

ASPECTOS PROCESALES DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES DE SERVICIOS BANCARIOS

ANA MONTESINOS GARCÍA

*Profesora contratada Ramón y Cajal de Derecho Procesal
Universitat de València*

RESUMEN

Las acciones colectivas pueden convertirse en un instrumento idóneo para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios de servicios financieros frente a los abusos de las entidades de crédito que han actuado de manera fraudulenta. Son diversas las especialidades procesales que caracterizan los procesos colectivos, fundamentalmente en lo que se refiere a la legitimación para interponer dichas acciones, al llamamiento e intervención de las partes, a los efectos subjetivos de la sentencia y a la ejecución de la misma. A todas estas cuestiones vamos a referirnos en este estudio haciendo especial hincapié en las peculiaridades del sector bancario.

Palabras clave: *Acciones colectivas, acción de cesación, acción de indemnización de daños y perjuicios, consumidores y usuarios, cliente bancario, extensión subjetiva de la sentencia.*

ABSTRACT

Class actions can become an appropriate instrument to protect the rights and interests of consumers and financial service users against credit institutions that have acted fraudulently. There are several procedural specialties that characterize collective processes, mostly in what concerns legitimacy to take those legal actions, the calling and intervention of the parties, the subjective effects of the judgment and its enforcement. We are going to allude to all these issues highlighting its peculiarities in the banking sector.

Keywords: *class actions, injunctive relief, compensatory relief, consumers and users, banking customer, subjective extension of the judgment.*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: LA POSIBLE UTILIZACIÓN DE ACCIONES COLECTIVAS EN DEFENSA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS.
2. ¿EN QUÉ CONSISTEN LAS ACCIONES COLECTIVAS?
3. LEGITIMACIÓN PARA INTERPONER ESTE TIPO DE ACCIONES.
 - 3.1. Legitimación para la defensa de intereses colectivos.
 - 3.2. Legitimación para la defensa de intereses difusos.
4. EL LLAMAMIENTO Y LA INTERVENCIÓN EN EL PROCESO COLECTIVO.
5. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS INTEGRANTES DEL GRUPO.

6. LA SENTENCIA. EXTENSIÓN SUBJETIVA DE LA COSA JUZGADA.
7. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA.

1. INTRODUCCIÓN: LA POSIBLE UTILIZACIÓN DE ACCIONES COLECTIVAS EN DEFENSA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS

Resulta notable la especial relevancia que han adquirido en las últimas décadas las reclamaciones judiciales frente a los fraudes cometidos por determinadas entidades de crédito por la comercialización de productos financieros tóxicos (participaciones preferentes) o por la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de préstamo o de crédito (cláusulas suelo, cláusulas de redondeo, etc.), de algunos consumidores minoristas sin conocimiento alguno sobre el producto que adquirían y menos aún de los riesgos asumidos⁽¹⁾. Debido al gran peso que ostentan las entidades financieras en nuestro país, se ha comprobado cómo los abusos se producen en masa, como consecuencia de una comercialización indiscriminada de productos y servicios financieros. En el caso de los lanzamientos y ejecuciones hipotecarias, pero también en el de las participaciones preferentes y otros productos de ahorro, en donde los contratos y cláusulas muchas veces incomprensibles y abusivos, se mezclan con informaciones interesadas y/o sesgadas de las entidades de crédito que provocan gravísimos perjuicios a los clientes⁽²⁾.

Nos encontramos ante situaciones en las que un número elevado de clientes bancarios puede verse perjudicado por la misma infracción, convirtiéndose cada uno de ellos en víctima de prácticas idénticas por parte de una misma entidad bancaria; estamos entonces ante lo que viene denominándose «daños masivos». En principio, estos consumidores tendrán la opción de recurrir individualmente a la Justicia para obtener una compensación de forma individual, de modo que los daños masivos podrían resolverse mediante la presentación de un gran número de demandas individuales. Sin embargo, debemos reconocer que existen múltiples barreras u obstáculos a tales pretensiones individuales, como son los costes elevados, procedimientos complejos y dilatados, difícil accesibilidad, etc., que impiden a los consumidores obtener una compensación adecuada y eficaz⁽³⁾.

(1) En los últimos años se ha producido una enorme comercialización de participaciones preferentes por las entidades financieras, con múltiples inversores que se han visto afectados con el comienzo de la crisis financiera, siendo entonces cuando la mayoría ha llegado a tener cabal conocimiento de que lo que suscribieron como un producto rentable a plazo fijo era, en realidad, un producto complejo y de alto riesgo, comenzando a formularse reclamaciones contra entidades financieras. DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Participaciones preferentes: Acción individual, acción colectiva y protección de intereses difusos», *Reclamaciones frente a la comercialización de las participaciones preferentes* (coord. SANJUÁN, E. y MUÑOZ, J. M.), Bosch, Barcelona, 2013, p. 392.

(2) PÉREZ BELTRÁN, S., «Importancia de la acción colectiva de los consumidores en la lucha contra las cláusulas abusivas», <http://www.notariosyregistradores.com>

(3) Por tales razones se proponen fórmulas alternativas de resolución de conflictos entre las entidades de crédito y su clientela. *Vid.* sobre este particular: BLANCO GARCÍA, A. I., «El papel del Ombudsman

Conviene reflexionar, por tanto, acerca de la posibilidad de interponer las demandas de forma colectiva, para facilitar así el acceso a la justicia de los clientes bancarios que son víctimas de una misma infracción generada por una misma entidad fundamentalmente en aquellos supuestos en los que el coste individual de cada una de ellas disuade a los perjudicados de entablar la acción. La agrupación de todas las demandas en un solo procedimiento colectivo, o incluso la posibilidad de que una sola demanda se presente por un órgano o entidad representativa que actúe en nombre del resto de particulares o en defensa del interés general⁽⁴⁾, simplificará enormemente el proceso y conllevará una reducción considerable de las costas del mismo, además de otras múltiples ventajas frente a la tramitación de manera separada de cada una de las demandas individuales.

En palabras de PLANCHADELL GARGALLO, el establecimiento de un sistema colectivo de tutela de derechos e intereses de los particulares, generalmente de los consumidores, está llamado a cumplir diversas finalidades: eficacia y economía procesal, protección a los demandados frente a demandas abusivas o inconsistentes, acceso a la justicia de los pequeños demandantes, freno a las actuaciones ilícitas, evitación de resoluciones contradictorias, fragmentación y optimización de costes de defensa, acumulación de multitud de pretensiones de pequeña cuantía haciendo posible su acceso a la justicia, equidistribución de las indemnizaciones⁽⁵⁾. La acción colectiva ante abusos masivos y generalizados permite además visualizar ante la sociedad la dimensión que adquieren

bancario en los conflictos bancarios en España», *Revista Judicial*, Costa Rica, núm. 108, junio 2013, pp. 71-86. De la misma autora, «ADR: el Ombudsman y su incorporación en los litigios bancarios en Suiza», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 130, 2013, pp. 273-290.

Aunque hoy por hoy la respuesta sea negativa, no resulta descabellado reflexionar acerca de la viabilidad de las fórmulas alternativas (arbitraje, mediación, conciliación, etc.) para la resolución de conflictos colectivos. Al respecto, me remito a mi trabajo: MONTESINOS GARCÍA, A., «Últimas tendencias en la Unión Europea sobre las acciones colectivas de consumo. La posible introducción de fórmulas ADR», *Redur*, Revista electrónica de Derecho, Universidad de La Rioja, núm. 12, diciembre de 2014.

En lo que concretamente a los usuarios de servicios financieros se refiere, recomendamos la lectura de: MARÍN LÓPEZ, M., «Los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos de los usuarios de servicios financieros y su aptitud para la defensa de sus intereses colectivos», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* núm. 136, 2014.

(4) Las acciones colectivas no pretenden únicamente satisfacer los intereses individuales de cada uno de los afectados, sino sobre todo de reaccionar contra una conducta empresarial ilícita capaz de generar perjuicios a una pluralidad de consumidores, manteniendo un control sobre la misma que contribuya a evitar la extensión del perjuicio ya ocasionado y a disuadir de la realización en el futuro de comportamientos lesivos similares en detrimento del conjunto de los consumidores (SAP de Sevilla núm. 33/2004 de 22 de enero de 2004 (AC 2004/406).

(5) PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las acciones colectivas en el ordenamiento español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 17.

Vid. la Consulta V1368-13 realizada a la Dirección General de Tributos (Subdirección General de Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos) referente al tipo aplicable en la tasa judicial cuando coexisten una pluralidad de sujetos pasivos, personas físicas y jurídicas. La misma señala que en los supuestos de acumulación de acciones la cuantía de la tasa vendrá determinada por el pago de una sola tasa integrada, por una parte, por la parte fija única para todos los demandantes que acumulan (por ejemplo, en un proceso ordinario en el orden civil por todos serían 300 euros), a la que habrá que añadir una parte variable que será la suma de la que corresponda a cada sujeto.

los fraudes de las entidades financieras, así como la fuerza que pueden tener los consumidores agrupados y organizados bajo una causa legítima y común⁽⁶⁾.

En definitiva, a un problema colectivo conviene darle soluciones colectivas. Los frecuentes fraudes bancarios gozan de la envergadura suficiente para poder considerar que nos hallamos ante un problema de este calibre, es decir, colectivo. La asimetría existente entre las entidades financieras y los consumidores bancarios ha permitido el establecimiento de prácticas monopólicas y abusivas en los últimos años, por lo que unas herramientas jurídicas adecuadas, como pueden llegar a ser unas eficaces acciones colectivas, podría contribuir a erradicar tales conductas⁽⁷⁾.

Las acciones colectivas han pasado de ser unas grandes desconocidas a resultar la vía común para tratar de dar solución a la enorme litigiosidad que han generado asuntos tales como las participaciones preferentes, las cláusulas suelo, cláusulas de redondeo al alza de los préstamos hipotecarios o los cobros indebidos en facturas. Estamos así ante una fórmula en auge para enfrentarse a los abusos de las entidades de crédito que se está generalizando en nuestro país.

