

Consideraciones en torno a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores

JUAN DAMIÁN MORENO
Catedrático de Derecho procesal
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El autor analiza en este trabajo los aspectos fundamentales de las acciones de representación contenidos en la propuesta de Anteproyecto de Ley para transponer al derecho español la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. Es perfectamente consciente de que la convocatoria de las elecciones generales ha hecho decaer el Anteproyecto de Ley, pero la transposición de la Directiva de la que trae causa tendrá que llegar tarde o temprano y seguramente a través de una propuesta que no debiera alterar en lo sustancial los principios que han servido para su elaboración. Por ello considera que el texto que comenta constituye, no sólo un buen punto de partida, sino casi de llegada y entiende que, salvo cuestiones puntuales y con las objeciones que se le quieran hacer a las soluciones que propone, proporciona elementos muy positivos especialmente a la hora del enfocar las grandes líneas programáticas que exige la norma europea.

PALABRAS CLAVE

Tutela colectiva de los derechos de los consumidores, Acciones de representación, Legitimación activa.

Notes on the legal concept of the representative actions for the protection of the collective interests of consumers

ABSTRACT

The author analyzes the key aspects of the of representation actions contained in the Draft Law proposal to comply into Spanish Law the Directive 2020/1828 on representation actions for the protection of the collective interests of consumers. He is perfectly aware that the call for general elections has brought down the Draft Law, but the transposition of the Directive for which it brings cause will have to come sooner or later and surely through a proposal that should not modify substantially the principles that have served for its preparation. For that reason, he is persuaded that the text what comments is not only a good starting point, but almost a point of arrival and maintains that, except for specific issues and with the objections that one wants to do with the solutions it proposes, provides very positive elements, especially when it comes to focusing on the broad programmatic lines required by the European Directive.

KEYWORDS

Protection of consumer rights, Representative actions, Legal standing to bring a collective action.

SUMARIO: I. El largo camino hacia la tutela colectiva de los derechos de los consumidores. Acciones colectivas e intereses difusos: Y, de pronto, las acciones de representación.–II. El eterno dilema: legitimación o representación. ¿Seguimos con el modelo de la cigarra y la hormiga?–III. El sistema de adhesión a la acción de representación. Las ventajas del *opt-out*: mejor un esfuerzo razonable a que alguien haga de flautista de Hamelín.–IV. Tratamiento anticipado de la fundamentación de la acción de representación. La certificación entendida como *datio actio-nis*: estándares del test de prosperabilidad.–V. Reflexión final. Lucha por el derecho y principio de efectividad. La función social de las acciones de representación.–VI. Bibliografía.

I. EL LARGO CAMINO HACIA LA TUTELA COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. ACCIONES COLECTIVAS E INTERESES DIFUSOS; Y, DE PRONTO, LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN

El proceso civil se ha basado históricamente en el principio de una acción, una demanda¹; este principio, tan arraigado en la conciencia jurídica de los ordenamientos jurídicos surgidos bajo la influencia del derecho romano, ha permanecido durante siglos estrechamente vinculado a la noción de derecho subjetivo donde era muy difícil imaginar procesos dirigidos a reparar la lesión de un derecho que rebasara los confines de los intereses individuales («point d'intérêt, point d'action»)².

Probablemente como consecuencia del peso tan decisivo que ejerció la *litiscontestatio* en la evolución del derecho en todos esos países, el proceso únicamente estaba pensado para que se desarrollase un único litigio entre dos posturas antagónicas, representadas por dos pretensiones igualmente antagónicas, y cuyo objeto se desarrollaría exclusivamente dentro de los estrictos límites en que, a través de aquella, habían quedado fijados los términos de la controversia³.

Era lógico que esta manera de entender el proceso condicionara la forma en que los particulares debían hacer valer sus derechos ante los tribunales y afectara incluso a la propia estructura del proceso civil y, correlativamente, al modo en que se formaron los conceptos fundamentales del derecho procesal, tal como ocurrió con la noción de la legitimación y, correlativamente, con la cosa juzgada y, por supuesto, con la extensión de los efectos que la misma ocasionara.

Como cabe imaginar, con este esquema tan rígido y encorsetado era impracticable abordar con eficacia el tratamiento, no sólo de asuntos objetivamente complejos, sino la tutela de determinados intereses que afectaban a una pluralidad de partes, para los cuales la técnica de acumulación subjetiva de acciones no suponía una solución adecuada⁴. Surgió entonces la necesidad de analizar hasta qué punto el proceso, tal como estaba inicialmente diseñado, resultaba un instrumento útil para afrontar los nuevos retos a los que tenía que hacer frente la sociedad contemporánea, especialmente

¹ IHERING (2011), p. 656.

² MORENO CATENA (2021), p. 230.

³ Aunque puede, como en su día señaló FAIRÉN GUILLÉN, que haya mucho de mito en torno a la *litiscontestatio* [FAIRÉN GUILLÉN, «Una perspectiva histórica del proceso: la “litiscontestatio” y sus consecuencias» (1955), p. 14], la influencia de esta institución en el modo de concebir la estructura del proceso en los ordenamientos de nuestro entorno, al menos en este aspecto, es evidente. *Vid.* KASER (2022), p. 756.

⁴ SILGUERO ESTAGNAN (1995), p. 334 y MARTÍN PASTOR (2016), p. 177.

cuando el proceso tenía por objeto la defensa de los derechos de un grupo muy numeroso de particulares⁵.

La aparición de las nuevas formas de resolver judicialmente los problemas derivados de la contratación con las grandes empresas y la prestación de servicios a través de las grandes distribuidoras, que prácticamente han venido actuando en régimen de monopolio, obligó a cambiar de paradigma. Con el paso de los años se hizo cada vez más evidente que *la esfera jurídica del individuo ni empieza ni termina con el derecho subjetivo*⁶ y poco a poco la noción de «interés» fue adquiriendo mayor relevancia, permitiendo instaurar nuevos medios de protección allí donde el derecho subjetivo no llegaba, abriendo así la puerta del proceso a las nuevas realidades que se iban imponiendo a medida en que avanzaba el desarrollo económico⁷.

Al hilo de ello, con el tiempo surgió esta nueva realidad a la que se hizo frente bajo la categoría jurídica que engloba a lo que se dio en llamar intereses colectivos o *intereses difusos*, que era la manera de referirse a aquellos intereses de los consumidores que, considerados en su conjunto, se extendían a una pluralidad indiferenciada de afectados y que tuvo su acomodo procesal fundamentalmente a través de las llamadas acciones de clase que surgieron a raíz de un movimiento político, social y jurídico que se desarrolló en los años ochenta con el fin de favorecer el acceso de los ciudadanos a la justicia⁸.

Por eso, aunque es evidente que estas nuevas formas de tutela no se circunscriben al ámbito exclusivo de la defensa de los derechos de los consumidores, es donde han adquirido mayor trascendencia y utilidad⁹. De ahí el acierto de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al reconocer a determinados grupos y asociaciones de consumidores la legitimación necesaria para el ejercicio de este tipo de acciones, lo cual supuso un avance importante para posibilitar la defensa colectiva de sus derechos (art. 11 LEC).

Pero, a pesar de ello, y como pronto se encargó de demostrar la doctrina, lo cierto es que esta atribución en sí no acababa de resolver todos los problemas¹⁰. En España, al igual que en otros muchos paí-

⁵ ORTELLS RAMOS (2017), p. 239.

⁶ PRIETO-CASTRO (1985), p. 44.

⁷ LOZANO-HIGUERO PINTO (2000), p. 162.

⁸ Este fenómeno tuvo un gran eco tanto en Italia como en los países iberoamericanos gracias al impulso del gran procesalista florentino Mario CAPPELLETTI [CAPPELLETTI, *RFD* (1997), p. 73]. En España destacaron los trabajos de LOZANO-HIGUERO PINTO (1983), p. 129 y ALMAGRO NOSETTE, *Justicia* (1983-1), p. 73.

⁹ En general, sobre otro tipo de manifestaciones de tutela colectiva: REIFARTH MUÑOZ (2023), p. 259.

