento clave en la definición de todo modelo de tutela colectiva resarcitoria.

Con carácter general, **el sistema de vinculación por adhesión (*opt-in*) preserva mejor el derecho de los consumidores concernidos a ejercitar individualmente la reclamación resarcitoria correspondiente** (esto es, preserva mejor su derecho a reclamar individualmente). En este sentido, una inadecuada configuración legal o un defectuoso funcionamiento práctico de los mecanismos de vinculación generan un daño muy limitado a aquel derecho a la reclamación individual: el consumidor representado que no toma conocimiento de la existencia de la acción colectiva resarcitoria, o que no alcanza a activar el mecanismo de vinculación, no ve afectado su derecho a litigar individualmente y siempre podrá decidir iniciar su reclamación individual, o, en el caso de que la regulación permita la concurrencia de distintas acciones colectivas resarcitorias bajo el formato de vinculación por adhesión expresa (a ello hemos de volver más adelante), vincularse a otra acción colectiva resarcitoria que, eventualmente, se inicie por otra entidad habilitada.

En el sistema de vinculación por defecto (*opt-out*), en cambio, los problemas de regulación o de aplicación práctica del mecanismo de desvinculación (mecanismo de *opt-out*) pueden causar daños irreparables al derecho de los consumidores representados de litigar individualmente: quedarán indefectiblemente vinculados a la suerte de una acción colectiva resarcitoria de la que, eventualmente, no hayan tenido conocimiento o de la que, eventualmente, no hayan podido desvincularse y, por ende, perderán su derecho a reclamar individualmente. A esta cuestión hemos de volver más adelante.

Quienes abogan por **el sistema de vinculación por defecto (*opt-out*)** han esgrimido, tradicionalmente, que este **permite alcanzar niveles de eficiencia judicial más elevados que los sistemas de vinculación por adhesión expresa (*opt-in*)**, en la medida en que, en estos últimos, la eficiencia judicial que se alcance depende del nivel de proactividad que demuestren los consumidores



concernidos en manifestar, expresamente, su voluntad de quedar vinculados por la sentencia que se dicte. Esta falta de eficiencia puede agudizarse, según se afirma, ante la falta de un incentivo fuerte a instar la reclamación, muy señaladamente en los supuestos en los que el valor nominal del daño patrimonial padecido individualmente por los consumidores considerados no alcanza una cuantía relevante.

Aunque ello es así en línea de principio, no cabe desconocer, a mi juicio, que **el actual recurso a las nuevas tecnologías ofrece la posibilidad de establecer mecanismos ágiles de adhesión a la acción, y de facilitar la publicidad en relación con la certificación de las acciones**, lo que debería permitir que la eficiencia judicial en los sistemas de vinculación por adhesión (*opt-in*) alcance cotas semejantes a la de los sistemas de vinculación por defecto.

2. La propuesta sobre el sistema de vinculación en el Proyecto de Ley Orgánica

Como ya se ha anticipado más arriba, **el Proyecto de Ley Orgánica dispone, con carácter general, un sistema de vinculación por defecto**. En este sentido, el artículo 848.2 LEC, que se incluye en el apartado setenta y seis del Artículo 21 del Proyecto de Ley Orgánica, dispone que *«el tribunal establecerá asimismo el plazo dentro del cual los consumidores afectados por la acción de representación resarcitoria habrán de manifestar su voluntad expresa de desvincularse de la acción y, en consecuencia, del resultado del proceso»*.

A diferencia del primer Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación que los Ministerios de Justicia y de Consumo publicaron en enero de 2023, antecedente del actual Proyecto de Ley Orgánica en lo que a la transposición de la Directiva se refiere, dicho Proyecto de Ley Orgánica sí **contiene, en su Exposición de Motivos, una explicación sobre las razones que han llevado a sus redactores a inclinarse por un sistema o modelo de vinculación por defecto (*opt-out*)**. Se indica, en este sentido, lo siguiente:

«Este modelo de *opt-out* no solo permite proteger de forma más amplia y generalizada los intereses de los consumidores y usuarios en general, sino que resulta perfectamente compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva de los consumidores individualmente considerados, reconocidos en el artículo 24.1 de la Constitución Española. Y ello no solo porque es una fórmula que puede ser excepcionada *ad casum* por el tribunal cuando así lo entienda más adecuado, sino porque permite a cada consumidor manifestar su voluntad de no quedar vinculado por la sentencia que se dicte. Así se superan las críticas jurisprudenciales realizadas al actual modelo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no permitía a los particulares expresar su desvinculación. Por otra parte, la posibilidad de ejercer derechos ajenos, especialmente de los más vulnerables, es algo ya conocido en nuestro sistema procesal, como sucede con el ejercicio de la acción civil correspondiente a las víctimas que realiza el Ministerio Fiscal en los procesos penales, cuando estas no manifiestan su voluntad de reservarla para un proceso civil posterior, o como sucede en el caso de los procesos de conflictos colectivos en el ámbito laboral» (página 23 del Proyecto de Ley Orgánica, en su Exposición de Motivos).