El primer intento de interponer una acción colectiva para la protección de los usuarios bancarios fue el caso resuelto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de abril de 1994⁽⁸⁾. Se trataba de un supuesto en el que unos clientes bancarios —compradores de una vivienda que se habían subrogado en unos préstamos con garantía hipotecaria— junto a Icofin⁽⁹⁾, demandan a la Caja de Ahorros de Catalunya (la entidad prestamista), tratando de ejercitar lo que en aquel entonces se conocía como «acción popular civil»,

(6) ADICAE, *La acción colectiva judicial en España*, diciembre, 20014, p. 5. Disponible en: http://www.google.es/url?sa=t&rc=1&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fblog.adicae.net%2Fconsumidores-2014%2Ffiles%2F2015%2F02%2FLibro-accion-colectiva-2014_web.pdf&ei=GRspVYTMKMB1UqjAgPAP&usq=AFQjCNElP5Bs2AJFHhrw2VM2plVp-JsOQ&sig2=GXjJ4E963eOn1ubKiYHrPg&bv=br.90491159.d.ZWU

En este estudio se reflejan los mismos patrones que siguen las malas prácticas de las entidades financieras, tales como: la complejidad de los productos unida al engaño en la información suministrada, las cláusulas abusivas en los contratos, los contratos de adhesión comercializados masivamente ante los cuales los consumidores tienen un margen de negociación prácticamente nulo, etc.

(7) Si cada órgano judicial debe conocer individualmente de cada una de estas demandas, que representan intereses compartidos por clases, categorías o grupos de personas que están en la misma situación y cada lesionado va a procurar la defensa de su derecho, el siguiente problema viene dado por el riesgo de resoluciones judiciales contradictorias; por el abandono a la defensa de su derecho por parte del perjudicado al que no compense el coste del litigio; por la acumulación de procesos; por los agravios comparativos en la medida en que unos afectados consiguen hacer prueba y otros no, consiguientemente unos ganan y otros pierden, a pesar de encontrarse en el mismo supuesto fáctico y/o jurídico. En definitiva, injusticias inaceptables e insuficiencia del sistema judicial para dar salida a estas necesidades emergentes que generan un desfase entre el carácter instrumental del proceso y las necesidades de la sociedad con el consiguiente descrédito para la justicia y su distanciamiento de la ciudadanía. Ponencia de VARELA GARCÍA, C., en la Jornada de ADICAE «Sin acción colectiva no hay justicia para los consumidores», Madrid, 2 de octubre de 2014. Disponible en: http://blog.adicae.net/consumidores-2014/files/2015/02/Libro-accion-colectiva-2014_web.pdf

(8) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 313/1994 de 8 abril (RJ 1994/2733).

(9) Asociación para la Investigación Financiera y para el Control de Sistemas, Productos y Entidades Financieras.

alegando que los intereses cobrados por la demandada en los préstamos hipotecarios fueron calculados incorrectamente. El Tribunal Supremo, asumiendo la argumentación tanto del Juzgado como de la Audiencia que en instancias inferiores resolvieron la controversia, denegó la pretensión por considerar que en nuestro ordenamiento no había lugar al ejercicio de acciones de clase en dicha fecha y negó legitimación a la demandante para el ejercicio de tales acciones⁽¹⁰⁾.

No fue hasta la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (en adelante, LEC), que se esclareció la posibilidad de la interposición de las acciones colectivas⁽¹¹⁾. Desde entonces hemos presenciado un aluvión de demandas colectivas en el ámbito bancario en el que se ha apostado por esta fórmula de denuncias masivas en múltiples ocasiones, siendo una de las más recientes la demanda conjunta de más de tres mil afectados por las participaciones preferentes comercializadas por Bankia representados por la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros (ADICAE) admitida a trámite hace unos meses (2014) en el Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid⁽¹²⁾.

2. ¿EN QUÉ CONSISTEN LAS ACCIONES COLECTIVAS?

Como ha proclamado la Comisión Europea en su Comunicación «Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo»⁽¹³⁾, la acción colectiva es un mecanismo procesal que, por motivos de economía procesal y/o eficacia ejecutoria permite la agrupación de numerosas pretensiones jurídicas similares en una única demanda, de modo que facilita el acceso a la justicia, especialmente en el sector bancario donde los

(10) MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012, p. 179.

(11) No olvidemos, sin embargo, que la acción de cesación ya venía regulada con anterioridad a la promulgación de la LEC en diversas leyes sectoriales, tales como la Ley General de Defensa de los consumidores y usuarios, Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Ley de Competencia Desleal, Ley de Marcas, etc.

(12) El ruido mediático en nuestro país se desató en 2009 cuando los afectados por la quiebra de Lehman Brothers, agrupados por el abogado Javier Cremades, demandaron ante la justicia estadounidense —donde las *class actions* están plenamente asentadas—, al Banco Santander como intermediario de las operaciones correspondientes. El Diario.es, 19 de abril de 2014, «Demandas colectivas: una fórmula en auge entre consumidores para hacer frente al abuso financiero», disponible en: http://www.eldiario.es/economia/Demandas-colectivas-efectiva-consumidores-justicia_0_250575144.html

(13) COM (2013) 401 final.

Esta Comunicación ha venido acompañada de una Recomendación sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de acción colectiva (DOUE L 201/60 de 26.07.2013), en donde con mayor detenimiento se define la acción colectiva como el «i) mecanismo jurídico que garantiza la posibilidad de solicitar la cesación de un comportamiento ilegal, de forma colectiva por dos o más personas físicas o jurídicas o por una entidad capacitada para entablar una acción de representación (recurso colectivo de cesación), ii) mecanismo jurídico que garantiza la posibilidad de reclamar una indemnización de forma colectiva por dos o más personas físicas o jurídicas que afirmen haber sido perjudicadas en caso de daños masivos o por una entidad capacitada para entablar una acción de representación (recurso colectivo de indemnización)».

perjuicios individuales en ocasiones son tan limitados que los demandantes potenciales podrían considerar gravoso interponer una demanda. Además, este mecanismo refuerza el poder de negociación de los clientes (demandantes potenciales) frente a las poderosas entidades de crédito y contribuye a la administración eficaz de la justicia, evitando la multiplicación de procesos por pretensiones derivadas de una misma infracción. En todo caso, la regulación de estas acciones no impide la existencia de acciones individuales ejercitadas por particulares.

Debemos destacar la doble vertiente de las acciones colectivas, pues según el tipo de pretensión con la que nos encontremos, pueden adoptar la forma de acción colectiva de cesación, mediante la cual se persigue el cese de una práctica ilegal, o de acción colectiva de indemnización, con la que se pretende la obtención de una compensación por los daños y perjuicios ocasionados. Ambas acciones podrán interponerse en el supuesto en el que se produzca un daño masivo, es decir, se menoscaben los legítimos derechos e intereses económicos de un importante número de clientes bancarios.

Las acciones colectivas reguladas en nuestra norma procesal se ciñen a la protección de los consumidores y usuarios, dentro de los cuales se integran los clientes bancarios a los que dedicamos el objeto de este estudio. La Ley de Enjuiciamiento Civil diferencia claramente dos clases de intereses: a) los intereses colectivos, que son los de aquellos consumidores o usuarios perjudicados por un hecho dañoso, perfectamente determinado o fácilmente determinable (art. 11.2 LEC) y b) los intereses difusos, que corresponden a los perjudicados por un hecho dañoso, sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación (art. 11.3 LEC).

En lo que a los usuarios de servicios bancarios se refiere, salvadas algunas excepciones, entendemos que en la mayoría de ocasiones estaremos ante sujetos fácilmente determinados o determinables y, por tanto, ante intereses colectivos, pues tengamos en cuenta que las entidades bancarias están o, al menos, deberían estar en situación de dar a conocer, por sus propios archivos o sistemas informáticos, quienes son las personas con las que han contratado o de las que perciben periódicamente una contraprestación pactada⁽¹⁴⁾.

(14) Vid. en este sentido la STS núm. 118/2012, de 13 de marzo (RJ 2010/4527) que señala en su fundamento 5º: «La dificultad en la determinación de los perjudicados por las cláusulas calificadas como abusivas y sancionadas con la nulidad, afirmadas por las recurrentes, no puede concurrir —como dijimos en la sentencia 861/2010, de 29 de diciembre— cuando quien la afirma está en situación de dar a conocer, por sus propios archivos, quienes son las personas con las que contrató y de las que periódicamente recibe la contraprestación con cada una de ellas pactada». En este mismo sentido se pronuncia la STS núm. 861/2010, de 29 de diciembre (RJ 2011/148) en donde con respecto a una acción de cesación de cláusula abusiva se consideró que los intereses eran colectivos por el hecho de que la empresa podía averiguar sin dificultad, a través de su sistema informático, quiénes eran los afectados, por mucho que la acción de cesación trascendiera en el mercado.

Sin embargo, no todos los pronunciamientos han seguido esta línea, y en alguna ocasión nos encontramos con pronunciamientos dispares que atienden a la naturaleza de los intereses en juego y no a la facilidad de determinación de los afectados, como el que emitió la Audiencia Provincial de León en su Sentencia núm. 88/2012, de 2 de marzo (AC 2012/727), en donde se estimó que los intereses eran difusos ya que la nulidad de la condición general impugnada no se vincula a personas concretas o grupos de difícil identificación (a determinados y concretos contratos), sino que la acción se ejercita por mera

Nuestra norma procesal no instaura un procedimiento *ad hoc* específico para la tutela de los derechos e intereses colectivos de los consumidores, pero sí establece diversas normas especiales cuando lo estima oportuno. De este modo, los artículos 6, 11, 15, 76, 217, 221, 222, 249, 250, 256.6 y 519 LEC, regulan aspectos tales como la legitimación, la publicidad y el llamamiento al proceso, la determinación de los integrantes del grupo, la acumulación de procesos, los requisitos internos y efectos de la sentencia, y la ejecución.

Al no establecer la LEC un proceso especial para las acciones colectivas, las diferentes pretensiones colectivas se sustanciarán por el proceso que corresponda. En este sentido, por los trámites del juicio ordinario (arts. 249.4 y 5 LEC) se decidirán las demandas en materia de competencia desleal, propiedad intelectual, propiedad industrial en general y, en particular para el sector financiero, en materia de publicidad y de condiciones generales de la contratación, salvo que se ejercite la acción de cesación que se debe ventilar en juicio verbal (art. 250 LEC)⁽¹⁵⁾; cauce este último que también será el pertinente para resolver las reclamaciones de cantidad menores de 6.000 euros.