¹⁰ GONZÁLEZ CANO (2002), p. 101.

ses, el modelo de acciones colectivas no ha llegado a cumplir las expectativas que se esperaban de él. Las causas obedecen a factores muy diversos y, a menudo, exceden del ámbito de lo que pueden ser razones estrictamente jurídicas. Aunque no es el momento de analizarlas, algunos autores lo achacan, entre otros motivos, a las dudas que origina la falta de claridad de la normativa vigente y que disuade tanto a los afectados como a las asociaciones de consumidores a recurrir a este tipo de medios¹¹. Pero probablemente, haya otras causas; unas, que derivan de la falta de confianza en este tipo de entidades, y otras, por el hecho de que muchas de ellas no dispongan de los suficientes recursos económicos para hacer frente a los gastos que supone emprender el ejercicio de acciones de esta naturaleza¹².

Es en este contexto en el que cabe enmarcar la aprobación de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, que da un paso más y que, además de reconocer la ineficacia del sistema, intenta superar los inconvenientes de la anterior regulación, obligando a los países miembros a establecer nuevos mecanismos procesales que permitan a ciertas entidades ejercitar acciones con el objeto de obtener tanto medidas de cesación como medidas resarcitorias¹³.

A la hora de transponer la Directiva europea, el gobierno, a través del Anteproyecto que comentamos, entre otras reformas, optó, a nuestro juicio con acierto, por incorporar un nuevo procedimiento al final de la Ley de Enjuiciamiento Civil («De los procesos para el ejercicio de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios») que, de haberse aprobado, nos hubiera permitido el poder disponer de una normativa procesal unitaria y autónoma que ofreciera mayores niveles de seguridad jurídica en el ejercicio de estas acciones.

Como ha puesto de relieve la doctrina, cabe hablar de acción colectiva cuando lo que se persiga sea la reparación de un daño o la cesación de una conducta o práctica abusiva con independencia de que en el caso concreto no sea posible identificar a los sujetos que se hayan visto afectados por la conducta objeto de la acción¹⁴. Así pues,

¹¹ ORTELLS RAMOS (2017), p. 252 y CRESPO MORA, *RCDI* (2022), p. 2522.

¹² REVILLA GONZÁLEZ (2018), p. 2115 y ORTELLS RAMOS (2017), p. 239.

¹³ La doctrina ha visto en esta Directiva una oportunidad de mejora: GASCÓN INCHAUSTI (2022), p. 693 y PLANCHADELL GARGALLO (2022) p. 729.

¹⁴ GASCÓN INCHAUSTI (2010), p. 19. A la hora de caracterizar la tutela como colectiva se suele aludir a la nota de la «homogeneidad» en cuanto al origen del daño respecto de la protección de aquellos intereses que, pudiendo ser objeto de una tutela independiente a través del ejercicio de acciones individuales, la ley permite acudir a este tipo de tutela colectiva para lograr así la defensa de la totalidad de los afectados [SANDE MAYO (2018), p. 62].

podemos decir que una acción es colectiva cuando a través de ella se pretende obtener la reparación o la cesación de una conducta cuyo objeto excede del ámbito de lo individual. En este aspecto, las acciones de representación vendrían a sustituir a las anteriores acciones promovidas por asociaciones de consumidores y por los grupos de afectados ya que su fundamento es el de facilitar de una manera común y homogénea la tutela de los derechos de un determinado grupo o conjunto de perjudicados sin que cada uno de sus integrantes venga obligado a designar a un sujeto o entidad que les represente.

Las acciones de representación son acciones colectivas en el sentido de que su objeto y, sobre todo, los efectos que con ellas se pretenden obtener se extienden a una pluralidad de sujetos, aunque, en realidad, la acción sea única, como único es el interés y único es el hecho del que deriva su derecho¹⁵. Estamos ante una acción autónoma cuyo ejercicio provoca entre otras consecuencias inherentes a su naturaleza, la suspensión de los plazos de prescripción de las acciones individuales de las que pudieran hacer uso los integrantes o afectados por la infracción que se hace valer¹⁶. La sentencia que definitivamente se dicte, aunque se trate de un grupo determinado de afectados, no tiene por objeto el reconocimiento de un derecho individual, por mucho que ese pueda llegar a ser el efecto práctico que finalmente acabe produciéndose tras la liquidación de la condena.

Y eso es así porque, aunque el contenido de su pronunciamiento pudiera servir de fundamento para el ejercicio de una pretensión posterior derivada de la misma, el Anteproyecto prefiere dejar en suspenso los procesos sobre las acciones individuales hasta no saber si la decisión de la acción puede vincular a cualquier otro tribunal que conozca de una pretensión con un objeto similar, motivo por el cual se las coloca en una situación especial de *litispendencia*, si es que puede hablarse así al referirse a la especial situación en que quedan las acciones individuales tras el proceso que resulte de una acción de representación (art. 853).

Por lo tanto, no tiene mucho sentido plantearse, en la forma en que se hizo en su día con las acciones colectivas, la cuestión acerca de si las acciones de representación producen los efectos propios de la litispendencia o, si acaso, los de la prejudicialidad civil, ya que, aunque en realidad en cierta medida los produzca, probablemente estaríamos ante un efecto distinto, pues como hemos indicado, la acción de representación tendría un objeto diferente al de las

¹⁵ GONZÁLEZ CANO (2002), p. 105.

¹⁶ Evidentemente, el que la acción sea única no quiere decir que la entidad demandante no pueda acumular en una misma demanda varias pretensiones, la de cesación y la resarcitoria, algo que puede hacer perfectamente (art. 833).

actuales acciones colectivas¹⁷. Es más, puestos a especular, aunque solo fuera para aventurar una solución más que añadir a las que ya ofrece la doctrina, diríamos que gracias a esa especie de *fuerza de la gravedad* que puede llegar a ejercer la sentencia como medio de prueba y a la que expresamente se refiere la Directiva (art. 15), probablemente estemos más cerca de un *efecto reflejo* más de la sentencia que de una consecuencia derivada directamente de la prejudicialidad civil¹⁸.

II. EL ETERNO DILEMA: LEGITIMACIÓN O REPRESENTACIÓN. ¿SEGUIMOS CON EL MODELO DE LA CIGARRA Y LA HORMIGA?

En el gran libro del proceso, la legitimación ocupa uno de los capítulos más importantes, pero también de los más difíciles de entender ya que es donde más se difuminan los contornos que unen el derecho sustantivo y el derecho procesal¹⁹. No se olvide que el derecho tiene un origen netamente procesal; nació de la acción. Y cuando se pasó del *ordenamiento de las acciones* , propio del derecho romano, al *ordenamiento de los derechos* del derecho moderno, esa estrecha vinculación se mantuvo hasta el punto de que aquella condición acabó erigiéndose en un presupuesto indispensable para que el tribunal pudiera pronunciarse sobre la pretensión deducida en la demanda²⁰.

Pues bien; esta dificultad se advierte aún más si cabe a la hora de decidir cómo atribuir y a quién atribuir la legitimación para solicitar la tutela de los derechos e intereses de los consumidores que les correspondan como colectivo («collective interests»)²¹. En general, los inconvenientes que plantea la defensa de este tipo de intereses se han ido sorteando a través de la llamada legitimación

¹⁷ AGUILERA MORALES (2018), p. 473.

¹⁸ Como tuvo ocasión de poner de manifiesto la doctrina más autorizada, la sentencia puede llegar a tener consecuencias en el mundo jurídico más allá del efecto propio de la cosa juzgada [LIEBMAN (1980), p. 587]. La especial consideración de la sentencia como medio de prueba no es nueva; ya CALAMANDREI la incluyó como uno de los efectos reflejos de la cosa juzgada [CALAMANDREI, «La sentencia como medio de prueba» (1961), p. 593].

¹⁹ Según GÓMEZ ORBANEJA (1976), p. 149, el concepto de legitimación es uno de los más debatidos y, al mismo tiempo, más confusos del Derecho Procesal, precisamente porque con este término muchas veces se designan cosas diferentes. Han sido múltiples los esfuerzos doctrinales por aclarar la noción de legitimación. Véase en este sentido el excelente trabajo de MONTERO AROCA en el que es muy reveladora la apostilla que añade al título de su trabajo: *un intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él* [MONTERO AROCA (1994)].

²⁰ WINDSCHEID (1974), pp. 8 y 70.

²¹ BUJOSA VADELL (1994), SILGUERO ESTAGNAN (1995) y ARMENTA DEU (2020), p. 253.

extraordinaria, en la que un «sustituto» (asociación o agrupación de afectados) asume el *derecho a conducir* el proceso en nombre de otro con el fin de obtener una sentencia favorable a sus intereses (art. 10 LEC)²².

