COMENTARIOS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA AL ANTEPROYECTO DE LEY DE ACCIONES DE REPRESENTACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS DE LOS CONSUMIDORES SOMETIDO A CONSULTA PÚBLICA

La Asociación Española para la Defensa de la Competencia (la "**AEDC**") es una asociación sin ánimo de lucro que se dedica al estudio y promoción del Derecho de la Competencia, tanto en su vertiente pública (normativa y política de defensa de la competencia), como privada (normativa de competencia desleal y aplicación privada de la normativa de defensa de la competencia). Para un mayor conocimiento de nuestra asociación y las actuaciones y estudios que lleva a cabo nos remitimos a nuestra web www.aedc.es.

La AEDC agradece la oportunidad de presentar sus comentarios y reflexiones relativos al Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (el "**Anteproyecto**") sometido a consulta pública por el Ministerio de Justicia desde el pasado 9 de enero de 2023.

Los presentes comentarios han sido elaborados por un grupo de trabajo *ad hoc* compuesto por varios miembros de la AEDC[1], que incluye profesionales de distintos ámbitos (tanto economistas como abogados), todos especializados en la aplicación de la normativa de competencia (tanto la normativa de defensa de la Competencia como de Competencia Desleal) (el "**grupo de trabajo**"). Las reflexiones que incluye este documento se corresponden con las opiniones particulares de los miembros individuales que conforman el grupo de trabajo y no representan necesariamente la opinión de todos los miembros de la asociación ni de los despachos y consultoras o empresas en las que trabajan o desarrollan actividades profesionales.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. Los miembros del grupo de trabajo **entienden que las acciones de representación reguladas en este Anteproyecto incluyen las acciones de resarcimiento y cesación que puedan entablar los consumidores por la comisión de ilícitos de competencia desleal**, y proponen algunas **modificaciones** a fin de compatibilizar las mismas con la regulación de estos procedimientos.

2. La mayor parte de los miembros del grupo de trabajo consideran asimismo que, dada la redacción tan amplia -aunque en ciertos aspectos difusa- que se da en el Anteproyecto, el nuevo procedimiento de acciones de representación para consumidores también se contempla para la reclamación de daños causados por infracciones del Derecho de la Competencia (ya sean los artículos 101/102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -"**TFUE**"- y/o los artículos 1 a 3 de la Ley 15/2007, de Defensa de

[1] El grupo de trabajo lo componen: Marcos Araujo Boyd; Ainhoa Veiga, Xavier Más, Beatriz García, Paul Hitchings, María Pérez Carrillo, Esther de Felix Parrondo, Natalia Gómez, Julia Suderow, Patricia Vidal, Cristian Gual, Estíbaliz Peinado, Ignacio García-Perrote y Barbara Montanari.

la Competencia - "**LDC**"-). A estos efectos, observan que la Exposición de Motivos del Anteproyecto contempla un "ámbito de aplicación amplio [para] acciones frente a cualquier tipo de infracción en que se hayan visto perjudicados los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios", lo que, a su entender, comprendería no solo las acciones expresamente previstas en la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (la "Directiva 2020/1828"), sino también "cualquier otro supuesto de vulneración de los derechos del consumidor", sin exclusión alguna[2].

3. Algunos miembros de la AEDC, aun coincidiendo en la conveniencia de disponer de un mecanismo de tutela que permita el enjuiciamiento conjunto de acciones de este tipo, consideran que la reclamación de daños por infracción del Derecho de la competencia no puede ser objeto de acciones de representación en los términos propuestos en el Anteproyecto. A este respecto observan que serían necesarias precisiones adicionales respecto de los elementos susceptibles de una decisión conjunta y los que deberían determinarse a la vista de las circunstancias particulares del demandante teniendo en cuenta factores como la determinación y cuantificación del concreto daño sufrido, el nexo causal con la conducta infractora, así como otras cuestiones como la eventual concurrencia de *passing-on defense*, lo que requeriría un análisis individualizado, entre otros extremos, mediante el correspondiente informe pericial. Asimismo observan que, siendo la cuantificación del daño un aspecto primordial en las acciones de daños por infracción del derecho de la competencia, el Anteproyecto dedica escasa o nula atención a la aportación de la prueba pericial.

4. Por último, también existe una parte de los miembros del grupo de trabajo que, si bien consideran que sería deseable que en España se articule un régimen específico para las reclamaciones colectivas de daños derivadas de ilícitos antitrust, tiene serias dudas de que el Anteproyecto realmente haya tenido intención de incluir estas cuestiones en su ámbito de aplicación para el caso de que sean consumidores los que ejerzan este tipo de acciones[3].

---

[2] Existen, además, otros argumentos adicionales en este sentido. Primero, la redacción propuesta del artículo 834.1 LEC asigna la competencia objetiva "con independencia de la materia sobre la que versen" las acciones sin exclusión de materia alguna. Segundo, el Anteproyecto deroga el sistema actual de acciones colectivas por lo que la exclusión de estas acciones indemnizatorias dejaría huérfanos de tutela colectiva a los consumidores (salvo que recurrieran a acciones de representación por infracción del artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal, situación paradójica ahora que existe un régimen de acciones de daños específico para los perjuicios causados por los ilícitos *antitrust*). Tercero, la propia Directiva 2020/1828 no obliga a los Estados miembros a limitar las acciones de representación a las infracciones de las normas que trasponen las Directivas de su Anexo I, sino que permite a los Estados que amplíen su ámbito material de aplicación a cualesquiera asuntos donde una acción de representación podría ser un mecanismo eficiente y adecuado. Finalmente, la Recomendación de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/UE), antecedente directo de la Directiva 2020/1828, recomienda la creación de acciones colectivas para su aplicación en la litigación privada derivada de ilícitos concurrenciales (*vid*., por ejemplo, apartado 7).

