

# La financiación de las acciones de representación resarcitorias.

## El talón de Aquiles de la transposición al ordenamiento español de la Directiva (UE) 2020/1828, de 25 de noviembre

*The financing of the collective redress.  
The Achilles heel of the transposition into Spanish law of Directive (EU) 2020/1828 of 25 November*

MARÍA JESÚS SANDE MAYO\*

Revista Electrónica Iberoamericana (REIB), Vol. 18, No. 2, (septiembre de 2024), pp. 195-219.  
ISSN: 1988 – 0618. doi: 10.20318/reib.2024.8826. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3623-447X>  
Fecha de recepción: 27 de mayo de 2024. Fecha de aceptación: 5 de septiembre de 2024.

### Resumen

El sistema de financiación sobre el que se asienten las acciones de representación o colectivas (fundamentalmente las resarcitorias) es uno de los aspectos centrales que puede determinar el éxito, pero también el fracaso, de este instrumento en la práctica. En este trabajo analizaremos los dos grandes modelos de legitimación y financiación (liberales y conservadores) que hasta el momento han imperado en los ordenamientos jurídicos de corte anglosajón y continental; para analizar seguidamente los problemas que ha generado en España la instauración del modelo conservador, obstáculos éstos

\* Profesora Colaboradora Asistente de Derecho Procesal en la Universidad Pontificia Comillas (ICADE), e-mail: [mjsande@comillas.edu](mailto:mjsande@comillas.edu). Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3623-447X>. Estudio realizado en el marco del Proyecto "La protección del consumidor en la era digital" (PID2021-122985NB-I00) y del Proyecto "Datos personales e información en la era digital: Desafíos en su obtención y uso en los procesos judiciales y en los procedimientos sancionadores" (PID2022-137826NB-I00).. Financiados por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación. Gobierno de España).

que en nuestra opinión han tenido un gran impacto en la ineficacia de las acciones colectivas en nuestro Estado. Por último, analizaremos desde una perspectiva crítica la propuesta de reforma que contempla a este respecto 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, con el propósito de transponer al ordenamiento español la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

**Palabras clave:** Intereses colectivos, consumidores, acciones de representación resarcitorias, legitimación, financiación.

## Abstract

The financing of representative or collective actions (mainly compensatory actions) is one of the central aspects that can determine the success, but also the failure, of this instrument in practice. In this paper, we will analyse the two main models of legitimation and financing (liberal and conservative) that have prevailed in Anglo-Saxon and continental legal systems to date. We will then analyse the problems generated in Spain by the establishment of the conservative model, obstacles which, in our opinion, have had a major impact on the ineffectiveness of collective actions in Spain. Finally, we will analyse from a critical perspective the proposed reform contemplated in this respect in the Organic Law Project on collective actions for the protection and defense of the rights and interests of consumers and users, with the aim of transposing Directive 2020/1828 of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers into Spanish law.

**Keywords:** Collective interests, consumers, collective redress, standing, funding.

## Sumario

I. Las acciones de representación de los intereses colectivos de los consumidores: los dos grandes modelos de legitimación y financiación. II. El sistema de legitimación y financiación de las acciones de representación resarcitorias por el que se decanta la LEC 1/2000 III. La postura de la Directiva 2020/1828 acerca de la legitimación y la financiación de las acciones de representación resarcitorias. IV. El sistema de legitimación y financiación de las acciones de representación resarcitorias que acoge el PL.

## INTRODUCCIÓN

La transposición de la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (en adelante, la Directiva 2020/1828), se encuentra en España en una fase embrionaria. Por el momento, el único texto con el que contamos es 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 PL o el Proyecto), publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el pasado 22 de marzo de 2024; y ello a pesar de que el plazo máximo conferido a los Estados miembros para llevar a cabo la citada transposición concluía en diciembre de 2022.

El Proyecto arriba mencionado, dando respuesta a las exigencias de la Directiva 2020/1828, alberga una propuesta de reforma integral de la regulación de los procesos en defensa de los intereses colectivos de los consumidores<sup>1</sup>. Lo hace diseñando un proceso especial (comprensivo de las acciones de representación de cesación y también de las resarcitorias)<sup>2</sup>, que el prelegislador ha decidido asentar, en lo que a estas últimas concierne, sobre la base de un modelo general de *opt-out*, tratando así de dotar de mayor eficacia a este instrumento de tutela conjunta. Esta nueva regulación (con los matices y críticas que pueda merecernos) constituye un avance en relación con la regulación vigente, sin embargo, podría ver frustrada su eficacia si no se acompaña de una conveniente regulación de la financiación de este tipo de acciones<sup>3</sup>. En este último sentido, compartimos el parecer de Hodges, cuando advierte que el éxito de las acciones colectivas (fundamentalmente de las resarcitorias<sup>4</sup>) reside en buena medida en su adecuada financiación<sup>5</sup>.

- 1 Empleamos la expresión "intereses colectivos" —por ser la escogida por la Directiva 2020/1828— como comprensiva de los intereses individuales homogéneos de los consumidores (cuya protección se pretende alcanzar por medio de las acciones de representación resarcitorias) y los intereses supraindividuales o generales (protegidos a través de las acciones de representación de cesación).
- 2 Tal y como venía aconsejando la doctrina, el Proyecto propone suprimir todas las especialidades reguladoras de los procesos colectivos, hasta ahora dispersas en la LEC (art. 6.17, 7.7, 11, 15, 52.1.16º, 76.2.1º, 221, 222.3, 256.1.6, 519 LEC), y su sustitución por una regulación especial unitaria que se concentraría en un nuevo Título IV del Libro IV de la LEC (arts. 828 al 885), rubricado "*De los procesos para el ejercicio de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios*".
- 3 En este sentido, Fernando Gascón Inchausti, "Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores", *Almacén de Derecho*, 17 de febrero (2023): 27, se refiere al problema de la financiación de los procesos representativos en defensa de los intereses colectivos de los consumidores como al elefante en la habitación.
- 4 La aclaración es nuestra.
- 5 *Cfr.* Christopher Hodges, "Fast, Effective and Low-Cost Redress: How Do Public and Private Enforcement and ADR Compare?", en *Competition Law: Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU*, ed. Barry Rodger, (New York: Kluwer Law International Competition Law Series, vol. 56, 2014), 255-290. También incide en la importancia de la financiación de las acciones colectivas María Jesús Ariza Colmenarejo, *La acción de cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios*, (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012) 183-188.

Por lo anterior, en las líneas que siguen analizaremos el tratamiento de la financiación (también de la legitimación por tratarse de una cuestión estrechamente ligada a aquélla) en la Directiva 2020/1828, en la LEC vigente y en el Proyecto, tratando de poner sobre la mesa las principales ventajas y contrapartidas de los distintos sistemas.

## I. LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS DE LOS CONSUMIDORES: LOS DOS GRANDES MODELOS DE LEGITIMACIÓN Y FINANCIACIÓN

En el marco de los procesos colectivos o representativos, el sistema de financiación por el que se decanta cada ordenamiento jurídico suele guardar relación con el tipo de legitimación por la que se opte. Así, se suelen asociar los sistemas que reconocen legitimación en beneficio de cualquier consumidor afectado por el hecho dañoso controvertido con los sistemas de financiación liberales; y los sistemas que optan por el reconocimiento de legitimación en favor de organismos públicos y sujetos previamente definidos en las leyes como adecuados representantes (entidades habilitadas para la defensa y protección de los intereses de este colectivo) con los sistemas de financiación más restrictivos o intervencionistas<sup>6</sup>.

El máximo representante del primer modelo es el sistema norteamericano de las *class actions*, en el cual cualquier sujeto afectado –tras la certificación de su carácter representativo– puede promover una acción colectiva representando los intereses de todos los afectados por el hecho dañoso<sup>7</sup>. Ahora bien, en el marco de este sistema el verdadero *dominus litis* es el abogado del representante y no este último<sup>8</sup>, de ahí que el control de la adecuada representación comprenda la valoración de la idoneidad del

6 Así se refiere a ellos, entre otros, Álex Ferreres Comella “La legitimación activa y la financiación de litigios en el Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación”, *Almacén de Derecho*, 28 de febrero, (2023): 11. <https://almacenderecho.org/53368-2>.

7 Como indica Maite Aguirrezabal Grünstein, “El control de la representatividad adecuada de las asociaciones de consumidores en el ejercicio de las acciones colectivas”, *Revista de Derecho*, vol. 23, nº (2010), 175-196. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000200009>, la exigencia de una adecuada representación en el Derecho norteamericano persigue dos objetivos fundamentales: tener una visión real de los intereses del grupo e incentivar la actuación del representante de esos intereses, asegurando de esta forma que el resultado que se obtiene en el proceso colectivo sea similar al que pudo haberse obtenido en procesos iniciados individualmente por los interesados.

8 Vid. Jonathan R. Macey.; Geoffrey P. Miller, “The Plaintiffs’ Attorney’s Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform”, *The University of Chicago Law Review*, 58, (1991): 1-118. <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol58/iss1/1>.



letrado de la clase (*class council*)<sup>9</sup>. Y es que, con frecuencia, el perjudicado que “representa” al colectivo afectado no es más que un mero instrumento a fin de que los despachos especializados puedan hacerse con las riendas del proceso.

