
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

Los Derechos Colectivos.
Hacia su efectiva comprensión y protección

María Paz Avila Ordóñez y
María Belén Corredores Ledesma
Editoras



Néstor Arbito Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

José Manuel Hermida Viallet
Coordinador Residente del Sistema de Naciones Unidas en Ecuador
y Representante Residente del PNUD

Organización de las Naciones Unidas

Av. Amazonas N. 2889 y la Granja
Telf: (593-2) 2460 330, Fax: 2461 960
www.un.org.ec

Equipo de Apoyo

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
Danilo Caicedo Tapia
Tatiana Hidalgo Rueda
Jorge Vicente Paladines
Nicole Pérez Ruales
Carolina Silva

Naciones Unidas

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Esther Almeida
Christel Drapier
Guillermo Fernández-Maldonado Castro

La presente publicación ha sido elaborada con el apoyo del *Programa Desarrollo y Diversidad Cultural para la Reducción de la Pobreza y la Inclusión Social*, implementado por el Ministerio Coordinador de Patrimonio del Ecuador con la asistencia de las agencias del Sistema de Naciones Unidas y el financiamiento del Fondo para el Logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio del gobierno de España.

ISBN: 978-9978-92-785-4
Derechos de autor: 032327
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador
1ra. edición: diciembre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica,</i> Ministro de Justicia y Derechos Humanos	
Presentación	ix
<i>María Fernanda Espinosa,</i> Ministra Coordinadora de Patrimonio	
Presentación	xi
<i>José Manuel Hermida,</i> Coordinador Residente del Sistema ONU en Ecuador	
Prólogo	xiii
<i>María Paz Avila Ordóñez y María Belén Corredores Ledesma</i>	
Introducción	xv
<i>Agustín Grijalva</i>	
I. La tensión entre los derechos colectivos y derechos individuales	
Derechos individuales y derechos colectivos	3
<i>Will Kymlicka</i>	
Justificaciones liberales para los derechos de los grupos étnicos	27
<i>Rainer Baubock</i>	
La interculturalidad posible: el reconocimiento de los derechos colectivos	61
<i>Neus Torbisco Cassals</i>	
II. Derechos de las nacionalidades indígenas	
Nacionalidades indígenas y Estado nacional en Ecuador	103
<i>Diego Iturralde Guerrero</i>	
Usos de la Ley y usos de la costumbre: La reivindicación del derecho indígena y la modernización del Estado	127
<i>Diego Iturralde Guerrero</i>	
Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas Misión Ecuador - 2006	147
<i>Rodolfo Stavenhagen</i>	

Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas Misión Ecuador - 2009	179
<i>James Anaya</i>	
III. Pueblo Afroecuatoriano	
Derechos colectivos y pueblo Afroecuatoriano.....	217
<i>Jhon Antón Sánchez</i>	
IV. Usuarios y consumidores	
Consumidores y consumismo.	
Perspectivas de una nueva concepción	257
<i>María Paz Avila y Diva Avila</i>	
El sistema mundial no-hegemónico y la globalización popular	277
<i>Gustavo Lins Ribeiro</i>	
La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español	303
<i>Lorena Bachmaier Winter</i>	
V. Medio ambiente sano	
La responsabilidad objetiva por daños ambientales como mecanismo de participación para el acceso a la justicia ambiental.....	353
<i>Ricardo Crespo</i>	
Derechos colectivos, desarrollo y vulnerabilización de los pueblos tradicionales.....	363
<i>Byron Real López</i>	
VI. Acciones de protección	
Concepto de acción colectiva	415
<i>Antonio Gidi</i>	
Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil	427
<i>Antonio Gidi</i>	
El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos	457
<i>Christian Courtis</i>	
Nota biográfica de las autoras y autores	497

La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español*

Lorena Bachmaier Winter

Sumario:

I. Introducción. II. Intereses colectivos e intereses difusos: distinción terminológica y su incidencia en la LEC 1/2000. III. La tutela de los intereses colectivos y difusos en el ordenamiento jurídico español. IV. Legitimación. V. Las especialidades procesales en la tutela colectiva de los consumidores y usuarios. VI. Bibliografía.

I. Introducción

Sin perjuicio de un análisis ulterior más detallado, conviene desde un principio resaltar que bajo la denominación de acciones colectivas se entremez-

* Este trabajo tuvo su origen en el informe sobre "Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos en España" que elaboré para el VII Seminario Internacional "Formazione e Caratteri del Sistema Giuridico Latinoamericano e Problemi del Processo Civile", celebrado en Roma en mayo de 2002. Desde entonces, la Ley de Enjuiciamiento Civil española ha experimentado una significativa modificación en materia de tutela de consumidores y usuarios, como consecuencia de la transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios. Esa transposición se ha efectuado por la Ley del 29 de octubre de 2002 (BOE 29 de octubre de 2002), por lo que era preciso revisar y actualizar el trabajo inicial.

clan fundamentalmente dos nociones que responden a diferentes necesidades y que se proyectan de manera diferente en el ámbito procesal.

En un primer sentido, la regulación de acciones colectivas responde a la necesidad apreciada de buscar mecanismos para facilitar el acceso a la jurisdicción de determinados sujetos considerados socialmente menos favorecidos o que en el ámbito de la contratación ocupan una posición más débil. Es bien conocido que esos obstáculos de acceso a la justicia fundamentalmente son: los costes del litigio, la duración del proceso, la falta de capacidad de determinados entes, la falta de recursos económicos de los afectados, las normas de competencia territorial y los problemas derivados de la ejecución, sobre todo cuando ésta ha de tener lugar en otro estado. Estos obstáculos se erigen en barreras difícilmente salvables en los casos en que la cuantía de lo reclamado es mínima y la acción ha de ejercitarse por un sujeto individual aisladamente y económicamente desfavorecido. Un consumidor o usuario individual rara vez estará en condiciones tanto económicas como anímicas de acometer el ejercicio de una acción judicial contra una potente empresa y menos aún si el valor de lo reclamado no le compensa ese esfuerzo ni tampoco los costes del proceso. En esos casos la decisión de iniciar ese proceso, o como decía Ihering¹ al sopesar si se “sacrifica el derecho a la paz o la paz del derecho”, el sujeto particular que ha visto lesionado sus derechos tenderá a ceder ante el adversario y en definitiva, a prescindir del ejercicio de su acción.

Con el fin de equilibrar esa posición de desigualdad inicial y para superar la desproporción entre los costes del litigio y el valor económico de la reclamación, se observa que esas acciones podrían ejercitarse individualmente porque la titularidad de las mismas corresponde a cada uno de los afectados, sin embargo, es conveniente que se ejerciten de manera conjunta, bien a través de una entidad que tenga encomendada la defensa de esos intereses plurisubjetivos, bien a través de mecanismos procesales que permitan a esa pluralidad de afectados litigar unidos.

En esa primera dimensión, las acciones colectivas (aunque sería más correcto hablar de acciones ejercitadas colectivamente), responden a la necesidad de protección del “débil frente al poderoso”; la parte débil es el consumidor o usuario y la parte fuerte la contratante.

1 Ihering, R. von, *Der Kampf ums Recht*, Viena, 1906, p. 16.

Por otro lado, las acciones colectivas responden a la superación de la noción individual de la titularidad de los derechos e intereses, tras constatarse que existen derechos e intereses meta-individuales o difusos en el sentido de que su titular no es individualizable. Son derechos o intereses que, utilizando la expresión de Cappelletti², no “pertenecen” a un concreto sujeto individual, o bien, respecto de los cuales los particulares sólo poseen una mínima porción del todo. Cappelletti planteaba de manera muy expresiva esta problemática mediante la formulación de la pregunta: “*Who is the owner of the air we breathe?*”³.

La noción tradicional de la legitimación, al vincular ésta a la titularidad de los derechos, no ofrece una respuesta acerca de quién puede ejercitar una acción en defensa de un derecho o interés claramente meta-individual. Nos encontramos así, con derechos e intereses que durante largo tiempo han estado, utilizando la expresión de Cappelletti, huérfanos de un “autor” procesal, porque los ordenamientos tradicionales no determinaban a quién o quiénes pertenecían ni a quién correspondía la legitimación procesal activa para llevar a cabo su defensa.

Esa laguna se ha visto superada a través de la introducción de normas legales que especifican los sujetos que tienen legitimación para defender esos derechos e intereses que pertenecen a una colectividad más o menos indeterminada. Estas acciones son colectivas, porque el bien protegido es colectivo, en el sentido de que la titularidad supera la esfera jurídica individual y de que ese derecho o interés no es, de ordinario, fraccionable o divisible entre los diversos sujetos afectados.

La introducción de mecanismos de tutela colectiva en el ámbito jurídico privado español, ha ido evolucionando progresivamente a partir de una regulación fragmentada de la legitimación en diversas leyes sustantivas. Previamente existía una amplia experiencia de tutela colectiva en el ámbito del derecho laboral y en el ámbito del derecho administrativo. En el ámbito del derecho privado, la tutela colectiva se ha desarrollado fundamentalmente en el contexto del derecho de consumo, sin duda como consecuencia del imperativo constitucional de que se arbitren procedimientos eficaces para la tutela

2 Cappelletti, M., “Vindicating the Public Interest through the Courts: A Comparativist’s Contribution”, en Cappelletti, M., y Jolowicz, J. A., *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil litigation*, Milán, 1975, p. 525.

3 *Ibidem*, p. 522.

de los consumidores y usuarios⁴ y, como consecuencia de las directivas comunitarias promulgadas en materia de defensa de consumidores y usuarios⁵. A esa regulación han seguido otras normas sobre legitimación en diferentes leyes sustantivas, pero sin que ello fuera acompañado de una regulación procesal específica de la tutela colectiva.

Hasta la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, tanto la doctrina como los sectores afectados por el derecho de consumo venían reclamando de manera continua e insistente, una regulación procesal adecuada para la tutela de aquellos intereses que superan la esfera estrictamente individual, por verse afectados una pluralidad de sujetos más o menos determinada. Ello significa que en España el análisis y estudio de los intereses y acciones colectivas ha precedido a su regulación legal, lo cual ha originado también que las clasificaciones realizadas por la doctrina en materia de intereses colectivos sean divergentes.

Antes de abordar en detalle la concreta normativa contenida en el ordenamiento jurídico español y con el fin de evitar confusiones terminológicas, creo necesario realizar algunas puntualizaciones conceptuales acerca de los intereses tutelados a través de las acciones colectivas, dentro de los cuales ha de distinguirse entre los llamados colectivos en sentido estricto y los denominados intereses difusos.

II. Intereses colectivos e intereses difusos: Distinción terminológica y su incidencia en la LEC 1/2000

En la doctrina, con frecuencia se alude a los intereses colectivos y difusos de manera cumulativa o como sinónimos y en muchos casos faltan criterios homogéneos en la definición de estos intereses. Sirvan como muestra de esa heterogeneidad conceptual dentro de la doctrina española las siguientes afirmaciones.

4 Artículo 51 de la Constitución española de 1978 (CE) “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

5 Acerca de la política comunitaria en materia de protección de consumidores y usuarios, véase Méndez Pineda, E., *La protección de consumidores en la Unión Europea*, Madrid, 1998, pp. 191 Y ss.

Almagro Nosete⁶ alude indistintamente a los “intereses sociales o colectivos que se denominan difusos”, cuya característica típica se encuentra en que esos intereses se acotan por grupos, clases o sectores de manera más o menos extensa.

Acosta Estévez⁷ siguiendo a Giannini y a Vigoriti define el interés difuso como el “interés propio, jurídicamente reconocido, de un grupo social o colectividad indeterminada de sujetos, desprovista de una organización que los tome para sí enteramente y tenga capacidad para su defensa, cuya tutela jurisdiccional responde a eventuales iniciativas meramente individuales.” La noción de interés colectivo sería, por otro lado, aquel que afecta o pertenece a “personas situadas en un mismo nivel plano, en relación a un determinado bien respecto del que tienen exigencias del mismo tipo”. El interés colectivo lo vincula este autor al modo social de vida, considerándolo, sin embargo, una concretización del interés difuso.

