

ACADEMIA ARAGONESA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

# LA VINCULACIÓN DE LOS CONSUMIDORES A LA ACCIÓN DE REPRESENTACIÓN

DISCURSO DE INGRESO  
EN LA ACADEMIA ARAGONESA  
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN  
LEÍDO POR EL

Excmo. Sr. Don Javier López Sánchez

EL DÍA 20 DE JUNIO DE 2023

Y CONTESTACIÓN POR EL

Excmo. Sr. Don Ángel Bonet Navarro



Zaragoza, 2023

Edita:  
Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.  
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Depósito Legal: Z 1224-2023

# ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	9
I. INTRODUCCIÓN .....	11
II. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA POSIBILIDAD DE ACTUAR LA TUTELA JURISDICCIONAL POR OTROS.....	16
III. LA INTRODUCCIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO .....	21
1. La introducción de las acciones colectivas por daños en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil .....	21
A) La acción colectiva como cauce para la agregación de las pretensiones de un grupo determinado de afectados.....	27
B) Caracteres de la acción colectiva para la tutela de un número indeterminado de afectados.....	29
C) La extensión de efectos de la sentencia que resuelve la acción colectiva .....	31
2. La introducción de las acciones de cesación para la tutela de los consumidores y usuarios .....	34
A) Acciones de cesación individuales y colectivas: la común trascendencia supraindividual de la condena inhibitoria y los elementos diferenciadores.....	36
B) La posibilidad de acumulación de pretensiones declarativas y de condena a la acción de cesación .....	39
a) La posibilidad de un pronunciamiento abstracto de nulidad (STS 241/2013, de 9 de mayo).....	41
b) El alcance de la declaración de nulidad de carácter abstracto (STS 139/2015 de 25 de marzo).....	44
c) La vinculación —y desvinculación— de los consumidores a la acción de cesación (STJUE de 14 de abril de 2016) .....	49
d) Las relaciones entre las acciones colectiva e individual según el Tribunal Constitucional (STC 148/2016, de 19 de septiembre) .....	52
e) El alcance de cosa juzgada de la sentencia colectiva de cesación (STS 367/2017, de 8 de junio).....	59
IV. LA PROPUESTA DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2020/1828 POR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ACCIONES DE REPRESENTACIÓN.....	64

1. Las acciones de representación para la adopción de medidas resarcitorias...	67
A) la homogeneidad como condición para la certificación de la acción de representación resarcitoria.....	68
a) El daño colectivo .....	69
b) El nexo causal.....	70
c) La conducta infractora .....	71
B) La determinación de los afectados en la certificación de la acción colectiva.....	73
C) La vinculación de los consumidores afectados a la acción de representación resarcitoria.....	76
a) La exclusión de toda intervención y la admisión de acciones individuales .....	76
b) La regla general de la posibilidad de desvinculación respecto de la acción de representación y sus excepciones.....	78
c) La inadmisibilidad de una segunda acción colectiva (art. 862.2 LEC <sup>ALAR</sup> ) no es consecuencia del efecto excluyente de cosa juzgada .....	81
d) Ventajas del criterio de la general vinculación de los consumidores afectados que no hagan uso de la posibilidad de desvinculación. ....	84
2. Las acciones de representación para la adopción de medidas de cesación....	88
A) El objeto de las acciones colectivas de cesación: tutela inhibitoria y tutela declarativa.....	88
B) El procedimiento de las acciones colectivas de cesación.....	90
a) El ejercicio aislado de la acción colectiva de cesación y su acumulación a las acciones colectivas de resarcimiento.....	90
b) La formulación de pretensiones de nulidad en materia de condiciones generales de la contratación .....	94
3. Los acuerdos de resarcimiento colectivo.....	95
A) Caracteres y condiciones de la transacción como negocio jurídico.....	95
a) En relación con las transacciones individuales .....	95
b) En relación con las transacciones colectivas.....	99
B) El régimen de los acuerdos de resarcimiento en el anteproyecto de ley de acciones de representación .....	102
a) La adopción del acuerdo y su homologación .....	102
b) Los efectos de la homologación, en particular sobre las acciones de cesación y declarativas acumuladas .....	104
VI. CONCLUSIONES .....	108
BIBLIOGRAFÍA .....	111
DISCURSO DE CONTESTACIÓN .....	117

# ABREVIATURAS

CC	Código Civil
cfr.	confróntese
coord.	coordinador
coords.	coordinadores
CE	Constitución Española
dir.	director
ed.	editor
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LEC <sup>ALAR</sup>	Ley de Enjuiciamiento Civil conforme al texto del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación
rev.	revisado por
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TRLC	Texto Refundido de la Ley Concursal
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios
vid.	véase



## I. INTRODUCCIÓN

«Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos». Con esta afirmación el artículo 24 de la Constitución configura la tutela jurisdiccional como un derecho con relieve constitucional. Su logro no es inmediatamente realizable, sino que debe alcanzarse a través de las vías procesales establecidas por el legislador.

El proceso es cauce para la realización del derecho de los justiciables y, él mismo, un derecho disponible. Esta afirmación no comporta que el proceso pueda ser configurado por las partes. Se ha subrayado que queda vedado a quienes son parte en un proceso, por más que se trate de un proceso civil, su creación o configuración, toda vez que los procesos han de desarrollarse conforme a las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan (art. 117.3 CE). Pero, quien así lo subraya, al tiempo advierte que corresponde a las partes, como manifestación de su libertad, «determinar el uso que han de hacer del proceso en el que han de dar cauce a sus pretensiones sobre las controversias surgidas en sus relaciones privadas»<sup>1</sup>, y por lo tanto, gozan «de una facultad para acudir o no acudir libremente al proceso con el fin de dirimir sus contiendas, suspenderlo o apartarse de él en cualquiera de las formas establecidas en la ley»<sup>2</sup>.

Las leyes al establecer las normas de competencia y procedimiento lo hacen conforme fines y criterios formales que condicionan la estructura de los trámites y las posibilidades de actuación de las partes. Si el proceso se manifiesta como una construcción artificiosa —si se prefiere, artística<sup>3</sup>— e instrumental, no es una estructura autónoma cualquiera que sea el conflicto planteado, sino que «se inserta propiamente dentro del ámbito propio del derecho que ha de tutelarse»<sup>4</sup>. Así, el principio de autonomía privada, propio del ámbito negocial, presenta una indudable trascendencia en el proceso civil, que hace del principio dispositivo «una proyección sobre el sistema procesal de los poderes de disposición que en el campo del Derecho sustancial privado se atribuyen a la voluntad de los interesados»<sup>5</sup>. Tales poderes privados sin ser

---

<sup>1</sup> BONET NAVARRO, A., «Eficacia ordenadora de principio de autonomía privada y sus límites en el sistema procesal civil», en PARRA LUCÁN, M.A. (dir.), *La autonomía privada en el Derecho Civil*, Cizur Menor, 2016, p. 414.

<sup>2</sup> *Ibidem loc.*

<sup>3</sup> CARRERAS LLANSANA, J., «El derecho procesal como arte», en FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, pp. 51-62.

<sup>4</sup> BONET NAVARRO, A., «Eficacia ordenadora...», *cit.*, p. 411.

<sup>5</sup> CALAMANDREI, P., «Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio», en *Estudios sobre el proceso civil*, SENTÍS MELENDO, S. (trad.), Buenos aires, 1945, p. 228.

determinantes de la configuración del proceso, se erigen en «su justificación lógica»<sup>6</sup> y permiten que los particulares puedan ostentar facultades de decisión en el proceso, que resultan vinculantes para el juez y que son concordes con las facultades dispositivas sobre los derechos tutelados por el proceso. Estas facultades se configuran y se han venido explicando, en todo caso, como facultades procesales, surgidas de una concesión del legislador procesal para el mejor logro de los fines del proceso, en este caso, del proceso civil.

El principio dispositivo, como mero principio de carácter jurídico técnico, explicaría y justificaría las determinaciones adoptadas por el legislador para dotar a los particulares de sus facultades de decisión, pero tal principio no resulta condicionante de las opciones fundamentales del legislador. Así se ha señalado que «son las opciones sobre algunos puntos —opciones adoptadas prudencialmente (...)— las que perfilan el alcance de los principios jurídico técnicos y no éstos los que determinan (o deberían determinar) esas opciones»<sup>7</sup>.

Esta consideración —sin duda acertada desde el punto de vista del alcance y valor de los principios jurídicos de carácter técnico—, debe cohonestarse, sin embargo, con la constitucionalización del derecho a la tutela judicial efectiva en el artículo 24 CE.

Ciertamente, los derechos fundamentales otorgados por el texto constitucional son irrenunciables, pero no así las facultades derivadas de su ejercicio. Este aspecto ha sido subrayado en un reciente trabajo sobre las bases de los contratos procesales y su eficacia y repercusión sobre la ordenación del proceso<sup>8</sup>. El hecho de que el proceso constituya una ordenación de derecho público no puede desconocer la disposición que los ciudadanos pueden hacer del ejercicio de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La posibilidad de recurrir o no al proceso —como antes hemos señalado— es una actuación vinculada directamente a la autonomía de la voluntad de las partes, particularmente en el ámbito de sus relaciones jurídico privadas. Es cierto que esta potestad de autodeterminación lo es en relación con un instrumento creado por el Estado, pero en todo caso, tratándose de ámbitos en los que no incide un interés público en la actuación del Derecho, aquella potestad de autodeterminación es originaria y no se apoya en una opción del legislador —al menos del legislador ordinario, del no constituyente—. El legislador ordinario no puede ignorar la libertad que corresponde a todo ciudadano de acudir al proceso civil<sup>9</sup>. Por otra parte, en la medida en que el propio artículo 24 CE garantiza contenidos del derecho al proceso, bien de forma expresa —como la prueba— o bien bajo la garantía del debido proceso —expresado como el derecho a un proceso con todas las garantías—, surgen

<sup>6</sup> CALAMANDREI, P., «Líneas fundamentales...», *cit.*, p. 231.

<sup>7</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *El papel del Juez en el Proceso Civil*, Cizur Menor, 2012, p. 43.

<sup>8</sup> SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2022, pp. 94 y ss.

<sup>9</sup> Evidentemente puede haber sectores del ordenamiento jurídico —y aun del propio Derecho privado— en los que el interés público justifique que la promoción de la actuación del derecho se encomiende a un órgano público. En tales casos, la libertad de acudir al proceso no se sitúa en paragón con la disponibilidad del derecho a la tutela judicial efectiva, pues la decisión del justiciable de no promover la actuación del derecho, no puede impedir que un órgano público sí lo haga. Cuando el legislador no prevé la posible actuación pública de la acción tuteladora del derecho o interés ante los órganos jurisdiccionales, la libertad de acudir a los órganos jurisdiccionales adquiere el carácter de disposición del derecho a la tutela judicial efectiva.



derechos irrenunciables que condicionan la configuración del proceso. De nuevo, la irrenunciabilidad del propio derecho no impide que pueda renunciarse a su ejercicio. Siempre puede el justiciable disponer del ejercicio de su derecho a un recurso establecido en la ley, por más que el derecho al recurso, en tanto integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva, sea irrenunciable. Y también la presencia de un interés público puede justificar que el recurso sea interpuesto por un órgano público, en interés simplemente de la formación de una mejor jurisprudencia. En definitiva, estas posibilidades de actuación al margen del interesado, por más que su disposición resulte originaria y vinculada al derecho a la tutela judicial efectiva, resultarán dependientes de la existencia de otros intereses en juego, de carácter público o meramente privado y residenciado en la parte contraria o en quienes comparten un interés semejante. El equilibrio resultante en la configuración del proceso responderá a decisiones prudenciales del legislador y, en todo caso, ajustadas a las garantías del proceso y en dependencia con las posibilidades de disposición que se reconozca a los justiciables sobre el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva en su proyección sobre el debido proceso.