[3] Dichos miembros consideran que no es casualidad que la Directiva no incorpore la Directiva (UE) 2014/14 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 entre la normativa de su ámbito de protección del Anexo I. No se trata de

5. En este contexto, la AEDC considera necesario que la norma aclare si las nuevas acciones de representación contemplan reclamaciones de daños derivadas de infracciones en materia de defensa de la competencia. Los comentarios que siguen asumen esa situación, proponiéndose algunos cambios dirigidos a mejorar el tratamiento de estas acciones, si bien, como se ha indicado, no todos los miembros consideran que dichas acciones deban considerarse incluidas. En su lugar, algunos miembros que consideran que no deberían estarlo abogan por la regulación de un procedimiento *ad hoc* para este tipo de acciones, dadas las dificultades de adaptar todas sus particularidades.

2. OBSERVACIONES SOBRE ASPECTOS CONCRETOS DEL ANTEPROYECTO Y PROPUESTAS DE MEJORAS TÉCNICO-JURÍDICAS

2.1 COMPETENCIA OBJETIVA DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL

6. La redacción propuesta para el artículo 834 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Anteproyecto ("**LEC**") atribuye la competencia objetiva para el conocimiento de los procesos en que se ejerciten acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios a los Juzgados de Primera Instancia; y ello con independencia de la materia sobre la que versen. De entenderse que las acciones representativas previstas en el Anteproyecto podrían emplearse para reclamaciones por Competencia Desleal y/o defensa de la Competencia, los Juzgados de Primera Instancia estarían llamados para conocer de estos procesos.

7. Cabe entender que esta atribución de competencia objetiva vulneraría lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 86bis de la LOPJ.

8. Además de lo señalado, entendemos muy conveniente que se mantenga la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de los procesos en materia de Competencia Desleal y, en su caso, Defensa de la Competencia por su destacada especialización. Esta, como ya se ha venido comprobando en los últimos años, contribuye a mejorar, de forma sustancial, la calidad de las sentencias especialmente en la llevanza de asuntos complejos de derecho de la competencia y Competencia Desleal.

9. Por lo señalado, sugerimos que se confirme la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil para la resolución de las acciones colectivas en materia de Competencia Desleal y, en su caso, defensa de la Competencia.

2.2 PLAZOS PROCESALES

10. Con carácter general, consideramos que el Anteproyecto prevé plazos excesivamente cortos que dificultan el derecho de defensa de las partes (sin perjuicio de la extensión a treinta días el plazo para contestar una demanda en ejercicio de una acción de resarcimiento *ex* artículo 858 de la LEC).

---

un olvido del legislador europeo, pues esa materia se encontraba en los trabajos de preparación previos (Libro Verde de 2005) y finalmente no fue incluida en la Directiva (UE) 2014/14 ni en la Propuesta de Directiva ni en el texto definitivo. Consideran, en esta misma línea que, tampoco sería casualidad que el numeral 4º del artículo 249, apartado primero, de la LEC, excluya las acciones de daños por infracción del derecho de la competencia de la remisión al régimen previsto en el nuevo Título IV.

11. Señaladamente, y sin perjuicio de la conveniencia de ampliar otros plazos (además de los aquí indicados), consideramos especialmente reducido el plazo de 10 días desde el traslado de la admisión de la demanda que el artículo 845.2 de la LEC otorga al demandado de una acción resarcitoria para poner de manifiesto "la ausencia de algún presupuesto o la concurrencia de algún obstáculo que impida la válida prosecución del proceso o la carencia en la demandante de los requisitos para su designación como entidad habilitada". Tan corto plazo puede ser perjudicial para el derecho de defensa de los demandados, dado que la formulación de excepciones procesales es especialmente común y compleja en el marco de la litigación colectiva, en el que además tendrá que advertir sobre la improcedencia de certificar la acción ante la falta de homogeneidad de las pretensiones o el carácter manifiestamente infundado de la acción.

12. Por ello, proponemos que el plazo contemplado en el artículo 845.2 de la LEC se amplíe, al menos, a treinta días.

13. Asimismo, con la actual redacción del artículo 845.2 de la LEC la audiencia de certificación podría celebrarse tan solo 20 días tras el traslado de la admisión a trámite de la demanda, lo que entendemos que igualmente resulta manifiestamente reducido para valorar cuestiones tan complejas como la homogeneidad de las pretensiones formuladas en la demanda –que incluso puede precisar de una valoración pericial–.

14. La previsión de que la audiencia de certificación no se celebre antes de que transcurran tres meses desde el traslado de la admisión a trámite de la demanda sería, a nuestro entender, más acertado y, de hecho, permitiría a ambas partes preparar la audiencia, y recabar la documentación adicional necesaria para la misma a la vista de las alegaciones de las partes.

15. De otro lado, el artículo 857.2 de la LEC prevé un plazo de diez días para que el demandado formule alegaciones y aporte documentos frente a la relación de consumidores y usuarios que han expresado su voluntad respecto de una acción de representación resarcitoria. Se trata de un plazo que no debería ser inferior a un mes dado que la relación de consumidores puede incluir un número muy relevante de consumidores.

16. Lo mismo sucede con el plazo de 15 días que se le concede a la parte demandada para que formule alegaciones y aporte documentos e informes periciales una vez recibido el escrito de la parte demandante en el que establezca las cantidades a que tengan derecho los beneficiarios de la acción de representación en caso de tramitación de un procedimiento con pronunciamientos sucesivos (artículo 863.4 de la LEC). Sugerimos que el plazo no sea inferior a tres meses, pues de lo contrario difícilmente podrían elaborarse informes periciales que garanticen el derecho de defensa del demandado.

17. En relación con estos casos, proponemos además incluir de forma excepcional la posibilidad de que el demandado pueda solicitar una prórroga del plazo de que se trate cuando las características del procedimiento lo justifiquen (*v. gr.* en casos de un gran volumen de consumidores beneficiarios o de documentación a analizar). Se trata de una previsión que ya se contempla en normativas procesales de otros estados miembros y que tendría especial cabida en un régimen como el de las acciones de

representación, que en ocasiones pueden alcanzar un volumen desmesurado de consumidores afectados.