Para Gutiérrez Sanz y Samanes Ara⁸, la distinción entre intereses colectivos y difusos se basa en que en los intereses colectivos los miembros del grupo portador del interés está determinado o es fácilmente determinable, mientras que en los intereses difusos los miembros son indeterminables o de muy difícil determinación.

Bujosa Vadell⁹ define el interés de grupo equivalente al interés supraindividual como aquel “que se refiere a la relación por la que un grupo más o menos determinado de personas, pretende la evitación de un perjuicio o la consecución de un beneficio en relación con un objeto no susceptible de apropiación exclusiva o en relación con diversos objetos susceptibles de apropiación exclusiva pero cualitativamente idénticos”. A su vez, este autor distingue entre *interés común* e *interés colectivo*. El primero, sería el interés singular de cada uno de los miembros del grupo que es igual o muy similar al de los demás y que puede ser satisfecho individualmente. Por su parte, de-

6 Almagro Nosete, J., “Tutela procesal ordinaria y privilegiada de los intereses difusos”, *Revista de Derecho Político*, 1986-1987, núm. 16, p. 96.

7 Acosta Estévez, J. B., *Tutela procesal de los consumidores*, Barcelona, 1995, pp. 41-46.

8 Gutiérrez Sanz, R. y Samanes Ara, c., “Comentario al artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con la protección procesal de los derechos de los consumidores”, *La Ley*, 1988, p. 1158.

9 Bujosa Vadell, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, 1995, p. 81.

nomina interés colectivo, a aquel que” es de uno y de todos” a la vez¹⁰, que es el que denomina interés de grupo o “intereses difusos y colectivos”.

Silguero Estagnan¹¹, quien realiza un amplio análisis de la problemática procesal de la tutela de los intereses colectivos, no ahonda, sin embargo, en la distinción entre los intereses difusos y colectivos.

Por último, afirma Gutiérrez de Cabiedes¹², que entre los intereses difusos y los intereses colectivos no existe una “diferencia ontológica”, y que la distinción se basa en el “aspecto extrínseco del grado de agregación y delimitación de la comunidad a la que se refieren”. En definitiva, hacen referencia a un mismo fenómeno jurídico, pero con diferente grado de determinación.

De acuerdo con este autor, cuyos criterios serán en esencia asumidos posteriormente por el legislador, creo oportuno clarificar los conceptos de interés colectivo y difuso, y apuntar, aunque sea sólo de manera esquemática, la diferencia entre este último y el interés general:

Intereses difusos: Se reserva dicho término para aquellos intereses que afectan a una comunidad de sujetos amplia e indeterminada, no existiendo de ordinario vínculo o nexo jurídico entre ellos; por ejemplo, en materia de publicidad engañosa o aquellos procesos en los que se ejercita una acción para exigir el etiquetado de determinados productos de consumo.

Intereses colectivos: En sentido estricto, podemos hablar de la existencia de un interés o intereses colectivos cuando un grupo se encuentra en una misma situación jurídica o cuando una pluralidad de sujetos se ven afectados por un mismo hecho, y los integrantes del grupo o los afectados están determinados o pueden ser determinados sin dificultad; por ejemplo: un grupo de padres de alumnos de un colegio, o un grupo de clientes que suscribieron con una determinada entidad bancaria un crédito hipotecario en un concreto año.

Interés general: El interés difuso no debe asimilarse al interés general, aunque en ambos casos el ámbito de afectados se encuentra indefinido. Desde un punto de vista subjetivo siguiendo a Gutiérrez de Cabiedes “en el interés difuso se daría una dimensión personal que no se da en el público,

10 *Ibidem*, p. 97.

11 Véase Silguero Estagnan, J., *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Madrid, 1995, p. 1.

12 Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes P., *La tutela de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Pamplona, 1999, pp. 99 y ss.

una posibilidad de fragmentación, pues del interés difuso emana el reconocimiento de situaciones subjetivas atribuibles a individuos y organizaciones”. De ahí cabe concluir que los intereses difusos son intereses abiertos a la participación. La consideración de los intereses supraindividuales ya sean colectivos o difusos como intereses públicos o, por el contrario, como simple suma de intereses privados, no es sencilla, pues el problema de la tutela de estos intereses no se resuelve en la dicotomía público/privado. Sería más adecuado asumir que disfrutan de una naturaleza intermedia: son intereses originariamente personales, pero que en la medida en que son compartidos o comunes a una pluralidad de sujetos, adquieren una dimensión social que permite afirmar que son intereses “privados de dimensión colectiva”.

Dentro de los intereses que afectan a una colectividad, ya esté determinada o no, es preciso distinguir como ya apuntamos en la introducción de este trabajo, entre intereses supraindividuales e intereses plurisubjetivos. En breve, y siguiendo a Gutiérrez de Cabiedes¹³, los intereses se clasificarían en:

Interés supraindividual: existe cuando la pluralidad de sujetos se ve afectados de igual manera por una situación jurídica o hecho, por ser miembros de una comunidad o grupo, siendo todos ellos cotitulares del derecho. La sentencia estimatoria derivada de la tutela ejercitada por uno de ellos o por una entidad legitimada, necesariamente afectará a los demás. Como ejemplo de esos intereses supraindividuales podemos citar: la acción para que cese la emisión o difusión de una publicidad engañosa (artículo 29 de la LGP), la acción de cesación de un acto de competencia desleal (artículo 18 de la LCD), o la acción de cesación conforme a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (artículo 12 de la LCGC).

Pluralidad de intereses individuales: esto es cuando existe una pluralidad de acciones surgidas de un mismo hecho dañoso, acciones cuya titularidad corresponde a cada uno de los sujetos individuales afectados. Se trata de intereses individuales homogéneos porque todas las acciones derivan de un mismo hecho originario. A partir de ese hecho lesivo común a todos ellos, sin embargo, las consecuencias pueden ser idénticas para todos o, por el contrario, diferentes para cada uno de ellos. La acción que ejercita uno de ellos no produce efectos de cosa juzgada ni extiende su eficacia material respecto

13 Véase Gutiérrez de Cabiedes, P., *op. cit.*, nota 12, pp. 61 y ss.

del derecho de los demás afectados, como por ejemplo: daños concretos de la utilización de un producto defectuoso, pacientes médicos infectados de hepatitis por transfusiones de sangre contaminada, etcétera.

Si bien es ésta una cuestión que incide y de manera relevante en el tema de la legitimación, la LEC ha preferido no diferenciar entre ambos tipos de intereses a la hora de configurar las especialidades procesales de la tutela de los consumidores y usuarios. La distinción contenida en el artículo 11 de la LEC al regular la legitimación para la defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios, atiende únicamente al criterio del grado de determinación de los sujetos afectados: si los sujetos afectados están determinados o son fácilmente determinables, esos intereses son calificados como *colectivos*; en caso de indeterminación de los sujetos afectados, la LEC los denomina intereses *difusos*.

La distinción entre intereses difusos y colectivos, sin embargo, no encuentra reflejo en la denominación de las correspondientes acciones, las cuales no se califican de manera diferente en función del interés que tutelan. En términos generales puede decirse que el concepto de acción colectiva, simplemente se opone al de acción individual, englobándose dentro de las acciones colectivas tanto aquellas que defienden intereses difusos, a las cuales no resulta adecuado o usual denominar "acciones difusas", como intereses colectivos que afectan a un grupo determinado de sujetos¹⁴.

En sentido estricto, de conformidad con la definición incluida en la Directiva Comunitaria 98/27, del 19 de mayo de 1998, sobre acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, las acciones colectivas son las que tienen por objeto la tutela de intereses colectivos y estos son definidos como "los intereses que no son una acumulación de intereses particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción.

¹⁴ Así, y a diferencia del artículo 11 de la LEC, en la exposición de motivos el legislador utiliza el término "colectivo" en sentido genérico, como el que afecta a una pluralidad de sujetos, sin especificar si esa pluralidad de sujetos está determinada o no.

III. La tutela de los intereses colectivos y difusos en el ordenamiento jurídico español

En el ámbito del derecho privado¹⁵ es la Ley 26/84, del 19 de julio, General de Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU), la que inicia la evolución hacia una tutela colectiva de los derechos e intereses. En el desarrollo del artículo 51, la LGDCU enumera en su artículo 20., los derechos básicos de los consumidores y usuarios¹⁶ y legitima a las asociaciones de consumidores y usuarios para ejercer las acciones civiles para la tutela de los intereses generales de los consumidores y usuarios¹⁷.

Poco después, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (LOPJ) hizo un tímido intento de ampliar la legitimación a sujetos o entes carentes de personalidad jurídica, para articular la defensa de intereses colectivos y difusos. De manera absolutamente novedosa en nuestro sistema procesal, el artículo 7.3 de la LOPJ encomendó a nuestros Juzgados y Tribunales la protección de los intereses “tanto individuales como colectivos”, reconociendo simultáneamente la legitimación de “corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados”¹⁸.

15 En nuestro ordenamiento jurídico existe una ya larga tradición de tutela colectiva tanto en el ámbito del derecho administrativo como en el ámbito del derecho laboral. En el proceso laboral desde hace tiempo la tutela colectiva de los trabajadores se ha atribuido a las organizaciones sindicales. En este trabajo nos vamos a centrar únicamente en los mecanismos para la tutela colectiva de los intereses de los ciudadanos en la esfera del proceso civil, debido al interés que suscita su nueva regulación procesal. Por ello omitiremos referencias a otros órdenes jurisdiccionales.

16 Conforme al artículo 20. de la LGDCU esos derechos son: a) la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud y seguridad; b) la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; c) la indemnización y reparación de los daños y perjuicios sufridos; d) la información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute; e) la audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afecten directamente y en representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores legalmente constituidas; f) la protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión. La LGDCU incluye, además, una larga lista de cláusulas abusivas que de utilizarse en el ámbito de la contratación, carecerán de efectos por ser nulas de pleno derecho.

17 El artículo 20.1 de la LGDCU establece que las asociaciones de consumidores y usuarios podrán “representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios” .

18 Con más concreción, aunque sin resolver todas las dudas, el artículo 16.5 de la Ley de Procedimiento

Esa norma innovadora y revolucionaria originó una avalancha de publicaciones y estudios doctrinales¹⁹ que intentaron clarificar el alcance y contenido de esta indefinida previsión legal de los intereses difusos, que fueron calificados como intereses *profusos y confusos* por las innumerables dudas que planteaba el precepto (o más bien por la falta de desarrollo de ese precepto en el código procesal)²⁰.

Progresivamente en las leyes sustantivas (la LGDCU,²¹ LGP,²² LCD²³ o la LCGC²⁴, entre otras), se fueron introduciendo normas para dotar de eficacia a la protección de los derechos de los ciudadanos en su consideración de consumidores y usuarios, introduciendo la regulación de acciones de cesación para cuyo ejercicio se contemplan normas de legitimación específicas.

Sin desconocer el indudable avance que supuso el artículo 7.3 de la LOPJ y la introducción de las acciones colectivas para la tutela de intereses supraindividuales en diversas leyes sustantivas, lo cierto es que esa evolución no había encontrado un reflejo paralelo en las normas procesales, apreciándose una importante laguna en la tutela de intereses supraindividuales o de múltiples partes. La vieja Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1881, concebida para dar respuesta a las pretensiones basadas en la titularidad de derechos subjetivos individuales, carecía de previsiones específicas para articular la tutela de los intereses colectivos. Obviamente, en su redacción originaria, la LEC de 1881 no podía prever la realidad de la contratación en masa ni podía in-

Laboral que incluyó la regulación de la legitimación de los grupos para el proceso laboral.

19 Entre ellos pueden consultarse Gutiérrez Sanz, M. R. Y Samanes Ara, c., “Comentario al artículo 70. de la LOPJ en relación con la protección de los derechos de los consumidores”, *La Ley*, 1988, pp. 1157-1160; Oliva Santos, A. de la, “La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial: análisis jurídico general y constitucional”, *Revista de Derecho Procesal*, 1987, pp. 17 y ss.; Acosta Estévez, J. B., *op. cit.*, nota 7, pp. 81 y ss.; Bujosa Vadell, L. M., *op. cit.*, nota 9, pp. 297 y ss.; Gutiérrez de Cabiedes, P., *op. cit.*, nota 12, pp. 305 y ss.

