

COMPETITION DAMAGES

# Acciones de representación en España. Preguntas para economistas.

Aurélien Kaske, Josep Peya  
and Dr Laura Robles

24 de enero de 2024

## Table of contents

---

<b>1</b>	<b>Introducción.....</b>	<b>1</b>
<b>2</b>	<b>Situación en España y cambios introducidos por la Directiva.....</b>	<b>1</b>
2.1	Sistema actual de acciones representativas en España .....	1
2.2	Proyecto de aplicación .....	2
<b>3</b>	<b>Retos para su aplicación práctica.....</b>	<b>3</b>
3.1	Requisito de homogeneidad.....	3
3.1.1	<i>¿Son las mismas cuestiones de hecho y de derecho las que determinan la conducta?.....</i>	<i>4</i>
3.1.2	<i>¿Son las mismas cuestiones de hecho y de derecho las que determinan los daños totales?.....</i>	<i>4</i>
3.1.3	<i>¿Existe una relación causal no específica del demandante?.....</i>	<i>5</i>
3.1.4	<i>Homogeneidad frente a eficacia procesal .....</i>	<i>5</i>
3.2	Implicaciones de un sistema de opt-out .....	6
<b>4</b>	<b>Conclusión .....</b>	<b>7</b>

## 1 Introducción

1. En enero de 2023 el Gobierno español publicó el anteproyecto de ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (el "**Anteproyecto**"),<sup>1</sup> que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (la "**Directiva**")<sup>2</sup>.
2. La Directiva introduce el marco para que los consumidores puedan solicitar medidas cautelares y de reparación contra las prácticas ilícitas que les hayan perjudicado o puedan perjudicarles. El concepto clave es la agrupación en un único procedimiento judicial de todos los consumidores que hayan sufrido daños por la misma conducta y tengan el mismo conjunto de circunstancias.
3. La Directiva traza las líneas maestras de la regulación de las acciones de representación que deben aplicarse en los Estados miembros. Cada Estado miembro tiene que transponer esta Directiva a su propio ordenamiento jurídico. Algunos países europeos ya lo han hecho, por ejemplo, Alemania, los Países Bajos o Portugal.
4. Este artículo se centra en el Anteproyecto. Si bien muchos artículos han debatido las innovaciones del Anteproyecto desde una perspectiva jurídica, este artículo pretende subrayar las cuestiones abiertas que la aplicación práctica del Anteproyecto supondría para los economistas, así como explora posibles soluciones.

## 2 Situación en España y cambios introducidos por la Directiva

### 2.1 Sistema actual de acciones representativas en España

5. El actual régimen jurídico español de las acciones de representación no es un cuerpo normativo sistematizado y estructurado, sino que se compone de unas pocas normas dispersas en la normativa procesal civil. A continuación, presentamos un resumen de los aspectos clave del actual sistema de acciones de representación en España, con el fin de proporcionar un punto de referencia para analizar el impacto que tendrá la transposición de la Directiva.
  - **Ámbito material:** Sólo se reclama la defensa de los intereses de los consumidores, lo que significa que cualquier empresa (incluso las PYME) o persona física que actúe como comerciante, no puede presentar una acción de representación.

<sup>1</sup> "Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores", disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Anteproyecto%20de%20Ley%20acciones%20representativas.pdf> (última consulta: 23 de octubre de 2023).

<sup>2</sup> Directiva [UE] 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones representativas para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE [DO L 409 de 4.12.2020, p. 1-27].