En lo relativo a la financiación, el sistema norteamericano de las *class actions* se caracteriza porque, en buena parte de las ocasiones, ésta corre a cargo de los grandes despachos de abogados, muchos de ellos especializados en este tipo de procesos. Ellos afrontan los elevados costes que entraña el *pretrial discovery*<sup>10</sup> y todos los demás gastos que la tramitación de estas macrocausas lleva aparejados, asumen el riesgo de perder el litigio, así como de una posible condena en costas y, a cambio, en caso de éxito reciben un porcentaje (generalmente muy elevado, que puede alcanzar el 50%) del *quantum* global que el demandado debe abonar a la clase en concepto de resarcimiento (*contingency fees*)<sup>11</sup>. Ahora bien, este sistema de financiación —generalmente aceptado en los sistemas de *common law*<sup>12</sup>— no está exento de riesgos derivados de los conflictos de intereses que pueden surgir entre el abogado de la clase y los afectados por él representados, de ahí que cobre especial importancia la labor fiscalizadora del juzgador como garante de los intereses de los consumidores ausentes<sup>13</sup>.

9 La regla 23 (g) de las *Federal Rules of Civil Procedure*, dispone que el Tribunal, una vez certificada la clase, deberá proceder a la designación del abogado (*class counsel*). En orden a proceder a tal designación la referida regla en su apdo. (1) (C) ofrece varios parámetros:

- “(i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action;
- (ii) counsel’s experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action;
- (iii) counsel’s knowledge of the applicable law; and
- (iv) the resources that counsel will commit to representing the class”.

En todo caso, los criterios reproducidos *supra*, son meramente orientativos, pudiendo el Tribunal acudir a otros factores en la designación del letrado de la clase, llegando incluso, en algunos casos, a designarse por medio de subasta. *Vid.* a este respecto Jill E. Fisch, “Lawyers on the Auction Block: Evaluating the Selection of Class Counsel by Auction”, *Columbia Law Review*, (2002), <https://doi.org/10.2307/1123758>; Javier López Sánchez, *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, (Granada: Comares, 2011), 51 y ss.

10 El *pretrial discovery* —regulado en las reglas 26 a 37 de las *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP)—, es un procedimiento procesal a través del cual las partes pueden obtener información de las otras, de cara a concretar el objeto de la controversia, determinar sus posiciones y recopilar prueba (no sólo documental sino de todo tipo: testifical, pericial, etc.) para el posterior proceso judicial. *Vid.* a este respecto el trabajo de Yolanda De Lucchi López Tapia, “Eficiencia en el acceso a la información y fuentes de prueba en el proceso civil: tibias líneas convergentes EEUU/Europa”, *Revista Italo-Española de Derecho Procesal*, nº 1 (2023): 23-52. DOI: 10.37417/rivitsproc/1255.

11 *Vid.* a este respecto Charles Silver, “Restitutionary Theory of Attorneys’ Fees in Class Actions”, *Cornell Law Review*, vol. 76, (1990): 656. <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol76/iss3/3>; Theodore Eisenberg; Geoffrey P. Miller, “Attorney fees in class action settlements: An empirical study”, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1, nº 1 (2004): 27 a 78. <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/356>.

12 Destaca como excepción el ordenamiento australiano, en el que se rechazan las *contingency fees* y, sin embargo, se encuentra muy consolidado el sistema de financiación por terceros al que nos referiremos seguidamente. *Cfr.* Pedro Sánchez-Rivera, “La financiación de las acciones colectivas y la *third party funding*. Especial referencia a la experiencia en Australia y Estados Unidos”, en *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, coords. Teresa Armenta Deu; Silvia Pereira Puigvert (Madrid: Marcial Pons, 2018), 317.

13 Como veremos en el próximo epígrafe, las *contingency fees* como sistema de financiación de los procesos colectivos han sido vistas con recelo en Europa. *Vid.* a este respecto Sergi Corominas Bach, “La financiación de las acciones colectivas en la Unión Europea: Un análisis crítico a partir de la experiencia comparada”, en *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, coords. Teresa Armenta Deu y Silvia Pereira Puigvert (Madrid: Marcial Pons, 2018), 308-313.

Por otro lado, los sistemas que beben de la tradición jurídica del *common law*, aunque originariamente rechazaron la financiación de los procesos colectivos por terceros completamente ajenos al proceso (*Third party litigation funding*, en adelante TPF)<sup>14</sup>, a través de las figuras del *mainttenance*, *champerty* y *barraty* (que básicamente aludían a la prohibición de que un tercero pudiera ayudar a otro a interponer una demanda —*maintenance*—; de ayudar a otro a interponer una demanda guiado por un interés económico en el resultado del pleito —*champerty*—, así como la prohibición de ejercitar demandas sistemáticas entre individuos —*barraty*—), desde el siglo XX comenzaron a admitir este sistema de financiación de manera progresiva<sup>15</sup>.

Este sistema de financiación que residencia la financiación del litigio en un tercero completamente ajeno al pleito (inicialmente agencias estatales o sociedades de ayuda legal, hoy sobre todo fondos de litigios, compañías de seguros, bancos, fondos de *crowdfunding*, etc.), sigue, no obstante, el mismo esquema antes apuntado a propósito de la financiación de litigios por parte de los despachos de abogados. El fondo o el tercero de que se trate asumiría todos los gastos derivados del proceso judicial —incluidos los honorarios de la defensa letrada— a cambio de un porcentaje (entre el 10% y el 50%) de la cantidad que globalmente corresponda (sólo en caso de estimación de la pretensión) a los afectados por el hecho dañoso controvertido o, en su caso, de una cantidad que represente entre 2 y 10 veces la cantidad invertida en el proceso<sup>16</sup>.

En el marco de estos sistemas, con carácter general, la empresa que haya visto desestimadas sus pretensiones viene obligada a ingresar la cantidad a cuyo pago haya sido condenada (*aggregate monetary relief*)<sup>17</sup> en un fondo, del que se detraerá el porcentaje que corresponda al financiador del proceso, para posteriormente proceder al reparto del remanente entre los consumidores afectados por el hecho dañoso controvertido<sup>18</sup>. A fin de proceder a la distribución de las cantidades respectivas se designa a un funcionario judicial o a un comité *ad hoc*, que ejerce su cometido bajo control

14 Vid. acerca de la naturaleza de la *third party litigation funding* y su distinción respecto de otras figuras afines: Diego Agulló Agulló, "Los contratos de financiación de litigios por terceros (Third-Party Funding) en España", *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, n.º1 (2022): 192-202. <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.

15 Cfr. Pedro Sánchez-Rivera, "La financiación de las acciones colectivas y la *third party funding*. Especial referencia a la experiencia en Australia y Estados Unidos", 316-317.

16 Vid. un estudio sobre la evolución de las *contingency fees* y la *third party litigation funding* (fundamentalmente de esta última) en EE.UU. y Australia en Pedro Sánchez-Rivera, "La financiación de las acciones colectivas y la *third party funding*. Especial referencia a la experiencia en Australia y Estados Unidos", 320 y ss.

17 La determinación de una indemnización global, característica del derecho norteamericano, es posible gracias al uso de diversos sistemas matemáticos o estadísticos (*fluid recovery*). Una aproximación al *fluid recovery*, lo encontramos en Leandro J. Giannini, "La liquidación y ejecución de sentencias en los procesos colectivos", *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, U.n.l.p. (2014): 226 y ss. [https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2018/05/10-giannini-liquidacion\\_y\\_ejecucion\\_de\\_sentencias\\_procesos\\_colectivos.pdf](https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2018/05/10-giannini-liquidacion_y_ejecucion_de_sentencias_procesos_colectivos.pdf).

18 Vid. Robert H. Klonoff, "Class Actions for Monetary Relief under Rule 23 (b) (1) (A) and (b) (1) (B): Does Due Process Require Notice and Opt-out Rights", *George Washington Law Review*, vol. 82 (2013): 798. <https://ssrn.com/abstract=2216082>.

judicial<sup>19</sup>. En principio, el *quantum* global ha de ser repartido entre todos los afectados, pues la finalidad de las acciones colectivas es la de que cada consumidor afectado se vea resarcido<sup>20</sup>.

Por otro lado, el modelo intervencionista es el predominante en los sistemas de *civil law* y se caracteriza por la atribución de legitimación a determinados órganos públicos, como el Ministerio Fiscal o el Defensor del Pueblo; y a determinadas entidades habilitadas para la defensa de los consumidores, principalmente las asociaciones de consumidores que reúnan los presupuestos que cada Estado defina. En estos sistemas, como avanzábamos, el régimen de financiación no se organiza con cargo a las aportaciones privadas de terceros o de los despachos de abogados especializados. La financiación o bien es pública, o bien se basa en las aportaciones que individualmente puedan realizar los consumidores representados en la acción colectiva. En los casos en los que quien se erige en promotora de la acción es una asociación de consumidores (los más frecuentes en la práctica), estas aportaciones suelen realizarlas los socios de aquéllas que se encuentran incluidos en la clase representada. Así, este segundo modelo va normalmente vinculado a una regulación restrictiva de la legitimación extraordinaria, residenciada en aquellos organismos o entidades que contribuyen a la tutela del interés público o social comprometido en este tipo de causas.

A pesar de la ideación teórica de estos dos modelos, lo cierto es que en la práctica más reciente los binomios explicados han empezado a desdibujarse. Como seguidamente veremos, mientras que la regulación de las acciones colectivas hoy vigente en la LEC es fiel (al menos de facto) al modelo restrictivo o intervencionista arriba

19 Vid. Fernando Gascón Inchausti, "Acción colectiva de los usuarios frente a la entidad concesionaria de una autopista como consecuencia de las retenciones provocadas por una nevada (algunas consideraciones a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010). BIB 2011/295", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 6 (2011): 67.