20 Es cierto que el artículo 7.3 de la LOPJ planteaba más dudas que soluciones prácticas. Pero el defecto no ha de encontrarse en su escueta redacción, pues no es la LOPJ el lugar apropiado para desarrollar los requisitos ni el cauce procesal adecuado para la defensa de los intereses de grupos, sino en la propia ley procesal. Por ello, la principal crítica ha de dirigirse al legislador por no haber procedido al desarrollo de ese precepto legitimante.

21 Ley 26/84, del 19 de julio, General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

22 Ley 34/1988, del 11 de noviembre, General de Publicidad.

23 Ley 3/1991, del 10 de enero, de Competencia Desleal.

24 Ley 7/1998, del 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

cluir mecanismos específicos de protección para los destinatarios de bienes de consumo y servicios. Pero lo cierto es que a lo largo del siglo XX, durante el cual se acometieron múltiples reformas parciales de la LEC de 1881, en ninguna de ellas abordó el legislador la reforma necesaria para dar respuesta a la necesidad de tutela de los consumidores y usuarios.

Fácilmente puede apreciarse que para dar cumplimiento al artículo 51 de nuestra Constitución, no resultaba suficiente que en las leyes sustantivas se atribuyera legitimación a las asociaciones de consumidores para la defensa de intereses colectivos y difusos, como se hizo en el artículo 20.1 de la LGDCU. A esa legitimación había de acompañarse una completa normativa que regulara las diversas implicaciones procesales de la defensa de los intereses colectivos y difusos, entre ellas, el modo de intervención de los particulares en esos procesos, o la eficacia de las sentencias obtenidas por entes legitimados para la defensa de esos intereses que afectan a una pluralidad de consumidores y usuarios, por citar sólo algunas cuestiones. Mientras no quedaran regulados adecuadamente los instrumentos de la tutela colectiva de los derechos de los consumidores y usuarios, “existirá un amplio margen de indefensión real de los consumidores”²⁵. De ahí que desde hace varias décadas, tanto la doctrina como los sectores afectados por el derecho de consumo, vinieran reclamando de manera continua e insistente que se arbitraran cauces procesales adecuados para la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios, especialmente para aquellos supuestos en los que se supera la esfera estrictamente individual.

Los ejemplos de macroprocesos con múltiples víctimas fundamentalmente el proceso del síndrome tóxico del aceite de colza con miles de afectados²⁶ y el proceso relativo al derrumbamiento de la presa de Tous, ambos sustanciados ante la jurisdicción penal, pusieron de relieve, con mayor nitidez si cabe, la necesidad de que se arbitraran mecanismos procesales para canalizar la tutela colectiva. Y no ha de olvidarse que una adecuada regulación procesal del ejercicio de las acciones colectivas siendo un requisito para la protección de los consumidores y usuarios, redundará también en beneficio de toda la administración de justicia, al abrir un cauce para evitar

25 Así Pasquau Liaño, M., “Sobre la tutela jurisdiccional civil de los intereses colectivos de los consumidores”, *Directiva*, núm. 1, 1989, p. 125.

26 Véase la STS del 26 de septiembre de 1997 (RAJ 1997/6366).

la sobrecarga de la justicia por la multiplicación de reclamaciones individuales²⁷.

La nueva LEC promulgada el 7 de enero de 2000, cuya entrada en vigor se produjo el 8 de enero de 2001, introduce ya un cauce procesal para arbitrar la tutela colectiva de los consumidores y usuarios. Las disposiciones de la LEC, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 de la LEC, son de aplicación supletoria para los demás procesos jurisdiccionales. Con ello se cubre el vacío legal existente hasta ahora, pues las normas referidas a la tutela colectiva de una pluralidad de afectados, serán de aplicación también en el proceso penal, respecto de la acción civil acumulada.

Todavía no puede hacerse una valoración acerca de la repercusión práctica de las normas procesales previstas para la tutela colectiva de los consumidores y usuarios. Sí merece valoración positiva que la nueva LEC finalmente haya afrontado la necesidad de articular un mecanismo de protección de los derechos de consumidores y usuarios; sin embargo, la regulación en ocasiones presenta dificultades interpretativas que habrán de clarificar los tribunales.

De forma muy esquemática las especialidades procesales introducidas en la nueva LEC en esta materia pueden resumirse en las siguientes líneas. Como señala la Exposición de Motivos de la LEC se han incluido previsiones específicas en materia de diligencias preliminares; sobre llamamiento al proceso de quienes, sin ser demandantes, puedan estar directamente interesados en intervenir; sobre acumulación de acciones y procesos; acerca de la sentencia y en materia de ejecución.

Con el fin de averiguar si los consumidores y usuarios afectados por un hecho lesivo están determinados o son de imposible determinación, a efectos de establecer la legitimación, la LEC permite al futuro demandante, solicitar la práctica de diligencias preliminares para efectuar esa identificación subjetiva de los afectados. En ambos casos, sujetos determinados o indeterminados, se arbitra un amplio sistema de publicidad de la demanda, para facilitar la intervención en el proceso colectivo de cada uno de los afectados indivi-

27 Esto fue particularmente evidente en los dos anteriores casos citados: síndrome de la colza y presa de Tous donde, a la vista del elevado número de afectados, varios miles en ambos casos, la aplicación de las normas procesales por ejemplo, en materia de citación, de ofrecimiento de acciones o de intervención planteaba serias dificultades hasta llegar a ser imposible.

dualmente (artículos 13 y 15 de la LEC). Pero, hayan intervenido o no, del tenor literal del artículo 222 de la LEC se deduce que la eficacia de la sentencia en materia de intereses colectivos o difusos se extiende *ultra partes* incluso frente a sujetos que no hubieran litigado.

En cuanto al contenido de la sentencia, cuando se trata de intereses colectivos, el artículo 221 de la LEC exige que, si se han ejercitado concretas pretensiones de condena, habrá de determinarse individualmente cuáles son los beneficiados por ese pronunciamiento, y en la medida de lo posible esa condena se liquidará en la propia sentencia. En caso de intereses difusos, la sentencia estimatoria de la pretensión de condena fijará las bases y datos para identificar a los beneficiados, sin perjuicio de pronunciarse individualmente acerca de la tutela de los concretos consumidores ya determinados. Respecto de los afectados no determinados, se incluirán los datos, características y requisitos necesarios para que éstos puedan instar la ejecución (artículo 221 de la LEC), difiriendo al proceso de ejecución la individualización de los sujetos beneficiados. El presente sistema aparece así como una excepción a la prohibición general de sentencias de condena con reserva de liquidación (artículo 219 de la LEC).

Se arbitra incluso un sistema para que las sentencias constitutivas o declarativas dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores y usuarios puedan abrir paso a la acción de resarcimiento individual, evitando así que cada uno de los posibles afectados por esa decisión judicial se vea abocado a instar un proceso de declaración individual (artículo 221.3)²⁸.

IV. Legitimación

Conforme al artículo 11 de la LEC los sujetos legitimados para ejercer las acciones civiles para la tutela colectiva de los intereses de los consumidores y usuarios son:

28 La LEC introduce un proceso para la tutela colectiva de los intereses de los consumidores y usuarios, previendo, sin embargo, a semejanza de lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998 (LJCA), un cauce para que cada uno de los afectados pueda verse resarcido individualmente.

Artículo 11 LEC: *Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios.*

1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

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

Ha de recordarse que la LEC sólo contempla la tutela colectiva de los ciudadanos en su perspectiva de consumidores y usuarios, lo cual ha generado un importante debate acerca de la tutela colectiva en caso de daños al medio ambiente o desastres ecológicos, planteándose la cuestión acerca de si el medio ambiente puede englobarse dentro de los bienes de consumo o no. Sí son aplicables, sin embargo, las normas de la LEC referidas a la tutela colectiva de los consumidores y usuarios a todo adherente de condiciones generales de la contratación, sea consumidor o usuario o no lo sea, en virtud de la disposición final sexta, apartado 50. de la LEC²⁹.

La LEC no alude al modo o sistema para conformar a la clase, categoría o grupo de afectados; no señala cuál debe ser el criterio para considerar in-

29 Conforme a esa disposición se modifica la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación 7/1998, del 13 de abril, añadiendo una disposición adicional cuarta que señala: "Las referencias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a los consumidores y usuarios, deberán entenderse realizadas a todo adherente, sea o no consumidor o usuario, en los litigios en que se ejerciten acciones individuales o colectivas derivadas de la presente Ley de Condiciones Generales de la Contratación."

cluidos o excluidos a concretos consumidores y usuarios. El único criterio aparece señalado de manera indirecta al regularse la legitimación en el artículo 11 de la LEC, en el cual se alude a “los perjudicados por un hecho dañoso”. El objetivo de haberse visto afectado por un mismo hecho que ha ocasionado un perjuicio para el consumidor o usuario, automáticamente integra a ese sujeto dentro del grupo, categoría o clase de afectados. La LEC no regula un cauce para que el consumidor o usuario “afectado” sea excluido de ese grupo, para evitar verse afectado por el contenido y efectos de esa sentencia. O se trata de un olvido del legislador, o la total ausencia de regulación del *opting out* obedece a un deseo del legislador de primar o favorecer la tutela colectiva de los derechos individuales de cada consumidor o usuario afectado, y excluir el goteo o proliferación de procesos individuales³⁰.

La sentencia deberá determinar los sujetos concretos que han de entenderse beneficiados por la sentencia, y si esa determinación individual no es posible, debe establecer los datos y características que pueda identificarlos.

1. La defensa de los intereses colectivos por el grupo de afectados

A. *Capacidad para ser parte*

Una de las principales innovaciones introducidas por la LEC consiste en la previsión de que los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios puedan ser tutelados no sólo por las asociaciones de consumidores o entidades específicamente legitimadas, sino también por el propio grupo de afectados. Recuérdese, sin embargo, que el grupo sólo tiene legitimación para actuar en defensa de intereses que afecten a un grupo de sujetos *determinado o fácilmente determinable*.

³⁰ Así, los consumidores individuales se ven abocados a ejercer su defensa individual si quieren ejercerla dentro del proceso colectivo. Es más, en caso de que decidieran incoar un proceso civil en defensa de sus derechos en paralelo al proceso colectivo, la LEC prevé la posibilidad de que ese proceso individual sea acumulado al colectivo, no sólo a instancia de parte, sino también de oficio (artículo 78.4 de la LEC). Es éste el único supuesto en que la LEC prevé una acumulación de procesos a instancia del tribunal, lo que denota el deseo de que los intereses de todos los afectados se tutelen en un mismo proceso, en el incoado por la asociación de consumidores y usuarios.

La novedad no radica tanto en el hecho de que se confiera legitimación al grupo, pues, como ya se ha visto, esa legitimación ya estaba prevista de manera genérica en el artículo 7.3 de la LOPJ, sino en que se confiera al grupo capacidad para ser parte, principal escollo para la actuación procesal de los grupos antes de la LEC 1/2000. Por mucho que se le reconociera legitimación, al ser el grupo un ente sin personalidad jurídica y sin una estructura organizativa de cierta permanencia, existían muchos reparos a la hora de admitir su capacidad para ser parte, y para ser sujetos de derechos y obligaciones en el proceso, al margen de los componentes que lo integran.

Ese problema pretende resolverse con la previsión del artículo 6.7 de la LEC, que confiere al grupo capacidad para ser parte, siempre que se constituya con la mayoría de los sujetos afectados. La capacidad para ser parte del grupo es de carácter relativo, pues la ley sólo la prevé para que el grupo actúe como demandante en el proceso civil; así se deduce del último inciso del artículo 6.7 de la LEC, que se refiere a los requisitos que debe cumplir el grupo para *demandar*³¹. Ello impide que el demandado pueda reconvenir frente al grupo, o que éste pueda ser demandado como tal (por ejemplo, por lesionar el derecho a la intimidad del demandado). De nuevo encontramos aquí una diferencia con el ordenamiento jurídico estadounidense, donde sí se admite la posibilidad de que el grupo actúe como parte activa y como destinatario de una demanda³². El hecho de que el grupo sólo pueda constituirse en parte activa, es plenamente coherente con los fines perseguidos en la nueva LEC en materia de consumidores y usuarios: facilitar el acceso de éstos a la jurisdicción para dotar de eficacia a la tutela de sus derechos e intereses. Desde esa perspectiva, no resultaría razonable que se dotara al grupo también de capacidad para ser parte demandada.