El fenómeno de las acciones colectivas nace como respuesta ante la ineficacia de las acciones individuales y, sobre todo, ante los problemas que los representantes de los grupos de afectados tienen a la hora de identificar a los eventuales perjudicados por el hecho o la conducta objeto de la demanda²³. Las acciones de representación vendrían precisamente a superar todo este tipo de inconvenientes ya que, tal como actualmente están configuradas este tipo de acciones tienen, entre otros problemas, el que, al final, los más diligentes son quienes se tienen que encargar de defender los intereses de los que no desean molestar o comprometerse en su tutela debido a la gran *reticencia* que existe por parte de gran parte de los consumidores afectados a emprender acciones colectivas en defensa de sus derechos²⁴.

Como veremos, para el Anteproyecto toda acción para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores es una acción de representación. La construcción de esta especial legitimación permitirá la defensa de los intereses tanto en favor del consumidor diligente como del consumidor «desconocido» o «no diligente», tanto para *la cigarra* como para *la hormiga*. Hay que tener en cuenta que en este tipo de procesos es bastante habitual que solo unos pocos se arriesguen en beneficio de la mayoría. En cambio, tal como están configuradas las acciones de representación, son buenas para todos ya que en este proceso especial que se instaura, la participación de los consumidores afectados quedaría reducida a expresar su voluntad de vincularse o no con la pretensión que el demandante se proponga ejercitar.

²² El *derecho de conducción procesal* es el término utilizado por algunos autores para explicar el fenómeno que se produce precisamente cuando quien actúa en el proceso no es el titular del derecho material que se hace valer y que, en determinados supuestos, una parte de la doctrina ha elevado a rango de presupuesto procesal, lo que justificaría el que el juzgador pudiera examinar esta cuestión con carácter previo tras la admisión de la demanda [GÓMEZ ORBANEJA (1976), p. 139].

²³ A medio camino de este proceso evolutivo se encuentra un pariente lejano de las «class actions», el *litisconsorcio pasivo cuasinecesario*, que trata de dar una solución a los problemas de todos aquellos sujetos que se hallan en una misma situación respecto a un mismo negocio o relación jurídica y a quienes, con el fin de evitar sentencias contradictorias, se les extiende los efectos de la sentencia dictada frente al actor aunque no hayan litigado [FAIRÉN GUILLÉN, «Sobre el litisconsorcio en el proceso civil» (1955), p. 145 y GONZÁLEZ GRANDA (1996), p. 95].

²⁴ FAIRÉN GUILLÉN, «Sobre el litisconsorcio en el proceso civil» (1955), p. 146; una nueva fórmula que se está explorando para evitar este tipo de inconvenientes es la del llamado proceso testigo o proceso guía; sobre ello, ARIZA COLMENAREJO (2022), p. 755.

Al margen de la legitimación conferida al Ministerio Fiscal y a otras entidades de derecho público, la legitimación para su ejercicio no está atribuida a cualquier miembro del grupo que decida, individual o institucionalmente, arrogarse la representación de un determinado colectivo, sino a las entidades a quienes específicamente se les habilite para ello siempre que reúnan una serie de requisitos (arts. 54 y 55 LGDCU)²⁵.

A través de esta modalidad de acciones, las entidades habilitadas podrán asumir, en nombre propio, la responsabilidad de promover el ejercicio de una pretensión para la defensa de todos aquellos interesados que se encuentren, respecto del hecho o la conducta causante del daño, vinculados por un interés común. En consecuencia, no es una legitimación abierta, sino restringida, hasta el punto de que, como hemos indicado, el Anteproyecto prohíbe la intervención de los propios consumidores afectados, a quienes se les privaría de la posibilidad de comparecer como partes en este proceso (arts. 830 y 835). Hay que tener en cuenta que uno de los principales problemas del sistema actualmente vigente es que permite la intervención en el proceso colectivo de quienes a título individual deseen comparecer, lo que, lógicamente, genera una enorme complejidad procesal²⁶.

Tampoco el objeto de este proceso lo constituye cualquier pretensión. Su ámbito queda circunscrito a aquellas que expresamente se puedan ejercitar a través de este tipo de acciones. No hay más que acudir a la norma que las define para darse cuenta de cómo las entiende el Anteproyecto; de esta manera solo tendrían la consideración de acciones de representación aquellas que ejerciten una o varias de las entidades habilitadas previstas en dicha ley con el objeto de obtener la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios ante las conductas de empresarios o profesionales que perjudiquen o puedan perjudicar los intereses colectivos de aquellos (art. 829).

En cuanto a los requisitos de capacidad, el actor solo ha de reunir ciertas condiciones administrativas para poder ser parte; y en lo que se refiere a la legitimación, el altruismo, la solidaridad y el compromiso social o institucional que cada entidad quiera tener con la defensa de los derechos de los consumidores se ha de demostrar con la interposición de la demanda. Sería suficiente con que el acto, la infracción o la conducta que la origine, afecte negativa-

²⁵ Precisamente el gobierno acaba de aprobar el nuevo Reglamento del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios y que regula los requisitos y las condiciones de estas entidades entre cuyos derechos se encuentra la posibilidad de actuar en nombre y representación en defensa de los intereses de los consumidores (RD 448/2023).

²⁶ SANDE MAYO (2018), p. 218.

mente a un interés colectivo y que la pretensión que se deduzca tenga por finalidad obtener una medida de cesación o una resarcitoria, entendida esta en su consideración más amplia, es decir, que abarque no solamente la indemnización, sino que permita la adopción de otras medidas más efectivas para la reparación del daño o la satisfacción del derecho de los consumidores afectados²⁷.

A la vista de ello, para calificar la naturaleza jurídica de la acción de representación es indiferente el hecho de que la entidad decida erigirse en portadora de un determinado interés que afecte a una pluralidad de sujetos, pues una cosa es calificar como colectivo o, incluso, difuso un determinado interés y otra muy distinta hacerlo identificándolo por el sujeto que pretenda representarlo o determinarlo en función del interés asociado a la razón fundacional de la entidad de quien aspire a tutelarlos, pues como hemos visto, el tribunal no puede entrar en ese tipo de cuestiones²⁸.

Todo esto, como hemos visto, hace muy difícil que sepamos si estamos ante un supuesto de legitimación o ante un caso de representación, pues las fronteras entre la legitimación y la representación son a menudo difíciles de trazar y mucho más en este tipo de acciones; es más, quizá estemos ante un supuesto intermedio. A favor de la representación estaría, no sólo la calificación legal, sino el hecho de que en ciertos supuestos, el consumidor venga obligado a autorizar su vinculación, pero no creemos que esto sea determinante.

A estos efectos consideramos que no es indiferente averiguar si las acciones de representación que el Anteproyecto reconoce tienen por objeto la tutela de intereses difusos o la protección de intereses colectivos. Como sabemos, la distinción entre ambos tipos de intereses siempre ha sido complicada y más ahora con la aparición de las acciones de representación. En nuestra opinión, si tuviéramos que guiarnos por los criterios que en su momento utilizó la doctrina para distinguir entre unas y otras, creemos que probablemente la acción de cesación, por el carácter preventivo o anticipatorio que caracteriza su objeto, sea más apropiada para la defensa de intereses difusos, mientras que las acciones resarcitorias, en la medida que buscan la obtención de una compensación que puede

²⁷ CRESPO MORA, *RCDI* (2022), p. 2450. Es más, el Anteproyecto contemplaba incluso la posibilidad de ejercitar acumuladamente una acción declarativa, tal como sucedería en aquellos casos en que lo que se pretendiese fuera obtener una sentencia que reconociera una cláusula como *condición general de la contratación* o, en los procesos en materia de competencia desleal, la acción tendente a declarar *desleal* un acto o conducta que así lo merezca. *Vid.* BELLIDO PENADÉS (1998), p. 89.

²⁸ GONZÁLEZ CANO (2002), p. 29.

llegar a estar individualizada, tengan más que ver con una acción colectiva²⁹.

Por eso, teniendo en cuenta que el ejercicio de las acciones de cesación no requiere de autorización de los afectados, es más que probable que, en este supuesto, estemos ante una verdadera hipótesis de legitimación y no de representación, pues como es sabido, lo que caracteriza al representante es que obra o actúa, con efecto jurídico pleno, por cuenta del *dominus*, mientras que el que actúa con una legitimación, aunque sea derivada, lo hace en nombre propio³⁰.