Para estudiar la viabilidad de las acciones colectivas para la defensa de los derechos e intereses económicos de los usuarios de servicios financieros, debemos inevitablemente hacer referencia a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LGCC), en cuyos artículos 12, 13, 16, 17, 19 y 21, se regulan determinadas especialidades de las acciones colectivas en este ámbito⁽¹⁶⁾. Esta

referencia objetiva en relación con contratos suscritos por la demandada sin identificación de sujetos afectados y contratos.

(15) Sobre la acción de cesación, señala LÓPEZ JIMÉNEZ que en un principio, dada la aparente simplicidad de las cuestiones a debatir, esto es, la obtención de una declaración judicial por la que se determine la cesación de determinada conducta empresarial o profesional y la prohibición de su reiteración en lo sucesivo, el legislador ha optado por el cauce del juicio verbal. No obstante, en atención al número de cláusulas impugnadas, la complejidad técnica de las mismas, lo extendido de su aplicación y la posibilidad de que fueran varios los demandados, habría sido preferible que el legislador hubiera contemplado la posibilidad de flexibilizar el cauce del juicio verbal, o remitir al juicio ordinario. Como ejemplo, cita el autor la SAP de Madrid, Sección 13ª, de 11 de mayo de 2004, que resuelve una demanda presentada por una asociación de consumidores contra varias entidades bancarias en aras a obtener el cese de la utilización de diversas cláusulas contractuales. La propia Audiencia reconoce que la demora en su pronunciamiento, además de por la consabida carga de trabajo, deriva de la especial complejidad de la resolución. Por su parte, una de las entidades demandadas llegó a cuestionar la idoneidad del juicio verbal para ventilar con las garantías debidas las más de cuarenta acciones colectivas de cesación acumuladas contra las cuatro demandadas, a lo cual respondió el Tribunal *ad quem* que la idoneidad del juicio verbal era absoluta, por mandato del citado art. 250.1.12º LEC. LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., «Las acciones colectivas como medio de protección de los derechos e intereses de los Consumidores», Diario La Ley, núm. 6852, Sección Doctrina, 2 enero 2008, Año XXIX, p. 17.

(16) Sobre este particular, recomendamos encarecidamente la lectura de BARONA VILAR, S., «Comentario al art. 12. Acciones de cesación, retractación y declarativa», *Comentarios a la Ley de Condiciones generales de la contratación*, AA. VV. (coord. BERCOVITZ, RODRIGUEZ CANO), Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 391-485.

Debemos asimismo recordar que la LEC introdujo una Disposición Adicional Cuarta en la LCGC que impone que las referencias contenidas en la LEC 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. Asi-

ley, además de las acciones colectivas de reclamación de daños y perjuicios previstas en la LEC, reconoce tres tipos de acciones colectivas que pueden interponerse contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en esta Ley o en otras leyes imperativas o prohibitivas. Estas son: la acción declarativa, la acción de cesación y la acción de retractación.

La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz, como ha sucedido con las cláusulas suelo contenidas en los contratos de crédito con garantía hipotecaria. A la misma podrá acumularse, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones (art. 12.2 LCGC). La acción de retractación tiene por objeto la obtención de una sentencia que declare e imponga al demandado, sea o no el predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro (art. 12.3 LCGC). Por último, la acción declarativa se dirigirá a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación y ordene su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, cuando proceda (art. 12.4 LCGC).

3. LEGITIMACIÓN PARA INTERPONER ESTE TIPO DE ACCIONES

Nuestro legislador ha tomado la decisión de que sean personas jurídicas constituidas y legalmente habilitadas las que puedan llevar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios a juicio⁽¹⁷⁾. De modo que, la legitimación para pretender la tutela de los 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, mientras que la legitimación para demandar en juicio la defensa de los intereses difusos resulta más restrictiva y corresponde exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas. Además, las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8 LEC estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, mientras que el Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios (art. 11 LEC).

mismo, las referencias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a las asociaciones de consumidores y usuarios, deberán considerarse aplicables igualmente, en los litigios en que se ejerciten acciones colectivas contempladas en la presente LCGC, a las demás personas y entes legitimados activamente para su ejercicio.

(17) Lo que ha sido discutido, por restrictivo, por algún sector doctrinal que sugiere que puedan ser afectados aislados, o sujetos no afectados pero que acrediten un interés suficiente (por ejemplo, despachos de abogados), los que ostenten legitimación para iniciar estos procedimientos. LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., «Las acciones colectivas como medio de protección de los derechos e intereses de los consumidores», cit., p. 10.

Por tanto, no se permite al consumidor individual, en nuestro caso al cliente bancario, incoar un proceso para defender intereses supraindividuales, lo que no impide que sí pueda hacerlo a título individual. Es decir, el particular no puede erigirse en «defensor» de un grupo de sujetos afectados si no lo hace de forma mínimamente organizada, por ejemplo, creando una asociación o formando un grupo, es decir, por medio de las vías que le proporciona el artículo 11 de la LEC⁽¹⁸⁾.

3.1. Legitimación para la defensa de intereses colectivos

La legitimación extraordinaria para tutelar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios que el artículo 11 LEC atribuye a las asociaciones de consumidores y usuarios, entidades legalmente constituidas y grupos de afectados, encuentra su justificación, tal y como describe DÍAZ MARTÍNEZ, en la existencia de una sociedad de consumo propia del Estado del bienestar, que trasciende de las relaciones individuales a un marco de relaciones jurídicas de un mercado de carácter colectivo, en el que se da el fenómeno de la contratación en masa, con la consiguiente y frecuente existencia de condiciones generales de la contratación y de contratos de adhesión, lo que supone cierta despersonalización en las relaciones que se entablan y la necesidad de un «Derecho de Masas», que tienda a la protección de los más débiles en esa contratación, consumidores y usuarios y en evitación de daños preventivos⁽¹⁹⁾.

Más detenidamente, la legitimación extraordinaria para ejercitar los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios corresponde a:

a) Las asociaciones de consumidores y usuarios (art. 11.2 LEC). Para ostentar dicha legitimación, el único requisito al que se ven sometidas las asociaciones de consumidores y usuarios, es al de haberse constituido legalmente conforme a la regulación sectorial respectiva, es decir, a la Ley General de Defensa de los consumidores y usuarios (art. 24 LGDCYU⁽²⁰⁾); sobre la que no nos vamos a detener por exceder del objeto del presente estudio. En todo caso, tengamos en cuenta que la asociación defiende al colectivo de consumidores y usuarios en general, sin la necesidad de que todos ellos se encuentren afiliados a la misma ni que le autoricen expresamente para interponer la acción judicial.

(18) PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las acciones colectivas en el ordenamiento español*, cit., p. 100.

(19) DÍAZ MARTÍNEZ, M., «Participaciones preferentes: Acción individual, acción colectiva y protección de intereses difusos», cit., p. 410.

(20) Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, LGDCYU).

Artículo 24.1 LGDCYU: «Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios: 1. Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título y en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios.

Las asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en este título o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, sólo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores».

b) Las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de los consumidores y usuarios (art. 11.2 LEC). Estamos ante entidades diferentes a las propias asociaciones de consumidores y usuarios mencionadas en el párrafo anterior, que se constituyen *ad hoc* aunque con cierta vocación de permanencia, tanto para defender única y exclusivamente los derechos e intereses de las personas afectadas por el hecho en cuestión, como también, personas jurídicas constituidas con una finalidad más amplia, como podría ser la defensa de los consumidores y usuarios⁽²¹⁾.

c) Los grupos de afectados (art. 11.2 LEC). Respecto de los mismos, simplemente apuntar que se constituyen cuando sucede el hecho dañoso para actuar frente al mismo. Suele tratarse de supuestos en los que ante las dificultades de actuar de manera individual, un grupo se une para hacerlo de manera conjunta. Al exigir la ley que el grupo se constituya por la mayoría de afectados, nos atrevemos a deducir que los afectados deben aparecer determinados.

d) En lo que al ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses no solo colectivos sino también difusos de los consumidores y usuarios se refiere, también están legitimadas las entidades a las que se refiere el artículo 6.1.8 LEC, es decir, las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para ejercitar esta acción (art. 11.4 LEC)⁽²²⁾. Esta legitimación ya venía conferida en los artículos 16 LCGC y 54 LGDCYU.

d) Por último, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias ha incluido, en su disposición adicional segunda, que el Ministerio Fiscal esté legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores; algo que hasta el momento se reservaba a las acciones de cesación (art. 11.5 LEC).

3.2. Legitimación para la defensa de intereses difusos

La legitimación para la defensa de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, tal y como hemos señalado, resulta más restrictiva pues, sin perjuicio de la legitimación que ostenta el Ministerio Fiscal y las entidades del artículo 6.1.8 LEC, se otorga únicamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean «representativas» (art. 13 LEC). En virtud del artículo 24.2 LGDCYU, tendrán la consideración legal de asociaciones de consumidores y usuarios representativas, las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica⁽²³⁾.

(21) PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las acciones colectivas en el ordenamiento español*, cit., p. 113 y MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 430.

(22) Artículo redactado conforme a Ley 3/2014, de 27 de marzo por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias que modificó el apartado cuarto del artículo 11 LEC.

(23) En un sentido similar se pronuncia el artículo 18 del Real Decreto 825/1990, de 22 de junio, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus Asociaciones.

El Consejo de Consumidores y Usuarios es una entidad pública que, entre otras funciones, se encarga de seleccionar, a través de su Comisión de Valoración, las asociaciones de consumidores y usuarios que se consideran más representativas a los efectos de formar parte de dicho Consejo. La concurrencia a esta selección queda limitada a aquellas asociaciones inscritas en el Libro Registro estatal de Asociaciones de consumidores del Ministerio de Sanidad y Consumo⁽²⁴⁾.