20 En el sistema estadounidense cuentan con una larga experiencia en la materia, con lo que el cálculo global de las indemnizaciones se realiza de acuerdo con sistemas estadísticos avanzados. Con todo, la fijación de una cuantía global conlleva siempre un doble riesgo: que sea insuficiente, lo que vendría a perjudicar a los consumidores que no pudieron verse resarcidos por el perjuicio sufrido, debiendo establecerse mecanismos correctores; y por otro, que sea excesiva, en cuyo caso habría que decidir qué hacer con el remanente. A este último respecto se presentan varias alternativas, bien devolver el exceso al demandado, posibilidad ésta que no resulta aconsejable, ya que no contribuye a evitar el efecto disuasorio pretendido; bien destinar las cantidades restantes a finalidades que directa o indirectamente puedan revertir en beneficio de los consumidores. Esto último se consigue a través del método "cy press" o "cy press distribution", siendo algunas de sus modalidades las que siguen: por un lado, la conocida como *price reduction distribution*, que consiste en reducir los precios en beneficio de quienes participen en actos jurídicos similares a aquéllos que dieron origen al proceso durante un período de tiempo; y, por otro, el *coupon settlement*, que consiste básicamente en que la condenada ponga a disposición de los miembros de la clase perjudicada una serie de cupones de descuento, que les permiten adquirir el producto a un precio inferior. Lo importante es, en estos casos, que la condenada asuma su responsabilidad, revirtiendo la cuantía por ella pagada en beneficio de los consumidores. Vid. a este respecto: Rachael P. Mulheron, *The Modern Cy-près Doctrine: Applications & Implications*, (USA, Routledge-Cavendish, 2006), 215 y ss.; Kevin M. Forde, "What Can a Court Do with Leftover Class Action funds? Almost Anything", *The Judge's Journal*, vol. 35, nº 3 (1996): 1 a 12. <https://mielegalaid.org/system/files/document/What%20Can%20a%20Court%20Do%20with%20Leftover%20Class%20Action%20Funds%20-%20Almost%20Anything.pdf>.



descrito, el proceso que diseña el Proyecto no se acomoda a ninguno de los binomios examinados, sino que combina el sistema de legitimación restrictivo, con un sistema de financiación que contempla la *third party litigation funding*. A todo ello nos referiremos seguidamente, para lo cual tendremos que detenernos también en el análisis de la postura sostenida por la Directiva 2020/1828 sobre este particular.

## II. EL SISTEMA DE LEGITIMACIÓN Y FINANCIACIÓN DE LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN RESARCITORIAS POR EL QUE SE DECANTA LA LEC 1/2000

El legislador de la LEC 1/2000 instauró el sistema de legitimación predominante en los sistemas de *Civil Law*, optando así por descartar la legitimación del consumidor individual en orden a la interposición de acciones colectivas<sup>21</sup>. Por otro lado, previó distintos elencos de sujetos legitimados en función de dos variables: por un lado, del tipo de acción ejercitada –toda vez que bajo su cobertura se defienden intereses diversos–; y, por otro, del grado de determinación del grupo de consumidores afectados<sup>22</sup>.

De este modo, los sujetos legitimados para el ejercicio de una acción colectiva de cesación<sup>23</sup> –en defensa del interés supraindividual– son diferentes de los legitimados para entablar una acción colectiva resarcitoria –en defensa de los intereses individuales homogéneos<sup>24</sup>–. Por su parte, aunque sólo respecto de las propias acciones colectivas resarcitorias, difieren los sujetos legitimados en función del mayor o menor grado de determinación de los sujetos afectados por el acto ilícito. En tal sentido, los sujetos legitimados para la interposición de una acción colectiva resarcitoria en defensa de un conjunto de sujetos determinados o fácilmente determinables<sup>25</sup> serán distintos de

21 El supuesto que más podría acercarse a la legitimación del consumidor individual sería el reconocimiento de legitimación de los grupos de consumidores afectados. Ello no obstante, para que éste pueda ejercitar acciones colectivas al amparo del artículo 11.2 LEC, deberá estar integrado por la mayoría de los afectados por el hecho dañoso, pues en caso contrario no tendrá reconocida capacidad para ser parte (art. 6.1.7 LEC).

22 De este modo, las dos notas que caracterizan la regulación de la legitimación para el ejercicio de acciones colectivas en nuestro ordenamiento son: por un lado, la diversidad o heterogeneidad de los sujetos legitimados, en función de los distintos textos legales aplicables, así como de los intereses que pretendan protegerse mediante el ejercicio de la acción colectiva; y, por otro, la exclusión de la legitimación de sujetos particulares para el ejercicio de acciones colectivas. Cfr. Fernando Gascón Inchausti, *Tutela Judicial de los Consumidores y Transacciones Colectivas*, (Pamplona: Thomson Reuters, 2010), 117.

23 Están legitimados para promover estas acciones el Ministerio Fiscal (art. 11.5 LEC); las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8 (art. 11.4 LEC); así como los sujetos previstos en los listados incluidos en distintas normas sectoriales en materia de consumo, que tienen reconocida legitimación para entablar acciones de cesación en sus ámbitos respectivos.

24 En la terminología de la LEC vigente “intereses colectivos” (art. 11.2 LEC) e “intereses difusos” (art. 11.3 LEC).

25 De acuerdo con el art. 11.2 LEC tienen reconocida legitimación para la defensa de los intereses que afectan a un grupo de consumidores determinado o fácilmente determinable: el propio grupo de afectados cuando esté integrado por la mayoría, las asociaciones de consumidores legalmente constituidas y las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos. El art.11.5 la conferiría también al Ministerio Fiscal.



los legitimados a fin de entablar una acción colectiva resarcitoria cuando el colectivo afectado sea difuso, o lo que es lo mismo, cuando el grupo de consumidores afectados se encuentre indeterminado o sea difícilmente determinable<sup>26</sup>.

En lo que concierne a la financiación de los procesos colectivos, no encontramos una regulación específica en nuestro ordenamiento. Por un lado, la TPF no se contempla ni en la LEC ni en ninguna norma sustantiva vigente como mecanismo de financiación de este tipo de procesos<sup>27</sup> y, aunque tampoco se prohíbe expresamente, por el momento este mecanismo de financiación no ha sido empleado en este ámbito. Por otro lado, la financiación de los procesos colectivos por parte de los despachos de abogados tampoco constituye una realidad en el modelo de litigación colectiva vigente en España. Es cierto que los pactos de *quota litis* en sentido estricto se permiten en nuestro país desde el año 2008<sup>28</sup>, sin embargo, su ámbito de aplicación se ha circunscrito a los procesos individuales<sup>29</sup>. Estos modelos de financiación propios de los sistemas liberales no han tenido predicamento en nuestro ordenamiento, en el que las fórmulas de financiación en las que se han apoyado los legitimados para promover este tipo de acciones son las propias de los sistemas intervencionistas: financiación pública y aportaciones de los afectados por el hecho dañoso controvertido que, como tendremos ocasión de analizar posteriormente, plantean importantes quiebras en la práctica.

- 26** Estarían legitimados para promover acciones colectivas en defensa de un grupo de consumidores indeterminado o difícilmente determinable, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente representativas, que son las que tienen presencia en el Consejo de los Consumidores y Usuarios (art. 11.3 LEC) y también el Ministerio Fiscal (art. 11.5 LEC).
- 27** Como veremos en próximos epígrafes este sistema de financiación, que hasta el momento tenía implantación en nuestro Estado en el marco, fundamentalmente, de los procedimientos arbitrales, empezó a normalizarse también en el ámbito judicial a raíz de su previsión en la Directiva 104/2014 sobre acciones civiles por daños derivados de infracciones de defensa de la competencia y las demandas por los daños *antitrust* generados por el cartel de los fabricantes de camiones. Recientemente, también está cobrando especial protagonismo en el contexto de los procesos representativos, ya que el prelegislador español (haciendo uso de la posibilidad recogida en la Directiva 2020/1828) permite, aunque no regula como debiera, la TPF.
- 28** En España, hasta no hace demasiado tiempo, este tipo de "pactos" entre abogado y cliente estaban prohibidos. Se admitía el cobro de una cuota de éxito, pero no el establecimiento de un pacto de *quota litis* en sentido estricto, esto es, que el abogado cobrase sus honorarios únicamente en el caso de que ganase el pleito. El punto de inflexión a este respecto vino de la mano de la STS (Sala 3ª) de 4 de noviembre de 2008, en la que el Alto Tribunal declaraba con rotundidad que la "la prohibición de la cuota litis en sentido estricto choca frontalmente con lo establecido en el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia que prohíbe la fijación directa o indirecta de precios así como la de otras condiciones comerciales o de servicio" (F. J. 6º). Vid. en torno a los pactos de *quota litis* en España: Antonio Salas Carceller, "La legalidad del pacto de "cuota litis" en el orden civil", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 17 (2004): 235-237; Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano "Vía libre al pacto de cuota litis", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 11 (2004): 1940-1942; José F. López De La Peña Saldías, "Validez del pacto de cuota litis", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 13 (2004):183-185.
- 29** En este sentido podríamos sostener que el concepto de *contingency fee* admite una doble dimensión: la relativa a la determinación del modo de cálculo de los honorarios del abogado cuando el pago de los mismo queda condicionado a la estimación de la pretensión y, por otro lado, entendido como el modo de cálculo del retorno de una inversión cuando en el marco de los procesos colectivos, quien asume los costes íntegros del proceso es un despacho de abogados.