Este condicionamiento del desarrollo legislativo del proceso civil incide en la ordenación de las acciones colectivas o —conforme a la nueva denominación acuñada por la Unión Europea, señaladamente en la Directiva (UE) 2020/1828— de representación. Su regulación en España ha estado vinculada a la facilitación del acceso a la justicia, principalmente en el ámbito del consumo, y en el logro de una respuesta judicial uniforme y rápida.

Mi atención al fenómeno de la litigación en masa me llevó a estudiar el sistema de las *class actions* de los Estados Unidos de América en una monografía que advertía de las propuestas de evolución de los procesos de acciones colectivas hacia mecanismos desvinculados de las garantías del debido proceso, para atender a criterios de eficiencia en la gestión de intereses colectivos y a la búsqueda de una solución definitiva —*global peace*, en la doctrina norteamericana— a una controversia jurídica de repercusión masiva<sup>10</sup>. La colectivización de la tutela derivaba en una administrativización del tratamiento colectivo ajeno a las garantías procesales. Concluía mi trabajo señalando el carácter paradójico que presentaba la evolución de las *class actions*: «el instrumento pensado para la tutela de los intereses de los pequeños consumidores se ha convertido en un instrumento al servicio de grandes empresas y sus necesidades de financiación en el mercado de capitales»<sup>11</sup>. Advertía que «la noción de eficiencia se presenta así como determinante de la admisibilidad y límites de las acciones de clase. También como justificación para limitar la autonomía del justiciable en la prosecución del proceso»<sup>12</sup>. Y apuntaba que «la colectivización de la tutela puede suponer una opción por lo factible antes que por lo que en Derecho procede (...). La colectivización de la solución mediante la fijación de una “paz

<sup>10</sup> En este sentido, *cfr.* mi obra *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Granada, 2011, páginas 135 y ss., en especial las referencias en p. 138 y la nota 24, en relación con los trabajos de NAGAREDA, «Autonomy, Peace, and Put Options in the Mass Tort Class Actions», en *115 Harv. L. Rev.* (2001-2002) y «Class Actions in the Administrative State: Kalven and Rosenfiel Revisited», en *75 U. Chi. L. Rev.* (2008).

<sup>11</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El sistema de las class actions...*, *cit.*, p. 154.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

global” acaba por imponer a las partes, sin su consentimiento, lo que se entiende factible, en términos generales, lo que puede plantear dificultades de aceptación, por los afectados, de la solución —y por lo tanto en el logro de aquella “paz global”—, en la legitimación de los tribunales como actores para la determinación de lo factible y, a la postre, desembocar en un deterioro de la justicia»<sup>13</sup>.

El riesgo de esa degeneración se encontraba en admitir una deriva apuntada por la doctrina norteamericana, que, final y afortunadamente, no ha encontrado acogida en su propio sistema jurídico. Por otra parte, la Unión Europea ha venido manifestando una notable reticencia a la admisión de acciones colectivas para la reparación de daños a los consumidores, como mecanismo para el logro de una solución colectiva sin contar con la voluntad de los afectados. Así, la Recomendación de la Comisión 396/2013/UE, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión establecía en su apartado 21, en relación con los principios específicos relativos al recurso colectivo de indemnización, que la eficacia de la acción colectiva debía quedar supeditada «al consentimiento expreso de las personas físicas o jurídicas que afirmen haber sufrido daños (principio *opt-in*)». Admitía la posibilidad de excepciones a este principio «por razones de buena administración judicial» pero, en todo caso, «todo miembro de la parte demandante debería poder retirarse de esta parte en cualquier momento antes de que se dicte la resolución definitiva (...) sin que se le prive de la posibilidad de proseguir con su demanda de otra forma, si ello no perjudica a la buena administración de justicia»<sup>14</sup>.

Repárese en que la anterior afirmación se llevaba a cabo en relación con las acciones colectivas en las que se pretendiese la reparación de un daño, no así con las acciones de cesación. Estas últimas ya fueron objeto de regulación temprana por la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. En tales casos no se llevaba a cabo una colectivización de la tutela de los consumidores particulares, sino que se adoptaba un mecanismo encaminado a la tutela de una situación de concurrencia en un interés verdaderamente colectivo y, por lo tanto, sustraído a la disposición de los particulares<sup>15</sup>.

La distinción entre ambos modelos no fue adecuadamente percibida ni por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ni por nuestro Tribunal Supremo, en supuestos en los que, en nuestro ordenamiento, por el cauce de las acciones de cesación se resolvía sobre la nulidad de condiciones generales de la contratación y sobre la procedencia de la restitución de las cantidades indebidamente abonadas en apli-

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>14</sup> Se entenderá que este planteamiento condujo a que me adhiriera al proyecto de investigación «Autonomía privada y formas y efectos de la litigación civil en una sociedad de masas» PID 2019-108844-RB-I00, financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación, Gobierno de España) liderado por el profesor HERRERO PEREZAGUA, J.F. Este trabajo recoge los resultados de la investigación realizada en el ámbito de este proyecto.

<sup>15</sup> Al respecto, *cfr.* LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «De la colectivización de acciones individuales a la tutela colectiva inhibitoria y de control abstracto de licitud», en JUAN F. HERRERO (*dir.*), *Coherencias e incoherencias de las reformas del proceso civil*, Cizur Menor, 2015, pp. 173-202.

cación de las cláusulas que se reputaban abusivas<sup>16</sup>. La tensión entre el derecho a desvincularse de la pretensión colectiva de reparación de daños y la indisponibilidad de los particulares sobre el objeto propio de la acción de cesación se resolvió —como veremos— con pronunciamientos que defendieron la posibilidad de desvinculación del consumidor respecto de las acciones de cesación, al dar prioridad a un derecho —que se consideraba incondicionado— al ejercicio de la acción individual para instar la reparación del daño. Al tiempo, la distinción entre el objeto de la acción colectiva y el de la acción individual, por el carácter abstracto con el que se enjuiciaba el objeto de la acción colectiva, ha venido a extender la idea de que la acción colectiva, aun cuando se dirija a la reparación de un daño, acoge una pretensión global que la distingue de la mera acumulación de acciones y que desaconseja en muchos casos la intervención de los consumidores afectados en el proceso colectivo.

La aprobación de la Directiva (UE) 2020/1828, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, ha alterado el criterio mantenido en su Recomendación de 2013. Deja libertad a los Estados para elegir, en relación con las acciones colectivas que adopten medidas de resarcimiento, un sistema de adhesión de los afectados al pronunciamiento colectivo o bien optar por un sistema de general vinculación, salvo que se hubiese producido una autoexclusión del consumidor. Al tiempo contempla otras acciones colectivas de cesación respecto de las que —de conformidad con los criterios mantenidos anteriormente por las normas europeas— no se prevé posibilidad alguna de desvinculación.

El Gobierno aprobó el 20 de diciembre un anteproyecto de ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores que opta por un modelo de autoexclusión del consumidor (*opt out*) respecto de la sentencia colectiva que tendría un general efecto vinculante respecto de todos los afectados a los que, por otra parte, se impide su intervención en el proceso. No han faltado críticas que consideran que el diseño proyecto no tutela adecuadamente los intereses individuales<sup>17</sup>.

Parece oportuno analizar si efectivamente, en el texto proyectado para la transposición de la Directiva 2020/1828, se ha articulado adecuadamente la facilitación del acceso a la justicia con el respeto al derecho intangible a disponer de la tutela jurisdiccional que a cada consumidor corresponde. Se trata de un análisis que debe partir de los límites constitucionales y también de los problemas advertidos en la aplicación del régimen de las acciones colectivas diseñado por la Ley de Enjuiciamiento Civil a los que el texto del anteproyecto debe dar una respuesta, no solo conforme con el marco constitucional, sino eficaz, efectiva y eficiente.

<sup>16</sup> Sobre estas cuestiones, *vid. infra* epígrafe III.2.B), en especial subepígrafe c).

<sup>17</sup> HORTELANO ANGUITA, M.A., «Comentarios sobre el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para los intereses colectivos de los consumidores», en *Actualidad Civil*, nº 2, febrero 2023, p. 2 [consultado en versión electrónica].

## II. EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA POSIBILIDAD DE ACTUAR LA TUTELA JURISDICCIONAL POR OTROS

El artículo 24 CE establece el derecho a obtener una tutela judicial de los derechos e intereses legítimos de «todas las personas». La generalidad de la atribución de este derecho a todas las personas se refuerza por la exigencia de una tutela «efectiva», por lo que no resultará suficiente cualquier respuesta jurisdiccional a la pretensión de tutela, sino que tal respuesta tiene, como parámetro de adecuación a la exigencia constitucional, el logro de la efectividad del derecho o interés que recaba la actividad tuteladora de la jurisdicción.

La tutela efectiva queda supeditada a la acreditación de la fundamentación de la pretensión esgrimida ante la jurisdicción, por lo que no ocasiona vulneración alguna del derecho del justiciable una denegación de tutela motivada en razones que excluyan la arbitrariedad. Como ya señaló la STC 176/1996 de 11 de noviembre, «el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas (SSTC 9/1981 y 52/1992, entre otras) ni ampara una determinada interpretación de las normas aplicables al caso (STC 33/1988), pero sí a recibir una respuesta judicial a sus pretensiones, motivada y fundada en Derecho (SSTC 133/1989, 18/1990 y 111/1995 entre otras muchas)»<sup>18</sup>. La efectividad de la

<sup>18</sup> En este sentido, la STC 5/2006, de 16 de enero, señala que en el control de constitucionalidad «no se trata de enjuiciar la razonabilidad de la interpretación propuesta por la demanda, ni de compararla con la realizada por la Audiencia Provincial, sino de analizar si esta última interpretación está motivada y si no es manifiestamente irrazonable».

Además, «el derecho a obtener una respuesta sobre el fondo del asunto, como parte esencial de la tutela judicial efectiva, resulta plenamente compatible con una eventual respuesta de inadmisión que, consecuentemente, deje sin resolver el fondo. La compatibilidad de ambos tipos de pronunciamiento tiene su razón de ser en la propia configuración legal del derecho a la tutela judicial y en la apreciación que el órgano judicial ha de realizar de los presupuestos y causas fijados por la norma para pretender su respuesta sobre el conflicto planteado. La apreciación de tales causas de inadmisión constituye, en principio, una cuestión de legalidad, que resulta revisable por el Tribunal Constitucional cuando el modo de realizarla conduce a una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE por haber sido llevada a cabo de forma arbitraria o no razonable» STC 135/1996, de 23 de julio.