Se ha debatido mucho acerca de la preceptividad o no de la inscripción en el Registro de Asociaciones de Consumidores y Usuarios como presupuesto legal necesario para ser titular del derecho a ejercitar las acciones colectivas en representación de intereses generales de los consumidores y usuarios. Interesante resulta al respecto la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013⁽²⁵⁾, donde se analiza minuciosamente la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios en un supuesto de acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios interpuesta por AUSBANC contra varios bancos (entre otros, BBVA, las Cajas Rurales Reunidas y NCG Banco) por la aplicación de las cláusulas suelo en las hipotecas. El Tribunal Supremo en el ordinal 71 de su sentencia expone lo siguiente: «El ejercicio de la acción de cesación contra la utilización de condiciones generales de la contratación abusivas en los contratos celebrados con consumidores, no queda abierta a cualquier asociación que esté legalmente constituida, aunque en sus estatutos conste como finalidad la tutela de los intereses de consumidores y usuarios. Es preciso que la asociación, cuando es de ámbito supraautonómico —en el caso de autos no se cuestiona que la demandante tiene tal carácter—, esté inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios»⁽²⁶⁾.

En definitiva, los requisitos, presupuestos y límites establecidos con carácter imperativo en la LGDCYU y en la LEC para el ejercicio de la acción colectiva en interés general obedecen a la finalidad de proteger el interés de los consumidores y usuarios,

Detrás del término asociaciones «representativas» se hallan las teorías acerca del «ente exponencial», es decir, de aquellas entidades que por las garantías de su constitución y funcionamiento representan no sólo a los asociados o afectados conocidos, sino a todos los demás que integran como desconocidos, en principio, una categoría o clase de sujetos afectados. Por ello, dada la trascendencia cuasi-pública de su posible actuación, el precepto exige que su representatividad responda a criterios legales (aquellas que conforme a la ley sean representativas). ALMAGRO NOSETTE, J., «Protección procesal de los intereses colectivos o difusos en la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Actualidad Civil*, núm. 1, 2004.

(24) PAREJA SÁNCHEZ, M., «El ejercicio de las acciones colectivas en materia de cláusula suelo», *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios* (dir. LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.), Bosch, Barcelona, 2014, p. 345.

(25) Sentencia del Tribunal Supremo núm. 241/2013 de 9 mayo (RJ 2013\3088). En este sentido, también se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de marzo de 2006 (JUR 2006\140704), que proclama que la inscripción en dicho Libro es un requisito fundamental para ostentar tal legitimación en el ejercicio de las acciones colectivas de cesación contra cláusulas abusivas.

(26) En el presente caso, a AUSBANC se le había sancionado previamente, en el debido procedimiento administrativo, con la exclusión del Registro, lo que ponía en tela de juicio su legitimación. Sin embargo, el Tribunal Supremo estima su legitimación activa al haber sido cautelarmente suspendida dicha sanción y, por tanto, no ser firme la misma en el momento de interposición de la demanda y de dictar sentencia en primera instancia.

esto es, de evitar que las asociaciones que no cumplan con esos requisitos puedan atribuirse una representatividad extraordinaria que parece que la ley sólo quiere atribuir, como derecho y con carácter exclusivo y excluyente, a quienes estén inscritas en el mencionado Registro⁽²⁷⁾.

Por último, para completar el cuadro de la legitimación debemos tener en cuenta que, además de la legitimación general prevista en la LEC, las leyes sectoriales amplían el elenco de sujetos legitimados para interponer acciones colectivas en el marco de la regulación que les es propia. Entre otras, así sucede en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y, la Ley General de Publicidad, etc.

Sin detenernos en todas ellas, mostraremos algunos ejemplos de cuanto decimos que atañen directamente a los consumidores bancarios. En primer lugar, la LCGC, en su artículo 16, incorpora como legitimados activamente para interponer las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales, además de a los ya reconocidos en la LEC, a las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros; a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y a los colegios profesionales legalmente constituidos. Por su parte, el artículo 55 LGDCYU legitima al Instituto Nacional del Consumo y a los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios a ejercitar acciones de cesación en otro Estado miembro de la Comunidad Europea, cuando estén incluidos en la lista publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

Protagonizan el panorama actual del ejercicio de las acciones colectivas en materia de préstamos y créditos concedidos a consumidores bancarios dos asociaciones: ADICAE (Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros⁽²⁸⁾) y AUSBANC (Asociación de Servicios Bancarios). Ciertamente fue esta última quien interpuso la demanda colectiva en el famoso caso «Opening»⁽²⁹⁾ además de otras acciones colectivas en materia de préstamos hipotecarios contra diversas entidades bancarias pidiendo la nulidad de

(27) MONSALVE DEL CASTILLO, R., y PORTILLO CABRERA, E., «Legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de las acciones colectivas en defensa del interés general», Revista Aranzadi Doctrinal num. 9, 2011, BIB 2010\2869, p. 8.

(28) Son diversas las acciones colectivas que esta Asociación ha interpuesto. Destacamos entre otras, las demandas colectivas interpuestas contra Caixa Galicia por la venta del producto denominado «contrato de cobertura sobre hipoteca» o «hipoteca tranquila» ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de A Coruña (procedimiento ordinario núm. 41/2011); frente a Caja Madrid ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid (procedimiento ordinario núm. 286/2013) por la emisión fraudulenta y comercialización de preferentes y, contra 101 entidades por la comercialización de hipotecas con cláusulas suelo ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid (procedimiento ordinario núm. 471/2010).

Vid. asimismo la Sentencia núm. 20/2014 del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, de 27 de enero de 2014 (AC\2014\21) que resuelve la acción colectiva de cesación interpuesta por ADICAE frente al BBVA por las aportaciones financieras subordinadas de Eroski.

(29) Demanda dirigida a la declaración de ineficacia de los contratos de crédito destinados a la financiación de unos cursos de inglés e informática en la Academia «Opening English School» que cerró sus centros, dejando a sus clientes sin los servicios contratados.

las «cláusulas de redondeo» de los tipos de interés⁽³⁰⁾, así como de las denominadas «cláusulas suelo»⁽³¹⁾.

4. EL LLAMAMIENTO Y LA INTERVENCIÓN EN EL PROCESO COLECTIVO

Una decisión clave a la hora de configurar las acciones colectivas consiste en determinar el procedimiento para integrarse o quedar fuera de las mismas. Existen dos modelos: el de participación voluntaria (*opt-in*) y el de exclusión voluntaria (*opt-out*).

En el primero de ellos, en el de participación voluntaria, el grupo incluye únicamente a aquellas personas que deciden optar expresamente por adherirse a la acción colectiva. En este sentido, la sentencia que finalmente se adopte será vinculante para todos los miembros que formen parte del grupo, mientras que los demás sujetos potencialmente perjudicados por similar o idéntica infracción pero que no fueron parte en el proceso, seguirán ostentando la facultad de interponer una demanda individual por los daños y perjuicios sufridos, no viéndose afectados por la cosa juzgada de la resolución. Por su parte, en el segundo modelo, el de exclusión voluntaria, el grupo se compone, a diferencia del anterior, de todos los individuos que pertenecen al grupo por haber sufrido daños o perjuicios derivados de la misma o similar infracción, salvo en el supuesto en el que opten expresamente por desvincularse del mismo. En este caso, la sentencia será vinculante para todos los sujetos que pertenecen al grupo definido excepto para aquéllos que expresamente se excluyeron⁽³²⁾.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil no prevé expresamente ninguno de estos dos mecanismos. Se desprende, sin embargo, del artículo 222.3 LEC que la cosa juzgada despliega sus efectos no sólo respecto de los litigantes concretos, sino de todos y cada uno de los consumidores y usuarios titulares de los derechos debatidos, hayan sido o no parte en el proceso. Esta decisión ha llevado a autores como GASCÓN INCHAUSTI a considerar que parece ser que nuestro sistema de acciones colectivas se asemeja en mayor medida al modelo de exclusión. Ahora bien, para que resulte

(30) Vid. la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid núm. 308/2001, de 11 de septiembre (AC\2001\2120), por la que AUSBANC formula demanda colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación contra Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, interesando se declare la nulidad de una cláusula de redondeo.

(31) Vid. la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla núm. 246/2010, de 30 de septiembre (AC\2010\1550).

(32) Cada uno de estos sistemas presenta sus ventajas e inconvenientes. Los sistemas de *opt-in* preservan en mayor medida la libertad del individuo para acceder al proceso pero pueden llegar a ser extremadamente laboriosos y costosos para, por ejemplo, las organizaciones de consumidores que tendrán previamente que identificar a los consumidores afectados. El sistema de *opt-out* podría mitigar las dificultades mencionadas y la complejidad procesal, sin embargo en Europa se posee una visión negativa del mismo por el riesgo de litigio excesivo que han ocasionado en Estados Unidos las denominadas «class actions». Por ello, entre otras razones, finalmente la Comisión Europea ha optado por inclinarse en su Recomendación por el método de participación voluntaria (*opt-in*). Toda excepción a este principio debe establecerse por ley o por resolución judicial y estar debidamente justificada por motivos de correcta administración de la justicia.

constitucionalmente legítima la extensión de los efectos de la sentencia a todos los consumidores perjudicados por el hecho dañoso, con la consiguiente limitación en cuanto al posible ejercicio de acciones con posterioridad, será necesario que los consumidores tengan conocimiento de la existencia del proceso, lo que se cumple con el llamamiento colectivo al proceso de los sujetos que se verán afectados por la extensión *ultra partes* de la cosa juzgada de la sentencia. Además, sería igualmente necesario conceder a los consumidores la facultad de excluirse del ámbito del proceso. A pesar de que la LEC no contempla expresamente ningún mecanismo para que se pueda proceder a tal exclusión, entendemos junto al mencionado autor, que dicha exclusión será posible sobre la base del artículo 15 LEC, que regula el llamamiento para que los consumidores hagan valer su derecho o interés individual, de modo que cuando así lo consideren, la forma de hacerlo valer consistirá en desvincularse de ese proceso colectivo⁽³³⁾.

Consideramos con ello, que lo que ha pretendido el legislador español es que no puedan incoarse más procesos (colectivos o individuales) contra ese demandado, por los mismos hechos. En todo caso, para justificar la extensión subjetiva de la cosa juzgada de las resoluciones judiciales que resuelven los procesos colectivos, resulta de trascendental importancia la necesaria difusión de información de la acción colectiva, de modo que se ofrezca la posibilidad de intervenir a los sujetos sobre los que recaerán los efectos de la sentencia, pues su ausencia podría provocar situaciones injustas como sería la de aquel individuo que se encuentra vinculado por una resolución que se ha dictado sin su previo conocimiento.