18. Finalmente, el Anteproyecto no contempla un tiempo mínimo suficiente que deba mediar entre el auto de admisión de la prueba y la celebración de juicio.

2.3 TRANSPARENCIA DEL SISTEMA DE FINANCIACIÓN

19. El artículo 850 de la LEC que recoge el Anteproyecto regula la financiación de las acciones de representación para obtener medidas resarcitorias (transposición del artículo 10 de la Directiva 2020/1828).

20. Esta regulación se refiere únicamente a las acciones resarcitorias, lo que entendemos que carece de justificación y debería extenderse asimismo a las acciones de cesación.

21. Según el referido artículo 850 de la LEC el tribunal rechazará la financiación "cuando el tercero que financie el litigio tenga un interés económico en el ejercicio o el resultado de la acción, que pueda apartarla de la protección de los intereses colectivos de los consumidores" –esto es, que incurra en conflicto de interés–.

22. En el marco de un procedimiento judicial, la única previsión de información que regula el Anteproyecto para valorar la posible concurrencia de conflicto de intereses consiste en la aportación junto con la demanda de un «resumen financiero de las fuentes de financiación» y la identificación de financiadores terceros (artículo 844.1. f) de la LEC).

23. Sin embargo, entendemos que la simple declaración de la entidad habilitada mediante un resumen financiero es insuficiente para cumplir con el Considerando 52 de la Directiva 2020/1828, pues el simple resumen no permite "valorar si el tercero podría influir indebidamente en las decisiones relativas al procedimiento de la entidad habilitada en el contexto del ejercicio de la acción de representación (…)".

24. Para cumplir con el objetivo previsto por el legislador europeo proponemos que se prevea expresamente que la entidad habilitada deba acompañar a la demanda documentación que acredite la información recogida en el resumen financiero y los términos esenciales de la financiación –por ejemplo, mediante la aportación del acuerdo de financiación que suscriba la entidad habilitada con el tercero financiador o, en su caso, mediante una certificación de un tercero independiente donde consten los términos esenciales del acuerdo–.

25. Además, de acuerdo con el Considerando 52 in fine y el artículo 10.4 de la Directiva/2020/1828, el Anteproyecto debería contemplar expresamente que el incumplimiento de los requisitos de financiación suponga la falta de legitimación de la entidad habilitada (la redacción actual del artículo 850.3 se refiere simplemente al sobreseimiento del proceso–.

2.4 ACCESO A FUENTES DE PRUEBA

26. El Anteproyecto contempla un régimen generoso de acceso a fuentes de prueba, que según indica expresamente su Exposición de Motivos, se habría inspirado en la regulación introducida por el Real

Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo; esto es: precisamente en el mecanismo introducido en la legislación española para la incorporación de la Directiva de Daños.

27. La incorporación de este mecanismo procesal para las acciones colectivas que contempla el Anteproyecto responde, como reconoce su Exposición de Motivos, a la necesidad de superar las situaciones de asimetría informativa y probatoria entre las partes, sin incurrir en abusos, debido al control judicial sobre las peticiones que se formulen. A este fin, el Anteproyecto propone incorporar a la LEC un nuevo artículo 838 que incorpora, en parte de manera textual y en otra parte por referencia expresa, el régimen contenido en los artículos 283 bis, letras a) a k) de la actual LEC.

28. Algunos miembros de la AEDC coinciden con la lógica que inspira al Anteproyecto, basada en la evidente similitud entre las dificultades de acceso a pruebas en las acciones de competencia y en las reclamaciones de consumidores, y coincide con que la mejor forma de abordarla es con las normas de la Directiva de Daños, que facilitan el acceso a determinadas pruebas sin menoscabo a los derechos de defensa de las empresas. La incorporación de estas disposiciones permite aplicar mecanismos que han sido objeto de seria reflexión, a la vez que aseguran la ausencia de disfunciones cuando se emplee la vía de reclamación colectiva a asuntos de Defensa de la Competencia.

29. No obstante, cabe preguntarse si no sería preferible una remisión simple al régimen de los artículos ya contenidos en la LEC, evitando todo riesgo de que se entienda que hay dos mecanismos diferentes, cuando en realidad se trata de uno solo.

30. Independientemente de la respuesta que se dé a lo señalado, cabe advertir que la normativa propuesta difiere de la prevista para acciones de competencia en una cuestión específica. Concretamente, el apartado 5 del artículo 838 de la LEC propuesto contempla que "(s)alvo que el tribunal disponga otra cosa, los gastos ocasionados por el cumplimiento de la orden de exhibición no serán objeto de reembolso". Esta regla es distinta de la aplicable a acciones de daños derivados de infracciones de competencia en el actual artículo 283 bis c), que atribuye los gastos al solicitante.

31. Sobre esta cuestión, entendemos más adecuada la regla que contempla la actual normativa, sin perjuicio de que, al pronunciarse sobre las costas del procedimiento, y a la vista de los resultados del proceso, el juez resuelva lo procedente. En todo caso, entendemos inconveniente que se sigan criterios diversos respecto de estos gastos independientemente de si el procedimiento toma en consideración una violación a las normas de Defensa de la Competencia u otras disposiciones.

32. Además de ser distinta a la norma fijada para reclamaciones de daños, la regla propuesta podría entrar en colisión con la Directiva 2020/1828, cuyo artículo 12 fija determinados criterios en materia de costas.

33. Otros miembros, en cambio, entienden que no existe ninguna especialidad ni particularidad que justifique la aplicación de este régimen específico de acceso a fuentes de prueba a todas las acciones de representación con independencia de la materia sobre a que se refieran –únicamente tendría sentido este régimen para las acciones que versen sobre ilícitos concurrenciales, en caso de que se admitiese su procedencia en el marco de una acción de representación–.