De conformidad con el sistema de tutela colectiva implantado en la LEC, los costes derivados de la iniciación de un proceso colectivo pueden llegar a ser muy elevados, sobre todo, en los supuestos en los que la acción colectiva represente a un grupo de consumidores determinado o fácilmente determinable. En estos casos, la entidad habilitada (art. 11.2 LEC) debe notificar a todos los afectados por el hecho dañoso su intención de interponer la acción colectiva, con el objetivo de que puedan asumir las riendas de su propia defensa erigiéndose en litisconsortes (art. 15.2 LEC)<sup>30</sup>. Igualmente, una vez admitida la demanda, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual (art. 15.1 LEC)<sup>31</sup>. Este llamamiento, según dispone el artículo de referencia “*se hará por el Letrado de la Administración de Justicia publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses*”.

A este respecto cabe tener presente que aunque los gastos derivados de la notificación a los afectados tengan la consideración de costas (art. 241.1.2º LEC) y puedan ser reintegrados a la actora en caso de vencimiento (art. 394 LEC), ejercen un importante efecto disuasorio de cara a la interposición de acciones colectivas. Como seguidamente veremos, el sistema de financiación empleado por los sujetos que hoy en día se encuentran legitimados en orden a la interposición de esta tipología de acciones restringe enormemente la aplicabilidad de este instrumento. A continuación, trataremos de explicar cuáles son los principales obstáculos con los que se han topado las promotoras de acciones colectivas, y que a la postre han contribuido a justificar —aunque solo sea en parte— la escasa repercusión práctica de los procesos colectivos resarcitorios en nuestro ordenamiento jurídico.

Pues bien, a fin de promover una acción colectiva resarcitoria en defensa de estos grupos determinados o fácilmente determinables de consumidores, tienen reconocida legitimación: las asociaciones de consumidores legalmente constituidas, los grupos de consumidores afectados integrados por la mayoría y el Ministerio Fiscal<sup>32</sup>, siendo

**30** Cuando se encuentra indeterminado o es difícilmente determinable, los costes descienden porque la notificación individual no puede llevarse a efecto (art. 15.1 LEC). Tampoco se requiere la notificación individualizada cuando la acción que se promueve es una acción de cesación (art. 15.4 LEC).

**31** En lo concerniente a los costes derivados de la publicidad de la admisión de la demanda, se observa que mientras el art. 14 PLEC disponía que el llamamiento se haría “*por orden del tribunal y a costa del demandante o demandantes*”, el art. 15 LEC omite dicha referencia, con lo que no ofrece una respuesta en torno a la asunción de los costes derivados de la difusión de la admisión de la demanda. *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, de 13 de abril de 1999, nº 147-1. Sin embargo, la doctrina considera unánimemente que los costes derivados de la publicidad deben ser sufragados por el demandante.

**32** El artículo 11.2 LEC también reconoce legitimación a estos efectos, esto es, para promover acciones colectivas en defensa de grupos de consumidores determinados o fácilmente determinados, en beneficio de “*las entidades legalmente habilitadas para la defensa y promoción de los intereses de los consumidores y usuarios*”, pero no existe consenso a la hora de identificar a estas entidades. *Vid.* un estudio sobre las distintas interpretaciones en María Jesús Sande Mayo, *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, (Pamplona, Aranzadi, 2018), 127-132.

los que a continuación describiremos los principales obstáculos relacionados con la financiación, que han contribuido a frustrar su intento por promover (cuando esta iniciativa ha existido) la interposición de este tipo de acciones.

De entre todos los legitimados, y salvedad hecha del Ministerio Fiscal, las únicas que tienen reconocido el beneficio de asistencia jurídica gratuita son las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico, legalmente constituidas e inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios (D.A 2ª LAJG)<sup>33</sup> —siendo lo más importante de este reconocimiento que quedan exentas del pago de las costas en el caso de desestimación íntegra de sus pretensiones—. Sin embargo, el artículo 6.4 LAJG no abarca los costes derivados de la publicidad regulada en el artículo 15 LEC, sino únicamente la publicación de anuncios o edictos en periódicos oficiales<sup>34</sup>. De este modo, para hacer frente a los gastos que lleva aparejada la promoción de una acción colectiva resarcitoria, las asociaciones se sirven de las cuotas pagadas por sus socios<sup>35</sup>, lo que entraña, como a continuación veremos, importantes dificultades en la práctica.

Por un lado, el sistema de financiación de las asociaciones de consumidores con cargo a las cuotas de sus socios resulta ineficaz cuando los perjuicios que se hayan irrogado a los consumidores sean de escasa entidad, y ello porque en tales casos, el porcentaje de afiliados será muy reducido, ya que las cuotas serán en muchas ocasiones más elevadas que el daño efectivamente causado. Como consecuencia de lo anterior, las asociaciones de consumidores no suelen perseguir judicialmente los ilícitos que causen perjuicios masivos de baja entidad o, en el caso de hacerlo, lo hacen a través de la acumulación de acciones, representando únicamente a sus asociados.

**33** Vid. a este respecto Faustino Cordón Moreno, "Análisis del Proyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 9, (2014). <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>, (consultado por última vez el 25 de enero de 2024).

**34** En este sentido Pablo Gutiérrez De Cabiedes e Hidalgo De Caviedes, "Art. 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. I (arts. 1 a 516), coords. Faustino Cordón Moreno; Teresa Armenta Deu; Julio Muerza Esparza; Isabel Tapia Fernández, (Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2011), 216 a 217, propone o la reforma del art. 6.4 LAJG, eliminando el término "oficiales" o excepcionando en él este supuesto; o que lo fuera con cargo a un Fondo para la protección y defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.

**35** Estas cuantías varían de unas asociaciones a otras e implican el cobro, por un lado, de una cuota de entrada y una cuota mensual y, por otro, de una cuantía por la participación en un proceso colectivo, que varía en cada procedimiento en función de distintos parámetros. Por ejemplo, en el caso de la asociación de consumidores y usuarios "ADICAE", toda persona que se adhiera ha de cumplir un primer requisito: ser socio, para lo cual es preciso abonar una cuota inicial de 30 euros y una cuota anual de 46 euros (36 de cuota de socios y 10 de cuota de suscripción a la revista Usuarios). En el caso de que dos personas o más figuren en el contrato, una debe ser socia (30+46) y el resto deben ser socios familiares. El coste de ser socio familiar es sólo 5 euros. A su vez, el coste de participar en un proceso colectivo varía, como adelantamos *supra*, de un proceso a otro. A título de ejemplo, siguiendo con ADICAE, en la acción colectiva frente a las cláusulas suelo, el coste de sumarse a la causa dependía del número de afectados: de tal suerte que siendo menos de 60, la cantidad a pagar es de 250 euros, si es entre 61 y 300 habrá que abonar 200 euros y a partir de 301 la cantidad a pagar es de 150 euros. En la demanda frente a Bankia los costes derivados de la condición de socio son los señalados *supra*, sin embargo, la cuota de adherirse a la causa colectiva depende del tipo de inversión realizada, de modo que si ésta es de hasta 10.000 euros el coste es de 60 euros y si la inversión es de más de 10.000 euros el coste de sumarse a la causa es de 120 euros.



Por otro lado, en el caso de que la asociación decida plantear una verdadera acción colectiva, tendrá que financiarla con cargo a las cuotas pagadas por los socios, aunque el resultado del pleito aproveche al conjunto de los afectados por el hecho dañoso y, por lo tanto, también a los afectados que no han contribuido a la financiación del pleito (arts. 222.3 y 519 LEC), generándose un problema de *free rider*<sup>36</sup>. Ésta y otras circunstancias son las que justifican que en la práctica, las asociaciones de consumidores hayan optado mayoritariamente por la interposición de demandas agrupadas en defensa de los intereses privativos de los asociados –ajenas a las especialidades contenidas en el art. 15 LEC– en lugar de acciones colectivas.

La situación de los grupos de consumidores y usuarios es, si cabe, más compleja, ya que no tienen reconocido el beneficio de asistencia jurídica gratuita. Por otro lado, la interposición de acciones colectivas por los grupos de afectados lleva consigo el mismo problema de *free rider* que explicamos en relación con las asociaciones de consumidores. Y es que los efectos de la sentencia que ponga fin al proceso iniciado por el grupo al amparo del artículo 11.2 LEC benefician, no sólo a los consumidores que han decidido integrar el grupo, soportando entonces los costes del proceso, sino a todos los afectados por el hecho dañoso controvertido. Todos estos factores –sumados a la necesidad de que el grupo deba constituirse con la mayoría de los afectados para demandar (art. 6.1.7 LEC)– explican que no encontremos una sola acción colectiva promovida por un grupo de consumidores afectados, pues a éstos les compensará en todo caso interponer una demanda agrupada, ajena a las exigencias del artículo 15 LEC y no una acción colectiva. Los beneficios que pudiera conllevar el ejercicio de la acción colectiva se desvanecen ante la necesidad de asumir los costes derivados de la publicidad regulada en el artículo 15 LEC.

Por su parte, la financiación de las acciones colectivas interpuestas por el Ministerio Fiscal es necesariamente pública, sin embargo, el hecho de que la Fiscalía no cuente con un presupuesto propio puede frustrar su intento por adoptar decisiones de manera eficaz, limitando seriamente su autonomía<sup>37</sup>. Lo anterior, unido a la ausencia de especialización del Ministerio Fiscal en materia de acciones colectivas, justifica que su papel en este ámbito, que a nuestro juicio debiera ser decisivo, haya sido meramente testimonial. Por el momento, la Fiscalía se ha limitado casi en exclusiva a interponer acciones de cesación, que además de estar exentas de las exigencias de comunicación

**36** Como explica Rachael H. Mulheron, "The class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective", (Oxford, Bloomsbury Academic, 2004), 463 y ss., los *free riders* son aquéllos que obtienen un beneficio de un proceso sin contribuir a los costes que éste genera.