Debemos detenernos pues, en la cuestión fundamental atinente al debido suministro de información que garantice un acceso a la tutela judicial efectiva de los consumidores perjudicados por la misma infracción objeto de debate en el juicio colectivo.

En nuestro ordenamiento procesal, el régimen de llamamiento e intervención de los consumidores individuales en estos procesos viene regulado en el artículo 15 LEC. En este precepto se impone al secretario judicial la obligación de proceder a un llamamiento, publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de los derechos o intereses, a todos los consumidores o usuarios afectados con vistas a permitir su intervención en el proceso.

Siguiendo a PLANCHADELL GARGALLO y teniendo en cuenta la finalidad del llamamiento, la publicidad tendrá como objeto el hecho de la admisión de la demanda (con una descripción sucinta de las partes y contenido de la misma) y de la pendencia del proceso, junto con una información sobre cuáles son los derechos del llamado y

(33) GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela colectiva de los consumidores y transacciones colectivas*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, pp. 125 y 126. Considera este autor, que el legislador puede, mediante la atribución de legitimación extraordinaria, permitir que ciertos sujetos hagan valer judicialmente los derechos de otros, sin necesidad de contar con su autorización expresa; ahora bien, lo que no le parece compatible con nuestro sistema de tutela es que se impida a un sujeto disponer de su derecho subjetivo por medio de un acto expreso, y esto es lo que sucedería si se le negara la facultad de excluir su derecho subjetivo del ámbito del proceso.

qué pasos deben seguirse por quien quiera intervenir, así como el plazo para ello⁽³⁴⁾. Aunque el llamamiento corresponda al secretario judicial, de los gastos del mismo deben responder los demandantes pudiéndose recuperar posteriormente, si es el caso, por vía de la condena en costas⁽³⁵⁾.

En el supuesto en el que los clientes perjudicados estén determinados o sean de fácil determinación, la parte actora (es decir, la asociación o entidad que interponga la acción) les deberá comunicar previamente su propósito de presentación de la demanda (art. 15.2 LEC)⁽³⁶⁾. Tras dicho llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento; aunque solo podrán realizar los actos procesales que no hubieren precluido, sin que, por tanto, se retrotraigan las actuaciones. Para ello, se contempla en la LEC (art. 256.1.6) la diligencia preliminar que veremos a continuación y que consiste en la petición al tribunal de la adopción de las medidas oportunas para proceder a averiguar los integrantes del grupo cuando éstos no se encuentran determinados y su determinación no es complicada.

Mientras que si los perjudicados son personas indeterminadas o de difícil indeterminación, se suspenderá el proceso durante el tiempo que se considere oportuno (pero no más de dos meses), reanudándose el mismo con la intervención de todos los consumidores que han acudido al llamamiento. No se admitirá la personación individual posterior de consumidores y usuarios, los cuales únicamente podrán hacer valer sus derechos una vez recaída sentencia, conforme a los artículos 221 y 519 LEC⁽³⁷⁾. Por esta razón, en la publicación de la admisión de la demanda se deberá incluir además, el plazo de suspensión para que quienes deseen personarse lo hagan durante el mismo. Resulta, en definitiva, una intervención bastante más limitada que en el supuesto de los intereses colectivos.

Con respecto a la acción de cesación, el apartado 4 del artículo 15 LEC efectúa una excepción a lo dispuesto en los párrafos anteriores, por lo que en los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios de servicios bancarios no procede realizar comunicación ni llamamiento alguno, y ello en virtud de la necesidad de proporcionar rapidez y eficacia a los procesos en lo que se ejerciten este tipo de acciones que, recordamos, van a ser tramitadas por el juicio verbal.

(34) PLANCHADELL GARGALLO, A., *Las acciones colectivas en el ordenamiento español*, cit., p. 148.

(35) Recordamos que el artículo 241.1.2 LEC incluye dentro del concepto de costas, los gastos de la inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso.

(36) Si efectivamente se produce esta comunicación y todos los perjudicados han sido informados, el trámite de llamamiento deviene innecesario. En todo caso, queda al arbitrio judicial la elección del medio más adecuado para dar mayor difusión a los afectados. Respecto a éstos, no parece que el legislador se refiera a la notificación a través de boletines oficiales, sino que opta por los medios de comunicación social y no sólo los tradicionales (prensa escrita, radio, televisión) sino también las nuevas técnicas y medios tecnológicos. GONZÁLEZ PILLADO, E., *La intervención voluntaria de terceros en el proceso civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 92.

(37) La Ley 29/2009, de 30 de diciembre, ha añadido la exigencia de comunicar la incoación del proceso colectivo asimismo al Ministerio Fiscal.

En lo que a la intervención de los sujetos se refiere, indicar que la petición de intervención en el proceso deberá acompañarse de la acreditación correspondiente por la que se justifique la condición de consumidor o usuario afectado por el hecho dañoso en cuestión, es decir, la acreditación de su interés legítimo. En el caso de los usuarios bancarios, tendrán que acreditar su condición de perjudicado o afectado por el servicio o producto bancario al que se refiera la pretensión interpuesta en el proceso. Para resolver dicha solicitud, se celebrará una audiencia con las partes interesadas, debiendo decidir el tribunal, tras la comprobación de la concurrencia de tal condición e interés, por medio de auto en el plazo de 10 días (art. 13.2 LEC). Admitida la intervención, no supone la retroacción de las actuaciones sino que por el contrario, el sujeto deberá actuar en la causa en el estado en el que la misma se encuentre⁽³⁸⁾.

Si bien el artículo 15 de la LEC se refiere únicamente a la posibilidad de intervención del consumidor o usuario individual en el proceso iniciado por la asociación, consideramos que no existe óbice alguno para que suceda a la inversa. Por ello, antes de finalizar este apartado nos gustaría hacer referencia, aunque sean unas breves pinceladas, a la posibilidad de encontrarnos ante el supuesto en el que un consumidor o usuario individual en general, o un cliente bancario en particular, iniciara un proceso a título individual en virtud de la legitimación ordinaria que el mismo ostenta y por ejemplo, una asociación de consumidores de servicios bancarios deseara intervenir en este proceso ya iniciado en defensa de derechos homogéneos de contenido análogo a los que se reivindican en el proceso inicial.

Aunque la LEC no lo contemple expresamente, sí debe admitirse esta posibilidad, pues sí prevé en su artículo 13 la intervención de quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito, ya sea éste otro consumidor individual o una asociación de consumidores y usuarios. Admitida tal intervención, la asociación será considerada parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa así como utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés aunque las consienta su litisconsorte.

5. LA IDENTIFICACIÓN DE LOS INTEGRANTES DEL GRUPO

Con el objetivo de concretar los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados sean fácilmente determinables —como sucede generalmente en el ámbito bancario—, se permite al legitimado para interponer una acción para la defensa

(38) La intervención de los consumidores y usuarios afectados plantea relevantes dudas acerca de cómo debe operar esa intervención procesal y esencialmente, respecto de las facultades procesales del consumidor o usuario intervinientes. Por motivos de extensión de este trabajo no podemos referirnos a todas ellas, por lo que nos remitimos a DEL OLMO DEL OLMO, J. A., «Especialidades de la fase declarativa en los procesos para la tutela de los consumidores y usuarios (Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000)», Boletín del Ministerio de Justicia, año 58, núm. 1968, 2004, pp. 2804-2810. Asimismo recomendamos su lectura en lo que a las especialidades en materia de acumulación de procesos se refiere (pp. 2810-2813).

de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, solicitar al órgano judicial que adopte las medidas oportunas para tal averiguación, 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 (art. 256.1.6ª LEC).

Esta diligencia debe solicitarse al órgano judicial ante el que haya de presentarse la demanda colectiva (art. 257.1 LEC). Para el resto de diligencias preliminares contempladas en la LEC los solicitantes deben especificar qué medidas en concreto deben llevarse a cabo, dónde y cómo. Sin embargo, respecto de la diligencia que comentamos, es decir, la que pretende la concreción de los integrantes del grupo de afectados, la LEC aminora esta exigencia, estableciendo expresamente que «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». Por tanto, atendiendo a esas aportaciones de parte, es el tribunal quien concretará el medio adecuado para dar cumplimiento a la misma. Esta mayor intervención del Tribunal, como señala BARONA VILAR, obedece al deseo de otorgar una mayor protección a quienes se consideran en situación desfavorable, siendo que el tribunal, desde su posición, va a poder desplegar con mayor facilidad y sobre todo eficacia, las medidas tendentes a determinar quiénes pudieren ser los sujetos que podrían verse afectados ante la tutela, con vocación de futuro, de esos intereses colectivos. Razones de eficacia procesal abogan asimismo también por este mayor intervencionismo judicial⁽³⁹⁾.

Tengamos en cuenta que los afectados pueden ser cientos de miles; tarea de identificación que puede resultar diabólica para la asociación u otro ente legitimado para la interposición de la demanda colectiva, mientras que por el contrario, puede ser de fácil solución para el empresario o profesional en cuestión. En este sentido, se pronuncia el Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Barcelona en su sentencia de 17 de octubre de 2003, relativa a las cláusulas suelo, al manifestar con cierto aire sarcástico que: «saber qué personal ha suscrito con la entidad demandada préstamos hipotecarios con la cláusula que se denuncia, en estos tiempos de sistemas informáticos cada vez más perfectos, no debe ser difícil en absoluto. Imaginaremos que todas esas personas dejaran de abonar los plazos de amortización de los préstamos hipotecarios, a buen seguro que la demandada los identificaría a la velocidad de la luz para proceder contra ellos»⁽⁴⁰⁾.

La diligencia contenida en el artículo 256.1 LEC no será aplicable cuando lo que se trate de tutelar son los intereses difusos de los consumidores y usuarios, pues la complejidad de tales supuestos impediría que incluso el propio demandado se hallara en condiciones de determinar quiénes se han visto perjudicados por los riesgos del producto o servicio financiero comercializado.