La doctrina de nuestro Tribunal Constitucional es conocida y es resumida por la STC 135/2008, de 27 de octubre: «No se trata, sin embargo, de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal. En cuanto derecho prestacional es conформado por las normas legales que determinan su alcance y contenido y establecen los presupuestos y requisitos para su ejercicio, las cuales pueden establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos (SSTC 311/2000, de 18 de diciembre, F. 3; 124/2002, de 20 de mayo, F. 3; 73/2004, de 22 de abril, F. 3; 144/2004, de 13 de septiembre, F. 2, y 327/2005, de 12 de diciembre, F. 3, entre otras). De este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución (por todas, SSTC 251/2007, de 17 de diciembre, F. 4; o 26/2008, de 11 de febrero, F. 5). Asimismo, también puede verse conculcado el derecho por aquellas interpretaciones de las normas que sean manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que la causa legal aplicada preserva y los intereses que se sacrifican (SSTC

tutela jurisdiccional se alcanza tanto con un pronunciamiento favorable como desfavorable en torno a la existencia o no existencia de un derecho, siempre que sea un pronunciamiento razonado, fundado en Derecho y no arbitrario. En todo caso, este derecho a la tutela jurisdiccional tiene como elemento de referencia un derecho o interés legítimo, cuya existencia se afirma y a cuya acreditación se encamina el proceso.

No obstante, la mera acreditación de la existencia de un derecho subjetivo o de un interés —legítimo, según la calificación constitucional— no supone necesariamente la existencia de un derecho a la tutela judicial efectiva.

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que «la efectividad de la tutela judicial es exigible, en favor de cualesquiera “derechos e intereses legítimos” (art. 24.1 CE) y no sólo de los derechos incluidos en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I CE» (STC 238/1992 (Pleno), de 17 de diciembre); pero el legislador ordinario puede valorar que determinadas situaciones jurídicas —que admiten la calificación, en su vertiente subjetiva, de verdaderos derechos— no reclaman una tutela judicial sin que tal valoración merezca, en todo caso y desde el punto de vista constitucional, un juicio de censura<sup>19</sup>. Ahora bien, esta privación de acción debe estar justificada por

---

301/2000, de 11 de diciembre, F. 2; 311/2000, de 18 de diciembre, F. 3; 77/2002, de 8 de abril, F. 3; 166/2003, de 29 de septiembre, F. 4; o 251/2007, de 17 de diciembre, F. 4).

Con carácter general, la apreciación de las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas corresponde a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función que les es propia ex art. 117.3 CE, no siendo, en principio, función de este Tribunal Constitucional revisar la legalidad aplicada. Sin embargo, corresponde a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que de forma equivalente elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantar la función que a los Jueces y Tribunales compete para interpretar las normas jurídicas en los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si el motivo apreciado está constitucionalmente justificado y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que se funda. Dicho examen permite, en su caso, reparar en ese proceso de amparo constitucional no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal, sino también, aun existiendo ésta, la aplicación o interpretación que sea arbitraria, infundada, o incurra en un error patente que tenga relevancia constitucional, o la que, asimismo, no satisfaga las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 237/2005, de 26 de septiembre, F. 2, o 26/2008, de 11 de febrero, F. 5)».

<sup>19</sup> Con una cierta falta de precisión en la argumentación —algo confusa en sus términos—, tal parece ser la idea mantenida en la STC 190/2005, de 7 de julio, al exigir una «determinada dimensión substantiva» a los derechos e intereses para otorgarles un derecho a la tutela judicial efectiva: «El ordenamiento jurídico atribuye derechos subjetivos y de él derivan intereses legítimos. Una vez que éstos están reconocidos, si el legislador les negase el acceso a la tutela judicial efectiva se vulneraría el art. 24 CE, pero ello es así sólo una vez que los ha reconocido el ordenamiento jurídico. Si el legislador no los recoge, si les niega la condición de derechos e intereses legítimos podrán vulnerarse otros preceptos constitucionales, pero no, desde luego, el art. 24.1 CE. Naturalmente, la Ley no tiene una ilimitada libertad para el reconocimiento de los mencionados derechos o intereses sustantivos, pero, en el contexto que se está tratando, no es del art. 24.1 CE de donde proceden los límites aquí relevantes, sino de otros preceptos de la Constitución. En concreto, no existe un concepto constitucional de perjudicado ni de beneficiario de la indemnización en la materia regulada por los preceptos cuestionados, es decir, ninguna exigencia constitucional impone que toda persona que sufra un daño moral por la muerte de alguien en accidente de circulación haya de ser indemnizada. Los preceptos legales que regulan esta materia han de respetar las exigencias de diversas normas constitucionales, entre ellas, como se ha visto, las del principio de igualdad (art. 14 CE), para atribuir a un sujeto esa condición. Pero del art. 24.1 CE no se deduce que nadie deba recibir la consideración de perjudicado o de beneficiario de la indemnización, sino que lo que impone el derecho a la tutela judicial efectiva es

otros intereses —no necesariamente derechos, ni aún fundamentales— generales o particulares. Así, instituciones como la prescripción o la caducidad pueden llegar a privar al derecho o al interés de la acción que los tutela en atención a principios como el de seguridad jurídica<sup>20</sup>.

Por otra parte, la vinculación de la tutela judicial efectiva con «todas las personas» parece ligar tal garantía de forma necesaria con los derechos e intereses individuales de los que se sea directamente titular. Cabe una extensión de la legitimación a un sujeto distinto al titular de la acción, pero la opción por tal extensión o su restricción al titular del derecho constituye una opción de mera legalidad. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que «no es cometido de este Tribunal entrar a considerar con carácter general quiénes deben estimarse legitimados para ser parte o personarse en un determinado proceso, cuestión que incumbe resolver de ordinario a los órganos judiciales» (STC 87/2003, de 19 de mayo, F. 4) pero al tiempo, el mismo tribunal ha señalado que «al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial a todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales» (STC 24/1987, de 25 de febrero y, en igual sentido SSTC 195/1992, de 16 de noviembre, 73/2004, de 19 de abril, 219/2005, de 12 de septiembre y, en relación con el proceso civil, la STC 228/2005, de 12 de septiembre).

Ciertamente esta doctrina se formula para facilitar el acceso al proceso a quien sea titular de un interés relevante y, por lo tanto, cuando el mismo resulte afectado por las cuestiones que se han de dilucidar en el proceso.

---

que quien ostente dicha condición por atribución constitucional o legal sea tutelado en esa condición por los jueces.

Como con acierto señala el Abogado del Estado, lo que exige el derecho a la tutela judicial no es que los derechos adquieran una determinada dimensión sustantiva, sino que una vez delimitada ésta, “no existan obstáculos artificiales para su defensa en juicio”».

<sup>20</sup> En su sentencia 160/1997 (Pleno), de 2 de octubre, el Tribunal Constitucional confirmó su reiterada doctrina de que la interpretación de las normas relativas a los plazos de caducidad y de prescripción es cuestión de legalidad ordinaria. «Es indiscutible —había afirmado ya nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia 158/1987, de 20 de octubre— que el art. 24 de la Constitución, al favorecer el acceso de los ciudadanos a la justicia, exige una ausencia de condicionamientos previos que dificulten o entorpezcan la posibilidad de actuar por vía jurisdiccional, de manera que cuando el legislador imponga requisitos que entrañen obstáculos del derecho al proceso o a la jurisdicción, su legitimidad constitucional habrá de ser examinada en esta sede, atendiendo a las perspectivas de cada caso concreto, habiendo de señalarse en línea de principio que el obstáculo del acceso al proceso deberá obedecer a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos y que deberá guardar una notoria proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables. Dentro de este terreno de los obstáculos al libre acceso a la justicia o, si se prefiere verlo así, a la obtención de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, pertenece la materia de los plazos de prescripción y caducidad de los derechos, que, aunque a primera vista parece pertenecer al sector jurídico de carácter no procesal y que por ello pudiera pensarse que son ajenos al marco del derecho fundamental que aquí estamos examinando, pueden constituir obstáculos a la satisfacción del derecho de que estamos hablando». En igual sentido STC 135/1996, de 23 de julio. Conviene advertir que la prescripción o la caducidad dan lugar a una sentencia absolutoria en cuanto al fondo, por lo que no son propiamente óbices procesales, aunque así pareciera deducirse de esta sentencia, en la que, por otra parte, no hay ninguna intención de pronunciarse sobre la naturaleza de la prescripción o la caducidad.

En el ámbito de las acciones colectivas, hay ocasiones en que la persona resulta lesionada en sus derechos no de forma directa, sino en la medida en que forma parte de un grupo o colectivo. Es preciso determinar en qué medida la afectación del interés común al grupo, cuya lesión repercute en cada uno de sus miembros, crea una legitimación suficiente en cada titular, bien para reaccionar reclamando la tutela de los intereses del grupo, bien para instar para el grupo la tutela en razón de la afectación que le produce el acto lesivo.

En relación con el derecho al respeto que merecen los grupos étnicos, sociales y religiosos, derecho que se integra en el derecho al honor colectivo, como señala la STC 214/1991, de 11 de noviembre, «habida cuenta de que tales grupos étnicos, sociales e incluso religiosos son, por lo general, entes sin personalidad jurídica y, en cuanto tales, carecen de órganos de representación a quienes el ordenamiento pudiera atribuirles el ejercicio de las acciones, civiles y penales, en defensa de su honor colectivo, de no admitir (...) la legitimación activa de todos y cada uno de tales miembros, residentes en nuestro país, para poder reaccionar jurisdiccionalmente contra las intromisiones en el honor de dichos grupos (...) permanecerían indemnes las lesiones a este derecho fundamental que sufrirían por igual todos y cada uno de sus integrantes». Por ese motivo, la sentencia reconoce un interés legítimo suficiente a un miembro de una colectividad cuyo honor colectivo es lesionado, no sólo para interponer recurso de amparo<sup>21</sup>, sino «a los efectos de obtener el restablecimiento del derecho al honor de la colectividad»<sup>22</sup>; es decir, le otorga legitimación para impetrar en la vía ordinaria —civil— la tutela del derecho fundamental al honor y la propia imagen. La legitimación afirmada por esta sentencia responde al carácter fundamental del derecho al honor, incluido en la sección primera, del capítulo segundo, del título I de la Constitución.

Entendemos que no cabría mantener igual interpretación en relación con otros derechos, reconocidos fuera de esa sección primera. Así, el artículo 45 CE reconoce que los ciudadanos tienen un «derecho a la protección del medio ambiente adecuado», un derecho que exige una actividad de desarrollo y promoción pública, sin perjuicio de otros derechos de contenido más inmediato como el derecho a la vida, a la integridad física o a la intimidad en los que puede incidir de forma directa un deterioro del medio ambiente y cuya tutela puede ser instada de forma directa por el afectado. La común participación en el medio ambiente determina un interés en su adecuada promoción, pero mientras no se haya materializado en un daño personal, ese interés carece de relevancia constitucional suficiente como para otorgar legitimación para instar una tutela jurisdiccional en relación con un medio ambiente adecuado. Corresponde a la legislación que desarrolle este derecho la precisión de las modalidades de tutela —las concretas acciones— de los intereses amparados bajo la

---

<sup>21</sup> La STC 54/2006, de 27 de febrero, reconoció a las asociaciones de consumidores legitimación para interponer recurso de amparo ante la lesión de los derechos fundamentales de sus asociados.