- **Legitimación:** Sólo asociaciones de consumidores que cumplan determinados requisitos,<sup>3</sup> o los propios consumidores cuando los consumidores afectados estén determinados o puedan determinarse, y representen a la mayoría de los consumidores afectados.
  - **Requisito de homogeneidad:** Para que los consumidores pertenezcan a la misma clase, deben haberse visto afectados por la misma conducta perjudicial. No existe un proceso formal para determinar si los consumidores representados cumplen este requisito.
  - **Acceso a las pruebas:** No existe una regulación específica del acceso a las fuentes de prueba, a diferencia del procedimiento de disclosure de los procesos sobre derecho de la competencia.
  - **Sistema:** Una versión de un **sistema de opt-out**, lo que significa que todos los consumidores afectados por la misma conducta perjudicial están representados por la demanda quedan vinculados por la sentencia. También significa que no pueden interponer más demandas individuales contra la misma conducta perjudicial en el futuro. Sin embargo, aunque no existe un procedimiento formal de opt-out, la jurisprudencia considera que los particulares que interpongan una demanda incluso después de la sentencia dictada en la acción representativa no quedarán vinculados por ella.
6. Si bien las acciones representativas en España han experimentado un auge en los últimos años a raíz de los contratos de servicios masivos (el ejemplo paradigmático es el litigio en el caso del fraude de las preferentes en España), ha sido muy infrecuente que un grupo de consumidores afectados por un mismo ilícito soliciten una compensación económica a través de una acción representativa. Las escasas excepciones se refieren todas ellas a daños derivados de relaciones contractuales, como es el caso de los contratos de servicios masivos mencionados anteriormente.
7. De hecho, incluso en esos casos, la mayoría de los Tribunales en España han adoptado la postura de que los daños y perjuicios deben ser reclamados individualmente por los consumidores en procedimientos separados si una acción representativa constata una infracción contra los consumidores. Además, prácticamente no ha habido acciones representativas que soliciten indemnización por daños fuera de una relación contractual.<sup>4</sup> Esto se debe a las deficiencias del sistema actual, que es lo que la Directiva pretende corregir.

## 2.2 Proyecto de aplicación

8. El Anteproyecto mejora muchas de las deficiencias que presenta el actual ordenamiento jurídico en materia de acciones de representación, concretamente en la ampliación del ámbito de aplicación material, el establecimiento de una fase de certificación, o la regulación de un mecanismo adecuado de opt-out o el acceso a la prueba. Las principales mejoras son las siguientes:

<sup>3</sup> Entre otros, necesitan estar registradas en la autoridad correspondiente, y demostrar una larga trayectoria en la protección de los intereses de los consumidores a nivel nacional.

<sup>4</sup> Recientemente, una organización de consumidores ("Organización de Consumidores y Usuarios", u OCU) ha iniciado una importante acción representativa contra trece fabricantes de automóviles que fueron multados por la autoridad española de competencia (CNMC) como parte de un cártel de fijación de precios entre 2006 y 2013 (expediente S/0482/13 de Fabricantes de automóviles de la CNMC). Más información sobre esta acción: <https://www.euroconsumers.org/ocu-launches-spains-biggest-ever-class-action-for-consumers-ripped-off-by-car-price-cartel/>

- **Ámbito de aplicación material:** La ampliación de las acciones de representación a cualquier infracción de la legislación referida a los intereses de los consumidores, incluidas las infracciones de la legislación sobre competencia, [lo que va más allá del régimen de la Directiva]. Esto significa que, por el momento, el proyecto de ley parece aplicable a cualquier infracción que afecte a los consumidores.
- **Legitimación:** No hay cambios en las normas de legitimación para las acciones representativas.
- **Requisito de homogeneidad:** Para que un grupo de consumidores pueda formar parte de la misma clase no deben existir cuestiones de hecho o de derecho específicas de los demandantes para determinar (i) la conducta, (ii) la totalidad de los daños y perjuicios y (iii) la existencia de un nexo causal entre ambos.
- **Fase de certificación:** Además, la Directiva introduce una **fase de certificación**, en la que el tribunal certifica si se cumplen determinados requisitos en cuanto a la legitimación del demandante, la comunidad de demandantes y sobre la conveniencia de la financiación por cualquier tercero.
- **Acceso a las pruebas:** Permite a los demandantes solicitar la revelación de pruebas a los demandados, incluso en una fase temprana para determinar la identificación de los consumidores afectados. La normativa sobre disclosure es análoga al mecanismo establecido en el sistema español para las demandas de competencia.
- **Sistema:** Preferencia por el sistema **opt-out**, mientras que el sistema opt-in se limita a situaciones específicas en las que el Tribunal puede imponer un sistema opt-in si se considera más eficiente, siempre que los daños reclamados sean al menos de 5.000 euros por demandante.
- Se fomentan los **acuerdos transaccionales**. Aunque deben ser aprobados por el Tribunal para ser vinculantes, un acuerdo de compensación no implica un reconocimiento de responsabilidad o culpabilidad por parte del demandante.
- **Disposición de ejecución:** Si se ha identificado a todos los beneficiarios, el demandado deberá pagarles los daños y perjuicios correspondientes según lo estipulado por el tribunal. Si no han sido identificados, el demandado deberá depositar una suma a tanto alzado en una cuenta de depósito judicial y la entidad demandante será nombrada liquidadora para distribuir esta suma entre los beneficiarios.