El auto que acuerde la solicitud de la diligencia preliminar debe notificarse a la parte requerida, citándole para la práctica de la misma. En este sentido, el propio artículo

(39) BARONA VILAR, S., «Capítulo 5: Diligencia preliminar específica de determinación de los integrantes del grupo de afectados», *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, AA.VV. (coord. BARONA VILAR), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 198.

(40) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Barcelona, de 17 octubre 2003 (AC 2003\1625).

256.1.6 LEC prevé el requerimiento al demandado –en nuestro caso, a la entidad de crédito– para que colabore en dicha determinación. El requerido, por su parte, podrá oponerse a la práctica de la diligencia en los términos previstos en el artículo 260 LEC, es decir, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que reciba la notificación, citándose a las partes a una vista, tras la cual el tribunal resolverá, mediante auto, si considera que la oposición es justificada o si, por el contrario, carece de justificación.

También podría suceder que el requerido se niegue a colaborar, por lo que no estaría de más recordar en este momento el artículo 118 de nuestra Constitución que dispone la obligación de cumplir las resoluciones firmes de los Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.

Se ha constatado que son numerosos los obstáculos con los que se han encontrado en la práctica las asociaciones de consumidores cuando, con objeto de cumplir con la preceptiva comunicativa previa exigida por el artículo 15 LEC y por medio de la diligencia preliminar del artículo 256.1.6º LEC, han solicitado a las entidades financieras la entrega de los listados que contienen los datos personales de los clientes que han contratado determinados productos bancarios⁽⁴¹⁾. Veamos a continuación un ejemplo de cuanto decimos.

Conforme al artículo 11.2 d) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, no será preciso el consentimiento del titular cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario a los Jueces o Tribunales en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. A pesar de tal disposición normativa, nuestro Tribunal Constitucional en sentencia de 7 de mayo de 2012⁽⁴²⁾ consideró que la entidad bancaria (BBVA) no podía entregar los datos personales de los clientes que hubieran suscrito determinados productos financieros sin su previo consentimiento, para su posterior traspaso a una asociación de consumidores que pretendía iniciar un proceso para la defensa de intereses colectivos. El Alto Tribunal admite la alegada vulneración del artículo 18 CE (derecho a la intimidad y protección de datos) al considerar que se trata de una medida prevista por la ley que carece del canon reforzado de justificación y no cumple con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad exigidos para cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales.

Al respecto, no podemos dejar de considerar que estamos ante una interpretación excesivamente restrictiva que merma los derechos de los intereses y usuarios, viéndose imposibilitados a actuar de manera colectiva y, por tanto, limitando su derecho a la tutela judicial efectiva. Razón por la cual, otros tribunales han mantenido una postura contraria, tal y como ha hecho la Audiencia Provincial de Barcelona en su Auto de 24 de enero de 2013⁽⁴³⁾ en un asunto relativo a una demanda colectiva presentada por AUS-BANC. La Audiencia se pronuncia sobre esta cuestión, aunque en sede de ejecución de

(41) CUENA CASAS, M., Jornada de ADICAE «Sin acción colectiva no hay justicia para los consumidores», Madrid, 2 de octubre de 2014. Disponible en: http://blog.adicae.net/consumidores-2014/files/2015/02/Libro-accion-colectiva-2014_web.pdf

(42) Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 96/2012 de 7 mayo (RTC 2012\96).

(43) Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) núm. 14/2013 de 24 enero (AC 2013\1177).

sentencia, e impone a la entidad financiera condenada la obligación de proporcionar un listado con el nombre de todos los clientes afectados por la sentencia que declara nula una condición general de la contratación en un contrato bancario. Considera que no hay limitación al derecho fundamental a la protección de datos pues concurren los presupuestos habilitantes necesarios para que tal injerencia sea constitucionalmente legítima.

En definitiva, para respetar el legítimo derecho de los afectados a unirse a una acción colectiva se debe impedir que las empresas o entidades financieras demandadas, que son las únicas capaces de conocer los datos de los potenciales perjudicados, se nieguen a aportar tal información aludiendo a la protección de datos de los mismos. Para ello, deberán adoptarse los mecanismos conminatorios y coercitivos previstos en la LEC, de modo que la negativa del requerido o de cualquier otra persona que pudiera colaborar en la determinación de los integrantes del grupo permita que el Tribunal acuerde las medidas de intervención oportunas, entre las que se incluye la de entrada y registro para encontrar los documentos o datos precisos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiera incurrir por desobediencia a la autoridad (art. 261.5º LEC).

6. LA SENTENCIA. EXTENSIÓN SUBJETIVA DE LA COSA JUZGADA

En lo que a la eficacia subjetiva de las sentencias dictadas en este tipo de procesos se refiere, tal y como manifiesta la Exposición de Motivos de la LEC en su apartado VII, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora. Se dispone, en consecuencia, que el tribunal indicará la eficacia que corresponde a la sentencia según su contenido y conforme a la tutela otorgada por la vigente ley sustantiva protectora de los derechos e intereses en juego. En este sentido, el artículo 221 LEC, cuya rúbrica es: «Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios⁽⁴⁴⁾», impone una serie de reglas a tales sentencias en función de la pretensión interpuesta.

En primer término, en los supuestos en los que se haya interpuesto una pretensión de condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria debe determinar individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena. Si la determinación individual no es posible, la sentencia deberá al menos establecer los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella (art. 221.1 LEC).

La regla primera del artículo 221 LEC tiene, por tanto, como punto de partida la idea de la necesidad de determinar, al menos mínimamente (si no es posible una individualización), los consumidores beneficiados por la sentencia, lo que resulta lógico si atendemos a que, al ejercitarse acciones colectivas y, por tanto, al no dictarse la

(44) Aunque la ley se refiera únicamente a las sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a la que se refiere el artículo 11 LEC, entendemos también incluidas aquellas sentencias promovidas por grupos de afectados o el resto de sujetos legitimados extraordinariamente para el ejercicio de la acción de tutela de intereses colectivos o difusos.

sentencia en beneficio de quien reclamó, se hace precisa aquella mínima identificación para poder ejecutar la sentencia⁽⁴⁵⁾. En definitiva, lo que se pretende es que la sentencia fije las bases para una posterior determinación individual en el consiguiente proceso de ejecución, al que nos referiremos en el último epígrafe de este trabajo.

Lo que no aclara la LEC es si en estos supuestos en los que se ha interpuesto una pretensión de condena dineraria, la sentencia debe asimismo concretar la cantidad a la que se condena al demandando. Partiendo del hecho de que nuestro ordenamiento no permite las condenas genéricas o illíquidas sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de la sentencia (art. 209.4 y 219 LEC), lo que sí podrá hacer la sentencia será fijar con claridad y precisión las bases para su liquidación, siempre y cuando se trate de una simple operación aritmética que se efectuará en la fase de ejecución. En definitiva, tanto los beneficiarios de la sentencia como la condena consistente en el pago de una cantidad deberán delimitarse en la sentencia o, por lo menos, concretarse las bases con las que ambos extremos deben determinarse.

En segundo lugar, en los casos en los que se haya interpuesto una pretensión mero declarativa, si se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta (como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único), 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 (art. 221.2 LEC)⁽⁴⁶⁾.

(45) MARCOS FRANCISCO, D., «Comentario a la Disposición final tercera. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil», *Comentarios a la Ley de Crédito al Consumo*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 1327.

(46) Al respecto, el Tribunal Supremo en su pionera Sentencia núm. 375/2010 de 17 de junio de 2010 (RJ 2010/5407), consciente de la dificultad que entrañan los efectos de las sentencias dictadas en estos procesos, ha manifestado que «El alcance de los efectos de la cosa juzgada cuando se trata del ejercicio de acciones colectivas plantea cuestiones de difícil resolución, pues, por una parte, es necesario garantizar el principio de estabilidad de las resoluciones judiciales y de seguridad jurídica, en que tiene su asiento esta institución, y, por otra, resulta evidente el propósito del legislador de que el reconocimiento de nuevas formas de legitimación para el ejercicio de estas acciones no suponga una restricción a la protección de los derechos de los consumidores». De modo que entiende que como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, este posible efecto de cosa juzgada respecto de todos los perjudicados debe quedar restringido a los casos en que la sentencia determine que, 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. Solo así tiene sentido la previsión del artículo 221.2 LEC. En caso de no efectuarse el pronunciamiento de que la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente, teniendo en cuenta que el ejercicio de este tipo de acciones tiene un carácter instrumental dirigido a la protección de los consumidores, hay que entender que la LEC opta por considerar que su alcance subjetivo, desde el punto de vista procesal, no puede limitarse a la personalidad de la entidad que la ejercita ni a los perjudicados que hayan comparecido o que aquella haya incluido en la demanda. En suma, como opina un sector relevante de la doctrina, en este supuesto el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada, por tratarse del ejercicio de acciones colectivas por parte de entidades que las ejercitan en beneficio de consumidores concretos, debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción. En el caso examinado ninguna de las sentencias dictadas en ambas instancias contiene pronunciamiento alguno en el sentido de que la declaración de nulidad ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes

En tercer lugar, proclama la LEC que si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

Por último, cuando nos encontremos en los procesos en los que se ha interpuesto una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y 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.

En lo que a la cosa juzgada propiamente se refiere, frente a la regla general que defiende la vinculación subjetiva a las partes en el proceso, en los procesos en los que se deciden acciones colectivas, la cosa juzgada afectará, no solo a las partes del proceso, sino también a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 LEC (art. 222.3.1 LEC). Se excepciona, por tanto, la tradicional regla *res iudicata inter partes*, en aras a evitar ulteriores procesos (que podrían llegar a ser una «avalancha») contra el mismo demandando por igual hecho dañoso⁽⁴⁷⁾.

A título de ejemplo, no resultará necesario pues que el consumidor de un producto bancario sea parte en el proceso en el que se declare la nulidad de una determinada condición general del contrato bancario que le afecte, pues la sentencia que así lo decida, surtirá efectos de cosa juzgada para él. De modo que, a través del incidente previsto en el artículo 519 LEC que estudiaremos a continuación, podrá solicitar su reconocimiento como beneficiario de dicha sentencia y pretender su ejecución, sin la necesidad de interponer un nuevo procedimiento. A *sensu contrario*, no se le permitirá interponer una demanda sobre la misma cuestión, tanto si la sentencia le resulta favorable como si no, pues nuestro legislador no ha contemplado una eficacia limitada de la cosa juzgada a los efectos favorables o «*secundum eventum litis*».