<sup>22</sup> La afirmación contenida al final del fundamento de derecho cuarto de la sentencia reconoce una legitimación suficiente para el ejercicio de la acción civil, cuyo desconocimiento implicaría una vulneración del artículo 24 CE. En su fundamento de derecho tercero el interés legítimo se reconoce a los efectos del artículo 162.1 b) CE, pero resulta claro del texto de la sentencia que la privación de legitimación para el mismo ejercicio de la acción civil supondría ya tal vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva.

expresión «derecho al medio ambiente» y la legitimación para hacerlas valer. Cuando no se trata, propiamente, de derechos fundamentales, sino del desarrollo de la acción social y económica de la Administración, la posibilidad de configuración del acceso a la tutela judicial queda supeditada al reconocimiento de un derecho o interés con una substantividad suficiente.

Nuestra postura no es contraria al reconocimiento de una amplia legitimación en materia de medio ambiente, con la característica amplitud incluso de la denominada acción popular, pero su introducción no debe entenderse como una automática derivación de la existencia del artículo 24 CE y la utilización del término derecho en el artículo 45 CE<sup>23</sup>. Requiere, en todo caso, una norma habilitante que otorgue una específica legitimación para actuar en interés de la colectividad<sup>24</sup> y, sobre todo, que garantice que quien actúa el interés colectivo reúne las condiciones adecuadas para hacerlo de forma eficiente en tanto que su actuación redundará en beneficio o perjuicio de una colectividad, en muchos casos permeable, titular de un bien o interés en el que todos sus miembros concurren de forma no excluyente.

La habilitación —legitimación— de un sujeto para actuar en interés de la colectividad supone crear un instrumento de actuación que difiere de la representación orgánica, en la medida en que no actúa de conformidad con una voluntad que esa colectividad ha formado y manifestado, sino en atención a lo que el sujeto legitimado considera oportuno y conveniente llevar a cabo en interés de la colectividad. En la medida en que el sujeto legitimado sea miembro de la colectividad, su actuación encontrará una motivación y aliciente en la repercusión que la adecuada tutela del interés colectivo tendrá en su propia esfera personal o patrimonial. Esa participación en un interés común justifica su actuación. Pero debe advertirse que su legitimación resultará extraordinaria, pues en modo alguno el sujeto habilitado —legitimado— para actuar la tutela judicial del interés colectivo agota la titularidad de ese interés. Por ese motivo, la atribución de esa legitimación, debe contemplar la capacidad técnica —también económica— para asumir la actuación de un interés colectivo.

En el ámbito del consumo, se ha venido considerando que, para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores, tal capacidad técnica de conducción del proceso puede ser alcanzada por asociaciones constituidas para la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios. Ahora bien, llegados a este punto debemos preguntarnos si, en aquellos casos en que la actuación lesiva del interés colectivo haya comportado también una lesión de los derechos individuales de consumidores, tales asociaciones pueden sustituirles para formular reclamaciones de reparación del daño causado, sin merma del derecho a la tutela judicial efectiva de esos mismos consumidores.

<sup>23</sup> No desconocemos la existencia de posturas que consideran que el artículo 45 CE recoge un «derecho de primera generación», un verdadero «derecho humano fundamental» cuya ubicación en la Constitución se llega a afirmar que obedece a un error sistemático. En nuestra opinión no deja de ser un principio rector de la política y la acción pública. Con mayor detalle, *vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «La legitimación procesal en materia de medio ambiente», en EMBID IRUJO, A. (*dir.*), *El derecho a un medio ambiente adecuado*. Madrid, 2008, pp. 399 y ss.

<sup>24</sup> Para GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. en su comentario al artículo 54 en CÁMARA LAPUENTE, S. (*dir.*), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Majadahonda, 2011, p. 435, en cambio, del artículo 24.1 CE «se deriva necesariamente» la legitimación del consumidor para la defensa de un interés supraindividual, «salvo en aquellos casos en que de forma explícita y por razones específicas se excluya esa legitimación».



Cabe pensar que la atribución de legitimación a una asociación o a un órgano público para actuar la tutela judicial efectiva en interés del titular de un derecho, en ningún caso entraña una limitación del derecho de acción, sino que, por el contrario, comporta un refuerzo de los mecanismos de actuación del Derecho. En todo caso, la posible actuación procesal de una asociación para la defensa de los derechos o intereses de sus asociados requiere de una norma habilitante que la legitime para el ejercicio de las acciones que tutelan esos derechos o intereses (STC 141/1984, de 22 de octubre), sin que el mero carácter de subsidio o apoyo al derecho o interés individual constituya por sí mismo una justificación suficiente para la legitimación de la asociación o entidad habilitada<sup>25</sup>.

En este punto, el Tribunal Constitucional había venido considerando que el artículo 20 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de Consumidores y Usuarios, constituía una previsión legal que dotaba de legitimación suficiente a las asociaciones de consumidores y usuarios para actuar con un interés legítimo en defensa, al menos en el ámbito administrativo, de los derechos e intereses de sus asociados, si bien, «esta legitimación para actuar en defensa de los intereses de carácter personal de los afiliados puede quedar limitada, por el propio ámbito objetivo de la normativa en que está prevista, a que dichos intereses lo sean en su condición de consumidores y usuarios» (STC 219/2005, de 12 de septiembre). Tras la aprobación del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en el ámbito civil, la norma habilitante debe ubicarse en su artículo 24, en relación con lo señalado en el artículo 11 LEC.

La posibilidad de que una entidad o asociación pueda actuar la tutela jurisdiccional que a otros corresponde obedece a una opción del legislador que puede configurarla con una mayor o menor amplitud en función de los objetivos para el logro de una mayor efectividad de la tutela jurisdiccional en relación con un grupo determinado de sujetos. La actuación de esa tutela jurisdiccional por un tercero resulta concurrente con la que podría realizar el propio titular del derecho o interés afectado. La intensificación de esa legitimación puede llevar a que el ejercicio de la acción por un tercero en interés del titular del derecho o interés tutelado por la acción se sobreponga a la decisión del propio titular del derecho sobre la procedencia del ejercicio de esa acción. Esta intensificación se da en las acciones colectivas. El grado en que se produce esta superposición exige un detenido análisis de su regulación.

### **III. LA INTRODUCCIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO**

#### **1. La introducción de las acciones colectivas por daños en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil**

La Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil introdujo una primera regulación de las acciones colectivas en nuestro ordenamiento jurídico. La innovación no respondía a un acabado diseño de quienes promovían el código procesal, sino que fue encajada en su texto a través de las enmiendas presentadas al arti-

---

<sup>25</sup> Evidentemente, tal asociación o entidad contaría con la garantía del artículo 24 CE en relación con las acciones que tutelan los derechos subjetivos de los que es titular como persona moral.

culado<sup>26</sup> del proyecto de ley elevado por el gobierno al Congreso de los Diputados. La regulación resultante no conformaba un peculiar proceso colectivo. Pivotaba en torno a la regulación de la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas y esa regulación condicionaba las posibilidades de intervención y de acumulación de procesos al tiempo que reclamaba una determinación de los efectos de la sentencia y las peculiaridades de la ejecución<sup>27</sup>.

Ciertamente, el elemento más característico de la acción colectiva estriba en el desplazamiento de la legitimación para la tutela de los derechos e intereses afectados de sus directos titulares a quien capitaliza el impulso necesario para lograr la actuación del ordenamiento jurídico en interés de aquellos.

Este fenómeno jurídico no era desconocido en nuestro ordenamiento jurídico. Con apoyo en la previsión del artículo 394 CC, se había venido admitiendo la posibilidad de que un comunero ejercitase la acción que tutela los derechos e intereses de la comunidad de bienes<sup>28</sup>. La sentencia que estimase la acción, al tutelar el derecho de

<sup>26</sup> En el Congreso de los Diputados se presentó una enmienda —la 125— al artículo 10 del proyecto presentado cuyo tenor literal era muy similar al que presentó el texto del artículo 11 LEC.

<sup>27</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., «Acciones colectivas y Derecho europeo: el impacto de la Directiva 2020/1828 sobre el sistema procesal español», en GASCÓN y PEITEADO (*dirs.*), *Estándares europeos y proceso civil*, Barcelona, 2022, p. 713 considera esta primera regulación como desperdigada, escueta e incompleta.

<sup>28</sup> Así nuestros tribunales han venido señalando que no es necesario, para el ejercicio de una acción en beneficio de la comunidad, que todos los comuneros actúen conjuntamente: «cualquiera de los comuneros puede ejercitar acciones en beneficio de la comunidad» (STS 14 de marzo de 1994 [RJ 1994, 1779]). Se trata de un criterio jurisprudencial que extrae del artículo 394 CC un principio general cuya admisión en nuestro Derecho se ha producido sin apenas resistencia. La jurisprudencia ha venido exigiendo para el ejercicio individual de la acción en interés de la comunidad que el comunero actúe en beneficio de la comunidad o que el propietario cuente con el consentimiento de los demás (STS 13 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 9005]) por lo que se excluye cuando se demuestre una actuación en beneficio exclusivo del actor o de una minoría de los comuneros. En principio se presume que el comunero actúa con el tácito consentimiento del resto de comuneros. La STS 28 julio 1995 (RJ 1995/6758) señaló expresamente que no es exigible la demostración del consentimiento de todos los demás copropietarios. Y así, la sentencia obtenida por uno de los comuneros, actuando en beneficio de la comunidad, aprovecha a los demás en lo que les resulte favorable, pero no en lo que les perjudica (STS de 8 de julio de 1997 [RJ 1997, 6013]). Es decir, comporta una extensión de los efectos de cosa juzgada, en la medida en que el actor ha actuado por todos los comuneros.

En estos supuestos cabría pensar que la legitimación del comunero es directa, en cuanto defiende un interés propio (GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Elcano, 1999, p. 319). pero en la medida en que, además, su actuación también repercute en beneficio de los demás comuneros, se ha considerado que actúa con legitimación directa para defender su interés y con una tácita representación del resto de los comuneros (CORDÓN MORENO, F., «La legitimación activa del comunero para actuar en juicio en interés de la comunidad: Ley 372, III del Fuero Nuevo de Navarra», en *Revista Jurídica de Navarra*, 2007, nº 44, p. 118, nota 5). En mi opinión, actúa con legitimación indirecta, pues defiende un derecho ajeno —el de la comunidad, que no es exclusivo del comunero— en interés propio —que no es sino la utilidad que le proporciona su participación en la comunidad—. Tal legitimación queda supeditada a la acreditación de que su actuación es en interés de la comunidad. También encuadra este supuesto en la categoría de legitimación indirecta CABAÑAS GARCÍA, J.C., *La tutela judicial del tercero*, Madrid, 2005, p. 179. Para GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*. T. I, 8ª edición. Madrid, 1976, p. 145, se trataría de un supuesto de legitimación por sustitución. Sólo cabría afirmar la existencia de una legitimación directa si la acción fuese ejercitada de consuno, por todos los cotitulares. En tal sentido, JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil*. Cizur Menor, 2014, p. 311.

los comuneros, redundaría en beneficio e interés de los copartícipes en la situación jurídica tutelada. Esta admisión de la actuación de un copropietario en interés de la comunidad intenta evitar que la conveniente coordinación de los comuneros para el ejercicio de la acción se convierta en un obstáculo para la efectividad de la tutela del derecho del que, en común, se es titular. Mientras los partícipes no se opongan a la actuación del derecho, al ejercicio de la acción, la iniciativa aislada de uno de los copropietarios es suficiente para desencadenar la actividad jurisdiccional que finalizará en una sentencia que extenderá sus efectos a todos los sujetos en cuyo interés se actúa. La acción aun ejercitada en nombre propio por uno de los comuneros, se hace valer en interés de la comunidad y, por tanto, la sentencia extiende sus efectos a todos los comuneros, aunque no hayan intervenido en el proceso.