En cuanto al modo de acreditar la capacidad para ser parte, parece que, en principio, debe ser a través de la prueba documental, que habrá de pre-

31 Artículo 60. de la LEC: "*Capacidad para ser parte*. Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: ... 70. Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados". En el mismo sentido, Samanes Ara, c., *Las partes en el proceso civil*, Madrid, 2000, p. 20.

32 Artículo 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure* (a), en donde se alude a la posibilidad de demandar al miembro del grupo que actúa en representación del mismo, en cuyo caso los efectos de la sentencia se extenderían a todos los componentes del grupo.

sentarse junto con el escrito de la demandada³³. Ello resulta lógico a pesar de que la LEC, al enumerar los documentos que necesariamente han de acompañar a la demanda (artículos 264 a 266 de la LEC), no aluda a la capacidad para ser parte (quizás porque de ordinario la concurrencia de este presupuesto consta en el poder otorgado al procurador por el representante necesario).

B. *Requisitos para el reconocimiento de la legitimación*

El grupo sólo está legitimado para la defensa de intereses colectivos, pero no para la defensa de los intereses difusos, según se ha visto ya. Los intereses colectivos se definen, en el artículo 11.2 de la LEC, como aquellos que afectan a una pluralidad de sujetos *determinada o fácilmente determinable*. La condición para que el grupo adquiera capacidad para ser parte es que se encuentre constituido por la mayoría de los afectados por un mismo hecho lesivo, sin que sea exigible una mayoría cualificada. Se trata de un criterio exclusivamente cuantitativo para acreditar que ese grupo es suficientemente representativo de los intereses de esos afectados, lo cual legitima su actuación procesal y la extensión de sus consecuencias incluso a afectados ausentes del proceso (*adequacy of representation*, en la terminología jurídica angloamericana)³⁴.

Al margen de esa nota de representatividad, la LEC no condiciona la legitimación ni la actuación del grupo a ningún otro requisito adicional. El legislador español se aparta en este punto de lo previsto en el sistema estadounidense, donde la acción del grupo se configura siempre con carácter subsidiario: sólo se admite la actuación del grupo como tal cuando, por el elevado número de sus componentes, su defensa no puede articularse a través

33 En el mismo sentido, Garnica Martín, J. F. "Comentario al artículo 60. de la LEC", *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, p. 134. Defiende este autor una interpretación flexible en cuanto al modo de acreditar la capacidad para ser parte, entendiéndolo que debe "admitirse cualquier medio que permita razonablemente pensar que el grupo está formado con la mayoría de sus integrantes", aunque a continuación aluda exclusivamente a los documentos públicos y privados.

34 Acerca del requisito de la representatividad adecuada para la actuación del grupo en la defensa de intereses difusos o colectivos, véase entre otros, Bujosa Vadell, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, cit., nota 9, pp. 198 y ss.; Gutiérrez de Cabiedes, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales colectivos y difusos*, cit., nota 12, pp. 451 y ss.

de la acumulación de acciones³⁵. Pero si el grupo es pequeño el sistema prefiere evitar las complejidades procesales derivadas de la legitimación del grupo y remitir la defensa conjunta de los diversos sujetos a los cauces tradicionales de acumulación de acciones, siendo el juez quien decide, atendiendo a criterios de oportunidad y proporcionalidad y con un amplio margen discrecional, acerca de la admisibilidad de la *class action*.

2. La tutela colectiva a través de las asociaciones de consumidores y usuarios

A. *La problemática en torno a la legitimación de las asociaciones de consumidores*

El principal problema que plantea la regulación de la legitimación en el artículo 11 de la LEC, es que no distingue entre intereses supraindividuales e intereses plurisubjetivos. La norma parece estar pensada para la defensa de intereses plurisubjetivos, dada la referencia a un “hecho dañoso”, pero no aparece nítidamente expresado en este sentido. Ello lleva a plantearse cuál es el tipo de legitimación que ostentan, por ejemplo, las asociaciones de consumidores en defensa de intereses plurisubjetivos y si ha de exigirse en ese caso una representación expresa.

Para la *tutela de intereses colectivos* (en el sentido de intereses que afectan a sujetos determinados) el artículo 11.2 de la LEC confiere legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas “que tengan por objeto la defensa o protección de éstos” (de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios), y también a los grupos de afectados. En este punto llama la atención que se legitime a las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de todo tipo de intereses colectivos, al margen de que los sujetos afectados sean asociados o no. Si ello puede estar justificado en relación con la defensa de intereses supraindividuales, en el caso de pluralidad de derechos individuales homogéneos, no se entiende

35 Este requisito para la constitución del grupo como parte en el proceso en defensa de una *class action* se contiene en el artículo 23 (a) de las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938: “One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable”.

muy bien cuál es el tipo de legitimación que ostentan las asociaciones de consumidores y usuarios más allá de la representación que, en principio, cada uno de los afectados debiera consentir.

Tampoco queda claro si el artículo 11.2 de la LEC supone una extensión de lo previsto en el artículo 20 de la LGDCU (norma que se reitera en el artículo 11.1 de la LEC) —en el sentido de admitir la legitimación representativa de las asociaciones de consumidores también respecto de los derechos de sujetos no asociados—, o si, por el contrario, se trata de una mera concreción de esa norma legitimante, en cuyo caso la legitimación para la defensa de intereses plurisubjetivos sólo se proyectaría sobre los asociados. No es éste el lugar para detenernos en la confusa regulación de la legitimación, pero no podíamos dejar de apuntar estas dificultades interpretativas.

En la *tutela de los intereses difusos* —cuando la pluralidad de consumidores afectados es indeterminada— tras la reforma operada por la Ley del 29 de octubre de 2002, el criterio seguido es muy semejante: el artículo 11.3 de la LEC atribuye la legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios” que, conforme a la ley, sean representativas” (artículo 11.3 de la LEC); al Ministerio Fiscal y a las “entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.1.8 para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y los intereses difusos de los consumidores y usuarios”³⁶.

Hasta ahora, la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para actuar en defensa del llamado interés general de un número indeterminado de consumidores y usuarios aparecía reconocida en el artículo 20.1 de la LGDCU, aunque limitada posteriormente por el R. D. 825/1990, del 2 de junio, a las asociaciones *representadas en el Consejo de Consumidores y Usuarios*³⁷.

36 Con anterioridad a la reforma operada por la Ley del 29 de octubre de 2002, la legitimación para la tutela de los intereses difusos se regulaba de manera mucho más restrictiva que en la tutela de los intereses colectivos, pues la legitimación se atribuía con carácter exclusivo a las asociaciones de consumidores y usuarios” que, conforme a la Ley, sean representativas” (artículo 11.3 de la LEC). Esa excesiva limitación, que incomprensiblemente excluía al Ministerio Fiscal como legitimado, se corrigió finalmente mediante la reforma legislativa operada para la transposición de la Directiva comunitaria 98/27, del 19 de mayo de 1998.

37 Para un análisis crítico de la exigencia de esa representación en el Consejo de Consumidores y Usuarios, como criterio interpretativo de la representatividad de la asociación de consumidores y usuarios, visto en Marín López, J. J., “Comentario al artículo 20”, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, pp. 550 y ss.

Resulta difícil determinar con exactitud qué tipo de legitimación se contempla en el artículo 11.3 de la LEC 1/2000. En concreto, si se refiere a la legitimación para la defensa de intereses supraindividuales y difusos –los llamados intereses generales en la LGDCU–, o si, por el contrario, se refiere a la legitimación para la defensa de intereses individuales que afectan a una pluralidad de sujetos que no están determinados.

Si a lo que alude el artículo 11.3 de la LEC es a la legitimación para la defensa de los llamados intereses generales de los consumidores y usuarios, esa norma es por un lado innecesaria, y por otro excesivamente restrictiva. Resulta innecesaria porque ya se encuentra reconocida en el artículo 20 de la LGDCU, al cual se alude en el artículo 11.1 de la LEC 1/2000³⁸. Pero al mismo tiempo aparece como excesivamente restrictiva, pues en diversas leyes especiales se contienen normas que legitiman a sujetos individuales para ejercitar acciones en defensa de los intereses supraindividuales y difusos de los consumidores y usuarios³⁹.

Es cierto que de ordinario viene rechazándose la posibilidad de que un sujeto particular o un grupo ejercite una acción en defensa de los intereses difusos supraindividuales. En efecto, parece razonable que, en la medida en que la sentencia que se dicte va a producir efectos *erga omnes*, en principio, sólo debería conferirse legitimación a determinadas organizaciones personificadas, pues sólo ellas pueden “representar institucionalmente los intereses del grupo, categoría o clase”⁴⁰. No obstante, conviene recordar que el propio legislador en determinadas ocasiones (LGP o LCD) admite la legitimación de un particular para el ejercicio de una acción colectiva.

38 En términos parecidos se pronuncia Samanes Ara, c., *Las partes en el proceso civil*, op. cit., nota 31, p. 90, para quien la previsión del apartado tercero del artículo 11 también resulta artificiosa, “por lo que hubiese sido suficiente la contenida en el apartado primero”.

39 Sirva de ejemplo lo dispuesto en el artículo 29.3 de la LGP, que legitima a “los titulares de un derecho o de un interés legítimo”, o la propia doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en el caso “Violeta Friedman” (STC 214/1991, del 11 de noviembre), en donde se reconoció legitimación a un particular, la señora Friedman, para ejercitar la demanda por vulneración del derecho al honor de un grupo, en concreto de la comunidad judía.

40 Así lo entiende Marín López, J. J., op. cit., nota 37, p. 555, al tiempo que advierte que “es irrazonable entender que las únicas asociaciones de consumidores y usuarios que se encuentran en esa situación son las inscritas en el libro registro del Ministerio de Sanidad y Consumo, y no las restantes”.

Atendiendo a los anteriores argumentos, cabría concluir que el artículo 11.3 de la LEC hace referencia a la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para ejercitar acciones plurisubjetivas, en los supuestos en que un mismo hecho lesivo afecta a una pluralidad indeterminada de consumidores y usuarios. En este caso, la asociación no defendería un interés supraindividual, sino la suma de múltiples intereses individuales. Esta conclusión, sin embargo, no está exenta de dudas, pues nos llevaría a admitir una suerte de legitimación representativa de la asociación de consumidores y usuarios, en representación de unos afectados que no están determinados.

La Ley del 29 de octubre de 2002 ha añadido un nuevo apartado cuarto al artículo 11 de la LEC, que contempla específicamente la legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios. Conforme a este precepto se confiere legitimación para el ejercicio de estas acciones también al Ministerio Fiscal y a las “entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios”⁴¹.

B. Requisitos para el reconocimiento de la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios

Los principales requisitos para que las asociaciones de consumidores y usuarios tengan legitimación para ejercer las acciones que correspondan en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios son:

- que estén legalmente constituidas conforme a la Ley de Asociaciones y que en sus estatutos venga expresado que su finalidad es la defensa de los consumidores y usuarios. Se exige, además, que su organización y funcionamiento sea democrático. Aunque no se constituyan como asociaciones, también se consideran asociaciones de consumidores y usuarios a los efectos del artículo 11 de la LEC, las entidades constituidas por consumidores conforme a la legislación cooperativa que tengan como finalidad la educación y formación de sus socios.

⁴¹ Véase el artículo 11.4 de la LEC en relación con el artículo 6.1. 8 de la LEC.