## 3 Retos para su aplicación práctica

9. El marco jurídico establecido por el Anteproyecto alberga aún muchas cuestiones abiertas en cuanto a su aplicación práctica. Esta sección explora algunos de estos retos que son especialmente relevantes para los economistas.

### 3.1 Requisito de homogeneidad

10. Como se ha comentado anteriormente, el actual Borrador incluye un nuevo requisito de homogeneidad para que los consumidores formen parte de la misma clase. El Borrador exige que

no existan cuestiones fácticas o jurídicas específicas de cada demandante para determinar (i) la conducta, (ii) los daños totales y (iii) que exista un nexo causal entre ambos.

11. La cuestión clave es, por tanto, cómo interpretar estos requisitos en la práctica o, en otras palabras: ¿cuán común es lo suficientemente común? Los economistas pueden ayudar a responder a estas preguntas.

### **3.1.1 ¿Son las mismas cuestiones de hecho y de derecho las que determinan la conducta?**

12. En primer lugar, el Borrador exige que no haya cuestiones de hecho o de derecho específicas del demandante para determinar la conducta por la que se vieron afectados los consumidores. Un punto de partida natural en esta evaluación es la definición del mercado o mercados en los que interactúan los consumidores afectados por la infracción. En caso de que todos los consumidores afectados formen parte del mismo mercado, es probable que se vean afectados por la conducta de la misma manera, es decir, no es necesaria ninguna cuestión de hecho o de derecho específica del demandante para determinar la conducta.
13. Para determinar si dentro de los consumidores de los productos o servicios afectados existen cuestiones fácticas o jurídicas individuales para determinar la conducta, puede ser útil recurrir a la definición [económica] del mercado o mercados afectados por cada infracción. Es muy probable que todos los consumidores del producto o servicio afectado que se encuentren en el mismo mercado económico se vean afectados por la misma conducta, es decir, no habría ninguna cuestión de hecho o de derecho específica del demandante para determinar la conducta.
14. En los casos en los que existe una decisión de una autoridad pública (por ejemplo, la decisión de una autoridad de competencia), es probable que el mercado o mercados afectados ya se hayan definido en la decisión. En los casos en los que no existe una decisión previa, es posible aplicar las herramientas empíricas clásicas utilizadas en los casos de competencia para definir el mercado o mercados de productos y geográficos afectados.
15. Por ejemplo, supongamos que existe una decisión de cártel sobre un producto hipotético que denominaremos widgets. Los widgets pueden ser azules o rojos, y la decisión del cártel llega a la conclusión de que tanto los widgets azules como los rojos forman parte del mismo mercado de productos de referencia y, por tanto, sólo hay un mercado afectado: el mercado de widgets. Esto sugeriría que la determinación de la conducta no requiere ninguna cuestión de hecho específica del demandante para distinguir a los consumidores de widgets azules y rojos.

### **3.1.2 ¿Son las mismas cuestiones de hecho y de derecho las que determinan los daños totales?**

16. Sin embargo, dentro de un mercado afectado, puede haber ciertas diferencias entre (grupos de) consumidores. En esos casos, la cuestión es si se considera que se cumple el segundo requisito, es decir, que no se requieran cuestiones de hecho o de derecho específicas del demandante para evaluar el perjuicio total de la clase.
17. Las diferencias relevantes deben tenerse en cuenta en un análisis económico, por ejemplo, a la hora de estimar los daños sufridos. Dada la buena disponibilidad de datos, los métodos econométricos están en general bien equipados para controlar la heterogeneidad entre los miembros de la clase, incluso en un único análisis. La cuestión, no obstante, es si el control de la

heterogeneidad -incluso en el mismo análisis- implica que se consideren diferentes cuestiones de hecho para el daño total.