El ejercicio de la acción colectiva viene a reproducir un esquema semejante. Se otorga una peculiar legitimación a un sujeto para actuar en nombre propio, pero en interés de los afectados por una conducta calificada como «dañosa». Se busca así un pronunciamiento que extienda sus efectos a todos los afectados, aunque no hayan intervenido en el proceso.

En el Derecho comparado, las acciones colectivas han encontrado un primer y más amplio desarrollo en el Derecho norteamericano. Bajo la denominación de *class actions*, surgieron como una excepción a la *necessary party rule*, que exige la presencia en el proceso de todos los sujetos que han de resultar afectados por la sentencia<sup>29</sup>. En nuestro ordenamiento jurídico encontramos una manifestación parecida en la regla del litisconsorcio pasivo necesario. Se trata de una regla de legitimación pasiva<sup>30</sup> y que no tiene una equivalente y expresa formulación como regla de legitimación activa, por la vigencia —como acabamos de ver— del principio, común-

<sup>29</sup> La Regla 19 de las *Federal Rules of Civil Procedure* al introducir los casos de litisconsorcio necesario (*required joinder of parties*) recoge en su apartado (d) el carácter excepcional de las *class actions* reguladas en su Regla 23 que excluye, como regla especial, la aplicación de la Regla 19.

<sup>30</sup> Puede encontrarse algún pronunciamiento del Tribunal Supremo que defiende que se trata de instituciones distintas, como la STS 884/2010 de 21 de diciembre que afirma: «El motivo no puede acogerse puesto que confunde lo que es legitimación, en su lado pasivo, y litisconsorcio, que son instituciones distintas, tratando de involucrar en el daño a otra entidad que también intervino en la construcción. La primera se identifica con el autor o responsable del daño causado, frente al cual el perjudicado dirige su acción, haciéndole responder de lo que se le reclama en el pleito, y no impide al demandado, mediante la prueba que practique, acreditar la ausencia de culpabilidad civil para exonerarse de responsabilidad por no haber concurrido al daño que se le imputa. La segunda tiende a garantizar la presencia en el juicio de todos a quienes interesa la cuestión sustantiva en litigio, bien sea por disposición legal, bien por razón de no ser escindible la relación jurídica material, siendo una exigencia de naturaleza procesal que se funda en el principio de audiencia y de prohibición de la indefensión y que robustece la eficacia del proceso evitando resultados procesales inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio, o impidiendo sentencias contradictorias». El argumento es falaz. Podría admitirse dirigir la demanda frente a un solo litisconsorte, pero en tal caso se daría lugar a sentencias contradictorias, al impedir el principio de audiencia extender los efectos de la sentencia a quien no fue demandado. Lo que el principio de audiencia y la prohibición de la indefensión vetan es la ampliación de los efectos de la sentencia ganada frente a un solo litisconsorte. La regla del litisconsorcio necesario exige que la demanda se extienda frente a todos, para evitar el resultado de sentencias contradictorias, no para evitar la vulneración del principio de audiencia —que queda garantizado con los límites subjetivos de la cosa juzgada—, sino como exigencia intrínseca de la naturaleza de la acción que se construye como inescindible. En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F. *Acumulación de acciones y de procesos civiles*, Las Rozas, 2019, p. 18, considera los supuestos de litisconsorcio pasivo necesario como supuestos de legitimación pasiva plural.

mente admitido, de la suficiencia de la legitimación del comunero para actuar en nombre de la comunidad. Pero el litisconsorcio también adquiere carácter necesario, como regla de legitimación activa, cuando se pacta el ejercicio mancomunado de los derechos o cuando entre los comuneros se hace manifiesta la divergencia de intereses en lo que ha de entenderse como un interés común.

La concurrencia de diversos sujetos en una situación homogénea, por haber padecido las consecuencias de una misma acción dañosa, genera sin duda una comunidad de intereses en obtener de la jurisdicción el reconocimiento del carácter dañoso de la acción antijurídica y la procedencia de una reparación del daño. Ahora bien, esta comunidad de intereses es una mera concurrencia de afanes y algo diverso a la relación jurídico real de cotitularidad sobre un mismo bien indiviso. La actuación de cualquiera de los afectados en petición de una tutela jurisdiccional sólo determinará un pronunciamiento jurisdiccional que limitará su eficacia a quienes hayan sido parte en ese proceso. Nada impide a los distintos afectados unir esfuerzos mediante la acumulación de sus pretensiones en un mismo proceso, pero la sentencia sólo extenderá su eficacia a quienes hayan hecho valer acumuladamente sus pretensiones.

La posibilidad de una tutela colectiva presenta las ventajas de una decisión única que conjura el riesgo de pronunciamientos contradictorios y reduce los costes de litigación. Su principal ventaja se advierte cuando el importe de la reparación del daño en cada uno de los afectados es tan reducido que elimina todo incentivo en iniciar un proceso, por más que una eventual victoria pudiera permitirles repercutir los gastos procesales en virtud de la condena en costas.

El denominado «asunto de la colza», surgido en la primavera de 1981<sup>31</sup>, influyó en la decisión del legislador de introducir en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, de un apartado 3 en su artículo 7, por el que se establecía el deber de los Juzgados y Tribunales de proteger los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos: «Para la defensa de estos últimos se reconocerá legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción».

La vaguedad de este precepto atrajo la atención de la doctrina para precisar cuál podía ser el contenido de la referencia a los intereses colectivos y el alcance de la legitimación reconocida para su defensa y promoción<sup>32</sup>.

La regulación del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil concretó estos extremos en el ámbito del consumo y configuró una tutela colectiva de los consumidores enfocada primordialmente a acciones por daños<sup>33</sup>.

Al ubicarse esta tutela colectiva en el ámbito del consumo, la pretensión de reparación o resarcimiento del daño debía anclarse en una norma o precepto que admitiese su procedencia en razón de una responsabilidad contractual, pues la con-

<sup>31</sup> Se produjo en esas fechas una intoxicación masiva por consumo de aceite de colza desnaturalizado. El asunto finalizó con la sentencia del Tribunal Supremo (sala segunda) de 26 de septiembre de 1997. Fueron condenados los autores de la manipulación del aceite de colza por un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte y lesiones y en razón de su condición de funcionarios se declaró la responsabilidad subsidiaria del Estado.

<sup>32</sup> Vid. por todos GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La tutela jurisdiccional...*, cit., pp. 305 y ss.

<sup>33</sup> En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F., «Acciones colectivas y Derecho europeo...», cit., p. 713.

dición de consumidor surge de la existencia de una relación de consumo que se articula jurídicamente en forma de relación contractual de adquisición de bienes o de utilización de servicios<sup>34</sup>.

Fuera de este ámbito contractual, sólo sería posible el ejercicio de una acción colectiva de reparación de daños personales y materiales fundada en la responsabilidad del fabricante o distribuidor que establece el artículo 135 TRLGDCU, en relación con el artículo 128 TRLGDCU, toda vez que esta responsabilidad se establece en el ámbito de la tutela de los consumidores y usuarios<sup>35</sup>. En esos casos, los daños producidos por los productos defectuosos distribuidos en el mercado determinan la responsabilidad del fabricante o distribuidor frente a todos los afectados y no únicamente a los consumidores que hubieran adquirido el producto defectuoso.

Los apartados 2 y 3 del artículo 11 LEC —con el carácter de norma general para el ejercicio de acciones colectivas— confieren legitimación a determinados grupos, asociaciones y entidades para formular pretensiones en relación con las consecuencias causadas por «un hecho dañoso». En su estricta literalidad, la acción colectiva sólo sería posible cuando una única actuación hubiese determinado daños con una proyección en una multiplicidad de damnificados que han de tener, conforme a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil —como venimos señalando—, la consideración de consumidores. El daño se genera por una inadecuada prestación —no conforme con las obligaciones asumidas— dentro de la relación de consumo. La posibilidad de la litigación en masa descansa en la viabilidad del enjuiciamiento único de una conducta del demandado, pretendidamente dañosa, que ha tenido una proyección

<sup>34</sup> No cabe, en el ámbito civil, esta tutela colectiva por daños medioambientales por contaminación. La STS (Sala 1ª) 639/2015, de 3 de diciembre, resuelve un recurso planteado en un caso de responsabilidad extracontractual por lesiones causadas por el contacto con el amianto. En el proceso se habían acumulado las acciones de cuarenta y cinco afectados que acogían pretensiones de familiares de trabajadores o sujetos expuestos a las sustancias contaminantes en las proximidades de la fábrica. El Tribunal Supremo señaló que la jurisdicción civil no podía conocer de las pretensiones de los familiares de los trabajadores fallecidos en su condición de herederos de los afectados, pero, en cambio, sí afirmó su jurisdicción para resolver las reclamaciones de las amas de casa ajenas al contrato de trabajo y que resultaron afectadas al lavar la ropa de los trabajadores y considera responsable a la empresa por aplicación del artículo 1902 CC. En este caso no se había ejercitado una acción colectiva, sino que se había procedido a una acumulación subjetiva de acciones.

<sup>35</sup> En tal sentido, la STS (Sala 1ª) 89/2017, de 15 de febrero, desestima el recurso extraordinario por infracción procesal formulado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que a su vez había desestimado una acción de nulidad contractual y subsidiariamente de resolución contractual y de indemnización de daños y perjuicios contra la sociedad distribuidora de unos implantes mamarios. Resulta de interés una acción había sido interpuesta por una asociación de consumidores y usuarios impetrando la tutela de las consumidoras afectadas por los defectos de los implantes mamarios fundada en la falta de información que debía haberse ofrecido sobre los riesgos de los implantes. La acción ejercitada frente a la sociedad distribuidora de los implantes fue de nulidad contractual, subsidiariamente de resolución contractual y acumuladamente se solicitaba la indemnización de daños y perjuicios. La acción fue desestimada en primera y segunda instancia. Recurrida en casación el Tribunal Supremo, frente a las alegaciones formuladas en el recurso extraordinario subraya que no se había fundado la acción en el carácter defectuoso del producto, ni contra los verdaderos responsables. La demanda se formuló al amparo de los artículos 1101, 1098 y 1124 CC pretendiendo una indemnización por daños y perjuicios asociados a una resolución de un contrato de arrendamiento de servicios, con suministro de un producto y a un error en el consentimiento por falta de información en el momento de prestación del consentimiento. Parece que la acción hubiera tenido otra suerte si se hubiese dirigido frente al fabricante y se hubiese fundado en el art. 128 TRLGDCU.

masiva en una multiplicidad de consumidores y, sólo en los casos de responsabilidad objetiva del fabricante, en quienes no tienen la condición de consumidores<sup>36</sup>.

La posibilidad de este único enjuiciamiento de una conducta lesiva con repercusión masiva puede determinar la imputabilidad de la responsabilidad y la procedencia de la reparación del daño, bien de una forma general —que deberá ser concretada en cada particular afectado en la posterior ejecución— bien mediante el establecimiento de las bases que permitan esa concreción de la responsabilidad o incluso de forma concreta, con una individualización pormenorizada de esa responsabilidad en cada afectado.