No parece que tales razones justifiquen, de forma suficiente, la opción legislativa propuesta. Así, (i) la compatibilidad del sistema de vinculación por defecto en el derecho a la tutela judicial efectiva de los consumidores representado depende, precisamente, del adecuado **funcionamiento del mecanismo de desvinculación**, que es lo que cabe poner en discusión —como veremos—, en atención a la **insuficiente regulación al respecto** que se contiene en la propuesta del Proyecto de Ley Orgánica, y en atención a la **falta de tradición del modelo propuesto** en nuestra práctica judicial y al alto riesgo de que **el conocimiento del hecho de la interposición de las acciones y la capacidad de acceder a los mecanismos de desvinculación no alcance a todos los consumidores**. Muy en particular, en la medida en que la regulación de la financiación privada de este tipo de reclamaciones puede no generar un incentivo suficiente para que aquellos mecanismos de desvinculación funcionen de manera adecuada y efectiva (o, lo que es peor, genere un incentivo para que, de hecho, tales mecanismos no funcionen de forma eficaz); (ii) el hecho de que **la regulación de la tutela colectiva resarcitoria**, actualmente dispuesta en nuestra LEC, **no prevea formalmente un mecanismo de desvinculación** (lo que, en abstracto, plantea, sin duda, cuestiones de constitucionalidad del sistema), y que en la regulación propuesta dicha omisión se haya remediado, nada dice sobre la completitud y la suficiencia de dicha regulación; es decir, **su mera previsión formal no es suficiente para superar los problemas de constitucionalidad** —esto es, los problemas de la eventual infracción del derecho a la tutela judicial efectiva de los consumidores representados— en la medida en que, como veremos, **la regulación sobre el mecanismo de desvinculación de los consumidores que se prevé no garantiza su eficacia**; (iii) **las otras situaciones** a las que se refieren los proponentes del Proyecto de Ley Orgánica en las que nuestro ordenamiento prevé la representación por mandato legal de la tutela de intereses patrimoniales de terceros tienen **diferencias sustanciales con la tutela colectiva resarcitoria de consumo que nos ocupa**; muy en particular, para lo que ahora nos interesa, **en cuanto al conocimiento *ex ante* que los titulares de los derechos patrimoniales concernidos tienen sobre la reclamación por parte del tercero representante**. En el caso del ejercicio de la acción civil por parte del Ministerio Fiscal en el ámbito del enjuiciamiento criminal, no es discutible que la víctima o perjudicado representado necesariamente ha tenido pleno conocimiento *ex ante* del ejercicio de esa acción —no es discutible el nivel de garantías que el enjuiciamiento criminal también ofrece a la víctima o perjudicado—, que consiente, expresamente, al no ejercitarla de forma separada en la vía civil. En el caso de los conflictos colectivos en el ámbito laboral, de otro lado, media un consentimiento expreso al mandato para la negociación colectiva que se articula a través de la afiliación sindical. Los supuestos son, por lo tanto, radicalmente distintos al de la tutela colectiva resarcitoria en el ámbito civil.

De hecho, **los propios redactores del Proyecto de Ley parecen exhibir cierto titubeo en su decisión básica de sujetar la normativa que proponen a un sistema de vinculación por defecto** cuando, con carácter excepcional, incluyen en el apartado 3 de ese mismo artículo 848 LEC la posibilidad de que el tribunal pueda limitar el alcance de los efectos vinculantes de la acción colectiva, de tal forma que solo queden finalmente vinculados aquellos que así lo manifiesten expresamente. Es decir, **se permite que el tribunal pueda, excepcionalmente, cuando aprecia la concurrencia de ciertas circunstancias, sujetar la acción colectiva resarcitoria a un sistema de vinculación por adhesión expresa (*opt-in*)**.



Esta facultad que se otorga al tribunal para acogerse a un esquema de vinculación por adhesión o sistema de *opt-in* se condiciona a que (i) la cuantía de las reclamaciones individuales subyacentes –«la cantidad reclamada o el valor de la prestación solicitada como resarcimiento para cada beneficiario», dice el texto- supere los 3.000 euros; y (ii) «resulte necesaria para una buena administración de justicia», dice el Anteproyecto de Ley, «atendidas las circunstancias del caso concreto».

No es fácil entender a qué se quiere referir el Anteproyecto de Ley cuando utiliza un criterio de aplicabilidad tan vago como el que se acaba de indicar: ¿a qué «circunstancias del caso» hay que atender para limitar el alcance vinculante de la sentencia que se dicte?; ¿a qué se quiere referir el Anteproyecto cuando habla del parámetro de «una buena administración de justicia»?

Si se me permite la expresión, **esta previsión parece una «solución a medias» ante las dudas que parecen haber albergado los autores de la propuesta legislativa** respecto de su decisión –acaso la más crucial que debían tomar– respecto del sistema de vinculación de las acciones colectivas resarcitorias en nuestra ley procesal.

3. Algunas razones para la instauración de un sistema de vinculación por adhesión expresa (*opt-in*)

Existen, a mi juicio, sensatas razones, que seguidamente expongo, por las que debería modificarse en sede parlamentaria el Proyecto de Ley Orgánica, de tal forma que en este se pasara a disponer un sistema de vinculación por adhesión (*opt-in*).

3.1. No hay motivos de «tradición jurídica» que militen en favor de un sistema de vinculación por defecto

No parece discutible (desde luego nunca me lo ha parecido a mí) que la regulación sobre tutela colectiva resarcitoria vigente en la LEC configura (más bien sugiere, vista la parquedad de la regulación) un sistema de vinculación por defecto (*opt-out*). No hay, a mi juicio, otra forma de leer lo que dispone el artículo 222.3 LEC.

Sin embargo, precisamente por la parquedad de la regulación y por su defectuoso diseño de los mecanismos y requisitos para la publicidad de las acciones colectivas resarcitorias, **nuestra vigente regulación de la tutela colectiva resarcitoria no ha permitido consolidar una práctica fundamentada en el sistema de vinculación por defecto que formalmente disponía**. Han sido escasísimas (y aun es discutible si, en puridad, ha habido alguna), las acciones colectivas resarcitorias que se han ejercitado y tramitado como tales en España. El esquema tradicional de litigación al que hemos asistido en el ámbito de la tutela colectiva ha respondido, en realidad, a **fenómenos de acumulación de acciones individuales de reclamación a acciones de cesación** (es decir, a acciones de «tutela abstracta»); ejemplo paradigmático de esta realidad es el asunto de las cláusulas suelo.



Y no me parece menos cierto que, en buena medida, esa práctica de litigación «colectiva», nada acorde con el recurso colectivo resarcitorio de vinculación por defecto que ofrece el parco redactado de nuestra vigente LEC, encuentra su origen en el recelo que nuestros tribunales han mostrado respecto de aquel sistema de vinculación. En este sentido creo que hay que interpretar el hecho de que nuestros jueces y tribunales hayan entendido que **el requisito de la comunicación personal del inicio de la acción colectiva con carácter previo** —es decir, como requisito de procedibilidad— **resulta aplicable en todo caso** (es decir, entendiéndose de forma invariable en la práctica totalidad de los supuestos que los consumidores concernidos eran determinables, en el sentido establecido en el vigente artículo 11.2 LEC), **lo que ha supuesto una barrera práctica nada desdeñable al ejercicio de las acciones colectivas resarcitorias en el sistema vigente** regulado en la LEC. Como también creo que **hay que interpretar en ese mismo sentido el hecho de que nuestros tribunales se hayan inclinado por permitir la acumulación de acciones de reclamación individual a acciones de cesación**, como alternativa preferible a la acumulación a esta última de acciones colectivas resarcitorias, una posibilidad formalmente contemplada en nuestra vigente regulación (*ex* artículo 53 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Real Decreto Legislativo 1/2007).