**37** El art. 72.3 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dispone que "*Los Presupuestos Generales del Estado y los de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de Administración de Justicia contemplarán, dentro de la Sección que corresponda, y previa ponderación de las necesidades funcionales del Ministerio Fiscal propuestas por el Fiscal General del Estado, previa audiencia, en su caso, a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, las correspondientes partidas presupuestarias adecuadamente singularizadas para atender a aquéllas. En todo caso, una de estas partidas será gestionada por la Unidad de Apoyo del Fiscal General y estará destinada a atender los gastos de funcionamiento de la administración de la Fiscalía General del Estado*".



que rigen en los restantes procesos colectivos promovidos en defensa de los intereses individuales homogéneos de los consumidores (art. 15.4 LEC), resultan menos complejas desde el punto de vista procedimental. Lo anterior, que sí estaba justificado hasta el 2014, ya que hasta entonces el Ministerio Fiscal carecía de legitimación para promover acciones colectivas resarcitorias; ha dejado de estarlo tras la ampliación de su legitimación -a través de la Ley 3/2014- en orden a la interposición de cualesquiera acciones<sup>38</sup>.

### III. LA POSTURA DE LA DIRECTIVA 2020/1828 ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN Y LA FINANCIACIÓN DE LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN RESARCITORIAS

A propósito de la legitimación, la Directiva 2020/1828 dispone que los Estados miembros velarán porque las acciones de representación puedan ser ejercitadas por las entidades habilitadas designadas por ellos para tal fin<sup>39</sup>, previendo que entre estas entidades podrían encontrarse organismos públicos e incluso entidades *ad hoc* para el ejercicio de una acción determinada<sup>40</sup>. De este modo, lo primero que hace la Directiva es excluir la posibilidad de que los Estados miembros puedan conferir legitimación en beneficio de los consumidores individuales que hayan resultado afectados por el hecho dañoso.

La Directiva, por otro lado, si bien deja a los Estados miembros la definición de los requisitos que deben acreditar las entidades que pretendan habilitarse para el inicio de acciones colectivas a nivel nacional<sup>41</sup>, sí define cuáles son los requisitos que han de reunir las entidades habilitadas para el ejercicio de acciones de representación transfronterizas. Estas últimas deberán reunir, sin excepción, los siguientes requisitos:

- a) Deben ser personas jurídicas constituidas de conformidad con el Derecho nacional del Estado miembro de su designación.

<sup>38</sup> Desde entonces, el Ministerio Fiscal se ha limitado a promover (a través de la Fiscalía de Córdoba) una demanda contra "Gas Natural Andalucía S.A." solicitando que se declarase la nulidad y la eliminación de los contratos de suministro de dos cláusulas (una referida a los derechos de alta y otra al uso de instalaciones receptoras comunes) por considerarlas abusivas, al tiempo que pedía la restitución a los usuarios de las cantidades indebidamente cobradas por estos conceptos.

<sup>39</sup> Por este sistema se decantaba igualmente la Comisión Europea, al disponer en el punto 18 de su Recomendación de 11 de junio de 2013, que "En las acciones de representación, la capacidad legal para ejercitarlas debe limitarse a entidades acreditadas *ad hoc*, a entidades representantes designadas que cumplan determinados criterios establecidos por ley o a las autoridades públicas. Se debería obligar a la entidad representante a demostrar que posee la capacidad administrativa y financiera suficiente para representar los intereses de los demandantes de forma adecuada".

<sup>40</sup> No cabría la posibilidad, sin embargo, de designar entidades *ad hoc* para la interposición de acción de representación transfronterizas (considerando 28).

<sup>41</sup> Con la única exigencia de que los criterios que utilicen los Estados "sean conformes con los objetivos" de la Directiva, "para que el funcionamiento de dichas acciones de representación sea eficaz y eficiente" (artículo 4.4. de la Directiva).

- b) Deben acreditar haber desarrollado actividades de manera efectiva y pública en el ámbito de la protección de los intereses generales de los consumidores durante al menos los doce meses anteriores al momento de su solicitud de designación como entidades habilitadas para el ejercicio de acciones transfronterizas.
- c) Su finalidad estatutaria debe demostrar que la entidad en cuestión tiene interés legítimo en la protección de los derechos de los consumidores.
- d) No deben tener ánimo de lucro.
- e) No deben estar incursas en procedimientos de insolvencia ni haber sido declaradas insolventes.
- f) Deben ser independientes y no estar influidas por personas, distintas de los consumidores, en particular empresarios, que tengan interés económico en la interposición de la acción colectiva, incluyendo a terceros financiadores del litigio. Las entidades deben acreditar, a tal efecto, que han arbitrado mecanismos para evitar la influencia de aquellas terceras personas y para evitar conflictos de intereses en relación con estas últimas.
- g) Deben ofrecer, en particular en sus sitios de internet, información clara y comprensible sobre el cumplimiento de los criterios anteriores y sobre sus fuentes de financiación, su estructura organizativa, de dirección y de sus miembros, así como sobre sus objetivos y actividades. La Directiva incluye, además, previsiones relativas a la información que se ofrecerá a los ciudadanos desde los Estados miembros y la Comisión Europea sobre las entidades habilitadas para el ejercicio de este tipo de acciones transfronterizas.

En lo relativo a la financiación, la Directiva se centra en la necesidad de que los Estados miembros prevean mecanismos eficaces para evitar que el sistema de financiación escogido tenga un impacto negativo en la adecuada tutela de los intereses de los ausentes representados en la acción de representación. A la financiación se refiere directamente en su artículo 10 e, indirectamente, en el artículo 20.

La principal novedad que incorpora la Directiva en materia de financiación reside en el expreso reconocimiento de la *Third party litigation funding* como posible mecanismo de financiación de las acciones de representación resarcitorias. No se trata en ningún caso de una imposición, ya que la Directiva deja en manos de los Estados miembros la decisión de permitir o prohibir este sistema de financiación en el marco de las acciones de representación resarcitorias. Ello no obstante, de conformidad con la Directiva, los Estados miembros que opten por instaurar este sistema de financiación deberán adoptar mecanismos adecuados para evitar que las decisiones de la entidad habilitada (incluida la adopción de acuerdos con la demandada) puedan verse indebidamente influidas por un tercero, perjudicando los intereses colectivos de los consumidores afectados representados en la causa (art.10.2 a).

Para poder evitar la existencia de estos conflictos de intereses —que se producirían en todo caso cuando la acción representativa se interpone frente a una entidad que sea competidora del tercero financiador o contra un demandado del que el financiador dependa (art. 10.2 b)—; la Directiva impone a los Estados miembros que velen porque los jueces y tribunales estén facultados para ejercer un adecuado control

acerca de la financiación presentada por la entidad habilitada, de tal forma que puedan exigirles información económica detallada sobre sus fuentes de financiación y puedan impartir instrucciones a aquellas en relación con la financiación que puedan aceptar o deban rechazar e, incluso, puedan negar o revocar la legitimación procesal de aquellas para el ejercicio de la acción de representación cuyo ejercicio pretende (art.10.3 y 4).

En otro orden de cosas, y en contraposición al tratamiento que dispensa a la TPE, la Directiva no se pronuncia expresamente sobre la conveniencia o no de que los Estados miembros puedan admitir como método de financiación de las acciones de representación resarcitorias, las conocidas como *contingency fees*, pactos de *quota litis* u honorarios condicionales<sup>42</sup>. A pesar de lo anterior, aplicando por analogía su artículo 10, que como vimos prohíbe toda forma de intromisión del financiador en el devenir de la acción de representación, llegamos a la conclusión de que se opone a su establecimiento. Y es que el abogado financiador, lejos de hallarse en una situación de independencia en relación con la entidad habilitada, es el encargado de articular la estrategia defensiva por ella seguida en el contexto del ejercicio de la acción de representación, de modo que la probabilidad de que puedan surgir conflictos de intereses entre él y los afectados representados, fundamentalmente en el marco de la adopción de acuerdos, es muy elevada.

Por último, en su artículo 20, bajo la rúbrica de “*Asistencia para entidades habilitadas*”, la Directiva exige a los Estados miembros que adopten medidas que faciliten la capacidad financiera de las entidades habilitadas para la interposición de acciones de representación, tales como el apoyo estructural por parte de organismos públicos, la limitación o supresión de tasas o el acceso a la justicia gratuita. Igualmente, contempla la posibilidad de que los Estados miembros establezcan normas que permitan a las entidades habilitadas exigir a los consumidores una tarifa modesta o una contribución comparable como presupuesto para ser representados en la acción colectiva.