No se extenderán, sin embargo, los efectos de la cosa juzgada a: a) Quienes no tuvieron conocimiento de la pendencia del pleito (*ex art. 15 LEC*); b) Quienes participaron en el proceso para excluirse expresamente (*ex art. 15 LEC*) ni a, c) Quienes habiendo sufrido ese mismo daño, no se encontraran dentro del grupo representado por la asociación, por ejemplo, aquellos afectados que no sean «consumidores y usuarios» en el sentido establecido por la LEC para estos casos de legitimación colectiva⁽⁴⁸⁾.

hayan sido partes en el proceso correspondiente. Por esta razón debe entenderse que la sentencia dictada no produce efectos de cosa juzgada respecto de los usuarios no incluidos en la demanda.

(47) MARCOS FRANCISCO, D., «Comentario a la Disposición final tercera. Modificación de la Ley 1/2000...», *cit.*, p. 1330.

Se crea así una suerte de macro proceso en el que debe decidirse toda la problemática derivada del conflicto, evitando un rosario de procesos posteriores provenientes de sujetos distintos al demandante. Es más, todos los sujetos y situaciones favorables conexas, se verán prejuzgadas por el resultado, favorable o desfavorable alcanzado. ARMENTA DEU, T., *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 61.

(48) *Vid.* MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Sentencia de 15 de julio de 2010: El concepto de interés difuso. La legitimación colectiva por interés difuso. Ejecución de sentencias dictadas en procesos colectivos», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 86, 2011, p. 10.

El fundamento de dicha extensión de los efectos de la cosa juzgada es diverso: principalmente, la seguridad jurídica, el principio de economía procesal y la evitación de procedimientos sobre cuestiones idénticas con el riesgo de sentencias contradictorias, así como el interés público inherente en este tipo de procesos⁽⁴⁹⁾.

En efecto, las resoluciones que ponen fin al proceso sobre tutela de los derechos, colectivos o difusos de consumidores y usuarios decidiendo sobre su objeto pasarán en autoridad de cosa juzgada material con lo que ello significa de vinculación, positiva y negativa, para los tribunales posteriores⁽⁵⁰⁾. Los pronunciamientos contenidos en la sentencia que se dicte vincularán, por tanto, la decisión de los órganos judiciales que posteriormente deban pronunciarse sobre idéntico objeto. Y es aquí donde encontramos uno de los problemas más comunes que se están planteando en nuestros tribunales, en concreto, el relativo a las consecuencias del ejercicio de una acción colectiva sobre las acciones individuales respecto de las cuales pueden tener incidencia. La ausencia de claridad en la LEC explica la diversidad de respuestas que los tribunales están dando en estos momentos a esta cuestión, resolviendo de forma contradictoria sobre la litispendencia y la cosa juzgada, incluso sobre la prejudicialidad de las acciones colectivas principalmente en materia de cláusulas suelo.

Algunos Tribunales, como la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 15ª), están considerando que cuando una acción individual se ha ejercitado después del éxito de una acción colectiva, como es la resuelta por la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, a la que ya hemos hecho referencia (que abordó el asunto de las cláusulas limitativas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria), e insta la anulación de una de las concretas estipulaciones que fueron objeto de enjuiciamiento de aquel proceso, existen las identidades que justifican la apreciación de cosa juzgada en su aspecto negativo o excluyente en el proceso posterior y, por tanto, no deben entrar a juzgar de nuevo la nulidad ya decidida en el proceso anterior. Por su parte, cuando la concreta estipulación cuestionada en el proceso individual no está afectada por lo resuelto en la mencionada sentencia del Tribunal Supremo pero sí lo está por acciones colectivas ejercitadas más tarde y aún pendientes de sentencia firme, en tal caso no existe cosa juzgada pero sí litispendencia que impide el enjuiciamiento de tal acción de nulidad de la cláusula suelo⁽⁵¹⁾.

(49) GONZÁLEZ LLANO, M. y GUERRERO GÓMEZ, J. A., «Extensión de los efectos de las sentencias dictadas en acciones colectivas de consumidores y usuarios a los afectados no intervinientes», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2014, p. 3.

(50) En este sentido, *vid.* CALDERÓN CUADRADO, M. F. y ANDRÉS CIURANA, B., «La sentencia dictada en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios», *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. BARONA VILAR, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 407.

(51) GARNICA MARTÍN, J. F., «Acciones colectivas y su trascendencia respecto a las individuales. A propósito de la nulidad de la cláusula suelo», *Revista Mon Jurídico* núm. 292, noviembre 2014, p. 13.

Vid., entre otros, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 112/2014 de 9 octubre (JUR 2014/260682), en donde se analizan los efectos —en concreto la litispendencia— de la acción colectiva de nulidad de una cláusula suelo interpuesta por la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España (ADICAB) ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid en una acción individual de un consumidor ante el Juzgado núm. 4 de lo Mercantil de Barcelona contra una de las entidades demandadas (Catalunya Banc) en la acción colectiva previa.

Este tipo de resoluciones, siendo coherentes desde la perspectiva de la seguridad jurídica y de la necesaria armonía entre distintos pronunciamientos judiciales que deberían estar conexos, sin embargo plantea serios inconvenientes al consumidor individual que puede llegar a verse perjudicado por las vicisitudes procesales de las acciones colectivas que pueda tener una complicada tramitación procesal en la instancia⁽⁵²⁾.

Ejemplo de cuanto decimos se refleja en el proceso iniciado —procedimiento ordinario 471/2010— en 2010 por ADICAE ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid, contra más de un centenar de entidades que aplicaron la cláusula suelo en sus contratos de préstamo hipotecario. La pendency de este proceso ha sido invocada por las entidades financieras demandadas como fundamento de la excepción de prejudicialidad civil, al amparo del artículo 43 LEC, en procesos posteriores iniciados por consumidores particulares (que tenían suscritos contratos de préstamos hipotecarios con cláusulas suelo con algunas de las entidades financieras demandadas) para la defensa de su derecho o interés exclusivamente individual⁽⁵³⁾. Los Tribunales están resolviendo de manera diversa esta cuestión.

Precisamente para acabar con esta inseguridad, el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona interpuso el 11 de agosto de 2014 una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en donde se plantea la relación existente entre

En un sentido similar se pronuncia la Sección 15ª de la AP Barcelona en su sentencia núm. 326/2014 de 13 octubre (JUR 2014/282988) que aprecia cosa juzgada y, por tanto, desestima la demanda interpuesta contra una entidad financiera demandada, que lo fue previamente en el proceso que culminó con la STS 214/2013, de 9 de mayo.

Sin embargo, esta posición no es unánime pues otros tribunales se han pronunciado en sentido contrario. Entre otras, *vid.* la SAP de Lérida, de 24 de septiembre (rollo 670/2013) que desestima la existencia de cosa juzgada derivada de la STS de 9 de mayo, al considerar que se trata de acciones diferentes y el Auto de la AP de Málaga de 1 de octubre de 2014 (rollo 237/2012) que desestima la excepción de litispendencia, asimismo por considerar la diferente naturaleza de las acciones interpuestas. SÁNCHEZ GARCÍA, J., y PÉREZ DAUDÍ, V., «La litispendencia d'una acció col·lectiva impedeix l'exercici d'una acció individual de nul·litat de clàusula sol?», *Revista Mon Jurídico* núm. 292, noviembre 2014, p. 14.

(52) FERNÁNDEZ SEJO, J.M., *La Defensa de los Consumidores en las Ejecuciones Hipotecarias*, Bosch, 2013, p. 143. Advierte este autor que en algunos supuestos el arranque del procedimiento colectivo puede producir demoras que pueden terminar frustrando las legítimas expectativas de los afectados que, si acudieran a procedimientos individuales, podrían ver archivados o cuando menos paralizadas sus acciones individuales.

(53) *Vid.* al respecto, CORDÓN MORENO, F., «Eficacia prejudicial de la acción colectiva sobre las acciones individuales de los consumidores? Otra vez preguntando al TJUE», 24 de noviembre de 2014, Centro de Estudios de Consumo, disponible en: <http://www.uclm.es/centro/cesca/pdf/trabajos/33/46.pdf>

Entre otros, *vid.* el Auto del Juzgado de lo Mercantil 1º de Granada de 26 junio 2014 (AC 2014/1060), en el que se aprecia prejudicialidad civil en una acción individual de condiciones generales de la contratación pidiendo la nulidad de determinadas cláusulas que son supuestamente las mismas cuya nulidad se pretende en la acción colectiva presentada por ADICAE ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 11. Se aprecia identidad subjetiva y sobre la petición, de modo que si la cláusula es declarada nula en aquel procedimiento se considera que vincula al resultado de este procedimiento mientras que si por el contrario es desestimado, podrá continuarse el mismo. Sin embargo, en la sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Ourense núm. 191/2014 de 22 mayo (JUR 2014/212700) se desestima la excepción de litispendencia.

las acciones colectivas y las reclamaciones individuales cuando versan sobre el mismo objeto⁽⁵⁴⁾. En especial, nos interesan los puntos 2 y 3 que cuestionan lo siguiente:

«Como el sistema español determina en su artículo 43 LEC ese efecto suspensivo de la acción individual entablada de forma paralela por el consumidor, hasta que recaiga sentencia firme en el procedimiento colectivo, quedando vinculado a lo que se decida en ésta, sin haber tenido oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga ni proponer medios de prueba con plenitud de armas:

2º) ¿Hasta qué punto ese efecto suspensivo supone un obstáculo para el consumidor y, por tanto, una infracción del Artículo 7.1 de la citada Directiva a la hora de denunciar la nulidad de aquellas cláusulas abusivas incorporadas a su contrato? y,

3º) El hecho de que el consumidor no pueda desvincularse de la acción colectiva, ¿supone una infracción del artículo 7.3 de la Directiva 93/13/CE[E]?».