En todo caso, lo relevante es que **la experiencia acuñada hasta la fecha no permite afirmar que se haya consolidado, en nuestra práctica judicial, un sistema de vinculación por defecto (*opt-out*)**. Dicho de otro modo, si nuestro legislador se decanta, finalmente, por la implantación de un sistema de acciones colectivas resarcitorias basado en el mecanismo de vinculación por adhesión (*opt-in*), no estará rompiendo con ninguna práctica de litigación consolidada. Antes al contrario, ofrecerán un sistema de acciones colectivas resarcitorias más apegado a la manera en la que nuestros jueces y tribunales han resuelto hasta la fecha ese tipo de reclamaciones colectivas.

3.2. La falta de experiencia litigiosa de un sistema de vinculación por defecto (*opt-out*) exige la consolidación previa de los mecanismos de desistimiento o no vinculación: los costes de optimización de tales mecanismos y el aprendizaje de los consumidores en su uso pueden ser un peaje excesivo para el derecho de los consumidores concernidos a litigar individualmente sus intereses patrimoniales particulares

Los mecanismos de vinculación o de desvinculación son un instrumento fundamental de la tutela colectiva resarcitoria. Y lo son tanto en un modelo de vinculación por adhesión expresa (*opt-in*) como en un modelo de vinculación por defecto (*opt-out*), pero especialmente en el caso de este último. En particular, los mecanismos de vinculación o de desvinculación deben ser efectivos y ágiles. **Deben ser efectivos**, en el sentido de que se garantice un conocimiento suficiente por parte de los consumidores concernidos del hecho de la certificación de la acción colectiva y de sus términos (en particular, de la determinación y alcance de la conducta infractora que fundamenta la reclamación, del objeto de reclamación y de las características o circunstancias que definen a los consumidores que pueden verse afectados por la sentencia que se dicte; elementos, todos ellos, que deben formar parte del contenido del auto de certificación,



como bien dispone el art. 848 LEC propuesto en el Proyecto de Ley Orgánica). Y **deben ser ágiles**, en el sentido de que los mecanismos de vinculación o de desvinculación sean de tramitación sencilla, pero a la vez segura (es decir, que las declaraciones de voluntad de vinculación o de desvinculación resulten trazables).

Para lo primero, **resulta esencial definir adecuadamente la obligación de difusión del hecho de la interposición de la reclamación colectiva y de su contenido que se imponga a la entidad reclamante**. Para lo segundo, es primordial la **funcionalidad del medio que se habilite para activar el mecanismo de vinculación o de desvinculación que se ponga a disposición de los consumidores concernidos**.

Formalmente, el Proyecto de Ley Orgánica atiende a ambas cuestiones. Así, para lo primero dispone que **el juez determine los cauces que habrá que utilizar para dar a conocer, de manera efectiva y comprensible, tanto el contenido del auto de certificación de la acción colectiva resarcitoria como de la plataforma electrónica de gestión del procedimiento mediante la que los consumidores podrán activar el correspondiente mecanismo de vinculación o, como regla general, de desvinculación**. No ofrece el texto del Proyecto de Ley Orgánica, sin embargo, más pauta que la de que se acuerde la publicación de aquella información en medios de comunicación o cauces equivalentes.

Para lo segundo (esto es, en relación con la agilidad del mecanismo de desistimiento), el Proyecto de Ley Orgánica se limita a disponer que **en el auto de certificación se encomendará a la entidad habilitada reclamante la puesta en funcionamiento de la plataforma electrónica de gestión del procedimiento**. Respecto a los requisitos de funcionamiento de dicha plataforma, se limita a indicar **que sea respetuosa con la normativa de protección de datos y garantice el registro duradero de las expresiones de voluntad recibidas** (hay que entender que el Proyecto de Ley Orgánica exige, mediante esta previsión, que la plataforma garantice la trazabilidad de las declaraciones de voluntad relativas a la vinculación o —con carácter general— desvinculación). También exige que el tribunal tenga acceso a la plataforma en todo momento.

No es aventurado afirmar que el adecuado funcionamiento, en la práctica, de las exigencias de difusión de la certificación de la acción y de los términos y alcance de la reclamación certificada, así como de los mecanismos que se pongan a disposición de los consumidores para que puedan ejercitar de modo efectivo su derecho a desvincularse de la acción, requerirá de un **período de asentamiento**. Este inevitable período de asentamiento de la práctica relativa a la gestión de los procedimientos y, muy en particular, de la gestión del alcance del carácter vinculante de la reclamación colectiva resarcitoria (en terminología anglosajona, de definición de la dimensión de la clase representada) puede ser mayor como consecuencia de la ausencia en el Proyecto de Ley Orgánica de una regulación más detallada de esta cuestión.

En efecto, acaso habría sido deseable que el texto dictara unas pautas más claras y definidas a los tribunales sobre lo que debiera exigirse a las entidades habilitadas reclamantes. A modo de ejemplo, se habría podido exigir que las entidades habilitadas sometieran a la previa aprobación



del tribunal, tras oír a la parte demandada, elementos tales como, al menos, (i) la **propuesta de los canales o medios de comunicación pública** (incluidas, en particular, las redes sociales) a utilizar para la difusión del auto de certificación y su contenido, (ii) el **contenido específico de la comunicación que se vaya a difundir**, (iii) las **explicaciones y advertencias necesarias a los destinatarios con relación a su derecho a desvincularse de la acción**, así como las instrucciones precisas que se darán a aquellos para poder ejercitar su derecho a desvincularse y (iv) las **especificaciones técnicas del funcionamiento del mecanismo de desistimiento y de las garantías de trazabilidad**.

Limitarse a regular que el tribunal debe tener acceso, en todo momento, a la plataforma de gestión del procedimiento, pero sin ofrecer la más mínima pauta sobre los criterios bajo los que el tribunal debe acometer su función de supervisar y fiscalizar el uso de la plataforma, me parece claramente insuficiente.