#### IV. EL SISTEMA DE LEGITIMACIÓN Y FINANCIACIÓN DE LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN RESARCITORIAS QUE ACOGE EL PL

Antes de adentrarnos en el examen de la regulación de la legitimación y la financiación que acoge el Proyecto, es preciso que tengamos presente que el proceso especial que configura se asienta como norma general sobre un sistema de *opt-out*, lo que supone

<sup>42</sup> Si lo había hecho con anterioridad la Comisión Europea, previendo a este respecto en su Recomendación de 11 de junio de 2013 que “Los Estados miembros deberían garantizar que los honorarios de los abogados y su método de cálculo no creen ningún incentivo para emprender acciones judiciales que sean innecesarias desde el punto de vista de los intereses de cualquiera de las partes”. A lo que añadía que “Los Estados miembros que, excepcionalmente, permitan honorarios condicionales, deberían establecer una normativa nacional adecuada sobre estos honorarios en casos de recursos colectivos, teniendo especialmente en cuenta el derecho de los miembros de la parte demandante a obtener una reparación íntegra de los daños” (párr. 30).

que en los procesos en los que se ejerciten acciones de representación resarcitorias, las entidades habilitadas únicamente representarán a los consumidores que no se hubiera autoexcluido expresamente de la causa (o cuando excepcionalmente resulte pertinente el *opt-in*, a los consumidores que se hayan incluido expresamente en la misma)<sup>43</sup>.

Para que los consumidores afectados puedan ejercer este derecho, la entidad habilitada tendría que poner en su conocimiento el auto de certificación de la acción de representación, asumiendo los costes que de ello se deriven (proyectado art. 851.6 LEC). Además, debería costear la creación y mantenimiento de una plataforma electrónica (proyectado art. 856 LEC)<sup>44</sup>, así como la contratación del personal y de los medios necesarios para que los consumidores que no puedan acceder por sí mismos a la plataforma puedan ejercitar su derecho de separación —o en su caso inclusión— por otro medio (proyectado art.849 LEC)<sup>45</sup>. Por lo tanto, y aquí es a donde se quiere llegar, este nuevo proceso que diseña el Proyecto lleva aparejados todavía más costes que el sistema vigente. Partiendo pues de la anterior premisa, pasaremos a detenernos en el sistema de legitimación y financiación que alberga.

En lo relativo a la legitimación, la primera novedad que incorpora el Proyecto reside en la definición de un único elenco de sujetos legitimados para la interposición de acciones de representación de cualquier tipo (esto es, los legitimados podrán ejercitar tanto acciones de cesación como resarcitorias), lo que se aparta del sistema actual en el que los legitimados para la interposición de las dos modalidades de acciones son distintos. Además, el Proyecto prevé que la regulación de la legitimación para entablar acciones representativas se localice en el TRLGDCU y no en la LEC<sup>46</sup>.

El Proyecto no incorpora un cambio de modelo en cuanto a la legitimación, pues por imperativo de la Directiva 2020/1828 descarta la legitimación de los consumidores afectados. Ello no obstante, el elenco de sujetos legitimados para la interposición de

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

**44** Los consumidores y usuarios que quieran hacer uso de su derecho de apartarse de la causa o, en su caso, de incluirse en la misma en los supuestos excepcionales en los que se hayan determinado la pertinencia del *opt-in*, tendrán que registrarse en la plataforma electrónica creada por la promotora de la acción colectiva. A los efectos de facilitar el proceso de registro y también el ejercicio del derecho de apartarse o incluirse de la causa, la plataforma deberá incluir un procedimiento claro, sencillo y accesible.

**45** A este respecto, tal y como señala el proyectado art. 849.4 LEC, "*Los gastos derivados de la creación y el mantenimiento de la plataforma electrónica a que se refiere este artículo tendrán la consideración de costas procesales, a los efectos de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 240 de esta ley*".

**46** La actual regulación de la legitimación para entablar acciones colectivas de cesación se concreta en el art. 11 LEC, apartados 4 y 5; también en el TRLGDCU y en las leyes sectoriales en materia de consumo que a raíz de la transposición de la Directiva 98/27/CE pasaron a incorporar un elenco propio de legitimados para entablar este tipo de acciones en sus ámbitos respectivos de aplicación.



acciones de representación de conformidad con la proyectada reforma difiere notablemente del actual, y ello aun cuando el Proyecto sostenga en su Exposición de Motivos, que en materia de legitimación acoge la regulación anterior<sup>47</sup>. El Proyecto incorpora, al menos, tres cambios destacables respecto al régimen de legitimación actual.

Por una parte, prescinde de la legitimación de los grupos de consumidores afectados integrados con la mayoría, que actualmente tienen reconocida legitimación para entablar acciones colectivas resarcitorias en defensa de los grupos de consumidores afectados determinados o fácilmente determinables (arts. 6.1.7 y 11.2 LEC) y de las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, que a día de hoy también tienen reconocida legitimación para promover procesos colectivos resarcitorios en defensa de los grupos de afectados determinados o fácilmente determinables (en defensa de lo que hasta la fecha se hacían llamar “intereses colectivos”); también del requisito de la representatividad que actualmente deben ostentar las asociaciones de consumidores para entablar acciones colectivas resarcitorias en defensa de los consumidores afectados indeterminados (art. 11.3 LEC)<sup>48</sup>, sustituyéndolo por un proceso de habilitación que deberán superar todas las asociaciones de consumidores que quieran erigirse en promotoras, con carácter general, de los intereses colectivos de los consumidores. Por último, extiende la legitimación extraordinaria de ciertos organismos públicos (que hasta el momento tenían reconocida legitimación para la interposición de acciones colectivas de cesación y ahora la tendrán también para el ejercicio de acciones colectivas resarcitorias)<sup>49</sup>.

En definitiva, de acuerdo con el Proyecto tendría reconocida legitimación para entablar acciones representativas, tanto resarcitorias como de cesación, (art. 54 TRLG-DCU) en su redacción dada por el PL:

- a) Las asociaciones de consumidores y usuarios habilitadas para el ejercicio de acciones de representación, nacionales o transfronterizas. El Proyecto extiende a las asociaciones de consumidores que pretendan entablar acciones de representación nacionales los requisitos exigidos en la Directiva 2020/1828 a aquellas entidades que pretendan recibir habilitación para el ejercicio de acciones

<sup>47</sup> Exposición de Motivos VI, párr. 47 PL: “En cuanto a la regulación de la legitimación activa, se mantiene el régimen existente, pero la ley se centra en la de las entidades habilitadas, efectuando una remisión parcial al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Se regulan, de forma especial, el tratamiento procesal que ha de recibir la desaparición sobrevenida de los requisitos que una entidad que esté ya ejerciendo una acción de representación ha de cumplir para estar habilitada y, por ende, legitimada”.

<sup>48</sup> Las asociaciones de consumidores y usuarios especialmente representativas son aquellas que tienen presencia en el Consejo de los Consumidores y Usuarios. Actualmente estas asociaciones serían las siguientes: La Asociación de Usuarios de Bancos Cajas y Seguros (ADICAE); La Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC); La Confederación de Consumidores y Usuarios (CECU); Consumidores en Acción (FACUA); La Federación de Usuarios Consumidores Independientes (FUCI); Confederación Española de Cooperativas de Consumidores y Usuarios (HISPACOOOP); Organización de Consumidores y Usuarios; Federación Unión Nacional de Consumidores y Amas del Hogar de España (UNAE); Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN).

<sup>49</sup> Vuelve a mostrarse crítico con esta decisión Ferreres Comella, “La legitimación activa y la financiación de litigios en el Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación”, 7.

transfronterizas.

- b) El Ministerio Fiscal<sup>50</sup>.
- c) La Dirección General de Consumo y los órganos o entidades, de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios<sup>51</sup>.
- d) Las entidades designadas en otro Estado miembro de la Unión Europea como entidades habilitadas para ejercitar acciones de representación transfronterizas, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2020/1828.

El prelegislador ha decidido descartar la legitimación de las entidades constituidas *ad hoc*, como pudieran serlo las asociaciones de afectados por un determinado hecho dañoso, poniendo el foco en las asociaciones de consumidores que reúnan los mismos requisitos que la Directiva exige a las entidades que entablen acciones transfronterizas.

En relación con la financiación, el Proyecto únicamente se refiere expresamente a la posibilidad de que las acciones colectivas puedan ser financiadas por terceros, lo hace al regular la audiencia y el auto de certificación y también —aunque superficialmente— los acuerdos de resarcimiento. No se pronuncia, sin embargo, sobre las medidas de “*Asistencia para entidades habilitadas*”, a las que alude la Directiva 2020/1829 en su artículo 20.

El Proyecto, en lo que a la financiación por terceros concierne, se centra únicamente en los controles que deberá de llevar a cabo el juez, en el marco de la fase de certificación de la acción de representación resarcitoria<sup>52</sup>, a fin de comprobar si existen potenciales conflictos de intereses que puedan poner en peligro la adecuada defensa

**50** A la vista de la escasa iniciativa que ha demostrado el Ministerio Fiscal en el ámbito de las acciones colectivas, Ferreres Comella, “La legitimación activa y la financiación de litigios en el Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación”, 7, considera prescindible su reconocimiento de legitimación en la nueva regulación de las acciones de representación. En nuestra opinión, sin embargo, este reconocimiento es necesario, fundamentalmente porque las acciones colectivas de escasa cuantía no interesarán a ningún financiador, por lo que éstas deberían ser promovidas por un Ministerio Fiscal especializado.

**51** En contra de extender el reconocimiento de legitimación de estos organismos para la interposición de acciones de representación resarcitorias se muestra Ferreres Comella, “La legitimación activa y la financiación de litigios en el Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación”, 6.

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

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

de los derechos de los consumidores ausentes. El proyectado artículo 844.1 f) LEC prevé a este respecto que, para que el juez pueda ejercer este control, la promotora de la acción de representación resarcitoria debe aportar con su escrito de demanda un resumen financiero de las fuentes de financiación utilizadas para apoyar la acción de representación. Dicho resumen debe expresar, en su caso, la existencia de financiación por un tercero, que habrá de ser debidamente identificado.