34. En este sentido, la Directiva únicamente prevé que deben establecerse mecanismos para que el órgano jurisdiccional pueda ordenar que el demandado o un tercero exhiban pruebas pertinentes para el ejercicio de la acción de representación (artículo 18), pero dicha exigencia ya está garantizada en nuestra ley procesal con las diligencias preliminares antes del proceso y, dentro de él, con la regulación de la prueba documental, que prevé un deber de exhibición documental entre partes (artículo 328 LEC), con los efectos de la negativa a la exhibición (artículo 329 LEC) y la exhibición de documentos por terceros (artículo 330 LEC).

2.5 ACUERDOS TRANSACCIONALES

35. En relación con la regulación de los acuerdos transaccionales existen tres cuestiones que deberían clarificarse o regularse de forma más detallada:

(i) En primer lugar, nos referimos a la mención a las sumas que deban recibir en tales casos la entidad financiadora o la dirección letrada y representación de la entidad habilitada.

En la medida en que la retribución a percibir por tales personas puede condicionar la suscripción de un acuerdo transaccional, se considera necesario que el acuerdo de financiación sea aportado al procedimiento, para que la parte demandada y el juzgado conozcan desde el primer momento los acuerdos económicos que se han alcanzado entre la entidad habilitada y la entidad financiadora.

En cualquier caso, la previsión del artículo 865.2 LEC incluido por el Anteproyecto debería modificarse, pues con la redacción actual parecería desprenderse la obligatoriedad de que el demandado deba pagar los honorarios de los profesionales de la entidad habilitada o de la entidad financiera, mientras que lo conveniente es que ello pueda ser igualmente objeto de acuerdo.

(ii) En segundo lugar, debería incluirse una regulación específica de los efectos del acuerdo transaccional en los procedimientos individuales, cuestión que únicamente trata el artículo 872, relativo a los acuerdos de resarcimiento previos a la certificación. En consecuencia, existe un vacío regulatorio respecto a los efectos de los acuerdos posteriores a la certificación.

(iii) Finalmente, debería fijarse un límite temporal a partir del cual el consumidor que inició un procedimiento individual pueda vincularse al acuerdo transaccional, dicha opción debería prohibirse en aquellos casos en los que el consumidor ya hubiera obtenido en el procedimiento individual sentencia de primera instancia.

2.6 ACCIONES DE CESACIÓN: CONTROL DEL INICIO DEL PROCEDIMIENTO PARA ENJUICIAMIENTO EN ABSTRACTO

36. El Considerando 49 de la Directiva 2020/1828 señala la necesidad de que en "la fase más temprana posible" se controle "si el asunto es apto para serle sometido mediante una acción de representación, teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción y las características de los daños o perjuicios sufridos por los consumidores afectados".

37. Al respecto, el Anteproyecto regula un nuevo trámite denominado "audiencia de certificación", previsto para valorar, entre otras cuestiones, si las pretensiones formuladas son homogéneas, así como si la demanda es "manifiestamente infundada" (artículos 845 y ss. de la LEC). Sin embargo, este trámite se contempla únicamente para las acciones de resarcimiento, sin que para las acciones de cesación se prevea ningún régimen similar.

38. La exclusión de este control previo en el caso de las acciones de cesación entendemos que no está justificada y requiere su previsión expresa.

39. En primer lugar, porque el referido Considerando 49 de la Directiva 2020/1828 no distingue entre acciones de cesación y resarcimiento cuando que las acciones de representación no son aptas para todo tipo de asuntos.

40. En segundo lugar, porque, en todo caso, la condena al cese de una determinada conducta empresarial exige valorar previamente la ilicitud de la conducta, lo que ha de realizarse necesariamente con carácter abstracto –esto es, sin atender a circunstancias concretas–.

41. Por ello, sería conveniente la creación de una fase de control al inicio del procedimiento sobre la aptitud del asunto de que se trate para ser enjuiciado en el marco de una acción de cesación. La tramitación de esta fase de control, a diferencia de lo previsto en el en el artículo 847 de la LEC para las acciones de resarcimiento, podría contemplarse por escrito para garantizar la eficiencia de la tramitación del sistema de acciones de cesación que busca el legislador europeo.

2.7 ACCIONES RESARCITORIAS: SISTEMA *OPT-IN* POR DEFECTO O POSIBLE MEJOR DEFINICIÓN DE LOS CASOS DE ACCIONES *OPT-IN*

42. El Anteproyecto prevé la creación de una plataforma electrónica para que los consumidores y usuarios que así lo deseen puedan manifestar su voluntad en relación con la acción de representación. El referido sistema permite garantizar que tales consumidores verdaderamente quieren que la entidad habilitada represente sus intereses por medio de la acción de representación.

43. Mediante lo anterior, el Anteproyecto escoge por defecto un sistema *opt-out*, dejando prácticamente vacío de contenido los casos en los que se aplique el sistema *opt-in*, sin que existe ninguna motivación que lo justifique, pues por medio de la aplicación generalizada del sistema *opt-out* se sustrae como regla general a los consumidores de su derecho a la tutela judicial efectiva. Consideramos que la regla general debería ser siempre el sistema *opt-in*.

44. Con todo, de mantenerse la regulación actual, deberían reconsiderarse las excepciones en las que debe resultar de aplicación el sistema *opt-in*, previstas en el artículo 848 apartados 3 y 4. Al respecto, las excepciones deberían conducirse a aplicar un sistema *opt-in* deberían ser alternativas (no cumulativas), de tal forma que concurriendo solo una de ellas ya debiera aplicarse el sistema *opt-in*. A nuestro juicio, tales excepciones para permitir el sistema *opt-in* deberían ser las siguientes:

    (i) Que en la demanda se reclame para cada consumidor una cifra que supere los 2.000 €. La cantidad de 5.000 € actualmente propuesta en el Anteproyecto es una cifra muy elevada, que no es habitual en las acciones colectivas que hasta la fecha se han interpuesto en

nuestro país. La cifra de 2.000 € parece más razonable y ajustada y, además, es la cifra a partir de la cual la LEC ya entiende necesario concurrir con abogado y procurador, por lo que parece oportuno que a partir de esa cifra los consumidores ya deban expresar su voluntad de quedar vinculados por la acción de representación.