Y aun en el supuesto de que el Proyecto de Ley Orgánica hubiera incluido esas pautas a seguir por jueces y tribunales, es razonable pensar que seguirían concurriendo ciertas **dificultades para que los mecanismos de desvinculación fueran eficaces y ágiles con carácter inmediato** —es decir, desde el primer momento de vigencia de la normativa—. Entre tales dificultades están, por ejemplo, (i) el hecho de que los tribunales que finalmente se encarguen del conocimiento de las acciones colectivas resarcitorias también necesitarán un período de aprendizaje sobre cuestiones más propias de la gestión «funcional» —y no tanto procesal— del procedimiento, es decir **un período de aprendizaje** incluso en relación con las pautas que, finalmente, se les pueda impartir respecto de la supervisión del cumplimiento de las obligaciones de difusión del contenido de la acción colectiva resarcitoria y del funcionamiento del mecanismo de desvinculación que se exija a la entidad habilitada reclamante; y (ii) el hecho de que el recurso a las **nuevas tecnologías**, instrumentales, sin duda, para lograr mecanismos de desvinculación que aúnen agilidad y eficacia con garantías de trazabilidad, pueden, a su vez, generar un perjuicio —el perjuicio de no poder desvincularse de forma efectiva, y perder el derecho a reclamar de forma individual— a cierta tipología de **consumidores vulnerables**, en particular de aquellos que carecen de conocimientos sobre el uso de las nuevas tecnologías o que, simplemente, tienen dificultad para acceder a aquellas.

En relación con este último punto, es cierto que el Proyecto de Ley Orgánica incluye varias referencias a la necesidad de tutelar especialmente los derechos de aquellos consumidores especialmente vulnerables en relación con los mecanismos de desistimiento. Pero las previsiones de la norma propuesta no van más allá de la mera referencia a esa situación de vulnerabilidad, de nuevo sin que se traduzca en un mandato concreto a los tribunales (en una regulación concreta).

No es esta una cuestión menor. Resulta altamente significativo, y desde luego es un elemento que debería tenerse muy en cuenta, que en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, aprobado en Sesión ordinaria de su Pleno el 25 de enero de 2023 (esto es, el Anteproyecto



de Ley que es antecedente inmediato del Proyecto de Ley Orgánica), el Consejo Económico y Social incluyera, expresamente, la petición de que se modificara el citado Anteproyecto para que la regla general fuera la de la tramitación de las acciones colectivas resarcitorias bajo el formato de vinculación por adhesión (*opt-in*), bajo el principal argumento del **riesgo de perjudicar a consumidores vulnerables**. En efecto, tras indicar que «*el Consejo considera que la futura norma debería contemplar herramientas eficaces para garantizar el acceso de todas las personas a los mecanismos dispuestos para la defensa de sus intereses, evitando, por ejemplo, la restricción exclusiva a instrumentos digitales (...) toda vez que el acceso a esta clase de herramientas se ha mostrado muy limitado en algunos segmentos de población que verían cercenado su derecho a la defensa a través de procedimientos colectivos*» (página 15), el Dictamen alcanzaba la conclusión de que el sistema de vinculación por defecto debe desecharse, al menos como regla general: «*El CES considera que esta opción contemplada en el Anteproyecto entraña riesgos desde el punto de vista de las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva puesto que, para la mayor parte de las personas consumidoras, resultará harto difícil conocer la propia existencia de la acción de representación, circunstancia que se verá agravada en el caso de las personas consumidoras especialmente vulnerables, a cuya problemática ya se ha hecho alusión. En opinión del CES, a fin de respetar el principio de ejercicio voluntario de la acción por la persona consumidora, sería más adecuado que la regla general fuera que resultarían afectadas por la acción de representación resarcitoria solo las personas consumidoras y usuarias que hayan manifestado su voluntad expresa de vincularse a la misma*».

Y es que, en definitiva, como se ya ha indicado más arriba, **en el sistema de vinculación por defecto (*opt-out*) los problemas de regulación o aplicación práctica del mecanismo de desistimiento pueden causar daños irreparables al derecho de los consumidores representados de litigar individualmente**, en la medida en que, al quedar indefectiblemente vinculados a la suerte de una acción colectiva resarcitoria de la que no han tenido conocimiento o de la que no han podido desistir, perderán su derecho a reclamar individualmente.

En esta misma línea de razonamiento (siquiera implícita) creo que **hay que entender la decisión del legislador europeo de limitar el alcance vinculatorio de las acciones transfronterizas reguladas en el artículo 6 de la Directiva de Acciones de Representación a un sistema de vinculación por adhesión (*opt-in*)** —así lo prevé el artículo 9.3 de la misma Directiva—. Creo que **no es aventurado sospechar que el propio legislador europeo siente preocupación por el perjuicio al derecho de los consumidores concernidos de litigar individualmente sus intereses patrimoniales particulares que puede ocasionar un funcionamiento insuficiente de las medidas de difusión de la certificación de las acciones colectivas y de los mecanismos de desistimiento**. Un riesgo que acaso se entienda especialmente intenso en el caso de las acciones transfronterizas, pero que, sin duda, debe ser tomado también en seria consideración en la elección del sistema de vinculación más adecuado en el caso de las acciones de resarcimiento colectivo nacionales.

Los costes de aprendizaje para los consumidores concernidos en el caso de un sistema de vinculación por adhesión (*opt-in*) son, por el contrario, prácticamente inexistentes; si pierden la



ocasión de vincularse a una acción colectiva resarcitoria por el hecho de que la actividad de difusión de la acción no haya sido suficiente o por la falta de agilidad o eficacia del mecanismo de vinculación que se haya podido ofrecer en la plataforma electrónica de gestión del procedimiento, no dejan de conservar, al menos, **su derecho a litigar de forma individual la reclamación correspondiente**; y acaso (en la medida en que el sistema de acciones colectivas resarcitorias que se defina prevea la posibilidad de la interposición simultánea o sucesiva de distintas acciones bajo el formato *opt-in*) tendrán nueva ocasión de vincularse a otra acción colectiva resarcitoria que se inicie en adelante, precisamente en un formato de gestión del procedimiento, en lo relativo a la difusión de la acción certificada y de la puesta a disposición de mecanismos ágiles de vinculación por adhesión, mejorado.

Algunos opinarán que queda todavía la posibilidad de limitar la aplicación del sistema de vinculación por defecto (*opt-out*) a aquellos supuestos en los que la cuantía de la reclamación individual de los casos subyacentes (esto es, el valor monetario de los intereses patrimoniales individuales de los consumidores concernidos) no es lo suficientemente relevante como para que exista un incentivo a la reclamación individual. Me refiero, por lo tanto, a los casos en los que se aprecia una barrera de acceso a la justicia por la vía de la falta de incentivo económico. Se puede, sensatamente, defender que en tales casos no hay *materialidad* en el daño que eventualmente se pueda causar al derecho de los consumidores representados a litigar sus intereses patrimoniales particulares de manera individual como consecuencia del defectuoso funcionamiento de la actividad de difusión del auto de certificación y de los mecanismos de desistimiento: tal daño es irrelevante en la medida en que tampoco habrían litigado de forma individual los consumidores concernidos, precisamente por la falta de incentivo para ello a que me refería más arriba.