La acción colectiva encaminada a la reparación de un daño proporciona una tutela redundante con la que cada consumidor podría obtener de forma individualizada. Sus ventajas, respecto de los justiciables, se encuentran en la facilitación de la tutela con un coste mínimo de modo que se allana el acceso a la justicia, sobre todo en aquellos casos en los que el importe de la reparación en cada afectado resulta muy reducido. Desde el punto de vista de la organización de la justicia, la acción colectiva permite ofrecer una respuesta unitaria, que excluye el riesgo de pronunciamientos contradictorios, y, en principio, evita la multiplicación de procesos de modo que conjura el colapso judicial que podría producir la formulación masiva de reclamaciones.

El elemento diferenciador de las acciones colectivas se encuentra en la atribución de legitimación a un sujeto distinto de los titulares de los derechos o intereses afectados por la acción, para facilitar la propia sustanciación del proceso. Este desplazamiento de la legitimación a un sujeto con representatividad suficiente como para ejercitar la acción en interés de los afectados la cualifica como extraordinaria<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Si se ejercita una acción colectiva al amparo del artículo 11 LEC, cuando en la distribución o utilización de un bien haya consumidores y no consumidores, la acción colectiva solo alcanzará a los consumidores, en los casos en que la responsabilidad no obedezca a la responsabilidad del fabricante por el carácter defectuoso del bien distribuido o utilizado, sino a la mala prestación del servicio. Así sucedió en el caso de la nevada que dejó inmovilizados a cientos de conductores la autopista AP1. Ejercitada por una asociación de consumidores una acción colectiva al amparo del artículo 11.3 la acción fue inicialmente desestimada, pero, recurrida la sentencia en apelación y posteriormente en casación, la STS 473/2010, de 15 de julio de 2010, condenó a la concesionaria de la autopista, en razón de la responsabilidad contractual en que había incurrido por su falta de diligencia en la adopción de las medidas adecuadas para prever el suceso. La sentencia condenó a indemnizar el importe de las tarifas abonadas en el peaje y además el daño moral en la suma de 150 € a los afectados por la retención producida, pero limitando su extensión a quienes tuviesen la condición de consumidores y usuarios y con exclusión de «aquellos particulares o empresas que hubiesen usado del servicio de la autopista para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

<sup>37</sup> Así la calificó el Tribunal Supremo (Sala 1ª) en su conocida sentencia 241/2013 de 9 de mayo. La doctrina es unánime en la consideración de esta legitimación como extraordinaria, así, entre otros muchos: GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Cizur Menor, 2010, p. 116 y «¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre, 2020), vol. 12, nº 2, p. 1305; SANDE MAYO, Mª. J., *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, Cizur Menor, 2018, p. 88; CUCARELLA GALIANA, L.A., «Litigación masiva, legitimación de asociaciones y tutela de derechos e intereses jurídicos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», en ORTELLS y CUCARELLA (coord.), *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil*, 2019, p. 181 y ARMENTA DEU, T. «La legitimación en las acciones colectivas», en MONTESINOS (dir.) y CATALÁN (ed.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*, Valencia, 2020, p. 115. También BONACHERA VILLEGAS, R., *Tutela procesal de los derechos e intereses de los consumidores*, Valencia, 2018, p. 46, que la considera un supuesto de legitimación por sustitución.

y comporta, en el ámbito del proceso civil, una interferencia en el ámbito de la autonomía de su voluntad. El ejercicio de la acción colectiva se lleva a cabo prescindiendo de la voluntad de los sujetos particulares afectados. Si la acción civil queda supe- ditada a la disponibilidad de los titulares de la relación jurídica que la acción tutela —la renuncia de la acción, el desistimiento son actos de disposición de un derecho (arts. 19 y 20 LEC) y también el ejercicio de la acción— el ejercicio de la acción colectiva por un tercero asume la realización práctica de la tutela jurisdiccional que cada afectado podría alcanzar de forma individual. Por este motivo, he señalado que se produce aquí una colectivización de acciones<sup>38</sup>.

No resultará procedente este desplazamiento cuando la pluralidad de interesa- dos, titulares o afectados no sea tan elevada como para dificultar su presencia, inter- vención y actuación en el proceso<sup>39</sup>. Este es un aspecto que nuestra Ley de Enjuicia- miento Civil no regula en modo alguno. Si la pluralidad de afectados por un mismo hecho dañoso —por utilizar la terminología empleada en el artículo 11 LEC— no supera la de un reducido grupo de afectados, la sustanciación de una acción colectiva carece de interés. Es difícil establecer un criterio numérico preciso para delimitar cuándo debe optarse por el ejercicio colectivizado de las acciones. En atención a la finalidad de las acciones colectivas, parece que debe admitirse la fórmula del ejerci- cio colectivizado cuando exista el riesgo de que un considerable número de posibles interesados, titulares o afectados pudieran no ejercitar acción alguna. La colectiviza- ción de las acciones se sobrepone a la iniciativa de los particulares y tal colectiviza- ción solo parece justificarse cuando aquella iniciativa individual —en atención a los costes del proceso, la información disponible— resulta inviable en la práctica.

La colectivización se presenta así no como una sustracción del derecho a la tutela judicial efectiva, sino como un refuerzo de esa tutela.

La acción colectiva permite obtener, globalmente y en interés de los afectados, la misma tutela que estos podrían obtener individualmente y en interés propio. Ahora bien, esta colectivización puede alcanzarse de dos formas distintas.

#### A) *La acción colectiva como cauce para la agregación de las pretensiones de un grupo determinado de afectados*

Cabe entender que mediante la colectivización de acciones se opera en el pro- ceso colectivo una mera agregación de las pretensiones que podrían haberse deducido de forma individual y separada en una pluralidad de procesos. Desde esta perspectiva, como se ha dicho con acierto<sup>40</sup>, la denominación de la acción que las agrega como

<sup>38</sup> Vid. mi trabajo, «Acciones con trascendencia supraindividual, acciones colectivas y colectivización de acciones», en DÍEZ-PICAZO y VEGAS (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, t. II, Madrid, 2016, pp. 1907 y ss.

<sup>39</sup> La Regla 23(a)(1) FRCP establece como presupuesto de una *class action* que la clase sea tan nume- rosa que la incorporación de todos sus miembros al proceso se haga impracticable («*the class is so numerous that joinder of all members is impracticable*»). El requisito se ha interpretado con gran amplitud.

<sup>40</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela judicial...*, cit., 2010, p. 173, quien afirma «en los procesos colecti- vos para la tutela de derechos o intereses plurindividuales se ejercitan, en rigor, una pluralidad de pretensiones de forma cumulativa: es cierto que la legislación y la jurisprudencia hablan de “acción

colectiva resultaría impropia, pues no se ejercita una única pretensión, sino una pluralidad de pretensiones. En definitiva, mediante una *acción colectiva o de representación impropia* se alcanzaría una *colectivización de acciones por agregación*, en tanto que se da un tratamiento unitario a acciones que podrían deducirse separadamente<sup>41</sup>. La Ley de Enjuiciamiento Civil, en su regulación actual del artículo 15, parece dar pie a la fórmula de acción colectiva impropia, en la medida en que permite la intervención de los consumidores afectados «para que hagan valer su derecho o interés individual» lo que les permitirá realizar cualesquiera actos procesales, siempre que no hubieran precluido<sup>42</sup>.

En estos supuestos la legitimación extraordinaria de entidades y asociaciones y de índole representativa resulta concomitante con la legitimación que cada afectado tiene para instar su acción individual para obtener una tutela resarcitoria. Ciertamente, los afectados carecen de legitimación para el ejercicio de una acción colectiva de carácter resarcitorio, pero no debe desconocer que la acción colectiva resarcitoria no es sino un cauce para lograr de forma unitaria la tutela que cada afectado puede lograr de forma individual.

Las relaciones entre la entidad que ejercitó la acción y el sujeto particular que interviene en el proceso adquieren un particular cariz, pues no pueden considerarse

---

colectiva”, en singular; pero no puede negarse que se trata de una forma de simplificación terminológica, que sirve para poner de manifiesto que una única solicitud de tutela judicial sirve para reparar una pluralidad de lesiones sufridas por una pluralidad de bienes jurídicos individuales» —y añade— «Desde la perspectiva del legitimado activo, y con cierta laxitud dogmática, puede entenderse que se está ejercitando una sola acción, la colectiva. Y, desde la perspectiva del juzgador, lo anterior justifica que, en principio, las diversas pretensiones ejercitadas no reciban en el proceso un tratamiento separado e individualizado, sino homogéneo, de modo que normalmente se les deba dar una respuesta conjunta y también homogénea en la sentencia».

No obstante, hay autores que consideran que el ejercitar una acción colectiva sólo se formula una única pretensión procesal que va a afectar a una pluralidad de sujetos, sin que se interpongan de forma acumulada tantas pretensiones como sujetos afectados, *cfr.* ARMENGOT VILAPLANA, A., «Intervención de consumidores y acumulación de pretensiones en el proceso colectivo», en ORTELLS y CUCARELLA (*coord.*), *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil*, *cit.*, p. 251 y *Hacia una reconstrucción de la acción colectiva*, Cizur Menor, 2020, p. 38.

<sup>41</sup> Por otra parte, la colectivización debería considerarse absoluta si no se permite la autoexclusión de los afectados, o bien relativa, en la medida en que se admita la adhesión o autoexclusión de los afectados.

<sup>42</sup> SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Intervención de terceros en el proceso civil español*, Cizur Menor, 2021, p. 199, nota 20. Para MARTÍN PASTOR, J., «La tutela de los intereses colectivos de los consumidores en España y en la Unión Europea: de las acciones colectivas de cesación a las acciones representativas de cesación y reparación», en ORTELLS y CUCARELLA (*coord.*), *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil*, *cit.*, p. 141, en estos casos se produce una acumulación de la acción individual del consumidor a la acción colectiva.

No han faltado quienes han apuntado que si la intervención se produce de modo tardío al amparo del artículo 15.2 LEC «no debería producirse a los efectos de formular su propia pretensión procesal, sino para adherirse a la pretensión colectiva formulada por la entidad actora», ARMENGOT VILAPLANA, A., *Hacia una reconstrucción...*, *cit.*, p. 156; *vid.* también *op. cit.*, p. 164. Aduce en apoyo de su postura lo resuelto por la SAP de A Coruña (secc. 4ª) 435/2016, de 26 de diciembre (AC 2017, 87). No obstante admite que pueda haberse producido una acumulación inicial de pretensiones individuales a la colectiva en el momento de presentación de la demanda, lo que justificaría el tenor del art. 221.1.3º LEC. La misma autora, *op. cit.*, pp. 158, entiende que en los casos del artículo 15.3 LEC, aunque resulte teóricamente viable que el interviniente formule su propia pretensión durante el periodo de suspensión del proceso, esta circunstancia «implicará la exclusión del consumidor individual de la pretensión colectiva y la pérdida de utilidad de esta última».



propriadamente litisconsortes en razón de la diversa posición jurídica frente los intereses que reclaman tutela y la amplitud con que pueden formular sus pretensiones y del correspondiente ejercicio de facultades dispositivas. Afirmar el litisconsorcio es excesivo, pero identificar la posición del interviniente con la de un coadyuvante, resulta insuficiente, pues el pronunciamiento que finalmente se dicte no tiene una eficacia indirecta o refleja sobre el interviniente, sino directa<sup>43</sup>. Por otra parte, si se admite que el afectado puede desvincularse de la tutela colectiva y ejercitar su acción en un proceso distinto, es porque el ejercicio de la pretensión colectiva ya comportaba la afirmación de la acción que el afectado puede deducir de forma desvinculada en un proceso individual. Si se admite la consideración de la acción colectiva resarcitoria como un mecanismo de colectivización de acciones mediante agregación de todas las posibles pretensiones individuales, la intervención de un afectado no es sino para defender el derecho o interés que tutela una de las acciones colectivizadas. Su intervención no comporta la adición de una nueva acción, sino la reafirmación de su interés en una pretensión colectiva de tutela que ya abarcaba su interés individual.