(ii) Cuando, con independencia de la suma que se reclame por cada consumidor, el global reclamado supere un determinado umbral que podría ser, por ejemplo, 600.000 €, que es la cifra a partir de la cual el legislador reconoce el acceso a casación con carácter general, por entender que la relevancia de la cuantía ya justifica ese tratamiento diferenciado.

(iii) Cuando los consumidores y usuarios afectados por la acción puedan ser debidamente identificados. De este modo, en casos de consumidores identificables, se garantiza que puedan emitir su voluntad de verse afectados por la acción de representación.

(iv) Cuando las necesidades del caso así lo aconsejen, con independencia de cuál sea la reclamación contenida en la acción de resarcimiento.

2.8 EFECTO VINCULANTE DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS O JUDICIALES QUE DECLARAN LA INFRACCIÓN

45. El Anteproyecto propone la incorporación de un nuevo artículo 859 en la LEC que facultaría al tribunal a "valorar como prueba de la existencia de la conducta infractora las resoluciones firmes de otros órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas, así como las resoluciones firmes de los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, en relación con la misma conducta y el mismo empresario o profesional".

46. Algunos miembros consideran que, si bien esta disposición proviene del artículo 15 de la Directiva 2020/1828, cabe observar que para el caso concreto de acciones basadas en infracciones a la normativa de competencia existen reglas especiales en el artículo 16 del Reglamento 1/2003 respecto de decisiones de la Comisión Europea, y el artículo 9 de la Directiva de Daños, que impone que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia contenida en una resolución firme de la autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional, regla que ha sido incorporada al ordenamiento español a través del art. 75 de la Ley de Defensa de la Competencia. A fin de evitar cualquier confusión, estos miembros consideran que cabe sugerir salvar este caso concreto mediante una remisión normativa a las disposiciones mencionadas.

2.9 ACLARAR EL OBJETO DE LAS ENTIDADES DESIGNADAS

47. La remisión al Anexo I de la Directiva 2020/1828 es incongruente con el ámbito de aplicación más amplio de la propuesta normativa nacional (véanse, la exposición de motivos del Anteproyecto y el nuevo artículo 828 de la LEC). Debe corregirse.

48. De otro lado, en cuanto al objeto de las entidades habilitadas, algunos miembros consideran deseable establecer un sistema de legitimación distinto según la acción ejercitada.

49. En particular, algunos miembros proponen que el ejercicio de las acciones de resarcimiento (tanto de forma separada como acumulada a una acción de cesación) se reserve a las entidades habilitadas más representativas –singularmente, las que formen parte del Consejo de consumidores y usuarios *ex* artículo 24.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ("**TRLGDCU**")–.

50. La exigencia del requisito de representatividad para ejercitar acciones de representación resarcitorias se justifica porque (i) estas entidades más representativas actúan en representación de todos los consumidores; y, (ii) las acciones resarcitorias alcanzan a la esfera patrimonial individual de los consumidores, por lo que ha de garantizarse dicha representatividad.

51. Se trata, por tanto, de un sistema más garantista para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores, pero también destinado a evitar abusos que puedan darse (y se han dado) en la práctica por parte de ciertas entidades habilitadas.

52. Por su parte, algunos miembros consideran asimismo que deben limitarse los efectos de las acciones de resarcitorias formuladas por las entidades habilitadas de ámbito autonómico y por los órganos o entidades de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales, en el sentido de circunscribirlas al ámbito territorial al que pertenezca la entidad demandante. Solo así se justificaría la adecuada representación de los intereses de los consumidores por parte de la entidad habilitada.

2.10 ABORDAR LA CONCURRENCIA DE ACCIONES DE REPRESENTACIÓN (REGLA DEL *FIRST IN, FIRST OUT*) DEL ARTÍCULO 833 DE LA LEC

53. Algunos miembros consideran que la regulación de los supuestos de pluralidad de acciones es, con toda probabilidad, deficiente y puede dar lugar a resultados no deseados. En el caso de acciones de representación resarcitorias el art 833.3 prevé la acumulación de procesos con el mismo objeto o el sobreseimiento de la segunda acción, según las circunstancias. A la luz de estas normas, sería conveniente en opinión de algunos ponentes dar publicidad a las demandas antes de su certificación para permitir que otras asociaciones que estén preparando una acción similar puedan presentarse en la fase antes de certificación. No es necesariamente la primera demanda la que mejor representará a los intereses de los consumidores. De hecho, en otras jurisdicciones -p.ej. Reino Unido- se permite que el juzgado decida cuál(es) de las acciones debe(n) proceder no siendo necesariamente la primera (o sola la primera).

54. Otros miembros, en cambio, entienden que esta solución puede ser contraria a los principios de litispendencia y *perpetuatio legitimationis*, que tratan de garantizar la seguridad jurídica y el derecho de defensa de las partes. Por ello, consideran que la regla del artículo 833 de la LEC es adecuada.

55. De otro lado, dada la complejidad de las situaciones que pueden surgir (acciones con objetos similares, pero no idénticas) y la naturaleza poco definido del concepto de "buena administración de justicia" (a pesar de ser un concepto útil y valioso), se subraya a nuestro juicio la absoluta necesidad de otorgar la competencia en materia de acciones colectivas en derecho de Defensa de la Competencia, si se entendiese aplicable el Anteproyecto, a los juzgados de lo mercantil e idealmente, a un número reducido

de éstos. La especialización en un número reducido de jueces con una existente especialización en la materia permitirá una mayor calidad de justicia y una mayor coherencia en las decisiones tomadas -también en las decisiones de gestión del propio proceso-, contribuyendo así a la seguridad jurídica.