Aun así, cabe aquí, a mi juicio, hacer dos observaciones:

- (i) En primer lugar, **habrá que medir, de forma adecuada, cómo se establece el límite cuantitativo de la falta de incentivo a litigar de forma individual**. Sigue sin parecerme acertada, en este sentido, la cifra de 3.000 euros que se sugiere en el artículo 848.3 LEC propuesto en el Proyecto de Ley Orgánica como requisito de aplicación de la facultad del tribunal de limitar por excepción el alcance de la vinculación del resultado del procedimiento únicamente a quienes se adhieran expresamente.

Es cierto que el Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación publicado en enero de 2023 —y antecedente del Proyecto de Ley Orgánica, en lo que al apartado setenta y seis de su Artículo 21 se refiere— disponía que el valor nominal de los casos subyacentes a partir del que el tribunal podía, excepcionalmente, sujetar la acción colectiva resarcitoria a un sistema de *opt-in* era de 5.000 euros, por lo que la cifra de 3.000 euros ahora propuesta en el Proyecto de Ley Orgánica supone una revisión a la baja de aquella cifra inicialmente prevista.

Sin embargo, dicha cifra sigue siendo, en mi opinión, poco acorde con la realidad de la litigación en nuestro país: la práctica judicial en España demuestra, en mi experiencia, que el



devengo del incentivo a la litigación individual de las reclamaciones de daños se posiciona en una cifra (en un valor del interés patrimonial particular objeto de litigio) sensiblemente inferior y que, probablemente, se sitúa, más bien, en el rango de los 1.500 euros.

- (ii) En segundo lugar, las observaciones que ofrezco en el apartado siguiente en punto al **mayor incentivo a competir por la calidad de las reclamaciones que generan los sistemas de vinculación por adhesión (*opt-in*)** siguen siendo perfectamente válidas para objetar, también, una aplicación limitada —en los términos que he indicado— del sistema de vinculación por defecto.

3.3. Un sistema de vinculación por adhesión (*opt-in*) facilita que los intereses (los incentivos) de los terceros que eventualmente hayan alcanzado un acuerdo de financiación del litigio con la entidad habilitada que inicia la acción se alineen con el interés de los consumidores representados de que se respete su derecho a la tutela judicial efectiva, que incluye el derecho a preservar, de forma efectiva, su derecho a litigar de forma individual

La decisión sobre el sistema de vinculación de las acciones colectivas resarcitorias que se disponga también tiene que valorarse **desde la perspectiva de su eventual financiación por parte de terceros**. La Directiva contempla, abiertamente, la posibilidad de que los Estados miembros permitan ese tipo de financiación privada de las acciones colectivas resarcitorias (lo que, en términos anglosajones, se denomina *third party funding*). Aunque el Proyecto de Ley Orgánica no incluye una regulación completa y sistemática sobre tal posibilidad, sí **incluye provisiones aisladas que sugieren una apuesta de nuestro legislador por un sistema, sorprendentemente, muy liberal de financiación por terceros de este tipo de litigios**.

Pues bien, seguidamente me propongo ofrecer **razones adicionales para sujetar nuestra regulación de las acciones colectivas resarcitorias a un sistema de vinculación por adhesión (*opt-in*)** en atención a los efectos que sobre aquellas puede tener su financiación privada por parte de terceros que parece preverse en el Proyecto de Ley Orgánica.

En un sistema de acciones colectivas de vinculación por adhesión (*opt-in*), los financiadores de litigios tendrán, normalmente, el incentivo para lograr que se vinculen a la reclamación colectiva resarcitoria cuantos más consumidores concernidos sea posible. Ello es así, en la medida en que, con carácter general, los financiadores de litigios pactarán el retorno que esperan obtener de su inversión sobre la base de un porcentaje de la cantidad indemnizatoria agregada que finalmente se obtenga.

En este punto me parece necesario señalar que, a mi juicio, **no es cierto que los financiadores de litigios carezcan de incentivo alguno para desarrollar su negocio en contextos de vinculación adhesiva (*opt-in*) y que solo los sistemas de vinculación por defecto (*opt-out*) generan la disponibilidad de recursos financieros necesarios para las acciones colectivas resarcitorias**.



Un adecuado uso de las nuevas tecnologías y una gestión profesionalizada de las posibilidades de difusión de información que ofrecen las plataformas sociales, que se ponga adecuadamente al servicio de las asociaciones de consumidores legalmente habilitadas para reclamar, deberían permitir a los financiadores de litigios sumar adherentes suficientes a las acciones colectivas resarcitorias para que su financiación alcance el umbral de lo rentable; la experiencia demuestra que una atinada gestión de las redes sociales permite concitar adhesiones, en formatos suficientemente trazables, a multitud de las más variadas iniciativas y propuestas.

No hay razón para pensar que ello vaya a ser distinto en el supuesto en el que se persiga des-
pertar el interés de los consumidores en relación con los conflictos de consumo que les puedan
afectar, para facilitar un conocimiento suficiente sobre el objeto y alcance de la reclamación
que se les ofrece y, en fin, para poner a su disposición **mecanismos informáticos de adhesión
suficientemente accesibles y ágiles, que, a su vez, ofrezcan garantías de trazabilidad**. Y no
hay razón para que todo ello sea así cuando toda esta actividad de difusión y de puesta a dis-
posición de recursos informáticos se hará, normalmente, desde los sitios de internet de las
asociaciones de consumidores, con contrastada capacidad de atracción.

Y precisamente porque tendrán un claro interés en procurar el número de adhesiones más alto
posible a las acciones colectivas resarcitorias que financien, **los financiadores de litigios tendrán
un incentivo claro a que aquellas acciones sean de calidad**. A ello he de volver más adelante.

**En un sistema de vinculación por defecto (*opt-out*), en cambio, el incentivo de los financia-
dores de litigios no necesariamente es coincidente con el interés de proteger debidamente el
derecho de los consumidores concernidos a litigar sus intereses patrimoniales particulares
de forma individual**. En efecto, el incentivo de los financiadores de litigios es el de que desis-
tan de la acción el menor número posible de consumidores representados, y, por lo tanto, **no
existe para aquellos financiadores el más mínimo interés en facilitar el conocimiento del ini-
cio de la acción por parte de los consumidores concernidos, ni la puesta a disposición de es-
tos de un mecanismo de desvinculación accesible y efectivo**.