- según el tenor literal del artículo 20 de la LGDCU para “poder gozar de cualquier beneficio que les otorgue la ley y disposiciones reglamentarias concordantes” las asociaciones de consumidores y usuarios deberán figurar inscritas en un libro registro que se llevará en el Ministerio de Sanidad, en concreto, en el Instituto Nacional de Consumo, además de reunir las condiciones y requisitos que reglamentariamente se establezcan. Esta exigencia formal ha sido objeto de amplio debate, pues para algunos autores el ejercicio de acciones colectivas en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios no puede ser considerado como un “beneficio”, por lo que esta actividad no debería someterse reglamentariamente a ese requisito de inscripción. Otros autores consideran, sin embargo, que el cumplimiento de ese requisito es accesible a toda asociación y es lógico en la medida en que con ello se pretende asegurar cierto control estatal sobre los sujetos que pueden ejercer acciones colectivas con una enorme repercusión en el tráfico jurídico.
- el Real Decreto 825/1990 del 22 de junio de 1990 establece en su artículo 16.1 que “las Asociaciones y Cooperativas de Consumidores y Usuarios inscritas en el libro registro del Ministerio de Sanidad y Consumo, tienen restringida su legitimación al ejercicio de acciones en defensa de sus asociados o de la asociación o cooperativa, en lo que se refiera a derechos e intereses reconocidos en el artículo 20. de la LGDCU” (intereses generales de los consumidores y usuarios). Por su parte, el artículo 18.1 de ese mismo decreto señala que” las Asociaciones, Federaciones, Confederaciones y Cooperativas representadas en el Consejo de Consumidores y Usuarios, además, podrán ejercer las acciones en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios, dentro del ámbito territorial y funcional propio de la Asociación”.

Esta restricción, vía reglamentaria de la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios, es objeto de unánime crítica, pues, además de no resultar razonable, atenta contra el principio de jerarquía normativa. Para estar representada en el Consejo es necesario estar previamente inscrito en el libro registro que se lleva en el Ministerio de Sanidad y Consumo, además de enviar un representante a ese Consejo de Consumidores y Usuarios.

El número máximo de representantes es de veinte, por lo que el cumplimiento de este requisito sólo es posible para ese limitado número de asociaciones. En caso de que las acciones colectivas tengan un incidencia nacional, quizás estaría justificado exigir esa “representatividad nacional” a través de la representación en el Consejo de Consumidores y Usuarios. No siendo así, tal exigencia es irrazonable y representa una injustificada limitación de la legitimación otorgada por el artículo 20 de la LGDCU y artículo 11 de la LEC a las asociaciones de consumidores y usuarios.

3. Otros sujetos legitimados para el ejercicio de acciones colectivas

La regulación de la legitimación contenida en la LEC ha de completarse con lo previsto en diferentes normas especiales que incluyen normas cánones acerca de la legitimación, en su mayoría para la defensa de intereses supraindividuales. De manera muy sintética, los principales supuestos serían:

A. *Consumidores y usuarios*

La Ley 26/84 del 19 de julio, General de Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU), cuyo artículo 20 legitima a estas asociaciones legalmente constituidas para el ejercicio de las acciones en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios. Las normas especiales que atribuyen legitimación a estas asociaciones no son sino concreción de esta norma de legitimación general, recogida también en el artículo 11 de la LEC 1/2000.

Por otra parte, el nuevo artículo 10 tercero de la LGDCU contiene una previsión sobre la legitimación para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios.

A falta de normativa sectorial, la acción de cesación contemplada en la LGDCU podrá ser ejercitada frente a conductas de empresarios o profesionales, contrarias a la LGDCU.

B. *Condiciones generales de la contratación*

El artículo 16 de la Ley 7/1998, del 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), tras la reforma operada por la Ley del 29 de

octubre de 2002, confiere legitimación activa para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa a:

1. Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tenga encomendada la defensa de sus miembros.
2. Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.
3. Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/84, del 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.
4. El Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.
5. Los colegios profesionales legalmente constituidos.
6. El Ministerio Fiscal.
7. Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas”.

Ha de tenerse en cuenta que a la acción colectiva de cesación puede acumularse como accesoria la acción de devolución de las cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia (artículo 12.2 de la LCGC). Esta previsión ha de completarse con lo dispuesto en el artículo 221.2 de la LEC, aplicable como ley supletoria a los procesos sobre condiciones generales de la contratación, cuyo texto literal señala:

Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido parte en el proceso correspondiente.

C. *Publicidad*

El artículo 29 de la Ley 34/1988, del 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP), tras la modificación operada por la Ley del 29 de octubre de 2002, de manera muy similar a lo previsto en la LCGC dispone que están legitimados para el ejercicio de la acción de cesación:

a) El Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.

b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/84, del 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.

c) El Ministerio Fiscal.

d) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores, que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas.”

D. *Competencia desleal*

El artículo 18 de la Ley 3/1991, del 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) enumera las acciones que pueden ejercitarse contra los actos de competencia desleal, que son: 1) la acción declarativa de la deslealtad del acto; 2) la acción de cesación del acto o prohibición del mismo; 3) la acción de remoción de los efectos producidos; 4) la acción de rectificación de informaciones engañosas o falsas.

Para el ejercicio de estas acciones, el artículo 19 de la LCD legitima a cualquier persona que participe en el mercado cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la competencia desleal y además a:

- las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos cuando resulten afectados los intereses de sus miembros.

- las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto a que el acto de competencia desleal perseguido afecte directamente a los intereses de los consumidores.

En otras leyes sectoriales, encontramos normas muy similares sobre la regulación de la legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación en protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. Puesto que todas ellas siguen prácticamente el mismo modelo de legitimación, no creemos oportuno transcribir cada una de esas previsiones legales⁴².

V. Las especialidades procesales en la tutela colectiva de los consumidores y usuarios

5.1 El cauce procesal para el ejercicio de las acciones colectivas en materia de consumidores y usuarios

El proceso para la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios no escapa a la finalidad unificadora y simplificadora perseguida por el legislador en la configuración de los procesos declarativos, y quizás por ello sus especialidades aparecen dispersas en la LEC⁴³. Una labor de “rastreo” a lo largo

42 Entre ellas, véase el artículo 10 de la Ley 26/1991, del 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; el artículo 13 de la Ley 21/1995, del 6 de julio, reguladora de los viajes combinados; el artículo 16 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias; artículo 121 de la Ley 25/1990, del 20 de diciembre, del medicamento; y el artículo 20 de la Ley 7/1995, del 23 de marzo, de crédito al consumo.

43 Expresamente señala la Exposición de Motivos (VII) de la LEC, que no se ha creado “un proceso o procedimiento especial” para la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios, aunque sí normas especiales en “los lugares oportunos”. En la LEC se observa la decidida intención de poner fin a la injustificada proliferación de procesos declarativos existente hasta ahora, y de limitar al máximo los procesos especiales, de tal manera que éstos queden reducidos al número “imprescindible” (Exposición de motivos, XIX). Sin embargo, a la vista de las múltiples especialidades que van apareciendo a lo largo del articulado de la LEC, inevitablemente el intérprete se plantea si no hubiese sido más conveniente agrupar esa normativa dispersa en un mismo capítulo para dar una visión completa del proceso en materia de consumidores y usuarios.

de la LEC permite encontrar los preceptos que regulan las diferentes especialidades de este proceso: capacidad para ser parte (artículo 6.7), comparecencia en juicio (artículo 7.7), legitimación (artículo 11), publicidad e intervención (artículo 15), acumulación de procesos (artículo 78.4), contenido de la sentencia (artículo 221), efectos de la sentencia (artículo 222.3) y determinación en fase de ejecución de los concretos consumidores y usuarios beneficiados por la sentencia (artículo 519). A ello ha de añadirse la disposición final sexta, en virtud de la cual la normativa prevista para consumidores y usuarios se aplica también a los adherentes de condiciones generales de la contratación, y la referencia a las asociaciones de consumidores y usuarios se hace extensiva también a las entidades legitimadas en el artículo 16 de la CGC.

Ante el amplio número de especialidades previstas en relación con la tutela de los consumidores y usuarios, cabe plantearse si, más que ante un proceso declarativo ordinario con especialidades, nos encontramos ante un verdadero proceso especial. Calificar un proceso como especial o proceso con especialidades, no es tarea sencilla, pues no hay expresos criterios legales para ello, y la doctrina tampoco se ha pronunciado al respecto de manera unánime, por lo que, en última instancia, esa calificación dependerá del significado que se dé o se quiera dar a esos conceptos.

Si aplicamos el criterio asumido por gran parte de la doctrina española, la calificación de un proceso como especial no depende necesariamente del mayor o menor número de especialidades procesales que incluya el legislador en su tramitación. Estaríamos ante un proceso especial cuando la adecuación de procedimiento viene determinada por razón de la materia, mientras que el proceso ordinario —con o sin especialidades— sería “aquel creado para resolver, no materias específicas, sino cualquier tipo de materia litigiosa”⁴⁴. Por tanto, si no existe una norma que determine la atribución de procedimiento por razón de la materia, estaremos ante un proceso ordinario, con o sin especialidades, cuyo cauce procesal quedará fijado en función de la cuantía. Si nos atenemos a la terminología utilizada por la LEC 1/2000, en la cual el término de proceso declarativo “especial” se reserva para aquellos procesos

44 Véase González García, J. M., pp. 98 Y ss.; y, del mismo autor, “Los procesos declarativos y el régimen de su adecuación”, en la obra colectiva *Los procesos declarativos, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2000, p. 128. El mismo criterio es seguido por Aragonese Martínez, S., *Los procesos declarativos ordinarios*, Madrid, 2000, pp. 20 y ss.

en los que no rige –o no rige plenamente– el principio dispositivo (procesos en materia de capacidad, filiación, matrimoniales, etcétera), llegamos a una conclusión diversa: que todos los procesos en materia de tutela colectiva de consumidores y usuarios, se refieran o no a condiciones generales de la contratación, han de ser considerados como procesos declarativos ordinarios con especialidades.

En el precepto que regula el ámbito del juicio ordinario, el artículo 249.1, 40. y 50. de la LEC, tras la reforma introducida por la Ley del 29 de octubre de 2003, dispone que las acciones de cesación en materia de publicidad en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, y las acciones de cesación en materia de condiciones generales de la contratación se tramitarán a través del juicio verbal⁴⁵. Por su parte, al artículo 250 de la LEC –precepto que regula el ámbito del juicio verbal– se ha añadido un nuevo apartado 12 en virtud del cual, las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios se tramitarán a través del juicio verbal.

De lo anterior cabría concluir que los procesos sobre acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, constituye un proceso especial, puesto que existe una norma que específicamente señala un trámite procesal concreto por razón de la materia. Por el contrario, respecto de las demás acciones en materia de consumidores y usuarios, nos encontraríamos ante un proceso ordinario con especialidades, a excepción de los procesos instados para la defensa colectiva de los consumidores y usuarios en materia de condiciones generales de contratación, cuya tramitación corresponde en todo caso, con independencia de la cuantía, y a excepción de la acción de cesación, a la del juicio ordinario (artículo 249.1.5 de la LEC).

Si nos hemos detenido a exponer con cierto detalle la problemática en torno a la dificultad de establecer la naturaleza del proceso civil en materia de tutela colectiva de consumidores y usuarios, no ha sido tanto por la relevancia que esa calificación pueda tener actualmente a efectos prácticos⁴⁶, sino

45 Artículo 249.1 de la LEC: “Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía” .

46 Con anterioridad a la LEC 1/2000 la calificación de un proceso como ordinario o especial podía ser decisiva para dilucidar si la intervención de abogado y procurador en un determinado tipo de procesos era preceptiva o no. Buena muestra de los abundantes problemas prácticos que se pueden

más bien para destacar que no existe un cauce procesal único. Dependiendo del tipo de acción ejercitada y dependiendo de la materia ante la que nos encontremos, variará el cauce procesal.

5.2 La diligencia preliminar para la identificación de los afectados

Para determinar la legitimación al amparo del artículo 11 de la LEC, en primer lugar ha de resolverse si los consumidores y usuarios afectados por un mismo hecho dañoso están determinados, pueden determinarse o se trata de un grupo de imposible determinación. A estos efectos y para facilitar la identificación de los afectados, la LEC arbitra la posibilidad de solicitar la colaboración del órgano judicial, a través de la diligencia preliminar del artículo 256.6 de la LEC:

Por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. A tal efecto el tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación.