Esta agregación de pretensiones individuales en la conformación de la acción colectiva no plantea dificultades cuando los afectados en cuyo interés se ejercita la acción constituyen un grupo de individuos perfectamente determinado. Sucede que, en ocasiones, los afectados no resultan fácilmente determinables y la acción se ejercita en interés de los afectados por un hecho dañoso, sin conocer su identidad, ni tan siquiera su número exacto, aunque pueda calcularse dentro una cierta horquilla como aproximado o probable.

#### *B) Caracteres de la acción colectiva para la tutela de un número indeterminado de afectados*

El legislador procesal del año dos mil otorgó una notable importancia a la determinación o indeterminación de los consumidores afectados, hasta el punto de cualificar la naturaleza del interés tutelado —colectivo o difuso— en atención a esta posibilidad de determinación de los afectados y, también en atención a esta circunstancia, estableció unas distintas reglas de legitimación.

En mi opinión, la posibilidad de determinación de los afectados no cualifica de forma necesaria la tipología de interés, pero, en todo caso, se hace muy relevante a los efectos de la ejecución de una condena colectiva de contenido resarcitorio. Tiene sentido que, en los casos en que se produzca esta indeterminación de los afectados, la fijación del importe de la restitución, reparación o indemnización se lleve a cabo no en atención a las que corresponderían a los sujetos efectivamente afectados, cuya determinación resulta problemática, sino mediante un procedimiento de determinación global que atendiese al número de unidades producidas y distribuidas, al consumo medio de un servicio o producto que ha dejado de distribuirse en un

---

<sup>43</sup> Para BONACHERA VILLEGAS, R., «Publicidad e intervención en las acciones colectivas», en ARMENTA y PEREIRA (coords.), *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2018, p. 230, la eficacia directa de la sentencia, si la acción tiene un contenido resarcitorio, determina su calificación como intervención litisconsorcial, *vid.* también BONACHERA VILLEGAS, R. *Tutela procesal...*, *cit.*, p. 73.

periodo parecido de tiempo u otros indicios semejantes<sup>44</sup>. El ejercicio colectivizado de acciones con un número indeterminado de sujetos afectados comporta, por tanto, una variación de los elementos probatorios que han de servir para la fijación del monto máximo de indemnización y esta circunstancia exigirá prestar una adecuada atención a la facilidad de carga probatoria para determinar en qué parte debe recaer su levantamiento. En estos casos, la intervención de un consumidor afectado y la formulación de pretensiones individuales por tal interviniente constituye un elemento que distorsiona el planteamiento y desarrollo de un proceso que persigue la obtención de una medida resarcitoria de carácter global<sup>45</sup>.

En estos casos, la acción colectiva que pretende una reparación global se presenta con unos perfiles diferentes a los analizados anteriormente. Puede afirmarse que se trataría de una acción colectiva en sentido más propio que, si bien colectiviza la tutela que podría otorgarse a cada consumidor, no lo hace mediante la yuxtaposición o agregación de pretensiones sino mediante la formulación de una verdadera y propia pretensión colectiva. La fundamentación fáctica de esta pretensión colectiva puede diferir de la que esgrimirían los consumidores afectados e identificados, por cuanto que aquella pretensión debe abarcar la tutela de un número indeterminado de consumidores que no han podido ser identificados<sup>46</sup>.

### C) La extensión de efectos de la sentencia que resuelve la acción colectiva

La noción de acción colectiva y la legitimación extraordinaria conferida a las entidades y asociaciones que pueden promoverla comportan, como consecuencia lógica, que la eficacia de la sentencia se extienda al grupo en cuyo interés se ejercita

<sup>44</sup> Se muestra partidario de un sistema de «reclamación de una suma alzada», ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «Los ejes fundamentales del sistema de las acciones colectivas. Un intento de clarificación y propuestas de *lege ferenda*», en *Justicia*, 2020, nº 2, p. 108, por más que comporte un apartamiento respecto de ciertos postulados del derecho de daños, *op. cit.*, p. 107.

<sup>45</sup> Tendría sentido, por tanto, que —por más que la sentencia desplegara un efecto directo sobre los derechos e intereses de los consumidores— se conformase el desarrollo del proceso colectivo de un modo tal que se excluyese la posibilidad de formulación de pretensiones por los intervinientes. En la medida en que la entidad legitimada ha formulado una pretensión de tutela global, entendemos proporcionado que —de admitirse la intervención— el interviniente no pueda formular pretensiones individuales de tutela que ya habrán quedado asumidas en la pretensión colectiva. El ámbito de la intervención quedara limitado a la simple formulación de alegaciones y la proposición de prueba. En este sentido, en relación con las acciones colectivas ejercitadas para la tutela de los consumidores indeterminados o de difícil determinación, ARMENGOT VILAPLANA, A., «Intervención de consumidores...», *cit.*, p. 268.

<sup>46</sup> Escribía hace ya diez años que «de modo abrupto, cabe decir que una acción es colectiva, cuando su ejercicio comporta la decisión de la situación que afecta a muchos. Pero deberíamos considerarla impropriamente colectiva cuando la situación decidida no se caracteriza por su unicidad, sino por su pluralidad. La decisión judicial que se pronuncia sobre una pluralidad de acciones acumuladas, lo hace sobre una pluralidad de objetos procesales, es decir, estima o desestima una pluralidad de acciones individuales. Sólo de un modo impropio puede afirmarse que se decide de modo “colectivo”. Por idéntica razón la decisión judicial que se pronuncia sobre una pluralidad de acciones colectivizadas no da respuesta a una acción colectiva, sino sólo si este término se utiliza de modo impropio», LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «La legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios», en *Intereses colectivos y legitimación activa (dir. CARBONELL PORRAS, coord. CABRERA MERCADO)*, Cizur Menor, 2014, p. 231.

la acción. Aunque se utilice la expresión de legitimación representativa resulta claro que la actuación de las entidades y asociaciones que ejercitan una pretensión colectiva no descansa en una voluntaria representación conferida por los miembros del grupo en cuyo interés se actúa, sino en una atribución legal, en interés de esos consumidores. Esa atribución se realiza a varias entidades y asociaciones de modo concurrente. Resulta claro que la sentencia que resuelva sobre la acción la «consume» para todos los legitimados activamente. En tanto que su legitimación es extraordinaria, este agotamiento de la acción no supone una extensión de efectos de la cosa juzgada<sup>47</sup>. Quien, con legitimación extraordinaria, ejercita una acción colectiva en interés de los afectados por un hecho dañoso nunca resultará alcanzado por la sentencia en sus propios derechos e intereses, pero sí en su posibilidad de reiterar una acción que ya ha sido decidida. De igual modo queda vinculado quien con igual legitimación extraordinaria podía ejercitar esa misma acción en interés de los afectados en sus derechos e intereses. Cuando se afirma que la noción de acción colectiva reclama una extensión de sus efectos a sujetos distintos de los que han deducido la acción, se hace referencia a la extensión de esos efectos a los sujetos en cuyo interés se ejercita la acción y que, en el caso de las acciones colectivas, carecen de legitimación para el ejercicio de una acción colectiva, por más que pudieran ejercitar una acción individual para la tutela de su derecho o interés individual.

El fundamento de esta extensión tiene un apoyo legal suficiente en la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no tanto en el artículo 221<sup>48</sup>, como en su artículo 222.3 que, en su redacción original, establecía que «la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley»<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Para una postura divergente a la manifestada en el texto, *cfr.* ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «Los ejes fundamentales...», *cit.*, pp. 68 a 70.

<sup>48</sup> Para BONACHERA VILLEGAS, R., *Tutela procesal...*, *cit.*, p. 93, la eficacia y contenido de la sentencia que resuelve un proceso colectivo viene determinada por este artículo. Más adelante, *op. cit.*, p. 99, apunta que la extensión subjetiva de la cosa juzgada viene determinada por el artículo 222.3 LEC, pero que, en todo caso, la aplicación del art. 221.1.2 LEC supedita tal extensión a la una expresa declaración, contenida en la sentencia, de que la misma surtirá efectos no limitados a quienes hubieran sido parte en el mismo. Para MORENO GARCÍA, L., *Las cláusulas abusivas*, Valencia, 2019, p. 415, esta regla no determina la extensión subjetiva de la sentencia, que se regula en el 222.3 LEC, sino que hace referencia a la eficacia general de los pronunciamientos declarativos de licitud que pueden repercutir sobre una pluralidad de sujetos que han sido parte en el proceso. En mi opinión, el artículo 221 LEC se limita a establecer los pronunciamientos que debe contener esa sentencia, pero no su eficacia. La previsión del artículo 221.1.2 LEC se hacía en la Ley 1/2000 atención a lo que sería la posterior transposición de la Directiva 98/27/CE —que se llevaría a cabo por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, y de la regulación de estas acciones se hiciese en cuanto al alcance de su pronunciamiento. Si este, por imperativo de las normas de transposición, tuviese un alcance subjetivo *ultra partes* debería ser expresamente señalado en la sentencia. Ahora bien, el propio artículo 221 LEC no regulaba ese alcance —tal eficacia— sino los puntos sobre los que debía pronunciarse la sentencia. No lo entendió así la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil) 375/2010, de 17 de junio, como exponemos a continuación en el texto.

<sup>49</sup> Para GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela judicial...*, *cit.*, p. 124, este artículo contenía «una decisión drástica y clara» de extensión de efectos de la sentencia a todos los afectados y no solo a los litigantes concretos. La afirmación es de 2010 y anterior a los pronunciamientos judiciales que, como veremos en el texto, han oscurecido la clara dicción del texto legal. También lo entiende así PLANCHADELL GARGALLO, A., «Acciones colectivas y acceso a la Justicia», en MONTESINOS (*dir.*) y CATALÁN (*ed.*),

El sentido de la norma es claro, si bien fue mutilado por la sentencia del Tribunal Supremo 375/2010, de 17 de abril, que señaló en un supuesto en el que se había ejercitado una acción colectiva al amparo de la legitimación establecida en el artículo 11.2 LEC que «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 una primera acción colectiva ejercitada contra una entidad bancaria, se pedía la nulidad de determinadas cláusulas contractuales por su falta de claridad y se instaba la devolución de las cantidades entregadas en un contrato de depósito y el resarcimiento de los daños causados. La acción fue estimada en segunda instancia por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de septiembre de 2005 y condenó a la entidad financiera a la devolución de las cantidades reclamadas en favor de los consumidores determinados en la demanda. Posteriormente, la misma asociación de consumidores y usuarios ejercitó la misma acción frente a la misma entidad financiera, de nuevo al amparo de la legitimación conferida por el artículo 11.2 LEC, pero en interés de otros consumidores igualmente afectados. La entidad financiera sostuvo en las distintas instancias que la acción colectiva ya había sido ejercitada anteriormente y quedaba cubierta por la función excluyente de la cosa juzgada.