De hecho, **en un sistema de vinculación por defecto (*opt-out*), la única manera de limitar este
efecto de la falta de alineamiento de los intereses de los financiadores con los intereses de los
consumidores representados es la prohibición de que el retorno que obtengan los primeros
se establezca sobre la base de un porcentaje de las cantidades que se vayan a obtener como
condena de pago en favor de los segundos** (de tal manera que ese retorno quede limitado a un
múltiplo –por ejemplo, tres veces– de la cantidad que el financiador de litigios acredite haber
invertido en el procedimiento en cuestión, y con máximo absoluto en relación con el total del
montante de los intereses patrimoniales en discusión –por ejemplo, hasta un máximo de un
5% de la total cantidad que se reclame para el conjunto de los consumidores concernidos, de
tal manera que, si el múltiplo de la cantidad invertida supera aquel máximo absoluto, deberá
reducirse en consecuencia–).



3.4. Un sistema de vinculación por adhesión (*opt-in*), en el que se permita la interposición simultánea o sucesiva de acciones colectivas resarcitorias, genera una competencia entre quienes «rivalizan» en la interposición de acciones beneficiosa para los intereses de los consumidores a los que se busca representar

Tal y como se ha diseñado en el Proyecto de Ley, el sistema de vinculación por defecto que se propone, **el tiempo es el factor principal por el que se guía la interposición de la acción colectiva resarcitoria: quien sea el primero en interponer la acción colectiva resarcitoria será quien litigue en nombre e interés de todos los representados que no desistan, expresamente, de la acción**, en la medida en que se supere luego la fase de certificación.

Los proponentes del Proyecto de Ley Orgánica parecen haber descartado, por lo tanto, la instauración de un sistema de *carriage disputes* como el que se prevé en los sistemas de acciones de clase anglosajones que se sujetan al sistema de vinculación por defecto (*opt-out*), y mediante el que el tribunal decide, de entre las distintas acciones colectivas resarcitorias para las que se pide certificación, cuál es la acción propuesta que merece ser certificada en atención a criterios de calidad (en particular, atendiendo a los criterios tradicionales de representación adecuada o *adequacy of representation*), y por lo tanto, no en atención al criterio de temporalidad: no necesariamente la acción finalmente certificada es la que se presentó en primer lugar. Este sistema de *carriage disputes* está viviendo un momento especialmente intenso en el contexto de las *collective petition orders* de las acciones colectivas resarcitorias que se inician ante el Competition Appeal Tribunal del Reino Unido, por ejemplo.

Sin embargo, como decía anteriormente, esta posibilidad ha sido descartada por los proponentes del Proyecto de Ley Orgánica que se inclinan, por lo tanto, por **favorecer a quien primero interponga la acción colectiva resarcitoria**.

Esta suerte de *prior tempore potior iure* procesal en la carrera por hacerse con la legitimación extraordinaria para iniciar una acción colectiva resarcitoria genera la necesidad de agilizar —acelerar, más bien— la preparación de las demandas, lo que suele estar reñido con la calidad exigible en la postulación del recurso colectivo resarcitorio. **La voluntad de preservar esa ventaja temporal puede desembocar en una configuración técnicamente defectuosa de la reclamación** que —en el mejor de los casos— no sea finalmente certificada o que —en el peor de los casos— aboque a una desestimación; como **puede llevar a la entidad reclamante, en fin, a mantener un recurso de apelación frente al auto denegatorio de la certificación o frente a la sentencia finalmente desestimatoria con escasas posibilidades de prosperar**, simplemente por el hecho de mantener viva la suerte de «preferencia de rango» de la reclamación colectiva resarcitoria que primero se interpuso.

Desde la perspectiva de los financiadores de litigios, **la necesidad de preservar la ventaja temporal**, en un contexto en el que debe asegurarse el retorno de las inversiones, **fácilmente genera la necesidad de interponer**, con el riesgo de que ello se haga sin la discriminación de casos que sería deseable, **cuantas más reclamaciones sean posibles**; es decir, una reclamación en relación con cada uno de los distintos conflictos de consumo que se observen —en una



observación que tampoco será sosegada— en el mercado. **Lo que no, necesariamente, milita en favor de la eficiencia judicial, ni en una adecuada tutela de los intereses patrimoniales de los consumidores representados.** No se me escapa que a los financiadores de litigios también les interesa (tienen todo el incentivo para ello) ganar las reclamaciones colectivas resarcitorias que financian en un sistema de vinculación por defecto. Lo que, sin embargo, indico es que **el factor temporal al que me he referido, que concurre en los sistemas de vinculación por defecto, puede, fácilmente, ir en detrimento de la calidad esperable de las reclamaciones.**

En los sistemas de vinculación por adhesión (*opt-in*), el tiempo es un factor secundario, en la medida en que, como defiendo, se permita la interposición simultánea o sucesiva de acciones colectivas resarcitorias; es decir, en la medida en que **la interposición de la primera acción colectiva resarcitoria no cierre la posibilidad de la interposición de acciones posteriores con el mismo objeto** (pero con un alcance subjetivo que será distinto en cada una de las acciones ejercitadas, en función de los consumidores que se adhieran, expresamente, a cada una de aquellas).