18. Siguiendo con el ejemplo anterior, supongamos que los cartelistas de los widgets acordaron un sobreprecio diferente para los widgets azules y rojos, debido, por ejemplo, a diferencias en el precio de entrada de la pintura azul y roja. Esas diferencias pueden controlarse en un análisis utilizando pruebas compartidas.
19. No obstante, la cuestión es si el control del color del widget y de los diferentes costes de los insumos se considera una cuestión de hecho específica del demandante, en cuyo caso los consumidores de widgets azules y rojos deberían pertenecer a clases diferentes.
20. Sin embargo, algunas diferencias son de tal magnitud que es necesario realizar análisis económicos por separado. En tal caso, [incluso] un economista puede verse tentado a concluir que es necesario dividir la clase en subclases.

### **3.1.3 ¿Existe una relación causal no específica del demandante?**

21. El concepto de causalidad tiene una importancia universal en las evaluaciones económicas, con independencia de que se refieran a acciones de representación. El quid de la cuestión radica en establecer un vínculo claro y directo entre la supuesta infracción y los consiguientes daños sufridos. La metodología analítica asume la responsabilidad de justificar esta conexión causal fundamental, mientras que para establecerla se necesita una teoría del daño. Una teoría del daño debe presentar un mecanismo o forma en la que el demandante (probablemente) ha sido perjudicado. Una teoría del daño también informa el análisis económico.
22. Es muy poco probable (si no imposible) que sea necesario tener en cuenta cuestiones específicas del demandante a la hora de evaluar y establecer una teoría del daño cuando no se necesitan cuestiones específicas del demandante para evaluar la conducta y los daños totales. Sin embargo, si se necesitan hechos específicos del demandante para establecer una teoría sólida del daño, entonces deben tenerse en cuenta en el análisis económico.

### **3.1.4 Homogeneidad frente a eficacia procesal**

23. En general, evaluar si las diferencias entre las subclases satisfacen o no la prueba de homogeneidad sigue siendo una cuestión jurídica y (todavía) no está claro dónde trazarán la línea los tribunales. Factores como el número de posibles subclases, la naturaleza de las diferencias entre ellas y la información necesaria para controlar dichas diferencias pueden ser relevantes para responder a esa pregunta.
24. A este respecto, también examinamos brevemente el equilibrio entre el requisito de la homogeneidad de las demandas y la eficacia procesal de los procedimientos judiciales. La complejidad de la metodología y el esfuerzo de recopilación de datos necesarios para la estimación de los daños tiende a aumentar con la granularidad y la cantidad de factores individuales que deben tenerse en cuenta. Si no pueden formarse subclases -o no pueden formarse con el nivel de granularidad deseado- debido a su complejidad o a la falta de elementos comunes, puede ser necesario presentarlas como procedimientos colectivos separados por la misma conducta. Estas acciones de representación separadas tendrían un mayor grado de

homogeneidad, al tiempo que se asociarían con menores daños por procedimiento y una carga global probablemente mayor para los tribunales y las partes implicadas.<sup>5</sup>

25. Por lo tanto, queda por ver cómo se ponderan entre sí los puntos de coincidencia de las demandas y la eficacia procesal. Esto dependerá probablemente de la naturaleza de la presunta infracción, del mercado afectado y de la interpretación jurídica del régimen de acciones de representación.
26. Será interesante ver cómo interpretan los tribunales españoles los requisitos de homogeneidad. Desde el punto de vista de un economista de la competencia será especialmente interesante ver cómo se tratarán los casos de cárteles y, dentro de los casos de cárteles, los efectos paraguas<sup>6</sup>. ¿Los consumidores que no eran clientes de los miembros de un cártel, pero que pueden haber sufrido un daño debido al efecto paraguas, formarán parte de la misma clase que los clientes de los cartelistas?