En cualquier caso, la idea es que con este tipo de acciones de representación se pueda favorecer la tutela colectiva de los derechos de los consumidores a través de un proceso independiente cuya defensa queda en manos exclusivamente de entidades que reúnan ciertas condiciones y, por lo tanto, sin que los afectados vengan obligados a recurrir individualmente ante los tribunales. De esta manera se les evitan los gastos, molestias e inconvenientes que supone el ejercicio de su derecho, hasta el punto de que entre las medidas que se han previsto para su ejercicio se encuentre el de la posibilidad de acudir a fórmulas de financiación de procesos por terceras personas que, como sabemos es uno de los grandes problemas a los que se tienen que enfrentar quienes pretendan ejercitar una acción de esta naturaleza³¹.

En este sentido, y a la hora de identificar el carácter con el que actúan, de todas las soluciones que ofrecía la doctrina para dar respuesta al fenómeno de la tutela de las acciones colectivas en el ámbito del proceso civil, la que más ha hecho fortuna y la que más predicamento ha tenido en el derecho comparado ha sido la de las *class actions* del derecho norteamericano, siendo las acciones de representación una variedad de aquellas³². Mauro Cappelletti, evocando el título de la gran obra de Pirandello, dijo que eso era tanto como hallar unos *intereses en busca de un autor*³³. Y por eso, una de las claves es encontrar una forma de selección de las entidades a quienes se les habilita para hacer valer el ejercicio de la acción que impida que la legitimación se confiera a cualquiera, evitando con ello el ejercicio abusivo de la acción.

²⁹ Un sector de la doctrina, como SANDE MAYO, prefiere denominarlos *supraindividuales* en lugar de difusos para diferenciarlos de los propiamente colectivos [SANDE MAYO (2018), p. 76].

³⁰ GÓMEZ ORBANEJA, «Legitimación y representación» (2009), p. 254; en idéntico sentido, Díez-PICAZO (1979), p. 56.

³¹ REVILLA GONZÁLEZ (2018), p. 2115 y ORTELLS RAMOS (2017), p. 239.

³² LÓPEZ SÁNCHEZ (2001), p. 91.

³³ CAPPELLETTI, *RFD* (1997), p. 90.

Este es el motivo por el que la cuestión acerca de la prosperabilidad de la pretensión no sea el único de los asuntos que pueden ser objeto de debate en la llamada audiencia de certificación (art. 847)³⁴. A la parte demandada se le reconoce el derecho a oponerse si entiende que la entidad demandante no cumple con las exigencias establecidas a los efectos de su designación como entidad habilitada para el ejercicio de este tipo acciones lo que, en su caso, daría lugar al sobreseimiento del proceso y al archivo de las actuaciones (art. 836).

Así pues, la forma en que queda atribuida la legitimación se asemeja al sistema que ya conocemos y que de alguna manera ha caracterizado las *class actions* donde el demandante no tiene que acreditar que ostenta un determinado grado de representatividad ni su arraigo en el contexto territorial en el que se ha producido la conducta antijurídica, algo que, como en su momento puso de relieve la doctrina, ya sucedía en la práctica, ya que la representatividad a la que alude la Ley de Enjuiciamiento Civil en realidad no era tal, pues no pasaba de ser un mero requisito administrativo³⁵.

En esto no se han producido muchos cambios; para el legislador seguirá siendo suficiente con que el demandante reúna los requisitos de capacidad establecidos en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios para poder ser reconocida como entidad habilitada para el ejercicio de estas acciones, sin que, en principio, el juez pueda entrar a valorar su idoneidad como representante, algo que a lo mejor debería poder hacer, sobre todo a la vista de la gran dependencia gubernamental en cuanto a su autorización a las que aquellas están sometidas.

III. EL SISTEMA DE ADHESIÓN A LA ACCIÓN DE REPRESENTACIÓN. LAS VENTAJAS DEL *OPT-OUT*: MEJOR UN ESFUERZO RAZONABLE A QUE ALGUIEN HAGA DE FLAUTISTA DE HAMELÍN

Como se ha dicho, el Anteproyecto considera que la acción de representación es una acción única porque el objeto del proceso sobre el que recae también es único, como único es el derecho que lo protege y que, por supuesto, es distinto al que pudieran ejercitar individualmente los afectados. Pero, a diferencia de lo que sucede con las acciones de cesación, en las que no es preciso que los consumidores manifiesten su conformidad ni su voluntad de adherirse,

³⁴ SILGUERO ESTAGNAN (1995), p. 277.

³⁵ GONZÁLEZ CANO (2002), p. 150.

en las resarcitorias constituye un presupuesto esencial. Y precisamente, el principal escollo con el que se han encontrado los representantes de los grupos afectados a la hora de ejercitar este tipo de acciones es el de identificar y determinar a los afectados y lograr así la mayoría necesaria para constituirse en grupo y poder actuar ante los tribunales ya que, sin mayoría, no hay legitimación (art. 6. 1, 7.^a LEC).

Existen al respecto dos grandes modelos para manifestar la voluntad de compartir o de participar en las consecuencias, favorables o adversas, que resulten del ejercicio de la acción; uno en el que se precisa la voluntad expresa del sujeto para vincularse y someterse a lo que resulte del proceso, conocido como *opt-in*, y aquel otro, denominado *opt-out*, en los que el legislador presume la voluntad del eventual perjudicado de asumir las consecuencias del proceso salvo que expresamente manifieste su voluntad de excluirse³⁶.

De esta manera, salvo que la acción afecte a consumidores que no tengan su residencia habitual en el Estado en que se ejercite, en cuyo caso será necesaria la manifestación expresa para estar vinculado, la Directiva no impone un modelo concreto, sino que deja a las legislaciones nacionales de los países miembros que decidan el modelo que consideran más conveniente³⁷.

A la vista de ello, el Anteproyecto se había inclinado con carácter general por dar preferencia al sistema de desvinculación expresa, atribuyendo a los consumidores que lo deseen la obligación de manifestar su voluntad en este sentido para evitar quedar sometidos a la resolución judicial que se pronuncie (*opt-out*)³⁸; de esta manera, interpretando que su pasividad equivale tácitamente a su voluntad de adherirse, los redactores han entendido que es la mejor manera de favorecer la defensa de esa *mayoría silenciosa* de consumidores que suelen verse afectados por este tipo de acciones³⁹.

En realidad, lo que hace el Anteproyecto es configurar para los consumidores afectados una suerte de carga de naturaleza procesal que determina que aquellos que no expresen su deseo de desvincularse de la acción en el plazo establecido, quedan sometidos a las

³⁶ GASCÓN INCHAUSTI (2010), p. 25 y SANDE MAYO (2018), p. 218.

³⁷ ARMENGOT VILAPLANA (2022), p. 118.

³⁸ Excepcionalmente, atendidas las circunstancias del caso, y siempre que la cantidad reclamada para cada beneficiario no supere una determinada cantidad, el juzgado podrá acordar que solo queden afectados por la acción de representación resarcitoria aquellos consumidores que hayan manifestado su voluntad expresa de vincularse a ella. Sobre la conveniencia de alterar el criterio para reclamaciones de escasa entidad: SANDE MAYO (2018), p. 239.

³⁹ Aunque coincidimos con ARMENTA DEU en que bien puede decirse que se trate de una *ficción*, no consideramos sin embargo que pueda llegar a ser entendido como una *expropiación* como ha querido ver en este tipo de soluciones, al menos con arreglo a la normativa que preveía el Anteproyecto [ARMENTA DEU (2013), p. 70].

resultas del proceso. En cambio, quienes se hayan autoexcluido de manera expresa, no por ello pierden su derecho a promover una acción con posterioridad, si es que desean hacer valer su derecho individualmente⁴⁰.

Y esto es así porque para los que no se hayan desvinculado, bien de manera expresa o, incluso, tácitamente⁴¹, el derecho a obtener una compensación o reparación de una conducta declarada contraria a los derechos de los consumidores nace de la sentencia estimatoria y, sin embargo, para quienes decidieron no adherirse, su derecho no se ve afectado; nace desde el momento en que se produjo la lesión y que evidentemente podrán hacer valer a través de un proceso independiente quienes lo deseen, pero una vez que se haya levantado la suspensión de los plazos de prescripción que el ejercicio de esta acción colectiva lleva consigo (art. 832).