En un sistema de estas características, **lo relevante es la capacidad de atracción** —si se me permite la expresión— **de los «términos y condiciones» de la reclamación que se plantee;** en un sistema *opt-in* como el que propongo, **los potenciales reclamantes competirán en atención a la calidad de sus reclamaciones.** Una reclamación que responda a un **análisis sustantivo del conflicto** de consumo subyacente, bien depurado y de alta calidad, y a una **estrategia procesal bien calibrada normalmente** atraerá mayor número de adherentes. Una **solicitud de acceso a fuentes de prueba bien medida**, y sagaz en términos de estrategia procesal, puede facilitar una «capacidad de reclamación» (en términos de calidad y de cantidad) netamente superior. Un **equipo de peritos bien conformado y un informe pericial que destile adecuadamente las cuestiones técnicas** generará, también, más capacidad de atracción. En definitiva, **concebido en estos términos, el sistema de *opt-in* genera mayores incentivos a la presentación de reclamaciones colectivas resarcitorias de calidad.**

Puede pensarse que el consumidor medio concernido carece de la suficiente capacidad para discriminar la calidad de las distintas propuestas de reclamación colectiva resarcitoria que puedan ofrecerse. No necesariamente es ello así: **un sistema de vinculación por adhesión tenderá a generar actividad informativa sobre las distintas iniciativas de reclamación propuestas, muy en particular en las redes sociales, equiparable a la que ya pueda existir en otros ámbitos.**

4. Conclusiones

Estas son las razones que me animan a sugerir la **necesidad de modificar el Proyecto de Ley Orgánica** respecto de una de las decisiones más cruciales (acaso la más crucial) que debemos tomar como jurisdicción en la transposición de la Directiva de Acciones de Representación: la del **sistema de vinculación (por defecto u *opt-out*, por adhesión u *opt-in*) al que queremos sujetar la tutela colectiva resarcitoria** en nuestro país.



No pocas de las razones que he expuesto parecen compartirse por el Consejo General del Poder Judicial, que en su «Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación para la Protección de los intereses colectivos de los consumidores», publicado en abril de 2023 (véase párrafo 156, en el epígrafe V. Conclusiones particulares al Articulado del Anteproyecto), incluyó «*algunas reflexiones con el objeto de que el prelegislador valore la conveniencia del sistema elegido*», **muy coincidentes con las que he expuesto más arriba, y mediante las que se abogó por una modificación de la propuesta legislativa que abandonara el sistema de vinculación por defecto (*opt-out*) y se acogiera al sistema de vinculación por adhesión expresa, que se considera más conveniente por el órgano de gobierno de nuestros jueces y tribunales.**

También se recogen razones equiparables a las que he expuesto, en fin, en el contenido de la **Enmienda a la totalidad presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso al Proyecto de Ley Orgánica**; en particular, en su apartado III, en el que se indica que «muy polémica resulta la decisión sobre la forma de transposición de la Directiva (UE) 2020/1828 siguiendo el modelo que se definía en el anteproyecto de acciones de representación y que ahora se incorpora a este proyecto, **ajeno a nuestra tradición jurídica y de la inmensa mayoría de los países de la Unión Europea**».



Publicaciones del Instituto de Estudios Económicos

2024

- REVISTA DEL IEE. Septiembre.** N.º 2/2024. Los riesgos de una inadecuada regulación de las acciones colectivas para la protección de los consumidores. Análisis del Proyecto de Ley de transposición de la Directiva (UE) 2020/1828.
- COLECCIÓN INFORMES. Julio.** La productividad como el gran reto pendiente de la economía española.
- COYUNTURA ECONÓMICA. Junio.** N.º 80. La competitividad como oportunidad para la mejora de nuestro bienestar.
- COLECCIÓN INFORMES. Mayo.** La libertad de empresa en España. Índice de Libertad Económica 2024.
- OPINIÓN DEL IEE. Mayo.** La prórroga para 2024 de los Presupuestos Generales del Estado.
- COLECCIÓN INFORMES. Abril.** Competitividad fiscal 2023. El endurecimiento de la fiscalidad empresarial en España ralentiza el crecimiento económico.
- REVISTA DEL IEE. Febrero.** N.º 1/2024. La colaboración público-privada y el reto de la vivienda. Índice Internacional de Derechos de Propiedad 2023.

2023

- COYUNTURA ECONÓMICA. Diciembre.** N.º 79. Hay que crear un clima favorable a la empresa y a la inversión para garantizar el progreso de la economía española.
- REVISTA DEL IEE. Noviembre.** N.º 3/2023. La colaboración público-privada y su contribución a la eficiencia del gasto público en la provisión de servicios públicos.
- REVISTA DEL IEE. Octubre.** N.º 2/2023. La inversión en infraestructuras. El modelo concesional como palanca del crecimiento económico y social.
- OPINION OF THE IEE. July.** Good regulatory practices. A proposal for the Spanish electricity sector.
- COYUNTURA ECONÓMICA. Julio.** N.º 78. La incertidumbre política aumenta el riesgo de desaceleración de la economía española.
- COLECCIÓN INFORMES. Julio.** La libertad de empresa en España. Índice de Libertad Económica 2023.
- OPINIÓN DEL IEE. Junio.** Buenas prácticas regulatorias. Una propuesta para el sector eléctrico español.
- OPINIÓN DEL IEE. Mayo.** La subida de las cotizaciones sociales. Análisis y consecuencias en la economía española.
- OPINIÓN DEL IEE. Abril.** La competitividad fiscal de las entidades locales y de las comunidades autónomas. Factor determinante para su desempeño económico.
- PUNTO DE VISTA. Marzo.** Compromiso empresarial con la inversión: el rol de la empresa en la situación iberoamericana actual.
- REVISTA DEL IEE. Enero.** N.º 1/2023. El Impuesto sobre las Grandes Fortunas. Un análisis académico y doctrinal de su inconstitucionalidad.
- COLECCIÓN INFORMES. Enero.** La mejora de la calidad institucional del comercio en España: cuantificación de su impacto económico y social.
- COLECCIÓN INFORMES. Enero.** Competitividad fiscal 2022. España sigue perdiendo competitividad en el ámbito fiscal.

2022

- COYUNTURA ECONÓMICA. Diciembre.** N.º 77. La ralentización, principal riesgo de 2023.
- REVISTA DEL IEE. Noviembre.** N.º 4/2022. La unidad de mercado como reto pendiente para la libertad de empresa. Índice de Libertad Económica 2022.
- OPINIÓN DEL IEE. Octubre.** Los Presupuestos Generales del Estado para 2023.
- OPINIÓN DEL IEE. Octubre.** Por una mejora de los incentivos fiscales a los planes de pensiones. Análisis comparado de la tributación actual del segundo y tercer pilar en Europa.
- PUNTO DE VISTA. Octubre.** Consolidar la recuperación. Aprovechar las oportunidades del crecimiento verde en América Latina.
- COLECCIÓN INFORMES. Septiembre.** Estudio preliminar sobre la adecuación a la Constitución y al Derecho Comunitario del gravamen temporal a entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito.
- COYUNTURA ECONÓMICA. Julio.** N.º 76. La inflación y la incertidumbre frenan la recuperación de las empresas.
- REVISTA DEL IEE. Julio.** N.º 3/2022. La necesidad de garantizar la propiedad privada en España como condición para la mejora del mercado del alquiler. Índice Internacional de Derechos de Propiedad 2021.
- REVISTA DEL IEE. Junio.** N.º 2/2022. El impacto económico del sector de datos en España. Una propuesta de cuantificación.
- INFORME IEE-CEIM. Abril.** El crecimiento empresarial en la Comunidad de Madrid como factor de competitividad regional.
- REVISTA DEL IEE. Marzo.** N.º 1/2022. Por una mejora de la eficiencia del gasto público en España.
- EDICIONES ESPECIALES. Febrero.** Libro Blanco para la reforma fiscal en España. Una reflexión de 60 expertos para el diseño de un sistema fiscal competitivo y eficiente.