La solicitud para que se lleve a cabo esta diligencia se presentará ante el tribunal que sea competente para conocer posteriormente el fondo, sin que en ese momento previo a la presentación de la demanda pueda denunciarse la falta de competencia territorial a instancia de parte (artículo 257 de la LEC).

El órgano judicial acordará la adopción de la diligencia preliminar, siempre que la considere” adecuada a la finalidad que el solicitante persigue”, y

derivar de la calificación de un proceso como especial u ordinario la encontramos en relación con el juicio verbal del automóvil regulado en las disposiciones adicionales de la L.O. 3/1989, sobre el cual existe una abundante bibliografía que se ocupaba de determinar si en ese proceso, a pesar de tramitarse a través de los cauces del juicio verbal, era o no preceptiva la intervención de abogado y procurador. Véase, Santos Vijande, J. M., *La intervención forzosa de abogado y procurador en el juicio verbal del automóvil*, Madrid, 1997. En la actualidad esa cuestión, a mi juicio, queda resuelta en la LEC (artículo 31) sin necesidad de determinar la naturaleza jurídica del proceso.

siempre que la misma esté justificada porque “concurren justa causa e interés legítimo” (artículo 258 de la LEC). El tribunal dispone de un amplio margen de discrecionalidad para adoptar las medidas que estime oportunas, sin que su decisión venga limitada por las medidas señaladas o propuestas por el solicitante. El límite viene determinado por la finalidad perseguida, que es la identificación de los integrantes del grupo, debiendo optar siempre por aquellas medidas que sean menos lesivas para el destinatario⁴⁷.

Para superar la arcaica regulación de las diligencias preliminares en la LEC 1881, Y lograr su efectividad, el legislador ha previsto ahora severas consecuencias para el caso de que el sujeto requerido se niegue a prestar su colaboración. En relación con la diligencia prevista para posibilitar la identificación del grupo de afectados por un mismo hecho lesivo, si el futuro demandado o cualquier otra persona citada para concretar los integrantes del grupo se niegan a colaborar, “el tribunal ordenará que se adopten las medidas de intervención necesarias, incluida la entrada y registro, para encontrar los documentos o datos precisos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiere incurrir por desobediencia a la autoridad judicial” (artículo 261 de la LEC)⁴⁸.

Por último, puede cuestionarse si la diligencia preliminar se agota en la determinación de los afectados, o si abarca también, como sugiere Garnica Martín, la conformación del grupo, de tal manera que la diligencia preliminar sirva para saber “quiénes están dispuestos a constituir el grupo a los efec-

47 Requisito adicional es que el solicitante, en un plazo de tres días desde que se adopta una decisión favorable a la misma, preste la caución que determine el tribunal para responder de los gastos y daños y perjuicios que puedan originarse con la práctica de las diligencias preliminares. Los gastos generados como consecuencia de las diligencias preliminares serán en todo caso a costa del solicitante, para evitar peticiones abusivas de diligencias preliminares. Se perderá la caución si en el plazo de un mes” desde la terminación de las diligencias, dejare de interponerse la demanda, sin justificación suficiente, a juicio del tribunal” (artículo 256.3 de la LEC). Para un análisis completo de la regulación de las diligencias preliminares, véase Garnica Martín, F. J., “Comentario a los artículos 256 a 263 de la LEC”, *cit.*, nota 32, pp. 1144 y ss.

48 Ha de destacarse que el objeto de esa posible diligencia de entrada y registro está limitado a la búsqueda de aquellos documentos que sirvan para la identificación de los afectados, pero no sería válida la obtención de otro tipo de elementos probatorios, pues excedería de la expresa previsión legal. En orden a valorar la oportunidad de decretar esta medida, el tribunal deberá realizar el juicio de proporcionalidad al cual se somete la eficacia probatoria y validez de todas las medidas restrictivas de derechos fundamentales.

tos de ejercitar la oportuna acción”⁴⁹. A mi juicio, nada obsta a que en el desarrollo de la diligencia preliminar el consumidor afectado por el hecho dañoso preste ya su consentimiento a ser representado por el grupo; de esa manera quedaría ya constancia ante el tribunal de que el grupo está efectivamente determinado y constituido por la mayoría. Aun así, no creo que el fin de la diligencia preliminar sea específicamente éste, ni que deba recabarse la colaboración del tribunal en este estadio del proceso más allá de la identificación o localización de los afectados por un mismo hecho lesivo.

5.3 Llamamiento, publicidad e intervención

Los efectos de la sentencia que ponga fin a un proceso en el que se ejercita una acción colectiva en materia de consumidores y usuarios, se van a extender a todos los perjudicados por el hecho dañoso, aunque hayan permanecido ajenos al proceso (artículo 222.3 de la LEC). Para evitar que se conculque el derecho de defensa de estos sujetos, la fórmula adoptada por la LEC consiste fundamentalmente en garantizar la posibilidad de que cada uno de los perjudicados pueda intervenir individualmente en el proceso colectivo, para lo cual se exige dar amplia publicidad a la iniciación del proceso. Sólo se exceptúa de la obligación de realizar el llamamiento en “los procesos iniciados mediante una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios” (artículo 15.4 de la LEC)⁵⁰.

Salvo esa excepción introducida por la Ley del 29 de octubre de 2002, el llamamiento difiere en función de si los perjudicados están determinados (o son fácilmente determinables), o no están determinados (o son difícilmente determinables), aunque en ambos casos la ley obliga a efectuar un llamamiento a través de los medios de comunicación.

⁴⁹ Garnica Martín, J. F., *op. cit.*, nota 32, p. 1156.

⁵⁰ Esta excepción a la obligación de realizar un llamamiento público a todos los posibles afectados se ha introducido mediante la Ley del 29 de octubre de 2003, y se justifica en el deseo de lograr una tutela eficaz y rápida en el ámbito de las acciones de cesación. No obstante, llama la atención que esta previsión no se haya acompañado de una modificación a la regulación de la intervención de los sujetos afectados en el proceso colectivo.

A. *A través de notificación personal a los afectados*

En el caso de los intereses colectivos, al estar determinados o ser fácilmente determinables los sujetos concretamente perjudicados, el artículo 15.2 de la LEC exige “haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados”⁵¹. La realización de esas notificaciones recae sobre el demandante o demandantes y no sobre el órgano jurisdiccional⁵², como excepción a la regla general contenida en el artículo 150.2 de la LEC⁵³.

El problema principal en relación con el artículo 15.2 de la LEC consiste en saber qué ha de entenderse por “comunicación previa de la presentación de la demanda”. Ciertamente, los confusos términos en que aparece redactado este precepto no permiten definir con exactitud si esa notificación ha de efectuarse antes de la presentación de la demanda, o una vez que la misma ya se ha presentado por el grupo ante el tribunal competente⁵⁴.

51 De conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional español en materia de efectividad de los actos de comunicación y, en concreto, de aquellos que determinan la comparecencia inicial de alguna parte, la LEC exige que cada uno de los sujetos haya sido notificado individualmente de la presentación de la demanda, a los efectos de garantizar su derecho a intervenir como parte en ese proceso colectivo.

52 En igual sentido Garnica Martín, J. F., *op. cit.*, nota 32, p. 231, señala que “se trata de una obligación que pesa estrictamente sobre quien pretende ejercitar una acción de este tipo”, sin que sea admisible solicitar que esas comunicaciones se efectúen con medios públicos.

53 Artículo 150.2 de la LEC: “Por disposición del tribunal, también se notificará la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autores, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare. Esta comunicación se llevará a cabo, con los mismos requisitos, cuando el tribunal advierta indicios de que las partes están utilizando el proceso con fines fraudulentos.”

54 Para Díez-Picazo, lo que ha de comunicarse con carácter previo es la intención de presentar la demanda, y basa su conclusión en la siguiente argumentación: “sólo cumpliendo este requisito podrá acreditar [el demandante] que el grupo se ha constituido con la mayoría de sus integrantes y, por tanto, sólo así surgirá su capacidad para ser parte y su legitimación activa. Si se acepta que ésta es la *ratio* de la norma debería bastar con que se acreditara que los perjudicados por el hecho dañoso han tenido conocimiento antes de la presentación de la demanda de que la misma iba a ser presentada”, visto en Díez-Picazo Jiménez, I. (con Oliva, A. de la, y Vegas Torres, J.), *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Madrid, 2000, p. 598. Para Garnica Martín, sin embargo, la finalidad de la notificación no es informar de la intención de interponer la demanda colectiva, sino posibilitar que cada uno de los consumidores o usuarios perjudicados por el hecho dañoso puedan intervenir en el proceso en defensa de sus derechos individuales. Y, si se trata de posibilitar la intervención, el perjudicado debe saber no sólo que el proceso está pendiente, sino también el concreto tribunal que conoce de la demanda ya presentada, *op. cit.*, nota 32, pp. 231 y 232.

La LEC tampoco regula expresamente qué sucede cuando falta la comunicación de la presentación de la demanda a alguno de los afectados, o cuando tal comunicación, a pesar de haberse practicado, no ha sido efectiva. No se especifica si la previa comunicación constituye un presupuesto de admisibilidad de la demanda⁵⁵, si su falta puede ser subsanada en un momento posterior, o si simplemente carece de consecuencias en cuanto al alcance de la cosa juzgada. La cuestión no tiene un interés meramente teórica, pues se trata de resolver si el perjudicado que no ha sido notificado individualmente de la presentación de la demanda, queda afectado por la eficacia de la cosa juzgada o no.

B. *Llamamiento a través de los medios de comunicación*

El artículo 15.1 de la LEC regula la obligación de llamar al proceso a todos los que “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 interés individual”, a través de la publicación de la admisión de la demanda “en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses”.

Este modo de llamamiento es exigible en relación con todos los procesos para la tutela de los derechos colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, salvo en aquellos en los que se ejercita una acción de cesación (artículo 15.4 de la LEC)⁵⁶. El legislador persigue una publicidad real de la existencia del proceso colectivo, difundiendo la admisión de la demanda, para garantizar la posibilidad de intervención individual de cada uno de los perjudicados. La finalidad es clara, pero la regulación del artículo 15.1 de la LEC resulta quizás algo escueta.

Los gastos que se deriven de estos anuncios serán a costa de la parte demandante, en virtud de la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 164 de la LEC, si bien podrán incluirse en la tasación de costas⁵⁷.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 231.

⁵⁶ Esto supone que aun en los casos en que se haya realizado una notificación personal a cada uno de los sujetos afectados, no puede prescindirse de la publicación de la admisión de la demanda en los medios de comunicación, aunque ello suponga incremento de costes. Así, Garnica Martín, J. F., *op. cit.*, nota 32, p. 233.

⁵⁷ El artículo 241.1.2 de la LEC establece: “Se considerarán gastos del proceso aquellos desembolsos

C. *La intervención de los consumidores y usuarios perjudicados en el proceso para la tutela colectiva*

No interesa aquí ahondar en las cuestiones que suscita la naturaleza jurídica de esta intervención de los concretos consumidores y usuarios afectados, sino más bien clarificar cuáles son las actuaciones que el consumidor perjudicado puede realizar como interviniente en el proceso colectivo.

En el caso de los intereses colectivos, la posibilidad de intervención no está sometida a un plazo preclusivo: el consumidor afectado individualmente puede ser admitido como interviniente en cualquier momento. No obstante, sus facultades de actuación quedan restringidas a “los actos procesales que no hubieran precluido” (artículo 15.2 de la LEC). Ello resulta coherente con la exigencia de que en los casos en que los perjudicados por el hecho dañoso estén determinados, se realice previamente la comunicación individual de la presentación de la demanda. Con ello se presume que han tenido ocasión de comparecer como partes en el proceso desde su inicio; de ahí que, si lo hacen en un momento posterior, no esté justificado que se retrotraigan las actuaciones o se repongan los plazos. La regla es clara: no hay límites para intervenir, pero siempre asumiendo el proceso en el estado en que se encuentre⁵⁸.

En el supuesto del proceso incoado para la tutela de intereses difusos (pluralidad de afectados no determinados), el artículo 15.3 de la LEC señala que “el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no ex-

que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de dicho proceso, y costas la parte de aquéllos que se refieran al pago de los siguientes conceptos: ... 2 Inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso.” Sobre la inclusión de estos anuncios en las costas, visto también en Herrero Perezagua, J. F., *La representación y defensa de las partes y las costas en el proceso civil*, p.136.