### 3.2 Implicaciones de un sistema de opt-out

27. Como se ha comentado anteriormente, el Borrador apunta actualmente a un sistema opt-out como el caso general. La diferencia entre un sistema opt-out y un opt-in es que, en el primero, todos los consumidores que puedan formar parte de la acción representativa (es decir, que cumplan el requisito de homogeneidad descrito anteriormente) quedan vinculados por la Sentencia a menos que manifiesten explícitamente lo contrario. Mientras que, en un sistema opt-in, sólo los consumidores que manifiesten explícitamente su voluntad de formar parte de la demanda quedarán vinculados por el resultado. Un sistema de opt-out tiene dos implicaciones, que explicamos a continuación.
28. La principal implicación es que los demandantes tienen que demostrar la causalidad del daño en todo el mercado (o en toda la clase cuando tengan distinto alcance). Esto, a su vez, se traduce en dos cuestiones en el caso de España: una metodológica y otra de disponibilidad de datos.
29. En primer lugar, la determinación del daño a nivel de clase podría ser un reto desde el punto de vista metodológico en caso de que las características de una clase no estén bien definidas. Si la clase no está bien definida, ciertas características de un grupo de clientes que pertenezcan a la clase podrían (erróneamente) no tenerse en cuenta, lo que significaría que la metodología sería defectuosa. Si las características están bien definidas, la metodología desarrollada debería ser capaz de tener en cuenta a todos los clientes que pertenezcan a la clase y, en caso de que no sea posible, podría ser necesario dividir la clase en subclases.
30. En segundo lugar, implica que el demandante no puede basarse en datos específicos del demandante, lo que le pone en desventaja (en términos de acceso a pruebas e información) al menos en las fases iniciales de una demanda, y en particular en la fase de evaluación inicial. Dado que el demandante no tiene acceso a datos privados de toda la clase o de todo el mercado, por lo general dichos datos sólo pueden obtenerse mediante solicitudes de disclosure. Si rara vez se

<sup>5</sup> En sentido similar, véase C-450/22 - *Caixabank y otros (Contrôle de transparence dans l'action collective)*, Conclusiones de la Abogada General Medina, de 18 de enero de 2024, para. 72.

<sup>6</sup> La fijación de precios paraguas se refiere a una situación en la que "empresas que no forman parte de un cártel, beneficiándose de la protección de las prácticas del cártel (que operan "bajo el paraguas del cártel", por así decirlo), fijan, consciente o inconscientemente, sus propios precios por encima de lo que habrían podido hacerlo en condiciones de competencia", Conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas el 30 de enero de 2014 en el asunto C-557/12 (Kone) ECLI:EU:C:2014:45, apartado 2.



concede la disclosure, el demandante dependerá en exceso de las fuentes de datos públicas. Si bien esto puede no ser un problema para la estimación de los daños totales, la concesión de daños individuales será menos precisa (basándose en daños medios) y, por lo tanto, compensará en exceso a algunos y en defecto a otros consumidores del grupo.

31. El quid residirá en encontrar el equilibrio entre la compensación excesiva y la insuficiente. Esto subraya la importancia de que los mecanismos de disclosure funcionen eficazmente. El Borrador hace referencia al mecanismo de disclosure disponible en los procedimientos de infracción del derecho de la competencia, por el cual se puede exigir a los demandados que aporten todas las pruebas pertinentes y proporcionales solicitadas. Si bien este mecanismo pretende nivelar el campo entre demandantes y demandados en términos de acceso a la prueba, queda por ver hasta qué punto lo consigue.
32. La segunda implicación de un sistema de opt-out se refiere a la dificultad de demostrar la homogeneidad de la clase. Reflejando el mismo argumento expuesto anteriormente, si la disclosure rara vez se concede también antes de la fase de certificación, demostrar la homogeneidad de la clase puede ser un reto, ya que se basa en pruebas fácticas. Sin embargo, en las demandas de opt-out no existen pruebas específicas de los demandantes y no es probable que las fuentes públicas sean las más adecuadas para ello.

## 4 Conclusión

33. La aprobación de un reglamento definitivo sobre acciones de representación en España supondrá un cambio de juego para las acciones de daños y perjuicios, en particular para las infracciones de competencia. Sobre la base del Borrador existente, los primeros casos que se presenten bajo el eventual nuevo régimen determinarán si y hasta qué punto las consideraciones expuestas en este artículo surgirán y se desarrollarán en la práctica. El resultado de estos casos, entre otros aspectos, desempeñará un papel crucial a la hora de dar forma y claridad al nuevo régimen de acciones de representación y a su popularidad.

---

*Cualquier opinión expresada en esta comunicación es personal y no atribuible a Competition Economists Group.*

---