Con la solución que se propone, se superan en nuestra opinión las dificultades del antiguo modelo en virtud del cual el demandante que pretendiera asumir la defensa de un determinado colectivo de afectados acababa prácticamente convertido en una especie de *flautista de Hamelín*, obligado a desplegar una ingente cantidad de recursos para lograr un número de adhesiones lo suficientemente significativo como para asumir la representación del mismo. En este sentido, creemos que es precisamente esta la razón por la cual el Anteproyecto decidió optar por suprimir la legitimación conferida a los grupos de afectados que estuvieran determinados o fueran fácilmente determinables, a los que se refiere el n.º 7 del apartado 1 del art. 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, como sabemos, para que puedan comparecer en nombre de aquellos la ley estaba exigiendo que se constituyera con la *mayoría de los afectados*.

En todo caso, y a pesar de tratarse de una acción única, es evidente que dada la eventual repercusión que puede tener la sentencia que se dicte, así como los efectos que tiene la admisión misma de la demanda sobre las acciones individuales, la Directiva europea considera sumamente importante que los consumidores y usuarios afectados por la acción de representación tengan un conocimiento efectivo de la existencia del proceso y que se les ofrezca una información adecuada en un lenguaje que comprendan acerca de las

⁴⁰ Hay que recordar en este aspecto que, con arreglo a la actual normativa, la jurisprudencia se había encargado de precisar que no producen efectos de cosa juzgada en los procesos individuales las sentencias dictadas en el ejercicio de acciones colectivas pues dichas acciones tienen objetos y efectos diferentes (STS 123/2017 [ROJ 477]). Sobre el alcance de esta doctrina jurisprudencial, ARMENGOT VILAPLANA (2020), p. 253.

⁴¹ Según el apartado 4 del artículo 853 del Anteproyecto, la interposición por parte de un consumidor de una acción resarcitoria individual cuyo objeto esté comprendido por el auto de certificación equivaldría a la expresión de la voluntad de no verse vinculado a la acción de representación emprendida.

posibilidades que disponen y de las consecuencias de sus decisiones. Y, de otro lado, exige que se establezca una vía adecuada para manifestar su voluntad de desvincularse de una forma sencilla, o en su caso, de vincularse.

En este punto, conviene recordar que la jurisprudencia norteamericana había mantenido la tesis de que el ejercicio de una acción colectiva no debía suponer para el demandante que se propusiera ejercitarla un esfuerzo desproporcionado a la hora de identificar a los supuestos perjudicados, a raíz de la cual acuñó la doctrina acerca del *esfuerzo razonable*⁴². Por eso, para resolver la cuestión sobre si la solución adoptada en el Anteproyecto es la adecuada, debería resolverse planteando el dilema en sentido inverso, y preguntarnos si cada uno de los sistemas de adhesión respetan dicho canon de razonabilidad en cuanto al esfuerzo que deben desarrollar cada uno de los consumidores.

En este sentido, y para despejar cualquier duda sobre la adecuación del sistema a las exigencias constitucionales, debe quedar claro que la adhesión en este tipo de procesos no es a la acción, sino a los efectos resultantes del pronunciamiento judicial y, que inconscientemente, la normativa europea siempre espera que sea favorable a no ser que previamente las partes alcancen un acuerdo⁴³. La vinculación del consumidor no le convierte en parte, simplemente le da derecho a beneficiarse de los efectos económicos de la sentencia que se dicte, por lo que el sistema que ha pretendido instaurar nos parece el más coherente con el espíritu que informa la existencia de las acciones representativas.

Con el fin de llevar a cabo la gestión de este sistema, el Anteproyecto contemplaba la existencia de una *plataforma electrónica* a través de la cual, no solo los eventuales afectados podrían expresar su voluntad de ser excluidos, algo que deberá ser objeto de una decisión por parte del juzgador a través de lo que se ha denominado *auto de certificación*, sino que serviría de canal de comunicación con los afectados; es más, a la entidad demandante se le concedería incluso la posibilidad de encomendar la gestión de dicha plataforma a los colegios de los procuradores, algo que desde luego nos parece muy positivo.

⁴² Como señaló FAIRÉN GUILLÉN, la noción de *esfuerzo razonable* aplicable a las acciones en materia de consumidores, fue acuñada en 1974 a raíz de caso «Eisen contra Carlisle & Jacquelin» [FAIRÉN GUILLÉN (1990), p. 307], un caso que, como señaló SILGUERO ESTAGNAN, también eliminó la necesidad de que el demandante tuviera que demostrar *in limine litis* las posibilidades de éxito de la pretensión [SILGUERO ESTAGNAN (1995), p. 277].

⁴³ Solo hay que ver el gran interés de los redactores del Anteproyecto en fomentar los *acuerdos de resarcimiento* como vía de procurar la satisfacción anticipada de los derechos de los consumidores afectados; véase PLANCHADELL GARGALLO (2022), p. 729.

Así pues, bajo nuestro punto de vista, si la cuestión consistiera en valorar la constitucionalidad de la norma contenida en el Anteproyectos y tuviera que analizarse en estos términos de estricta compatibilidad con las exigencias del artículo 24 de la Constitución y determinar si es o no *razonable* el esfuerzo que ha de llevar a cabo el consumidor para manifestar su deseo de no quedar vinculado, nuestra opinión es clara: los requisitos establecidos resultarían adecuados para conseguir la finalidad que persigue el legislador europeo con las acciones de representación.

IV. TRATAMIENTO ANTICIPADO DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA ACCIÓN DE REPRESENTACIÓN. LA CERTIFICACIÓN ENTENDIDA COMO *DATIO ACTIONIS*. ESTÁNDARES DEL TEST DE PROSPERABILIDAD

Gran parte del éxito de todo este proceso lo confía a la llamada audiencia de certificación. Este acto procesal, inspirado en la regulación de la audiencia previa del juicio ordinario, tiene asignadas diversas finalidades, la mayoría de las cuales venían definidas en el artículo 846 del Anteproyecto⁴⁴. Entre ellas se encuentra la de analizar las cuestiones que afectan a la admisibilidad de la acción y autorizar la tramitación de la demanda en caso de que proceda. Esto supone, en primer lugar, concederle al juzgador la posibilidad de verificar la naturaleza colectiva de la acción, su homogeneidad y, a la vez, determinar el ámbito objetivo y subjetivo de la misma. En segundo lugar, darle la oportunidad de examinar si la pretensión está lo suficientemente fundada como para permitir la continuación del procedimiento y, por lo tanto, permitiéndole efectuar anticipadamente un juicio sobre la admisibilidad de la pretensión deducida.

Esta es la razón por la que probablemente el Anteproyecto le quiso atribuir la potestad de analizar de forma preliminar la idoneidad de la acción de representación resarcitoria también desde el punto de vista de su fundamentación fáctica, facultándole la posibilidad de rechazarla si estima que no está suficientemente fundada. Se trataría pues de concederle algo parecido a lo que ya existe en otros procesos y atribuirle la potestad de provocar una *denegatio actionis* en la hipótesis de que apreciara que no concurren los pre-

⁴⁴ Aunque se conserva la misma terminología, por la propia naturaleza de las acciones de representación, la llamada *certificación* cumpliría obviamente una finalidad en parte diferente a la que la doctrina le había previamente asignado conforme a la normativa actualmente vigente [SANDE MAYO (2018), p. 67].

supuestos procesales ni materiales para hacerla valer o si la considera manifiestamente infundada⁴⁵.

Así pues, dadas las especiales características de esta acción, para su ejercicio no basta, como sucede en el resto de los supuestos, el mero acto de interponer una demanda para generar con ella el deber del tribunal de pronunciarse sobre el fondo de la pretensión deducida; es preciso que exista una decisión del juzgador que la autorice y reconozca con carácter previo la existencia del derecho a deducir dicha pretensión.

Por cuanto llevamos dicho, y aunque la identificación del carácter colectivo de este tipo de acciones no ha resultado tarea fácil en el pasado⁴⁶, a la vista de la normativa que nos proporciona la Directiva, sea cual sea la posición que se adopte, no creemos su aplicación plantee excesivos problemas interpretativos a la hora de determinar si una acción es o no de representación, aun así, como ha puesto de relieve la doctrina, hay que seguir siendo cautelosos para no confundir una acción colectiva resarcitoria con una mera acción agrupada⁴⁷.