58 Conviene mencionar de nuevo la posibilidad de que alguno de los sujetos perjudicados por el hecho dañoso no haya recibido la comunicación individual, y que sólo tras el llamamiento a través de publicación conozca de la interposición de la demanda colectiva que va a afectarle directamente. En ese caso, creo que para no vulnerar su derecho de audiencia debería permitírsele realizar las alegaciones necesarias para su defensa. Esa parece ser la solución más conforme con la protección del derecho de defensa de cada uno de los perjudicados, pero su articulación no deja de ser compleja, en la medida en que para los procesos colectivos no se prevé la suspensión del curso de las actuaciones tras la publicación del llamamiento.

cederá de dos meses y que se determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados”. Transcurrido ese plazo, los afectados que no hubiesen acudido al llamamiento, no podrán hacerlo en un momento ulterior, lo cual no impide que se vean afectados por la sentencia y de que puedan personarse en la fase de ejecución.

5.4 Ausencia de una regulación especial para la tutela cautelar en los procesos colectivos

Nuestro ordenamiento jurídico (artículos 721 a 747 de la LEC) no contempla un tipo de medidas cautelares especiales para los procesos en los que se ventilen acciones colectivas ni tampoco, como regla, se somete la adopción de las mismas a requisitos o presupuestos diferentes. El tipo de medida a adoptar dependerá de cuál sea el riesgo que se pretende neutralizar, pero el hecho de tratarse de una acción colectiva o individual no afecta a la tipología de las medidas cautelares. Debe mencionarse que en el caso de las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, en determinados supuestos el tribunal “podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución” (artículo 728.3 de la LEC)⁵⁹.

La medida cautelar que se adopte en cada caso, dependerá de la efectividad de la tutela que se persigue. De ahí que en las acciones de cesación o de prohibición de realizar un acto que se refuta desleal, por ejemplo, la medida cautelar típica será la orden judicial de cesar provisionalmente en esa actividad o de abstenerse temporalmente de llevar a cabo esa conducta que se refuta ilícita. En estos casos, la tutela cautelar representa una tutela anticipada, lo cual ha llevado a diversos autores a cuestionar su definición como medida cautelar. No es éste el lugar para ahondar en las diversas teorías acerca de la tutela cautelar y las diferencias entre éstas y las llamadas tutelas sumarias y las tutelas anticipadas. La referencia se ha incluido únicamente para poner

59 Para decidir si procede dispensar al solicitante de la constitución de caución, el tribunal atenderá a “las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados”. Este nuevo apartado 30. del artículo 728 de la LEC, ha sido introducido por la Ley del 29 de octubre de 2003.

de relieve que la particularidad de las medidas cautelares en relación con algunas de las acciones colectivas, deriva no de su naturaleza colectiva o individual sino de la tutela pretendida. Y que la tutela anticipada deriva igualmente del tipo de acción ejercitada, no de su carácter colectivo o individual: por su propia naturaleza el aseguramiento de la ejecución de una sentencia de no hacer, de ordinario, se efectúa a través de una medida que anticipa esa condena de no hacer, tanto en los procesos de tutela individual como en los que se ejercitan acciones colectivas.

5.5 Contenido y efectos de la sentencia

El tipo de la sentencia que se dicte en el proceso colectivo, ya sea instado por el grupo, por las asociaciones de consumidores o usuarios o por cualquier otro sujeto legitimado activamente, depende obviamente de cuál haya sido la acción ejercitada. En relación con las acciones, como ya se vio al aludir a la legitimación, éstas pueden ser de condena –y dentro de éstas pueden ser de carácter pecuniario o de condena a hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica–, declarativas o constitutivas. No hay especialidad en cuanto al tipo de sentencia en los procesos de acciones colectivas.

A. *Contenido de la sentencia*

- a. En los procesos colectivos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios

En cuanto al contenido de la sentencia, el artículo 221 de la LEC señala:

Artículo 221. *Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios.*

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:

1a. Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará indivi-

dualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

2a. Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

3a. Si se hubiesen personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

2. En las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios el Tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora⁶⁰.

En la regulación del contenido de la sentencia, llama la atención que el artículo 221 de la LEC, se refiera únicamente a los procesos “promovidos por las asociaciones de consumidores y usuarios”. Atendiendo a que la legitimación para la defensa de los intereses difusos de los consumidores y usuarios también se confiere al Ministerio Fiscal y a las entidades habilitadas en otros estados comunitarios, este precepto también debería ser aplicable a los procesos promovidos por estos sujetos legitimados. A nuestro juicio se trata de un olvido del legislador y lo previsto en el artículo 221 no debe entenderse aplicable exclusivamente a los procesos promovidos por las asociaciones de consumidores y usuarios, sino a los promovidos por cualquiera de los legitimados para la tutela de los derechos e intereses difusos al amparo del artículo 11.3 de la LEC.

60 Este segundo apartado ha sido añadido por la Ley del 29 de octubre de 2002.

b. En los procesos colectivos promovidos por el grupo de afectados

La LEC no contempla una regla especial en relación con el contenido de la sentencia que ponga fin a un proceso promovido por el grupo de consumidores y usuarios en defensa de los perjudicados por un mismo hecho dañoso, y, en principio, lo dispuesto en el artículo 221 de la LEC, tal y como expresa la rúbrica de este precepto, sólo es de aplicación a las sentencias dictadas en procesos promovidos por *asociaciones de consumidores*. No se contiene en esa disposición ninguna referencia a las acciones colectivas ejercitadas por el propio grupo de afectados. ¿Significa esa omisión que en esos procesos no resulta aplicable lo dispuesto en artículo 221 de la LEC? ¿O simplemente la ausencia de referencia a las acciones ejercitadas por los grupos obedece a un olvido del legislador (recuérdese que en el proyecto de la LEC los grupos no figuraban como legitimados en el correspondiente al actual artículo 11 de la LEC) susceptible de ser superado mediante una interpretación analógica?

Sin necesidad de acudir a una aplicación analógica del artículo 221.3 de la LEC, como consecuencia del principio de congruencia de la sentencia, el tribunal debe decidir acerca de las pretensiones individuales ejercitadas por el grupo, en la medida en que cada uno de los miembros del grupo está identificado, caso contrario el grupo como tal carecería de legitimación, no son necesarias previsiones especiales para la sentencia, puesto que aplicando las normas de congruencia, ésta deberá pronunciarse respecto de las concretas pretensiones ejercitadas por el grupo y, en principio, pese a las dificultades que ello pueda plantear, no será admisible la posibilidad de la condena con reserva.

Otra cuestión que se presenta problemática es si en los procesos en que se ejercitan pretensiones resarcitorias por parte del grupo, además de delimitar subjetivamente a los afectados, debe la sentencia cuantificar el perjuicio individual de cada uno de los perjudicados y pronunciarse también acerca de la prestación o indemnización que le corresponda a cada uno de ellos. La solución es sencilla si la pretensión resarcitoria es idéntica para todos los integrantes del grupo –es decir, cuando la pretensión es idéntica o similar para todos los afectados, por ejemplo, la devolución del importe de las entradas para un concierto que fue cancelado–. Pero en aquellos casos en que el hecho dañoso tiene muy diferentes repercusiones para cada uno de los

afectados –contagio hospitalario de hepatitis por culpa del personal médico, con secuelas de muy diversa índole para cada uno de los afectados por la enfermedad–, la cuestión presenta una mayor complejidad.

Si en el *petitum* de la demanda presentada por el grupo se incluyen pretensiones indemnizatorias concretas para cada uno de los afectados, la sentencia debería pronunciarse sobre las mismas, con independencia de que se hayan formulado por el representante del grupo, o por el afectado que acudió al llamamiento y comparece como interviniente. Si se acepta esa conclusión, el proceso colectivo poco o nada diferirá de un proceso con pluralidad de partes, dada la complejidad de las actuaciones a practicar en el mismo, y no parece que ésa sea la finalidad de la LEC al regular las acciones colectivas.

Cuando el grupo en su demanda sólo pide que se declare la existencia del hecho dañoso y el derecho de los afectados a ser indemnizados de los daños y perjuicios, obviamente la sentencia no podrá pronunciarse acerca de la indemnización que corresponde a cada perjudicado. De la evaluación parece que lo más conforme con el derecho de defensa y la economía procesal, sería deferir a la fase de ejecución, la liquidación de los daños de cada uno de los afectados según se determina en la sentencia. No obstante, esa solución no es la que contempla la LEC. La posibilidad de que los consumidores y usuarios beneficiarios de la sentencia emanada de un proceso colectivo, comparezcan en la fase de ejecución, y en ese momento se proceda a liquidar sus daños y perjuicios no está prevista en la LEC. El artículo 519 de la LEC, en primer lugar sólo es aplicable para aquellos procesos: 1) promovidos por asociaciones de consumidores, en virtud de la remisión que este precepto hace al artículo 221 de la LEC; y 2) sólo en relación con la tutela de los intereses difusos, es decir, cuando por la propia naturaleza de la acción es imposible en el proceso declarativo identificar o determinar los sujetos afectados por el hecho dañoso.

En conclusión, en los procesos promovidos por los grupos en defensa de los intereses colectivos, sólo caben dos opciones: 1) que el grupo, con un enorme aparato documental y probatorio, solicite indemnizaciones concretas para cada uno de los integrantes –al menos los que han permitido que se constituya como tal a efectos de capacidad para ser parte–. De esa manera, los concretos beneficiarios de la sentencia podrían solicitar directamente la ejecución forzosa de la misma; o 2) si no se incluyen las pretensiones resar-

atorias para cada afectado, a esos consumidores beneficiados por la sentencia no les queda otra opción que instar posteriormente un proceso individual y, hacer valer en el mismo la eficacia positiva de la sentencia estimatoria dictada en el proceso colectivo. Así, la acción previamente ejercitada por el grupo, no le ahorraría al concreto perjudicado acudir personalmente a la jurisdicción, pero al menos gozaría de la certeza de que su pretensión será estimada. El objeto de los procesos individuales se limitaría a la valoración concreta de los daños –conforme a las bases sentadas por la sentencia dictada en el seno del proceso colectivo, en su caso– y el alcance de la indemnización⁶¹.

c. Previsión específica en relación con las acciones de cesación

El artículo 221.2 de la LEC, tras la reforma operada por la Ley del 29 de octubre de 2002, dispone que:

En las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios el Tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

La inclusión de esta previsión pretende dejar claro que la sentencia que estime una acción colectiva de cesación ejercitada en defensa de los consumidores y usuarios, puede contener el referido pronunciamiento. Sin embargo, la inclusión de este apartado en el artículo 221 de la LEC plantea diversas dudas.

En primer lugar, ha de cuestionarse la ubicación sistemática de esta previsión. Téngase presente que la rúbrica de este precepto se titula “Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios”, por lo que las previsiones contenidas en este artículo, en principio, sólo son de aplicación en dichos procesos. Sin embargo, la legitimación para ejercitar una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos o difusos

61 Como afirma Sabater Martín, A., “Comentario al artículo 519 de la LEC”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Fernández-Ballesteros, M. A. et al. (coords.), t. II, p. 2495 –es como si la LEC, voluntaria o involuntariamente, hubiera querido promocionar que la tutela de los consumidores y usuarios se realice a través de asociaciones, en lugar de a través de los grupos–.

de los consumidores y usuarios, no la ostentan en exclusiva las asociaciones de consumidores y usuarios. Por ello ha de cuestionarse si lo previsto en el artículo 221.2 de la LEC, también es aplicable cuando la parte promotora no es una asociación de consumidores y usuarios. A mi juicio, toda sentencia estimatoria de una acción de cesación para la tutela de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, puede contener el pronunciamiento de condena a publicar la sentencia, y no sólo la que haya sido ejercitada por las asociaciones de consumidores. No encontramos ningún argumento de peso que justifique diferenciar el contenido de la sentencia en función de cuál de los legitimados ejerciera la acción, por lo que lo previsto en el artículo 221.2 de la LEC debe considerarse aplicable a todas las sentencias estimatorias de una acción de cesación en materia de tutela colectiva de consumidores y usuarios. Por ello, la inclusión de esta previsión en el artículo 221 de la LEC debe reputarse, desde un punto de vista sistemático, como desacertada.