Ahora bien, en este punto la previsión del Proyecto resulta insuficiente de cara a que el juzgador pueda examinar la pertinencia de la financiación presentada por la actora, pues para valorar su idoneidad (o si prefiere la ausencia de conflicto de intereses entre el financiador y los afectados por el hecho dañoso controvertido) lo oportuno sería que, además del resumen financiero en el que la promotora deba informar de cuáles son sus fuentes de financiación, ésta presente una copia del acuerdo concreto alcanzado con la o las financiadora/s<sup>53</sup>, en el que se indique el porcentaje de retorno de la inversión acordado, que a nuestro juicio (como tendremos ocasión de analizar posteriormente) debiera ser convenientemente regulado.

Recordemos que el juzgador tiene que velar porque los intereses del financiador no pueden interferir en la llevanza del procedimiento, de modo que nunca se interpongan en la adecuada defensa de los intereses colectivos de los consumidores representados en la causa. Igualmente, para ejercitar adecuadamente su derecho de separación, los consumidores afectados por el hecho dañoso controvertido deben conocer los términos exactos del acuerdo financiero adoptado entre la promotora de la acción colectiva y el tercero financiador (por lo que este extremo debería figurar en el auto de certificación de la acción de representación), ya que sólo de este modo podrán valorar si les compensa ser representados por aquélla o si prefieren asumir las riendas de su propia defensa en el marco de un proceso individual.

Al margen de lo anterior, en cuanto al procedimiento a seguir, el proyectado artículo 850.1 LEC prevé que, una vez que el juzgador haya valorado la financiación presentada por la entidad habilitada, en el mismo auto en el que certifique la acción de representación resarcitoria tendrá que pronunciarse también sobre la financiación, indicando el mismo precepto en su último inciso que: *“el tribunal rechazará la financiación por tercero si entiende que concurre un conflicto de intereses”*. De lo anterior resulta que, de acuerdo con el Proyecto, el único motivo que podría justificar la denegación de la financiación sería la apreciación de un conflicto de intereses, de modo que el prelegislador no contempla la posibilidad, por ejemplo, de que la financiación aportada resulte inidónea al resultar insuficiente, lo que a nuestro juicio supone un error.

Sea como fuere, de acuerdo con el proyectado artículo 850.3 LEC, en el caso de que tribunal aprecie tal conflicto de intereses, tendrá que requerir a la entidad demandada para que renuncie a la financiación propuesta o para que en su caso la modifique

**53** En este sentido se ha pronunciado también Ferreres Comella, “La legitimación activa y la financiación de litigios en el Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación”, 23-24.

en el plazo que a tal efecto se le confiera, no pudiendo rebasar nunca el plazo máximo de un mes. En el supuesto de que la promotora de la acción no realice la subsanación requerida en el plazo indicado, el juzgador sobreseerá el proceso o, en el caso de que hubiera concurrido otra entidad habilitada a la que no afectara el conflicto de intereses, continuará el proceso con esta última<sup>54</sup>. También contempla la posibilidad de que el conflicto de intereses pudiera manifestarse tras la fase de certificación, en cuyo caso se procedería del mismo modo a través de la sustentación de un incidente de previo pronunciamiento (proyectado art. 850.4 LEC).

Como resulta de lo anteriormente expuesto, el Proyecto se limita a prever que la autoridad judicial ejercerá los controles oportunos para garantizar que la financiación por un tercero no sea fuente de conflictos de intereses. Sin embargo, no regula cuáles son los criterios que han de orientar al juzgador en esta labor<sup>55</sup>. A este respecto, una de las cuestiones que más sorprende es que el prelegislador asuma que el retorno de la inversión será pactado entre la entidad habilitada y el tercero financiador (proyectado art. 865.2 LEC)<sup>56</sup> —detrayéndose la cantidad pactada del *quantum* abonado por el condenado en concepto de resarcimiento a los afectados— y, sin embargo, no fije un límite a este retorno que pueda servir de orientación a la labor fiscalizadora del juzgador<sup>57</sup>.

A este último respecto sí se ha pronunciado, sin embargo, el Parlamento Europeo en el “*Draft Report with recommendations to the Commission on Responsible private funding of litigation (2020/2130(INL))*” en el que se incorpora una propuesta de Directiva sobre financiación de litigios por terceros. En él, entre otras medidas, se propone como límite del retorno del inversor un porcentaje que ascendería al 40% de

**54** Como resulta de lo explicado en el texto, la constatación de un conflicto de intereses entre la financiadora y los consumidores representados en la causa no justificaría por sí sola la no certificación de la acción representativa resarcitoria. No sucede lo mismo en el sistema norteamericano de las *class actions*, en el que la certificación positiva de la acción depende, además de la *numerosity* y de la *commonality*, de la constatación de la *adequacy of representation*, siendo la financiación uno de los elementos fundamentales que se toman en consideración para la estimación de este último presupuesto.

**55** En este sentido *vid.* Ferreres Comella, “La legitimación activa y la financiación de litigios en el Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación”, 16.

**56** Esto se extrae del proyectado art. 865.2 LEC cuando señala que: “*al valorar si el acuerdo propuesto resulta indebidamente lesivo de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios afectados el tribunal habrá de tener en cuenta, a la luz de las pruebas obrantes en la causa y de las actuaciones que ya se hubieran llevado a cabo, [...] el importe de las sumas que habrán de entregarse al tercero que haya financiado el proceso*”.

**57** Sobre la necesidad de fijar un límite al retorno se ha pronunciado también el Consejo General del Poder Judicial, en su informe sobre el Anteproyecto de ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (Acuerdo adoptado por el Pleno del CGPJ en su reunión del día 27 de abril de 2023), 66. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es> (último acceso el 30 de enero de 2024).



la cantidad obtenida a través de la sentencia (art. 14.4)<sup>58</sup>. En nuestra opinión, como tuvimos ocasión de apuntar hace algún tiempo, este límite no debería rebasar el 20 % del *quantum* global<sup>59</sup>, entendiendo además que éste debiera ser ponderado atendiendo a la inversión realizada, de modo que el retorno en ningún caso pudiera superar el triple de la inversión efectivamente realizada<sup>60</sup>. Además, a fin de velar por la adecuada representación de los intereses colectivos de los consumidores ausentes, entendemos que resultaría necesario arbitrar medidas adicionales para garantizar que la financiadora no pudiera abandonar la causa constante el proceso, que deviniese insolvente durante su tramitación, etc.

Al margen de lo anterior, como tuvimos ocasión de avanzar en líneas previas, el prelegislador tampoco ha abordado la financiación pública y la financiación con cargo a las aportaciones de los consumidores afectados (a las que se refiere el artículo 20 de la Directiva), cuestiones éstas que a nuestro juicio merecen una reflexión.

En relación con la financiación pública, aunque como señala la Directiva no se pueda obligar a los Estados a financiar los procesos colectivos, éstos sí vienen obligados a arbitrar los mecanismos que correspondan para que los costes asociados a la iniciación de este particular tipo de procesos, no constituya un óbice insalvable, incluyendo entre estas medidas, la de facilitar cuando proceda financiación pública (considerando 70 de la Directiva). Piénsese a este respecto que determinadas causas, fundamentalmente aquellas que vengan referidas a daños de escasa entidad —en el caso de que el grupo de afectados no sea lo suficientemente numeroso—, no ofrecerán incentivos a los financiadores privados, lo que exige, entre otras medidas, la articulación de un fondo público que tenga como propósito la financiación de este tipo de causas.

En nuestra opinión, este fondo público podría constituirse, por un lado, con las cantidades abonadas en concepto de sanción por los condenados en el marco de los procesos de representación de los intereses colectivos de los consumidores que no cumplan en plazo su condena (arts. 843 y 860 LEC)<sup>61</sup>; y por otro, con los remanentes resultantes tras la distribución entre los beneficiarios de las cantidades depositadas por el condenado en el marco de los procesos en los que se hubiera ejercitado una acción

**58** El art. 14.4 dispone expresamente lo que sigue: "*Absent exceptional circumstances, where a litigation funding agreement would entitle a litigation funder to a share of any award that would dilute the share available to the claimant and the intended beneficiaries to 60% or less of the total award, including all damages amounts, costs, fees and others expenses, such an agreement shall have no legal effect*".

**59** Vid. Sande Mayo, *Las acciones colectivas en defensa ...*, 249-250.

**60** En un sentido similar se pronuncia Ferreres Comella, "La legitimación activa y la financiación de litigios en el Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación", 16-17, cuando señala que, fundamentalmente en el caso de que finalmente se opte por un sistema de *opt-out*, debería limitarse el retorno que los financiadores puedan obtener en un múltiplo (razonablemente de tres) de la cantidad invertida y en una proporción máxima de la cuantía de los intereses patrimoniales en discusión (por ejemplo, hasta un 5% de la cuantía total que se reclame).

**61** De acuerdo con lo previsto en el art. 20 de la Directiva 2020/1828, el PL contempla un régimen de sanciones en el caso de que el condenado por la estimación de una acción de representación de cesación o resarcitoria incumpla su obligación dentro del plazo establecido al efecto.

colectiva resarcitoria (proyectado art. 878 LEC). Esto último entraría en conflicto con lo dispuesto en el proyectado artículo 881 de la LEC, por cuanto ordena la devolución del remanente, si lo hubiera, al demandado. Sin embargo, en nuestra opinión, la devolución al condenado del remanente sólo debería de proceder en el caso de que la cantidad a tanto alzado calculada en concepto de reparación hubiera resultado excesiva; pero no en el supuesto de que exista un remanente porque parte de los beneficiarios no hayan solicitado el cobro.