Afortunadamente, el Anteproyecto concedía al tribunal la facultad de examinar otros aspectos, como, por ejemplo, la homogeneidad entre las acciones resarcitorias, fundamental para calificar de colectiva a la acción de representación (art. 487)⁴⁸. Por lo tanto, no debería admitirse una demanda *que claramente encubra una acumulación subjetiva de acciones* y en la que, a través de ella, lo que pretenda el actor sea la reparación individual de los daños en el supuesto en que eso suponga tener que entrar, como cuestión de fondo, en el análisis pormenorizado del hecho o la conducta haya ocasionado a cada uno de los afectados. De ahí que, para apreciar la existencia de un interés como colectivo habría que hacer lo mismo que para observar una pintura impresionista; poner un poco de distancia, esto es, retirarse unos metros para poder identificar el conjunto.

Pero, como hemos indicado, lo más reseñable de esta normativa se encuentra en la posibilidad que tiene el juzgador de no dar trámite a esta demanda si la pretensión que se deduce carece *manifiestamente de fundamento* (art. 847), algo que es una gran nove-

⁴⁵ Esta especial limitación se ha aplicado tradicionalmente en el ámbito de la justicia penal para evitar tener que someter a juicio a una persona cuando la acción interpuesta no esté suficientemente fundada y que GÓMEZ ORBANEJA tuvo la genial intuición de ver en ella una clara manifestación de esta institución romana [GÓMEZ ORBANEJA (1947), p. 128].

⁴⁶ LOZANO-HIGUERO PINTO (1983), p. 156, BUJOSA VADELL (1994), p. 87 y SANDE MAYO (2018), p. 57.

⁴⁷ CRESPO MORA, *RCDI* (2022), p. 2498.

⁴⁸ ARMENTA DEU (2013), p. 32.

dad pues, como hemos anticipado, a diferencia de lo que sucede con el resto de los supuestos que rigen en el proceso civil, no bastaría con que alguien promoviese la acción para obligar al juez a pronunciarse sobre el fondo del asunto; será necesario que autorizase su ejercicio a través de la resolución de certificación⁴⁹.

En este sentido, es de suponer que los redactores del Anteproyecto han sido conscientes de que el mero hecho de la interposición de la demanda puede tener una enorme repercusión económica en los empresarios y profesionales a quienes se les reprocha la conducta objeto de este proceso y que en muchos aspectos puede afectar a su futuro, su imagen y su reputación en el mundo de la industria y el comercio⁵⁰. Por ello puede parecer prudente establecer algunos controles que impidan un uso frívolo o abusivo de la acción, lo cual es lógico si tenemos en cuenta la trascendencia económica y social que un proceso de estas características puede tener en las empresas demandadas⁵¹.

Y desde luego, aunque excepcional, esta potestad no es algo que sea ajeno a nuestra tradición jurídica ya que este es el clásico criterio al que, en ocasiones, suele recurrir el legislador bien para ahorrarse algún esfuerzo procesal innecesario⁵² o, simplemente, para evitar lo que se ha dado en llamar como el *inevitable mal* del proceso⁵³. En este caso, no ha sido fruto de un capricho de los redactores de la norma que comentamos, sino que es una exigencia que viene impuesta expresamente por la propia Directiva que, entre otras cosas, obliga a que la legislación nacional prevea un trámite en el que se puedan desestimar los asuntos manifiestamente infundados en la fase más temprana posible del procedimiento.

A fin de poder pronunciarse sobre esta cuestión y analizar el alcance que deba darse a esta previsión, conviene examinar la forma en la que estaba formulada esta facultad. El Anteproyecto, recurriendo a un circunloquio bastante sinuoso desde el punto de vista gramatical, y probablemente sin que los redactores hayan medido todas sus consecuencias, además impone a la entidad

⁴⁹ Como sabemos, en el procedimiento de la *legis actionis*, el Pretor podía rechazar la demanda del actor si no existía una acción que la amparara, bien porque tal protección no estuviera establecida o bien por la falta de los requisitos para hacerla valer [WENGER (1986), p. 103].

⁵⁰ CRESPO MORA, *RCDI* (2022), p. 2518.

⁵¹ En este aspecto, como ha puesto de relieve, REVILLA GONZÁLEZ, un elemento decisivo lo debe constituir el control de transparencia sobre las fuentes de financiación provenientes de terceras personas que sean suficientemente efectivos para atajar los eventuales abusos en el uso de este tipo de acciones colectivas [REVILLA GONZÁLEZ (2018), p. 2125].

⁵² Así, ha sido un criterio muy habitual por ejemplo como medio para evitar la saturación en el acceso a determinados recursos; vid, CALAMANDREI, *RDP* (1956), p. 164.

⁵³ FAIRÉN GUILLÉN, «La demanda en el proceso civil español» (1955), p. 459.

demandante la carga de aportar en la demanda los elementos de prueba que, *prima facie*, acrediten la fundamentación de la acción de representación que se proponga ejercitar, exigiéndole que aporte una *motivación* de los hechos que, si bien le exima de la necesidad de aportar todas las pruebas que disponga, sean de *las que razonablemente haya podido tener acceso* y sean *suficientes para justificar la viabilidad* del ejercicio de la acción (art. 838).

Ahora bien, es evidente que tal como está redactada esta exigencia, individualmente considerada, entraña bastantes riesgos y, desde luego, por sí misma no puede erigirse un obstáculo para denegar la certificación. De lo contrario estaríamos ante una situación de la que sería muy difícil salir pues, como ha resaltado la doctrina, si para dar curso a la demanda es necesario conocer el fundamento de la pretensión y para conocer el fundamento de la pretensión es necesario que el demandante lo acredite inicialmente para que el juzgador pueda tomar una decisión sin que ello suponga prejuzgar el resultado definitivo, no cabe más opción que pedirle al demandante que aporte un *principio de prueba*, es decir, algo que, sin servir para formar de manera plena la convicción del juez sobre la existencia de los hechos alegados como fundamento de la pretensión, le proporcione al juzgador al menos un indicio racional sobre su existencia⁵⁴.

Por eso, cualquiera que conozca la famosa novela de Jonathan Harr, *A civil action*, comprenderá el motivo por el que el juez del caso al que se refiere esta obra, desestimó la moción de uno de los abogados de las empresas demandadas que se opuso a la admisión de la demanda invocando el artículo 11 de la *Federal Rules of Civil Procedure*, que precisamente otorga al juez la facultad de examinar de manera preliminar los fundamentos de la acción que el demandante acababa de plantear. Se trataba también de una acción colectiva en la que se reclamaban los daños producidos por unos vertidos procedentes de dos grandes empresas industriales. El juez finalmente optó por rechazar la excepción al considerar que, si bien dicha norma tiene por objeto combatir a quienes ejerciten pretensiones abusivas o carentes de fundamento, no puede utilizarse para poner en duda la seriedad de una acción cuando los perjudicados, al tiempo de la demanda, sólo dispongan de pruebas meramente circunstanciales⁵⁵.

Por lo tanto, si hubiéramos de seguir ese mismo criterio, creemos que la única manera posible de hacer que esta previsión sea compatible con las garantías derivadas del art. 24 de la Constitu-

⁵⁴ GUASP (1948), I, p. 344.

⁵⁵ HARR (1995), p. 119.

ción, es interpretarlo de manera que el juzgador solo pudiera rechazar *in limine litis* la acción tras alcanzar un juicio negativo sobre la existencia del derecho que se hace valer que resulte «manifiesto», pues de lo contrario, podríamos encontrarnos con un serio problema de constitucionalidad, especialmente en este tipo de procesos en los que los demandantes pueden tener un difícil acceso a las fuentes de prueba.

V. REFLEXIÓN FINAL. LUCHA POR EL DERECHO Y PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN

Como ha puesto de relieve Moreno Catena, el modelo de proceso civil se encuentra en un momento de profunda transformación, motivado, entre otros factores, por la incidencia que la legislación europea está teniendo especialmente a raíz de normativa de protección de los consumidores y usuarios. Esto supone tener que replantearse algunos de los principios constitutivos que han servido para elaborar los grandes conceptos de nuestra disciplina, entre ellos está el de asumir la existencia de vías que faciliten la defensa de los derechos de los consumidores más allá del estrecho marco del proceso civil tradicional⁵⁶.

Entre ellos sin duda se encuentran el de las acciones de representación que, desde luego, si se les quiere encontrar una utilidad, no podemos analizarlas bajo la luz del estrecho marco que nos proporcionan los conceptos tradicionales de la doctrina⁵⁷. A nuestro modo de ver, a fin de centrar debidamente la cuestión, el reconocimiento de este tipo de acciones debería analizarse a la luz de las garantías del principio de efectividad que preside la normativa europea de protección de los consumidores en el que la cuestión sigue girando en torno al debate sobre la función que deben desempeñar los tribunales ante esta realidad que parece enfrentar de nuevo al derecho objetivo en contraposición con la tutela de los intereses de los particulares.