B. *Efectos de la sentencia*

El artículo 222 de la LEC al regular los efectos de cosa juzgada material de la sentencia, no distingue entre acciones ejercitadas para la protección de los derechos e intereses de grupos de consumidores determinados o indeterminados. Respecto de todas ellas, prevé la extensión de la fuerza de cosa juzgada a todos los integrantes del grupo de afectados: “la cosa juzgada afectará a las partes del proceso *así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos, que fundamenten la legitimación de las partes al amparo del artículo 11 de esta Ley*”. Al no hacerse tampoco distinción en cuanto al contenido de la sentencia, parece que ha de concluirse que los efectos de cosa juzgada de la sentencia se producen tanto en caso de sentencias estimatorias como desestimatorias de la pretensión. La primera dificultad que surge es definir quiénes pueden considerarse *sujetos no litigantes*, a los efectos del artículo 222 de la LEC.

- a. En los procesos promovidos por las asociaciones de consumidores y usuarios

En los procesos promovidos por asociaciones de consumidores, parece que ha de entenderse que son *sujetos no litigantes* aquellos que, incluidos dentro

de la categoría o clase de consumidores y usuarios afectados, no han hecho uso de la posibilidad de comparecer a título individual e intervenir en el proceso colectivo.

Así entendido, el artículo 222.3 de la LEC significaría que quedan alcanzados por la cosa juzgada todos los posibles afectados por el hecho dañoso que dio lugar a la incoación del proceso colectivo, hayan intervenido o no en el mismo. Su derecho de defensa no queda conculcado por esa extensión de la cosa juzgada, pues el derecho a ser oídos en el juicio se ve garantizado a través del sistema de amplia publicidad de la demanda que abre la posibilidad de intervenir individualmente en el proceso. Resta por plantearse si la cosa juzgada afecta también a aquellos sujetos que, a pesar de la amplia difusión de la demanda a través de los cauces previstos en el artículo 15 de la LEC, sin embargo, acreditan que nunca llegaron a tomar conocimiento de la existencia del proceso colectivo.

Otra duda que se plantea es si la cosa juzgada también se extiende a aquellos sujetos que expresamente manifestaron su deseo de ser excluidos del proceso colectivo. El problema radica aquí en la ausencia de previsión legal acerca de la posibilidad del *opting out*. Nada dice la LEC acerca del derecho a ejercer la tutela individualmente al margen del proceso colectivo, ni a la posibilidad de ser excluido a efectos de la sentencia del grupo, categoría o clase de afectados. En ausencia de esa posibilidad, parece que los efectos de la sentencia, tanto estimatoria como desestimatoria, se extenderán a todos los consumidores y usuarios señalados individualmente o de manera genérica en la sentencia.

- b. En los procesos promovidos por el grupo consumidores y usuarios afectados

En los procesos promovidos por el grupo, en principio, el *sujeto litigante* es el grupo, y no sólo el que se ha constituido con la mayoría de los afectados, sino el integrado por la totalidad de los afectados. Por tanto, ¿quién es el sujeto no litigante? Cabría pensar que *no litigante* es aquel que manifiesta su expreso deseo de permanecer fuera del grupo, para ejercer las acciones que le correspondan de manera individual. Pero, ¿significaría esto que, en virtud del artículo 222.3 de la LEC, la cosa juzgada de la sentencia dictada en el proceso colectivo alcanzaría incluso a aquellos sujetos que hubieran expresado

su voluntad de permanecer fuera del grupo? Ante la total ausencia de regulación en nuestra LEC de la posibilidad del *opting out*, de autoexcluirse del grupo, no parece que el artículo 222 de la LEC al aludir al *no litigante* haya querido referirse al que se ha excluido expresamente del grupo. Más bien, en relación con las acciones colectivas, la extensión de la fuerza de cosa juzgada ha de entenderse proyectada sobre todos los sujetos que integran el grupo, aunque no hayan comparecido a título individual.

5.6 La ausencia de normas específicas respecto del régimen de recursos

No hay reglas específicas en materia de recursos frente a las sentencias dictadas en los procesos para la tutela colectiva de los intereses de consumidores y usuarios. Ello nos llevaría a concluir que a la hora de tramitar la apelación, la casación o el recurso extraordinario por infracción procesal, en nada incide que en el proceso de instancia se hubiera ejercitado una acción individual, una pluralidad de acciones individuales o una acción colectiva. El legislador parece ignorar las implicaciones y consecuencias que la tutela procesal colectiva puede originar en la vía de los recursos.

En este punto hay que recordar, que en el proceso colectivo instado por la asociación de consumidores al amparo del artículo 11 de la LEC, cualquiera de los afectados puede intervenir individualmente para ejercer su derecho de defensa en ese proceso y que, conforme al artículo 13 de la LEC, el interviniente goza de un *status* independiente respecto de los demás litisconsortes. Expresamente señala el último inciso del artículo 13.3 de la LEC que “el interviniente podrá asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estima perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte” .

En la práctica ello puede originar que en los procesos colectivos en los que comparezca un elevado número de intervinientes, se interpongan frente a la sentencia un elevado número de recursos independientes, sin que estén legalmente obligados a coordinar sus actuaciones procesales. La proliferación de procesos individuales que se pretende evitar con la previsión de un proceso colectivo, sin embargo, no impide que esa proliferación aparezca en la segunda instancia, con la consiguiente complejidad que ello representa para la

tramitación procesal, y sobre todo la negativa incidencia que ello tiene en la pronta conclusión del proceso.

5.7 La ejecución

Las actuaciones procesales en la fase de ejecución varían en función de quién haya promovido el proceso colectivo, de cuál sea el tipo de acción ejercitada, del contenido de la sentencia y del grado de determinación de los sujetos beneficiados por la misma.

Si los beneficiados están determinados y la sentencia se pronuncia expresamente acerca de sus pretensiones, al igual que en cualquier otro proceso civil incoado para la tutela de derechos individuales, cada uno de los sujetos beneficiados por el pronunciamiento de condena estará legitimado para instar la ejecución de la sentencia.

Si los sujetos beneficiados por la sentencia dictada en el proceso colectivo están determinados, pero no está liquidada la concreta indemnización que corresponde a cualquiera de ellos, será necesario desarrollar un procedimiento para la liquidación de ese título ejecutivo, procedimiento que se ajustará a las normas del juicio verbal ordinario (en virtud de los artículos 712 a 720 de la LEC). Sucede, sin embargo, que en la regulación del proceso de ejecución no se establece en qué momento ha de procederse a liquidar el título, pues la LEC parte de la premisa de que como regla sólo se despacha ejecución por títulos ejecutivos ya liquidados, pues el artículo 219 de la LEC expresamente prohíbe que se dicten sentencias con reserva de liquidación.

Si los sujetos beneficiados por la sentencia dictada en el proceso promovido por las asociaciones de consumidores y usuarios no estuvieran determinados, la LEC introduce de manera novedosa la posibilidad de que éstos puedan comparecer en el proceso de ejecución e instar la ejecución. El artículo 519 de la LEC señala:

Artículo 519 de la LEC. Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados.

Quando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 de la LEC no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados en aquélla, el tribunal competente para la ejecución,

a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución.

La LEC sólo contempla la posibilidad de que los consumidores y usuarios beneficiados por la sentencia comparezcan en la fase de ejecución, y en ese momento se proceda a liquidar sus daños y perjuicios en los procesos promovidos por una asociación de consumidores y usuarios. El artículo 519 de la LEC sólo es aplicable para aquellos procesos 1) promovidos por asociaciones de consumidores, en virtud de la remisión que este precepto hace al artículo 221 de la LEC; y 2) sólo en relación con la tutela de los intereses difusos, es decir, cuando por la propia naturaleza de la acción es imposible identificar en el proceso declarativo o determinar los sujetos afectados por el hecho dañoso.

Así, en los procesos promovidos por los grupos en defensa de los intereses colectivos, sólo caben dos opciones: 1) que el grupo solicite indemnizaciones concretas para cada uno de los integrantes del grupo, al menos los que han permitido que se constituya como tal, a efectos de capacidad para ser parte. De esa manera, los concretos beneficiarios de la sentencia podrían solicitar directamente la ejecución forzosa de la misma; o 2) si no se incluyen las pretensiones resarcitorias para cada afectado, a esos consumidores beneficiados por la sentencia no les queda otra opción que instar posteriormente un proceso individual, y hacer valer en el mismo la eficacia positiva de la sentencia estimatoria dictada en el proceso colectivo. De esta manera, la acción previamente ejercitada por el grupo, no le ahorraría al concreto perjudicado acudir personalmente a la jurisdicción, pero sí al menos gozaría de la certeza de que su pretensión será estimada. El objeto de los procesos individuales se limitaría a la valoración concreta de los daños conforme a las bases sentadas por la sentencia dictada en el seno del proceso colectivo, en su caso, y el alcance de la indemnización⁶².

62 Como afirma Sabater Martín, A., “es como si la LEC, voluntaria o involuntariamente, hubiera querido promocionar que la tutela de los consumidores y usuarios se realice a través de asociaciones, en lugar de a través de los grupos”. *“Comentario al artículo 519 de la LEC”, en Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Fernández-Ballesteros, M. A. et al. (coords.), t. II, p. 2495.

Resta por plantearse en qué casos estará legitimada la asociación de consumidores y usuarios para instar la ejecución de una sentencia estimatoria de una acción de cesación colectiva. El artículo 221.1 de la LEC contempla, en general, la posibilidad de que la asociación de consumidores y usuarios inste la ejecución, pero en la medida en que no siempre puede considerarse a esta parte como directamente favorecida por el pronunciamiento de la sentencia, se ha cuestionado su legitimación para incoar la ejecución⁶³.

VI. Bibliografía

- Acosta Estévez, J. B., *Tutela procesal de los consumidores*, Barcelona, 1995.
- Almagro Nosete, J., “Tutela procesal ordinaria y privilegiada de los intereses difusos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 16, 1986-1987.
- Bachmaier, L., “Ley de Enjuiciamiento Civil y Daños con Múltiples Víctimas: cuestiones procesales relativas a la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios por el grupo de afectados”, *Derecho del consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, y Consejo General del Poder Judicial, 2002.
- , “Ejecución provisional de sentencia que anula y ordena eliminar una condición general de la contratación”, *Tribunales de Justicia, Revista Española de Derecho Procesal*.
- Bujosa Badell, L. M., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, 1995.
- Capelletti, M., “Vindicating the Public Interest through the Courts: A Comparative Contribution” en Capelletti, M. y Jolowicz, J. A., *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milán, 1975.
- Garnica Martín, J. F., “Comentario al artículo 60. de la LEC”, Fernández-Ballesteros, M. A. et al. (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil I*, Madrid, 2001.
- Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, P., *La tutela de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Pamplona, 1999.

⁶³ Al respecto, véase nuestro trabajo *Ejecución provisional de sentencia que anula y ordena eliminar una condición general de la contratación*, “Tribunales de Justicia”.

- Gutiérrez Sanz, M. R. Y Samanes Ara, C., “Comentario al artículo 70. de la LOPJ en relación con la protección de los derechos de los consumidores”, *La Ley*, 1988.
- Ihering, R. von, *Der Kampf ums Recht*, Viena, 1906.
- Marín López, J. J., “Comentario al artículo 20”, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992.
- Méndez Pinedo, E., *La protección de consumidores en la Unión Europea*, Madrid, 1998.
- Olna Santos, A. de la, “La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial: análisis jurídico general y constitucional”, *Revista de Derecho Procesal*, 1987.
- Pasquau Liaño, M., “Sobre la tutela jurisdiccional civil de los intereses colectivos de los consumidores”, *Directiva*, núm. 1, 1989.
- Samanes Ara, C., *Las partes en el proceso civil*, Madrid, 2000.
- Silguero Estagnan, J., *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Madrid, 1995.