2021

COYUNTURA ECONÓMICA. Diciembre. N.º 75. Una coyuntura condicionada transitoriamente por la inflación.

COLECCIÓN INFORMES. Diciembre. Competitividad fiscal 2021. La competitividad fiscal como referencia obligada para la próxima reforma tributaria.

INFORME IEE-CEIM. Noviembre. El tamaño y el crecimiento empresarial en la Comunidad de Madrid como factor de competitividad regional.

OPINIÓN DEL IEE. Noviembre. Los Presupuestos Generales del Estado para 2022.

COLECCIÓN ESTUDIOS. Octubre. El Programa de Pago a Proveedores como instrumento de inyección de liquidez a la empresa.

COLECCIÓN INFORMES. Septiembre. Empresa, igualdad de oportunidades y progreso social. Indicador IEE de Igualdad de Oportunidades.

COYUNTURA ECONÓMICA. Julio. N.º 74. La recuperación de la economía española necesita de un clima empresarial favorable.

PUNTO DE VISTA. Junio. La situación actual y perspectivas de las inversiones energéticas y el sector eléctrico en América Latina.

REVISTA DEL IEE. Mayo. N.º 2/2021. La libertad de empresa en España. Índice de Libertad Económica 2021.

INFORME DE OPINIÓN. Abril. La competitividad fiscal de las comunidades autónomas. Condición necesaria para el desarrollo económico.

COLECCIÓN INFORMES. Marzo. La propiedad privada en España. La necesidad de reconocer los derechos de propiedad en materia de vivienda. Índice de Derecho de Propiedad 2020.

PUNTO DE VISTA. Enero. La situación actual de la economía en América Latina. Su incidencia sobre las empresas españolas.

REVISTA DEL IEE. Enero. N.º 1/2021. Adaptabilidad y flexibilidad para la recuperación económica.

2020

COYUNTURA ECONÓMICA. Diciembre. N.º 73. Más allá de los fondos europeos: la economía española necesita el impulso de las reformas estructurales.

INFORME IEE-FIAB. Diciembre. Impacto de la crisis del COVID-19 en la industria de alimentación y bebidas española.

INFORME DE OPINIÓN. Noviembre. Los Presupuestos Generales del Estado para 2021.

INFORME DE OPINIÓN. Noviembre. Una propuesta de mejora para los incentivos fiscales a la I+D+i.

INFORME IEE-CEIM. Noviembre. La tributación del ahorro y su incidencia en la reactivación económica desde la perspectiva de la competitividad regional.

COLECCIÓN INFORMES. Octubre. Competitividad fiscal 2020. ¿Por qué no se pueden subir más los impuestos en España?

INFORME IEE-ASCOM. Octubre. Estudio sobre la función de Compliance en las empresas españolas.

INFORME DE OPINIÓN. Agosto. El marco fiscal de los planes de pensiones. La necesidad de fomentar el ahorro para la jubilación.

COLECCIÓN INFORMES. Julio. Libertad económica y libertad de empresa en España. Índice de Libertad Económica España 2020.

COYUNTURA ECONÓMICA. Julio. N.º 72. Crisis de la COVID-19 en la economía española: la recuperación no es posible sin confianza empresarial.

INFORME DE OPINIÓN. Junio. Impacto económico de las medidas adoptadas en el contexto de la presente crisis. Los casos de la financiación privada avalada y los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo.

INFORME DE OPINIÓN. Febrero. Eficiencia del gasto público. Medición y propuestas de mejora.

PUNTO DE VISTA. Enero. El Capitalismo. Cambio, evolución y progreso.

2019

COLECCIÓN INFORMES. Diciembre. La deuda pública en España. Implicaciones sobre la política económica.

COYUNTURA ECONÓMICA. Diciembre. N.º 71. Una política económica ortodoxa para revertir la desaceleración y reducir la incertidumbre.

INFORME DE OPINIÓN. Noviembre. Las buenas prácticas regulatorias.

COLECCIÓN INFORMES. Noviembre. La propiedad privada en España. Índice de Derecho de Propiedad 2019.

COLECCIÓN INFORMES. Octubre. Índice de Competitividad Fiscal 2019.

COYUNTURA ECONÓMICA. Junio. N.º 70. A mayor inestabilidad política, más incertidumbre económica.

INFORME DE OPINIÓN. Febrero. Los Presupuestos Generales del Estado para el 2019.



45 ANIVERSARIO



INSTITUTO
DE ESTUDIOS
ECONÓMICOS

Desde 1979 defendiendo la empresa y la economía de mercado

JOSÉ MARÍA CAMPOS GORRIÑO
Director del Departamento Legal
CEOE

IGNACIO PLA VIDAL
Secretario general
Asociación Nacional de Establecimientos
Financieros de Crédito (ASNEF)

HERBERT WOOPEN
Director de Política Jurídica
Foro Europeo de Justicia

MANUEL GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ
Abogado y Socio
Uría Menéndez

MIGUEL ÁNGEL CEPERO ARÁNGUEZ
Abogado
Uría Menéndez

ESTHER DE FÉLIX PARRONDO
Socia del grupo Litigación de daños,
acciones colectivas y consumo
Cuatrecasas

RAQUEL ESPÍN GUTIÉRREZ
Asociada principal del grupo Litigación
de daños, acciones colectivas y consumo
Cuatrecasas

SILVIA DE PAZ PÉREZ
Asociada sénior (Litigación y Arbitraje)
Pérez-Llorca

MARÍA DE ARCOS TEJERIZO
Asociada (Litigación y Arbitraje)
Pérez-Llorca

ALEJANDRO FERRERES COMELLA
Socio
Linklaters



INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS

Tel.: 917 820 580

iee@ieemadrid.com

www.ieemadrid.es