Como indicamos al inicio de este trabajo, prácticamente desde sus orígenes, las sociedades han ido dejando en manos de los particulares la protección de los derechos hasta el punto de que en este tema, como en tantos otros, sobrevuela una vieja polémica que durante muchos años estuvo centrando los debates en torno al contenido del derecho de acción, consistente en determinar si realmen-

⁵⁶ MORENO CATENA, «Sobre el futuro del proceso civil» (2022), p. 659.

⁵⁷ ORTEGO PÉREZ, *RGDP* (2020), n.º 52, p. 13.

te el proceso es un servicio que el Estado presta a los ciudadanos, proporcionándoles el medio de actuar ante los tribunales los derechos subjetivos que las normas les reconocen, o si, por el contrario, es un servicio que los ciudadanos prestan al Estado proporcionándole, a través de la tutela de sus derechos, la ocasión para preservar la integridad del derecho objetivo⁵⁸.

He aquí, frente a frente, las dos realidades del proceso.

Durante algún tiempo, la tutela del derecho objetivo, como tal fin, quedó en parte relegado a un segundo plano en favor de una orientación en la que los litigantes, en virtud del principio de autonomía, tenían plena libertad para decidir de qué manera querían que el juez amparara sus derechos. Y desde luego, esta concepción influyó decisivamente en un concepto de legitimación tradicionalmente vinculada a la noción de derecho subjetivo en la medida en que se entendía que únicamente podía defender un derecho quien afirmara ser titular del mismo y bajo el entendimiento de que la legitimación de quien se presentase como perjudicado nacía de la lesión, originando con ello el derecho de exigir de otro la obligación de restablecer el derecho lesionado.

Y en este sentido, aunque hoy es más claro que la protección de un derecho está condicionada a la existencia de la norma sustantiva que lo ampare, raro es el caso, al menos en la jurisdicción civil, en que la legitimación venga conferida con exclusivo propósito de procurar el restablecimiento de la legalidad al margen de la tutela de los intereses individuales pues era algo que, según la doctrina clásica, se producía de manera natural o consustancial desde el momento en que los ciudadanos solicitan la tutela de sus derechos ante los tribunales.

De este modo, al tratar de las acciones de representación quizá no sea ocioso traer a colación la gran aportación de Ihering a la hora de ver en *la lucha por el Derecho* un elemento que viene a reforzar su valor; y de ahí también su insistencia en la necesidad de que los ciudadanos defiendan sus derechos ante los tribunales, dando por sentado que, al hacerlo, cada uno de ellos está defendiendo también la ley. Si eso no fuera así, tal como añade el maestro alemán, el derecho acabaría perdiendo toda su fuerza y autoridad de manera que si nadie mostrara interés por solicitar la tutela de sus derechos, o no es lo bastante valiente como para vencer la aversión hacia la disputa y dominar el miedo frente a los procesos judiciales, sería lo mismo que si la norma jurídica no existiera; por el contrario, quien toma la decisión de defender su derecho y no

⁵⁸ CALAMANDREI, «La relatividad del concepto de acción» (1961), p. 136.

renuncia a su ejercicio, beneficia a toda la sociedad ya que con su acción contribuye al mantenimiento del orden jurídico⁵⁹.

Pero seamos conscientes de que en ese contexto tan orteguiano en que se encuentra el individuo respecto del mundo que nos rodea y en el que nos ha tocado vivir, se descubre que los ciudadanos nos hallamos cada vez más solos, desasistidos e incapaces de luchar aislada e individualmente contra las situaciones injustas y en donde el mercado es casi un campo de batalla, hasta el extremo de que, muchas veces, ese espíritu tan combativo del que hablaba Ihering decae y no nos queda más alternativa que aceptar resignadamente esta circunstancia y renunciar a la defensa de nuestros derechos y nuestros legítimos intereses.

Este es el motivo por el que, en determinados momentos, el derecho ha recurrido a fórmulas o técnicas de organización procesal que vienen, como *buen samaritano*, en nuestro socorro, entre las que el propio autor incluyó, como no, a las acciones populares romanas, y que ofrecían, a quien quisiera utilizarlas, la posibilidad de salir en auxilio de quienes no fueran capaces de defenderse por sí solos⁶⁰.

Por ello, no podemos dejar de ver en la legitimación conferida a las acciones de representación un fenómeno con funciones similares a las que históricamente llevaban a cabo tanto las acciones populares como las *class actions*, las cuales por cierto, no dejan de ser una variante de aquellas⁶¹. Con ello se espera que el tejido institucional de la sociedad civil y, especialmente, las asociaciones de consumidores desempeñen un papel más activo a la hora de garantizar el cumplimiento de la normativa europea en materia de protección de sus derechos ya que, de no hacerlo, se convertiría en papel mojado.

Por lo tanto, las acciones de representación, cumplirían una evidente función social; no son un medio para la satisfacción del interés de quien la ejercita y en cuyo nombre se ejercita, sino un medio dispuesto para la protección de un interés común, que quizá no sea general, pero sí el de una gran mayoría de particulares o al menos un número muy considerable de ellos, que va más allá de las razones que cada uno tenga para promover la tutela de sus derechos individuales ante los tribunales⁶². Es muy importante en este senti-

⁵⁹ IHERING (2018), p. 85.

⁶⁰ IHERING (2018), p. 90, nota 13.

⁶¹ La doctrina ya tuvo ocasión de poner de manifiesto estas similitudes [CARPI (1974), p. 99]. Esta orientación se encuentra muy arraigada en muchos países latinoamericanos gracias a la contribución del gran procesalista brasileño, Juan Carlos BARBOSA MOREIRA [BARBOSA MOREIRA (1977), p. 110].

⁶² A este carácter *social* ya se refirió SANDE MAYO para caracterizar a una parte de las acciones colectivas, específicamente las dispuestas en la Ley de Enjuiciamiento Civil

do advertir, que no estamos simplemente ante una pluralidad de sujetos que deciden en un momento dado unir sus fuerzas por puras razones de conveniencia para la defensa de sus derechos individuales⁶³.

De ahí que el objeto del proceso tenga necesariamente que ser diferente; incluso en las acciones de resarcimiento, más proclives a la obtención de un beneficio personal, la finalidad del proceso no es conseguir la satisfacción individualizada de los daños sufridos a todos y cada uno de los consumidores a los que se extiende el proceso, que, de serlo, sería simplemente el objeto inmediato de la pretensión. Tampoco lo puede constituir el motivo concreto que mueve a cada entidad a interponer la demanda, sino el conjunto de circunstancias en que se apoya para solicitar una consecuencia jurídica que, en modo alguno, puede desvincularse de la existencia de un elemento esencial de naturaleza *inmaterial*, un hecho que, como ha puesto de relieve la doctrina⁶⁴, trascienda a la heterogeneidad de los intereses que se ponen en juego, y que es lo que debería dar cohesión jurídica a lo que se esgrima como fundamento a la pretensión que con aquella se proponga conseguir y que, en definitiva, es lo que justificaría el ejercicio de la acción, más allá del resarcimiento o de la concreta compensación que se pretenda obtener.

Es verdad que es posible que en semejante planteamiento vuelva a estar presente aquella vieja polémica a la que nos hemos referido y que sitúa el debate sobre cuál debe ser la orientación que debería tener el proceso civil en ciertos asuntos, un debate permanente pero inacabado que alcanza a la necesidad de decidir cuál es el interés que debe prevalecer en el proceso y cuáles son los medios adecuados para lograrlo⁶⁵.

No podemos perder de vista que el fundamento que está detrás de la legislación aprobada para proteger los derechos de los consumidores y usuarios es fruto de los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho que, como todo el mundo sabe, vino para superar las deficiencias del individualismo liberal, dando una nueva forma a las instituciones y a los valores éticos que deben regir su funcionamiento; y esto, irremediamente, tiene que tener reflejo

para la defensa de los intereses «supraindividuales» y que, en su opinión, se encontrarían a medio camino entre los intereses públicos o generales y los individuales [SANDE MAYO (2018), pp. 72 y 90].

⁶³ CHIOVENDA, «Sobre el litisconsorcio necesario» (2022), p. 204.

⁶⁴ BUJOSA VADELL (2020), p. 23.