2.11 INFORMES PERICIALES: REGLAS DE APORTACIÓN DE INFORMES PERICIALES, EN PARTICULAR, EN EL PROCEDIMIENTO SUCESIVO (ARTÍCULO 863 DE LA LEC)

56. En las acciones en materia de derecho de la competencia, los informes periciales juegan un papel central, sobre todo en la cuantificación del daño basado normalmente en un análisis contrafactual. Sin embargo, el Anteproyecto es muy poco claro en lo que se refiere a la prueba pericial (y si y cómo se debe aplicar los artículos 336-338 de la LEC). No queda claro en qué momento de la acción colectiva el demandante debe aportar su(s) informe(s) pericial(es), si es con la demanda antes de la fase de certificación o después (y, entonces, cuándo). En particular, es llamativo que en el procedimiento con pronunciamientos sucesivos (artículo 863) no esté previsto que el demandante aporte un informe pericial de cuantificación de daños (sino únicamente, artículo 863.3 "un escrito en el que, en vista del contenido de la sentencia, establezca las cantidades a que tenga derecho los beneficiarios de la acción de representación"), y, sin embargo, está previsto que el demandado sí que aporte un pericial (Artículo 863.4). Los plazos son además seguramente demasiado cortos, dependiendo del caso, lo que sugiere la necesidad de dejar más discreción al juez al respecto (suponiendo que el juez sea experto en la materia; es decir, un juez de lo mercantil).

57. Los miembros, aunque no son la mayoría del grupo de trabajo, consideran que el Anteproyecto no es aplicable a las acciones de daños *antitrust* y que esta omisión redunda en la idea de que el proceso especial de las acciones de representación no está pensado para las reclamaciones de daños por ilícitos concurrenciales, pues precisamente este tipo de asuntos exige la aportación de informes individualizados respecto de los daños de cada uno de los consumidores a los que alcance la acción, lo que es incompatible con el sistema previsto y la necesaria homogeneidad de pretensiones que ha de concurrir.

2.12 MEJORAS EN LA FASE DE PRUEBA; FASE ESPECÍFICA DE VALORACIÓN DE INFORMES

58. Según el artículo 863 de la LEC en la versión propuesta por el Anteproyecto, si la sentencia declara la responsabilidad del demandado en relación con la conducta infractora, el tribunal requerirá al demandante la presentación, en el plazo máximo de quince días, de un escrito en el que, en vista del contenido de la sentencia, establezca las cantidades a que tengan derecho los beneficiarios de la acción de representación.

59. Recibido el escrito de la parte demandante, será objeto de traslado a la parte demandada, quien dispondrá de un plazo de quince días para realizar sus alegaciones y aportar, en su caso, los documentos e informes periciales de que disponga.

60. Con posterioridad, el tribunal convocará a las partes a una vista, que no habrá de celebrarse antes de diez días ni más tarde de treinta, con el objeto único de que se practiquen las pruebas pertinentes para determinar las cantidades a que tengan derecho los beneficiarios de la acción de representación. Esta

vista, según se indica el Anteproyecto, se desarrollaría según lo previsto en el artículo 443 de la LEC, aplicable a juicios verbales.

61. En la medida en el artículo 443 de la LEC regula la vista de los juicios verbales, se presentan dudas sobre la suficiencia de este tipo de vista en asuntos que pueden ser marcadamente complejos, como aquellos que afecten a acciones privadas de Defensa de la Competencia, de resultar aplicable el Anteproyecto.

62. Entendemos que, al menos y respecto de las acciones en materia de Defensa de la Competencia, en su caso, sería conveniente hacer una remisión al desarrollo de la vista conforme al artículo 433 de la LEC que regula el acto de juicio de los procedimientos ordinarios.

63. Asimismo, de la redacción del artículo 863 del Anteproyecto también se presentan dudas de que al demandante se le exija la debida acreditación de las cantidades que reclame. Según el artículo 863 del Anteproyecto, parece que sería sólo el demandado el que podría presentar un informe pericial.

64. Consideramos que esta fase de cuantificación en acciones de Defensa de la Competencia debería ser esencial en el proceso y, por tanto, el debate sobre el quantum tendría que ser tratado de manera específica. Ello determinaría que, aunque previamente se hubiera determinado la responsabilidad de demandado, sobre el demandante debe pesar la carga de la prueba de acreditar la procedencia de la cantidad reclamada y al demandado le debe de asistir el derecho de defensa respecto de la cantidad que se le reclama. Por tanto, lo esperable, según las reglas de distribución de la carga de la prueba, es que tanto el demandante, como el demandado presenten sus correspondientes informes periciales. Además, se propone que para esta fase se regule la posibilidad de que, en asuntos complejos, pueda intervenir un perito judicial independiente cuyo nombramiento pueda realizarse de oficio por el propio juez o a petición de las partes.

65. La experiencia demostrada en los últimos años en las acciones privadas de Competencia Desleal y Defensa de la Competencia demuestra que el procedimiento de designación de los peritos independientes conforme al artículo 341 de la LEC es limitado e insuficiente cuando se trata de asuntos complejos que presentan determinadas singularidades.

66. Por tanto, entendemos que, de resultar aplicable el Anteproyecto, en las acciones de representación de los intereses colectivos de los consumidores en Defensa de la Competencia es esencial que la vista en la que se practiquen las pruebas relativas a la pretensión indemnizatoria se asimile al acto del juicio *ex* artículo 433 de la LEC, donde sobre el demandante recaiga la carga de la prueba de demostrar la certeza de la cantidad que reclama y sobre el demandado recaiga el derecho a defenderse respecto de la cantidad reclamada. Entendemos también que se debería prever la posibilidad de que, de oficio o a petición de parte, pueda intervenir un perito independiente con *expertise* específica que pueda ser designado de oficio o a petición de las partes, para analizar de manera detallada los informes periciales presentados por las partes. De esta forma se podría ayudar al juez a determinar la procedencia de la cantidad objeto de condena.