Por último, como ya hemos avanzado, el Proyecto tampoco ha contemplado la posibilidad de que las acciones de representación resarcitorias puedan ser financiadas, en todo o en parte, con cargo a las aportaciones de los consumidores representados en la causa. Recordemos que la Directiva se pronuncia a este respecto estableciendo lo siguiente: “*Los Estados miembros podrán establecer normas que permitan a las entidades habilitadas exigir a aquellos consumidores que hayan manifestado expresamente su voluntad de ser representados por una entidad habilitada en una determinada acción de representación para obtener medidas resarcitorias una tarifa modesta o una contribución comparable por participar a efectos de dicha acción de representación*” (art. 20)

Para valorar la pertinencia de incorporar o no este sistema de financiación debemos partir de la premisa de que éste no encuentra fácil acomodo en un sistema de tutela colectiva asentado sobre el *opt-out*. Este tipo de modelos se instauran para vencer la pasividad de los afectados y para conseguir que el efecto expansivo de las acciones de representación llegue a más personas. Por lo tanto, en el marco de estos sistemas, sería un contrasentido que la afición a la acción representativa quedara condicionada a la aportación de una tarifa (u otra contribución) por parte de los afectados, ya que de alguna manera se estaría imponiendo de *facto* un *opt-in*. Por lo anterior, esta modalidad de financiación únicamente tendría cabida en el marco de los sistemas de autoinclusión, que en el marco del Proyecto han sido concebidos como una excepción a la regla general (proyectado art. 848.2 LEC).

De acuerdo con el Proyecto, el *opt-in* sería el sistema propio de las acciones de representación resarcitorias transfronterizas y también de las acciones de representación en las que la cantidad reclamada o el valor de la pretensión solicitada como resarcimiento para cada beneficiario supere los tres mil euros, siempre que el juzgador considere que el establecimiento del *opt-in* resulta necesario para la buena administración de justicia (proyectado art. 848.3 y 4 LEC). En estos supuestos, entendemos que el sistema de financiación basado en las aportaciones de los consumidores que hayan decidido sumarse a la causa puede ser una buena opción, fundamentalmente si no resulta necesario recabar periciales costosas. La aportación que pueda realizar cada uno de los consumidores para financiar los costes del proceso será inferior a la que en su caso pudiera detraer el financiador en concepto de retorno, ya que este último, como es natural, buscará rentabilizar su inversión. Tampoco se generaría un problema de *free rider*, ya que en el caso de que la demanda sea estimada, ésta sólo aprovecharía a los consumidores afectados que con sus aportaciones hayan contribuido a su financiación. En todo caso, la cantidad solicitada a cada consumidor tendría que ser objeto de fiscalización por parte del juzgador en la audiencia de certificación.

## CONCLUSIONES

Los problemas asociados a la financiación de las acciones de representación resarcitorias explican, al menos en parte, que este instrumento de tutela de los intereses colectivos de los consumidores no haya gozado de efectividad práctica en nuestro ordenamiento jurídico. Pese a ello, a la hora de transponer la Directiva 2020/1828, el prelegislador tampoco ha acometido con rigor la regulación de la financiación de este tipo de procesos. A este respecto, el PL se ha limitado a reconocer la posibilidad de que las acciones de representación resarcitorias sean financiadas por terceros ajenos a la causa (*Third Party Litigation Funding*), regulando en lo más básico el control que en su fiscalización podrá ejercer el juzgador —fundamentalmente durante la audiencia de certificación—, sin definir a tal efecto los criterios en los que ha de basarse en la ejecución de este cometido. Estas previsiones, a todas luces insuficientes, podrían frustrar la eficiencia del nuevo proceso cuya configuración se está fraguando, por lo que esperamos que, durante el procedimiento legislativo, la regulación de la financiación de este tipo de acciones sea sometida a una profunda reflexión y enmienda.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguirrezabal Grúnstein, Maite. “El control de la representatividad adecuada de las asociaciones de consumidores en el ejercicio de las acciones colectivas”, *Revista de Derecho*, vol. 23, nº 2 (2010): 175 - 196. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502010000200009>.
- Agulló Agulló, Diego. “Los contratos de financiación de litigios por terceros (Third-Party Funding) en España”. *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, nº.1, (2022): 183-231. <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.
- Ariza Colmenarejo, María Jesús. *La acción de cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. “Vía libre al pacto de cuota litis”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 11 (2004): 1940-1942.
- Clermont, Kevin M. y Currivan, John D. “Improving on the contingent fee”. *Cornell Law Review*, vol. 63, nº. 4 (1978): 529-640. <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/268>.
- Cordón Moreno, Faustino. “Análisis del Proyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 9 (2014). <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>.
- Corominas Bach, Sergi. “La financiación de las acciones colectivas en la Unión Europea: Un análisis crítico a partir de la experiencia comparada”. En *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, coordinado por Teresa Armenta Deu y Silvia Pereira Puigvert, 297-313. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- De Lucchi López Tapia, Yolanda. “Eficiencia en el acceso a la información y fuentes de prueba en el proceso civil: tibias líneas convergentes EEUU/Europa”. *Revista Italo-Española de Derecho Procesal*, nº 1 (2023): 23-52. DOI: 10.37417/rivits-proc/1255.
- Eisenberg, Theodore.; Miller, Geoffrey P. “Attorney fees in class action settlements: An empirical study”. *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 1, nº 1 (2004) 27-78. <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/356>.
- Ferrerres Comella, Álex “La legitimación activa y la financiación de litigios en el

- Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación”. *Almacén de Derecho*, 28 de febrero (2023): 1 - 23. <https://almacendederecho.org/53368-2>.
- Fisch, Jill E. “Lawyers on the Auction Block: Evaluating the Selection of Class Counsel by Auction”. *Columbia Law Review*, nº 102 (2002): 650-728. <https://doi.org/10.2307/1123758>
- Forde, Kevin M. “What Can a Court Do with Leftover Class Action funds? Almost Anything”. *The Judge’s Journal*, vol. 35, nº 3 (1996): 1-12. <https://mielegalaid.org/system/files/document/What%20Can%20a%20Court%20Do%20with%20Leftover%20Class%20Action%20Funds%20-%20Almost%20Anything.pdf>
- Gascón Inchausti, Fernando. “Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores”. *Almacén de Derecho*, 17 de febrero (2023): 1-32. <https://almacendederecho.org/algunas-claves-del-anteproyecto-de-ley-de-acciones-de-representacion-de-los-intereses-colectivos-de-los-consumidores>
- “¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 2 (2020): 1290-1323. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5672>.
- “Acción colectiva de los usuarios frente a la entidad concesionaria de una autopista como consecuencia de las retenciones provocadas por una nevada (algunas consideraciones a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010). BIB 2011/295”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Estudios, nº 6 (2011): 51-73.
- *Tutela Judicial de los Consumidores y Transacciones Colectivas*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2010.
- Giannini, Leandro. J. “La liquidación y ejecución de sentencias en los procesos colectivos”. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, U.n.l.p. (2014): 214 - 236. [https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2018/05/10-giannini-liquidacion\\_y\\_ejecucion\\_de\\_sentencias\\_procesos\\_colectivos.pdf](https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2018/05/10-giannini-liquidacion_y_ejecucion_de_sentencias_procesos_colectivos.pdf).
- Gutiérrez De Cabiedes e Hidalgo De Caviedes, Pablo. “Art. 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios”. En *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. I (arts. 1 a 516), coordinado por Faustino Córdón Moreno, Teresa Armenta Deu, Julio Muerza Esparza e Isabel Tapia Fernández, 185-234. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2011.
- Hodges, Christopher. “Fast, Effective and Low-Cost Redress: How Do Public and Private Enforcement and ADR Compare?”. En *Competition Law: Comparative Private Enforcement and Collective Redress across the EU*, editado por Barry Rodger, 255-290. New York: Kluwer Law International Competition Law Series, vol. 56, 2014.
- Klonoff, Robert H. “Class Actions for Monetary Relief under Rule 23 (b) (1) (A) and (b) (1) (B): Does Due Process Require Notice and Opt-out Rights?”. *George Washington Law Review*, vol. 82 (2013): 798-833. <https://ssrn.com/abstract=2216082>.
- López De La Peña Saldías, José F. “Validez del pacto de cuota litis”. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 13 (2004): 2004, pp. 183-185.
- López Sánchez, Javier, *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*. Granada: Comares, 2011.
- Macey, Jonathan R.; Miller, Geoffrey P., “The Plaintiffs’ Attorney’s Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform”. *The University of Chicago Law Review*, nº 58 (1991): 1 - 118. <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol58/iss1/1>.



- Mulheron, Rachael P. *The Modern Cy-près Doctrine: Applications & Implications*. USA: Routledge-Cavendish, 2006.
- *The class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*. Oxford: Bloomsbury Academic, 2004.
- Salas Carceller, Antonio. “La legalidad del pacto de “cuota litis” en el orden civil”. *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 17 (2004): 235-237.
- Sánchez-Rivera, Pedro, “La financiación de las acciones colectivas y la *third party funding*. Especial referencia a la experiencia en Australia y Estados Unidos”. En Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro), coordinado por Teresa Armenta Deu y Silvia Pereira Puigvert, 315-332. Madrid: Marcial Pons, 2018.
- Sande Mayo, María Jesús. *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- Silver, Charles, “Restitutionary Theory of Attorneys’ Fees in Class Actions”, *Cornell Law Review*, vol. 76, (1990): 656-721. <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol76/iss3/3>.