⁶⁵ Una exposición completa sobre las diversas posiciones doctrinales en torno a esta problemática puede encontrarse en BAUR, *RDPIb* (1972), n.º 2-3, p. 303. No se puede perder de vista tampoco la perspectiva que en este sentido ofrece MONTERO AROCA, *T&D* (2010), n.º 7, p. 14.

en el instrumento que el Estado pone al servicio de sus ciudadanos para la defensa de sus derechos ante los tribunales: el proceso.

La necesidad de establecer mecanismos eficaces, y las acciones de representación es uno de ellos, que corrijan la posición tan desigual de la que parten los consumidores desde el punto de vista sustantivo con respecto a la cómoda situación en la que se encuentran los productores de bienes y prestadores de servicios, requiere una reconfiguración de los principios y reglas procesales o, al menos, la obligación, siquiera moral cuando no jurídica, de tener que verificar si, para este tipo de asuntos, es preciso tener en cuenta algunas especialidades que aseguren un mayor nivel de protección por parte de los tribunales⁶⁶.

Pero desde luego, para que el sistema resulte de utilidad, todo ello exige con carácter previo un replanteamiento del papel que deben desempeñar las entidades que se comprometan a defender los derechos de los consumidores a través de este nuevo proceso. A nuestro modo de ver, la primera condición que deben tener las entidades a quienes se les habilite para ejercer este tipo de acciones, es ostentar la capacidad para generar la suficiente confianza entre esa mayoría silenciosa en cuyo nombre actúan a fin de que se sientan debidamente representados cada vez que decidan emprender una acción ante los tribunales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, Marien: «Concurrencia de acciones colectivas e individuales: la solución a un problema de legalidad ordinaria de manos del TJUE», en *Estudios sobre jurisprudencia europea* (Albert Ruda y Carmen Jerez), Madrid, 2018, p. 473.
- ALMAGRO NOSETE, José: «La protección procesal de los intereses difusos en España», en *Justicia*, 1983, n.º 1, p. 73.
- ARIZA COLMENAREJO, M.ª Jesús: «Efectos de las resoluciones dictadas en procesos colectivos y el llamado proceso testigo», en *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (M.ª Isabel Romero Pradas), Valencia, 2022, p. 755.
- ARMENGOT VILAPLANA, Alicia: «La cosa juzgada en acciones colectivas», en *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI* (Ana Montesinos García), Valencia, 2020, p. 253.
- «La acumulación de la acción colectiva de cese y la acción colectiva resarcitoria. Situación actual y propuestas de futuro», en *Variaciones sobre un tema: el ejercicio procesal de los derechos*, Libro homenaje a Valentín Cortés, A Coruña, 2022, p. 113.
- ARMENTA DEU, M.ª Teresa: *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Madrid, 2013.

⁶⁶ MORENO CATENA, «Sobre el futuro del proceso civil» (2022), p. 662.

- «La legitimación en las acciones colectivas», en *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI* (Ana Montesinos García), Valencia, 2020, p. 253.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos: «A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados “interesses difusos”», en *Temas de Direito Processual*, São Paulo, 1977, p. 110.
- BELLIDO PENADÉS, Rafael: *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Granada, 1998.
- BAUR, Fritz: «Liberalización y socialización del proceso civil», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n.º 2-3, 1972, p. 303.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo: *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, 1994.
- «¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE PROCESOS COLECTIVOS?», en *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI* (Ana Montesinos García), Valencia, 2020, p. 17.
- CALAMANDREI, Piero: «La sentencia como medio de prueba», en *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, p. 589.
- «La relatividad del concepto de acción» en *Estudios sobre el proceso civil*, cit., p. 135.
- «Sulla nozione di “manifesta infondatezza”», en *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, p. 164.
- CAPPELETTI, Mauro: «La protección de los intereses colectivos y de grupo en el proceso civil. Metamorfosis del procedimiento civil», en *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, México, 1997, p. 73.
- CARPI, Federico: *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, Milán, 1974.
- CHIOVENDA, Giuseppe: «Sobre el litisconsorcio necesario», en *Ensayos de Derecho procesal*, Santiago (Chile), 2022, p. 201.
- CRESPO MORA, María Carmen: «Las acciones colectivas para el resarcimiento de los perjuicios individuales de los consumidores: una relectura desde el Derecho civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, n.º 793, p. 2485.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *La representación en el derecho privado*, Madrid, 1979.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: «Una perspectiva histórica del proceso: la “litiscontestado” y sus consecuencias», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, p. 13.
- «Sobre el litisconsorcio en el proceso civil», en *Estudios de Derecho Procesal*, p. 145.
- «La demanda en el proceso civil español», en *Estudios de Derecho Procesal*, p. 438.
- *Doctrina general del Derecho Procesal*, Barcelona, 1990.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Madrid, 2010.
- «Hacia un nuevo régimen de acciones colectivas en derecho español: retos en la transposición de la Directiva 2020/1828», en *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (M.ª Isabel Romero Pradas), Valencia, 2022, p. 693.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: «Legitimación y representación», en *Derecho y proceso*, Madrid, 2009, p. 254.
- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Barcelona, 1947.
- *Derecho Procesal Civil* (con Vicente Herce Quemada), Madrid, 1976.
- GONZÁLEZ CANO, M.ª Isabel: *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Valencia, 2002.

- GONZÁLEZ GRANDA, Piedad: *El litisconsorcio necesario en el proceso civil*, Granada, 1996.
- GUASP, Jaime: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, I, 1948, p. 344.
- HARR, Jonathan: *A civil action*, Nueva York, 1995 (existe una edición traducida en Plaza&Janes, publicada en 1999).
- IHERING, Rudolf: *El espíritu del derecho romano*, Granada, 2011, p. 656.
- *La lucha por el derecho*, trad. Luis Lloredo Alix, Madrid, 2018.
- KASER, Max: *Derecho privado romano*, trad. Patricio Lazo González y Francisco Andrés Santos, Madrid, 2022.
- LIEBMAN, Enrico Tullio: *Manual de derecho procesal civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1980.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: *El sistema de las “class actions” en los Estados Unidos de América*, Granada, 2001.
- LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel: *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983.
- *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (ANTONIO M.^a LORCA NAVARRETE), I, Valladolid, 2000, p. 162.
- MARTÍN PASTOR, José: «La acumulación objetivo-subjetiva de acciones como técnica de agilización de la justicia civil en tiempos de crisis», en *Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma* (Manuel Ortells Ramos y Rafael Bellido Penadés), Madrid, 2016, p. 177.
- MONTERO AROCA, Juan: *La legitimación en el proceso civil (un intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, 1994.
- «Síntesis de las concepciones históricas del proceso civil», en *Teoría y Derecho*, n.º 7, Valencia, 2010, p. 14.
- MORENO CATENA, Víctor: *Introducción al derecho procesal* (con Valentín Cortés), Valencia, 2021.
- «SOBRE EL FUTURO DEL PROCESO CIVIL», en *Variaciones sobre un tema: el ejercicio procesal de los derechos*, Libro homenaje a Valentín Cortés, A Coruña, 2022, p. 659.
- ORTEGO PÉREZ, Francisco: «Poderes del juez y eficacia en los procesos colectivos: entre la dogmática y la práctica», en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 52, 2020, p. 13.
- ORTELLS RAMOS, Manuel: «Litigiosidad masiva y proceso civil», en *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico* (Gemma García-Rostán Calvín y Julio Sigüenza López), Pamplona, 2017, p. 239.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: «Acuerdos en procesos colectivos de consumo: posibilidades y efectos», en *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (M.^a Isabel Romero Pradas), Valencia, 2022, p. 729.
- PRIETO-CASTRO, Leonardo: *Tratado de Derecho Procesal*, I, Pamplona, 1985.
- REIFARTH MUÑOZ, Walter: *La tutela colectiva de los derechos fundamentales*, Pamplona, 2023.
- REVILLA GONZÁLEZ, José Alberto: «Third party litigation funding: un concepto relativamente nuevo y un negocio que crece rápidamente», en *Derecho y proceso*, Libro homenaje al profesor Ramos Méndez, Barcelona, 2018, III, p. 2115.
- SANDE MAYO, M.^a Jesús: *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, Pamplona, 2018.
- SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín: *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Madrid, 1995.

WENGER, Leopold: *Institutes of the roman law of civil procedure*, trad. Otis Harrison Fisk, 1986.

WINDSCHEID, Bernhard: «La *actio* del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual», en *Polémica sobre la “actio”*, trad. Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, 1974.