2.13 CONTROL DE LA PLATAFORMA ELECTRÓNICA PARA LA GESTIÓN DEL PROCEDIMIENTO

67. En el desarrollo de los procedimientos en los que se ejerciten acciones de representación se torna esencial la plataforma electrónica a la que se refiere el artículo 849. Precisamente por su relevancia, debería exigirse siempre y en todo caso que el Tribunal supervisara el funcionamiento y gestión de la misma, y no únicamente en aquellos casos en los que la gestión de la plataforma sea llevada a cabo por el Colegio de Procuradores, que es el régimen actualmente establecido en el artículo 849.1.

68. De hecho, parece más necesario ese control del tribunal precisamente cuando la gestión de la plataforma sea llevada a cabo por la entidad habilitada, pues al ser demandante en el procedimiento judicial tiene inevitablemente interés en el resultado del pleito.

2.14 FUNCIONAMIENTO DE LOS MECANISMOS DE EJECUCIÓN Y LIQUIDACIÓN (PARA ASEGURAR EL FUNCIONAMIENTO CORRECTO DE LOS MÉTODOS DE FINANCIACIÓN Y EL COBRO POR PARTE DE LOS FONDOS). MENCIÓN EXPLÍCITA AL CONTROL DE LA LIQUIDACIÓN EN LOS CASOS DE CONSUMIDORES NO INDIVIDUALIZADOS

69. Algunos miembros consideran que las acciones colectivas de consumidores en general y en materia de Derecho de la Competencia en particular, tienen un coste que puede ser elevado. y, por ello, la financiación de este tipo de caso es una realidad aceptada y contemplada por la Directiva 2020/1828, con los controles necesarios. A pesar de aceptar esa realidad, el Anteproyecto no prevé mecanismos para que las entidades de financiación puedan recuperar su inversión. Esto requiere que al menos la entidad designada gestione la ejecución en nombre de los beneficiarios y puede atender los compromisos asumidos con el financiador. . Estos cambios deben contemplarse en el apartado sobre ejecución (en particular, artículos 873 a 881).

70. Algunos miembros del grupo de trabajo, aunque no es la mayoría, considera que adicionalmente debería ser el financiador y no el condenado el que tenga derecho a recuperar fondos remanentes de los fondos no distribuidos En cambio, otros consideran que la propuesta del Anteproyecto en este punto es correcta y no debería aportarse el remanente al financiador por varios motivos: (i) se trata de un procedimiento resarcitorio de daños sufridos por los consumidores (no es un procedimiento punitivo del demandando ni de remuneración de servicios de terceros financiadores); (ii) se podrían generar incentivos contraproducentes para los consumidores (ej. que los financiadores no promuevan que los consumidores conozcan las sentencias y reclamen los importes indemnizatorios que les corresponden, ya que revertirán en ellos estos importes).

71. Por su parte, algunos miembros entienden que resultaría conveniente, a fin de evitar abusos y garantizar un adecuado equilibrio, valorar la modificación de la aplicación del beneficio de asistencia jurídica gratuita a las asociaciones cuando se acredite que actúan en el procedimiento con una entidad financiadora. De lo contrario, se produce de facto un quiebro del principio de vencimiento objetivo y un grave desequilibrio que no tiene amparo en la Directiva, pues el empresario o profesional demandado que sea absuelto difícilmente podrá ver resarcidos los costes que el procedimiento judicial le ha supuesto (la práctica demuestra que los casos en los que se declara la temeridad o carácter infundado de la acción son residuales). De este modo se fomenta igualmente la interposición de demandas debidamente fundadas,

al tener las entidades habilitadas el riesgo de asumir efectivamente las costas en caso de desestimación de la demanda.

2.15 CUESTIÓN DE LAS COSTAS Y DESTINO DEL REMANENTE

72. El Anteproyecto no contempla ninguna especialidad en el régimen de imposición de costas. El régimen que contempla el artículo 12 de la Directiva 2020/1828/UE es similar al modelo de vencimiento objetivo también seguido por nuestra normativa procesal nacional, según prevé el artículo 394.1 de la LEC.

73. En el caso de nuestro ordenamiento nacional, las entidades habilitadas gozarán de justicia gratuita de acuerdo con la Disposición Adicional Segunda de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (lo que se admite en el artículo 20.2 de la Directiva). Ahora bien, teniendo en cuenta que uno de los objetivos fundamentales enunciados por la Directiva es "*evitar un ejercicio abusivo de la acción procesal*" (artículo 1.1), entendemos que el beneficio de justicia gratuita de las entidades habilitadas debería excepcionarse cuando el tribunal aprecie que la demanda se formuló con carácter abusivo o se trate de un asunto "manifiestamente infundado" (Considerando 10 de la Directiva).

74. Por su parte, el artículo 839 del Anteproyecto, en disposiciones comunes, prevé para el demandante la posibilidad de desistir; sin embargo, para la imposición de las costas, en caso de desistimiento, no se considera la posición del demandado sino solo las razones que aduzca el demandante.

75. Para mantener la coherencia con nuestro sistema de costas previsto en el artículo 396 de la LEC entendemos que, en caso de desistimiento del demandante, que no fuera consentido por el demandado, el demandante deberá ser condenado en costas.

76. El artículo 860 del Anteproyecto que regula la sentencia, no parece prever supuesto donde se absuelva al demandado de los pedimientos de condena. En el supuesto de que se desestimara la pretensión de condena, el demandante debiera asumir las costas derivadas del procedimiento. De igual modo, en el supuesto de condena a la pretensión íntegra, el demandado debería abonarlas costas del procedimiento.