Respecto al planteamiento de dicha cuestión prejudicial, queremos manifestar que no compartimos la primera afirmación del juzgado de lo Mercantil, pues si bien reconocemos que el consumidor individual está vinculado por la decisión adoptada en el proceso en el que se ejercita la acción colectiva, difícilmente podrá alegar indefensión cuando tuvo oportunidad de intervenir (*ex art. 15 LEC*) y no lo hizo. En cualquier caso, como señala CORDÓN MORENO, para evitar el perjuicio que puede ocasionarle la suspensión del proceso cuando así se acuerde en los casos claros de prejudicialidad civil, podrá solicitar la medida cautelar de suspensión de la aplicación de la cláusula suelo hasta que se dicte sentencia firme en el proceso en el que se ejercita la acción colectiva —aunque, añadimos nosotros, en la práctica no siempre se adoptan tales medidas⁽⁵⁵⁾.

Además, siguiendo a este autor, el efecto suspensivo se deja en manos del juez que puede optar por decidir él mismo la cuestión prejudicial, aunque con efectos limitados al concreto proceso (*incidenter tantum*); y sin duda, atendida la especial sensibilidad en el ámbito de la protección de los consumidores, situaciones como la planteada deberían llevar al órgano judicial a adoptar él mismo la decisión. Por eso, no nos parece que

(54) Asunto Jorge Salas Sinué/CaixaBank S.A. C-381/14/2014/C 388/03. DOUE de 3 de noviembre de 2014.

(55) Tengamos en cuenta el perjuicio que puede llegar a suponer abonar la cláusula suelo hasta la decisión del litigio. A pesar de ello, recientemente el Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid ha rechazado anular de forma cautelar las cláusulas suelo hipotecarias de 101 entidades de crédito, como solicitó ADICAE en nombre de 15.000 afectados, porque considera que no hay «riesgo de irrecuperabilidad de las cantidades abonadas durante la tramitación del procedimiento» (Auto de 24 de abril de 2015).

Si considero, sin embargo, la conveniencia de la adopción de medidas cautelares la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante al revocar el auto de 27 de enero de 2014 emitido por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de la misma ciudad, que no vio motivos para estimar tales medidas (Auto de 22 de mayo de 2014, núm. 35/14).

Ante tal disparidad de criterios, el 21 de noviembre de 2014 los jueces mercantiles de Barcelona decidieron acordar los criterios que seguirían en las demandas individuales de nulidad de cláusula suelo con la finalidad del proporcionar una solución homogénea. Al respecto conviene que si el actor lo solicita se podrán acordar medidas cautelares al amparo del art. 721 LEC en relación 726.2 LEC y, por tanto, suspender la aplicación de la cláusula suelo.

dicho efecto suspensivo llegue a suponer un obstáculo para el consumidor, constitutivo de una infracción del artículo 7.1 de la Directiva 93/13⁽⁵⁶⁾. En todo caso, esperamos que Tribunal de Justicia no se demore en proporcionarnos una respuesta.

7. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

Finalizamos este estudio con el análisis del artículo 519 LEC que regula la acción ejecutiva de los consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados. Este precepto establece el mecanismo que debe imponerse para individualizar las personas concretas que pertenecen al colectivo de consumidores y usuarios que ha sido defendido en juicio por una asociación de consumidores y usuarios u otro ente legitimado por ley⁽⁵⁷⁾ para la defensa de los intereses colectivos o difusos, pero que no han sido determinados individualmente en la sentencia.

Se concede así la posibilidad de que solicite la ejecución de la sentencia aquel particular que no ha sido parte en el proceso principal, pero que ha sufrido un daño que da lugar a la indemnización reconocida en la sentencia. Al respecto, resulta indiferente que la asociación de consumidores y usuarios actúe en defensa de un interés colectivo o de un interés difuso, pues en ambos casos será de aplicación el precepto mencionado. No se aplicará sin embargo, en aquellos supuestos en los que las asociaciones de consumidores y usuarios actúen en defensa de sus propios derechos o intereses o en el de sus asociados.

El órgano funcionalmente competente para conocer de este incidente es el mismo órgano competente para conocer de la ejecución de la sentencia; órgano que recordamos, es el mismo que lo fue en la primera instancia (art. 545 LEC). Si el órgano judicial conoce los consumidores o usuarios perjudicados, éstos deben aparecer determinados en la sentencia de condena para que cada uno de ellos pueda instar la ejecución sin necesidad de acudir al incidente de reconocimiento de la condición de beneficiario previsto en el artículo 519 LEC. Por el contrario, cuando no se pueden concretar los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquella —bien porque no se hayan personado en el proceso, bien porque no se conozca todavía el alcance de los perjudicados derivados de un determinado producto bancario—, será el tribunal competente para la ejecución el que, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia de la entidad bancaria condenada —quien podrá oponerse⁽⁵⁸⁾, dictará auto en el que resolverá si, según los datos,

(56) CORDÓN MORENO, F., «¿Eficacia prejudicial de la acción colectiva sobre las acciones individuales de los consumidores?», cit., p. 7.

(57) Aunque la LEC se refiera exclusivamente a los procesos promovidos por las asociaciones de consumidores y usuarios, entendemos igualmente aplicable este precepto a aquellos supuestos en los que se interponen este tipo de acciones colectivas en defensa de los consumidores y usuarios por el resto de sujetos legitimados, a los que ya hemos hecho referencia en el capítulo correspondiente a la legitimación.

(58) El incidente se planteará por escrito por uno o varios consumidores o usuarios, debiéndose acompañar de los documentos pertinentes y de la propuesta de prueba en la que se acredite la condición de consumidor y usuario afectado por el hecho dañoso contemplado en la sentencia y, por tanto, beneficiario de la misma.

características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena⁽⁵⁹⁾. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos en el mismo podrán solicitar la ejecución.

Al respecto debemos precisar dos aclaraciones. En primer lugar, no podemos confundirnos, pues el título ejecutivo lo constituye la sentencia de condena firme, mientras que la resolución del incidente lo que acredita es la legitimación para instar la ejecución. En segundo lugar, si bien se legitima asimismo al Ministerio Fiscal para instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los clientes bancarios afectados, ésta no se encuentra legitimada para solicitar que se dicte el auto que reconozca a determinados consumidores y usuarios como beneficiados por la sentencia.

Debemos contemplar la posibilidad de una indeterminación subjetiva parcial. Imaginémosnos el supuesto en el que algunos de los clientes de la entidad bancaria demandada responden al llamamiento contemplado en el artículo 15 LEC e intervienen en el proceso instado por la asociación de consumidores y usuarios por considerar que han sido defraudados por la venta por parte de tal entidad de un producto tóxico que ha provocado pérdidas económicas de gran envergadura en sus ahorros, como es el caso de la comercialización de las participaciones preferentes o anteriormente, los swaps y clips hipotecarios para el ámbito hipotecario. En estos supuestos la indeterminación será parcial. Por un lado, la sentencia individualizará los beneficiados que hayan participado en el proceso de declaración y fijará lo que pueden reclamar en ejecución (por ejemplo, la cantidad que les corresponde en concepto de daños y perjuicios), siguiéndose para éstas las normas generales. Por otro lado, dejará indeterminados a los clientes bancarios que no hubiesen participado en el proceso de declaración y respecto de éstos, será necesario el incidente del artículo 519 LEC para que puedan instar la ejecución⁽⁶⁰⁾.

En todo caso, consideramos que, además del llamamiento del artículo 15 LEC que ya ha proporcionado publicidad al proceso colectivo, resulta imprescindible que la sentencia ordene la publicación o difusión, total o parcial, de su contenido en medios de comunicación (art. 707 LEC), para posibilitar que quienes ostenten las características y requisitos en ella establecidos sean conocedores de su existencia y puedan así solicitar que se les reconozca la condición de beneficiario de la misma.

Respecto a la acción ejecutiva se estará a las reglas del artículo 518 LEC por lo que, al igual que en las acciones individuales, el día final del plazo para incoar esta acción será el día anterior al que caduque el título ejecutivo, es decir, cinco años desde

(59) Tengamos en cuenta que se trata de una imposibilidad de determinación subjetiva relativa, es decir, referida al momento de dictar sentencia, pero determinable en el momento de exigir el cumplimiento, puesto que si la imposibilidad fuera absoluta (indeterminación subjetiva absoluta) no tendría sentido establecer los datos, características y requisitos necesarios para una determinación posterior imposible. GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, RIPÀ SOLER y VALLS GOMABAU), Iurium-Atelier, Barcelona, 2000, p. 857.

(60) En este sentido, *vid.* PARDO IRANZO, V., «Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiarios», *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coord. Barona Vilar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 425.

la firmeza de la sentencia (y no del auto de liquidación)⁽⁶¹⁾. La ejecución, por su parte, se realizará por los cauces generales de la ejecución forzosa contemplados en la LEC.

Aunque nada diga la ley, entendemos que el auto que resuelve el incidente será recurrible en apelación, en aplicación de las normas generales de recursos de los autos definitivos (art. 455.1 LEC). Consideración que no comparte toda la doctrina, pues son otros los autores que se decantan por el recurso de reposición en virtud de los artículos 451.2 y 562.1.1º LEC⁽⁶²⁾.

Para finalizar, debemos aclarar que las reglas previstas en el artículo 519 LEC no operan en las acciones de cesación, puesto que dichas acciones presentan por sí mismas eficacia frente a terceros, sin resultar necesario que los terceros se incorporen a la ejecución. Por tanto, este precepto únicamente adquiere sentido cuando ante acciones colectivas de condena de hacer, no hacer o dar, nos encontremos, en las que los consumidores bien han quedado relacionados en la sentencia o, por lo menos, se han establecido los criterios para que puedan ser identificados.

(61) Cuestión esta última que tampoco es pacífica entre la doctrina. En sentido contrario, *vid.* PLANCHADELL GARGALLO, A., que considera que el plazo de cinco años empieza a contar desde que se resuelve por auto el incidente del art. 519 LEC, ya que es entonces cuando los particulares pueden instar la ejecución. *Las acciones colectivas en el ordenamiento español*, cit., p. 238.

(62) PARDO IRANZO, V., «Acción ejecutiva de consumidores y usuarios...», cit., p. 437.