77. Por otra parte, algunos integrantes del grupo de trabajo consideran que la redacción propuesta en el Anteproyecto del artículo 881 de la LEC sobre el destino del remanente puede limitar la efectividad del sistema en la medida en que determinadas acciones, y en particular las acciones resarcitorias en el ámbito del derecho de la competencia pueden resultar costosas y las normas procesales generales no encajan en un sistema de acciones colectivas basado, entre otros, en la financiación de la acción, informes periciales de gran complejidad.

78. Estos miembros consideran que, para mantener la coherencia con el principio de efectividad y garantizar el acceso a la justicia, el remanente debería destinarse ***(i)*** a cubrir la totalidad de las costas y gastos incurridos por la entidad habilitada demandante, siguiendo el modelo del Reino Unido (*section* 47 C(6) *of the Competition Act*) y el de Portugal, artículo 19.7 de la Ley 23/2018 de 5 de junio por la que se transpone la Directiva de Daños al ordenamiento portugués y ***(ii)*** a los Ministerio de Justicia o de Consumo o a los proyectos sociales definidos en la sentencia. En el caso del Reino Unido, el remanente, después de un plazo se destina a proyectos sociales (*charity*) designados por el CAT mientras que en el caso de Portugal se destina al Ministerio de Justicia que lo empleará en la defensa de los consumidores.

79. Otros miembros, en cambio, entienden que una solución distinta a la prevista en el artículo 881 de la LEC sería contraria a nuestro sistema de responsabilidad civil e incluso podría dar lugar a indemnizaciones punitivas –expresamente proscritas por la Directiva en los Considerandos 10 y 42–, máxime en supuestos de ilícitos concurrenciales, si el Anteproyecto resultase aplicable, en los que el demandado podría haberse enfrentado a una sanción por la conducta generadora del daño.

2.16 INCOHERENCIAS EN COMPETENCIA DESLEAL ENTRE EL CONTENIDO DE LA LEC Y LA LCD

80. La nueva redacción que da el Anteproyecto al numeral 4º del artículo 249 de la LEC estaría excluyendo del procedimiento previsto en el nuevo Título IV del Libro IV las demandas en materia de Competencia Desleal y Defensa de la Competencia, debiendo éstas decidirse con arreglo a las disposiciones que regulan el juicio ordinario (salvo que versando éstas exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, les corresponda el juicio verbal por razón de la cuantía), excluyendo solo expresamente del juicio ordinario "las acciones de representación la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios en materia de publicidad".

81. Esta redacción resultaría contradictoria con la nueva redacción que da el Anteproyecto al apartado 3 del artículo 32 (Acciones) de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, según el cual cualquier acción de representación – ya sea de cesación o resarcitoria – contra infracciones de Competencia Desleal se tramitará conforme al nuevo Título IV del Libro IV de la LEC. En todo caso, como aquí proponemos, esta incoherencia no debería solucionarse privando a los Juzgados de lo Mercantil de conocer de las acciones de representación en materia de Competencia Desleal y Defensa de la Competencia.

2.17 LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES INDIVIDUALES

82. El Anteproyecto propone la incorporación de un nuevo artículo 832 de la LEC relativo a la relación entre acciones de representación y acciones individuales de los consumidores no ejercitadas todavía, pero en plazo para ello. En particular, contempla que "[e]l ejercicio de una acción de representación suspenderá los plazos de prescripción de las acciones individuales que competan a los consumidores y usuarios afectados para obtener el resarcimiento de los daños padecidos".

83. La redacción propuesta, a pesar de su cumplimiento con el mandato del artículo 16 de la Directiva 2020/1898 que traspone, adolece de falta de claridad y puede conllevar tanto indefensión para las potenciales demandadas como poner en entredicho el derecho a la tutela judicial efectiva de los consumidores. Indicar el efecto suspensivo que tiene el ejercicio de una acción de representación sobre las acciones individuales de resarcimiento de daños de los consumidores requiere que se aclare cuándo se reanudaría el cómputo del plazo de prescripción.

84. En concreto, debe tenerse en cuenta que podemos encontrarnos ante diferentes escenarios: ***(i)*** la acción de representación ejercitada es exclusivamente de cesación; ***(ii)*** la acción de representación ejercitada es exclusivamente resarcitoria; y ***(iii)*** la acción de representación ejercitada acumula las acciones de cesación y resarcitoria.

85. Dos son los posibles momentos a partir de los cuales debería entenderse que se alzaría la suspensión del plazo. Por un lado, la firmeza de la sentencia que pone fin definitivo al procedimiento. En el caso de ejercicio acumulado de acciones de cesación y resarcimiento cuya tramitación sea separada a partir de la certificación de la acción (*vid*. propuesta de párrafo segundo del artículo 833.1 de la LEC), la firmeza de la sentencia relativa a la acción de cesación debería ser suficiente para reanudar el plazo de prescripción.

86. Por otro lado, la firmeza del auto que deniega la certificación de la acción cuando se ejerciten en exclusiva acciones resarcitorias o en caso de acumulación de acciones. Esta resolución también pondría fin al procedimiento.

87. Finalmente, sería relevante decidir si se reanuda al día siguiente o si se concede un tiempo adicional a los consumidores no afectados por la acción de representación resarcitoria ejercitada. En caso de extenderse la suspensión más allá del momento en que se dicte la resolución que pone fin al procedimiento, esta no debería exceder el año desde esa fecha.

88. Por tanto, en este sentido, la AEDC sugiere que se clarifique la duración de la suspensión consecuencia del ejercicio de una acción de representación al determinar ***(i)*** que resoluciones tienen la virtualidad de alzarla y, en su caso, ***(ii)*** si el plazo se empezaría a computar al día siguiente de que se dicten o si se desplazaría la reanudación a un momento posterior.