En mi opinión, las identidades subjetivas de la acción debían ser analizadas no en atención a quién era la asociación que ejercitaba la acción, con legitimación extraordinaria, sino en atención a quiénes eran los consumidores en cuyo interés se ejercitaba la acción. Ahora bien, al tratarse de una acción colectiva, no estaba en mano de la asociación que ejercitaba la acción decidir a qué consumidores alcanzaba su pretensión, sino que la misma debía abarcar a todos los afectados por la actuación del demandado, de modo que sobre la asociación demandante pesaba la carga de su identificación o determinación. Si los consumidores eran fácilmente determinables, debió procederse a tal determinación. La acción como colectiva extendía su eficacia a todos los afectados. La justificación de la existencia de una acción colectiva se

---

*La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*, Valencia, 2020, p. 194. También MORENO GARCÍA, L., *Las cláusulas abusivas...*, cit., p. 369 y 421 y ss. donde apunta que esta eficacia extensiva sólo se produce en supuestos en que las asociaciones actúen en virtud de una legitimación extraordinaria y no en representación de sus asociados; ARMENGOT VILAPLANA, A., «Intervención de consumidores...», cit., p. 253 y *Hacia una reconstrucción...*, cit., p. 145 si bien matiza su postura en atención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída sobre esta cuestión en «Intervención de consumidores...», cit., p. 261. Para MARTÍN PASTOR, J., «La tutela de los intereses colectivos...», cit., pp. 160-164, en atención a la regulación del art. 15 LEC y diversos pronunciamientos jurisprudenciales, la sentencia dictada en un proceso colectivo producirá efectos de cosa juzgada sobre los consumidores o usuarios que no hayan intervenido en el mismo cuando se inste una tutela resarcitoria si bien ese efecto de cosa juzgada será el efecto negativo o excluyente de cosa juzgada, cuando los consumidores estén determinados, o el positivo o prejudicial, cuando sean indeterminados. Vid. también MARTÍN PASTOR, J., *Las técnicas de reparación judicial colectiva en el proceso civil. De las incipientes acciones colectivas a la tradicional acumulación de acciones*, Valencia, 2019, pp. 68, 93, 95, 123 y 124.

Un análisis de la jurisprudencia de nuestros tribunales en ARMENGOT VILAPLANA, A., «La cosa juzgada en las acciones colectivas», en MONTESINOS (dir.) y CATALÁN (ed.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos...*, cit., pp. 253 y ss.

encuentra en evitar la reiteración de pronunciamientos para cada afectado. Se construye para facilitar un pronunciamiento único en favor de todos los afectados que, si son fácilmente determinables, deberán haber sido previamente determinados, en la forma establecida en el artículo 15 LEC. No cabe un segundo pronunciamiento, cualquiera que sea la asociación de consumidores que lo ejercite, frente a la misma entidad, por la misma infracción respecto a afectados que ya presentaban tal carácter al iniciarse el primer proceso. La cuestión ya había quedado zanjada para todos los afectados hasta ese momento. Pero el Tribunal Supremo entendió, en su sentencia 375/2010, de 17 de abril antes citada, que no cabía apreciar la existencia de cosa juzgada, por cuanto que la primera acción sólo se había ejercitado en interés de algunos —casi todos, pero no todos— afectados. La asociación no había llevado a cabo una completa determinación de todos los perjudicados por lo que ejercitó una segunda acción en interés de los damnificados a los que no había alcanzado la restitución y reparación concedidas en virtud de la acción que se ejercitó en primer lugar.

Para enmendar la plana a la falta de diligencia de la asociación de consumidores, el Tribunal Supremo encontró apoyó en la previsión del artículo 221.2 LEC y en la circunstancia de que las acciones de reclamación de cantidad aparecían acumuladas a una acción de cesación. Cabría entender que esta doctrina de limitación de los efectos de la acción colectiva sólo se produciría en aquellos casos en que el presupuesto de la acción fuera la declaración de ilicitud de una conducta en el seno de una acción de cesación, pero los pronunciamientos del Tribunal Supremo tienen una enérgica eficacia conformadora del modo de entender el Derecho y esta sentencia introdujo un criterio constante —así fue confirmado de forma destacada por la STS 123/2017, de 24 de febrero— en el Tribunal Supremo en la determinación del alcance de las acciones colectivas ejercitadas al amparo de la legitimación señalada en el artículo 11.2 LEC que mutilaba el alcance que otorgaba el artículo 222.3 LEC y la eficacia que naturalmente se corresponde con una acción colectiva.

Ciertamente, el sistema diseñado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, al exigir la determinación de los consumidores afectados cuando la misma resultara posible, confería a una diligente actuación de las entidades legitimadas un difícil encargo. Debían evitar que algún perjudicado quedase desamparado como consecuencia de la delimitación de los damnificados que, de forma congruente con lo señalado en la demanda, se hiciese en la sentencia. El Tribunal Supremo buscó una solución a los casos en que la actuación de la demandante adoleciese de aquella diligencia exigible, pero fue a costa de cercenar la eficacia propia de la acción colectiva, posibilitando una sucesión de acciones colectivas frente al mismo demandado, de forma contradictoria con la finalidad propia de este tipo de acciones.

## **2. La introducción de las acciones de cesación para la tutela de los consumidores y usuarios**

En el momento en que se redactó el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, estaba pendiente la transposición de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses colectivos de los consumidores. Según el considerando (2) de la Directiva, por tales intereses colectivos debían entenderse aquellos «intereses

que no son una acumulación de intereses particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción».

El autor del proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil decidió no abordar esa transposición, sino que entendió que se debía llevar a cabo por la legislación sectorial en materia de consumo, con mayor motivo cuando en esa legislación sectorial ya se contenía la regulación de alguna acción colectiva de cesación. Conforme a tal criterio, la Ley de Enjuiciamiento Civil fue aprobada sin incluir una regulación específica de las acciones de cesación para la tutela de consumidores y usuarios<sup>50</sup>.

Preveían ya acciones de cesación la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en su artículo 25, o la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en su artículo 18. También la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, ya previó en su artículo 12 la posibilidad de ejercicio de una acción de cesación dirigida «a obtener una sentencia por medio de la cual se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo». Constituía una característica acción colectiva ejercitada en interés de los consumidores, tanto de los que ya hubiesen contratado con el predisponente, como de los que pudieran hacerlo en el futuro<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> No obstante, el autor del proyecto preparó la ulterior transposición mediante la introducción en el artículo 223 del proyecto de LEC de una regla 2ª que contenía la siguiente previsión «si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente».

Este carácter abierto de la regulación de la tutela colectiva en el proyecto de Ley se advierte al leer el siguiente pasaje del apartado VII de su Exposición de Motivos que se mantuvo en la redacción dada a la Ley: «En cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, 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. De este modo, la Ley no provee instrumentos procesales estrictamente circunscritos a las previsiones actuales de protección colectiva de los consumidores y usuarios, sino que queda abierta a las modificaciones y cambios que en las leyes sustantivas puedan producirse respecto de dicha protección».

El tenor de este artículo sólo tenía sentido en relación con el artículo 9 del mismo proyecto de Ley que se limitaba a establecer que «las asociaciones de consumidores y usuarios y otras entidades legalmente constituidas para la defensa de los derechos e intereses de aquellos, estarán legitimadas para defender dichos derechos e intereses conforme a las leyes que regulan su protección». Lo señalado en el artículo 9, que no prejuzgaba la extensión de la eficacia de la sentencia, se modificó por el artículo 11 LEC que introducía una fórmula de legitimación a grupos, asociaciones y entidades, que no partía de la tutela de un interés colectivo, sino de un supuesto de acumulación de las acciones individuales de los consumidores damnificados por un mismo hecho dañoso, como hemos visto anteriormente en el epígrafe III.1.

Sin embargo, el artículo 223 del proyecto mantuvo su redacción bajo una nueva numeración como artículo 221 LEC, si bien se sustituyó la referencia al artículo 9, por una referencia al artículo 11 LEC, que ahora regulaba una realidad distinta al supuesto de hecho previsto en el artículo 9 del proyecto de Ley.

<sup>51</sup> Como señala PORTELLANO DÍEZ, P., «Comentario al art. 12», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DÍEZ-PICAZO, L. (dir.), con ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*. Madrid, 2002, p. 568, las acciones colectivas del artículo 12 CGC «no surgen de la lesión de un derecho material propio de los demandantes. Emergen ante el ataque o puesta en peligro del objetivo legal de mantener un tráfico limpio de condiciones generales abusivas».

La transposición de la Directiva 98/27/CE se llevaría a cabo por medio de la Ley 39/2002, de 28 de octubre. Se introdujeron previsiones específicas, en relación con el ejercicio de la acción de cesación en la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>52</sup> y en la legislación sectorial en materia de consumo. El sistema hubiera resultado aceptablemente coherente de no ser por la introducción de una nueva disposición adicional tercera en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En ella se generalizaba la acción de cesación y permitía su ejercicio frente a cualquier conducta que lesionase los derechos e intereses de los consumidores. Llamativamente, en esa disposición se establecía que la legitimación para el ejercicio de esas acciones de cesación se regiría por lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 11 LEC.

En estos apartados 2 y 3 del artículo 11 LEC el legislador del año dos mil había establecido reglas de legitimación para el ejercicio de acciones colectivas encaminadas a la reparación de los perjuicios causados por un hecho dañoso a consumidores y usuarios. La previsión resultaba llamativa, como acabamos de señalar, porque tales apartados variaban las reglas de legitimación en función de que los afectados resultasen de fácil o difícil determinación y, en el caso de la acción de cesación, dado que su eficacia se proyecta hacia el futuro, se hacía necesariamente indeterminado el grupo de sujetos que de ella se beneficiarían. Por más que fuera posible una determinación actual de los sujetos afectados, dada la permeabilidad en la composición de esos grupos de consumidores y usuarios en los ámbitos jurídicos en los que la acción de cesación puede ejercitarse, la determinación de los miembros nunca sería definitiva. La prohibición de una publicidad ilícita o de la utilización de una cláusula por resultar abusiva no redundaba solo en beneficio de los consumidores que ya han contratado con el infractor o predisponente, sino en beneficio de los que pudieran hacerlo en el futuro.

No lo entendió así el Tribunal Supremo en su sentencia 861/2010, de 29 de diciembre, al señalar que «por mucho que pueda trascender —indirectamente— al mercado, lo cierto es que los consumidores o usuarios interesados son fácilmente determinables». El pronunciamiento se ajustaba, por una parte, a las previsiones normativas —concretamente el artículo 11.2 LEC— que expresamente admitían la posibilidad del ejercicio de acciones de cesación cuando los afectados —de forma actual— fuesen fácilmente determinables y, por otra, a la circunstancia de que, en el concreto supuesto que la sentencia resolvía, a la acción de cesación se había acumulado una pretensión de nulidad y de restitución que sólo resultaban procedente respecto de los consumidores afectados de modo actual por la utilización de las cláusulas que se reputaban abusivas. La afirmación del Tribunal Supremo, en el contexto de las acciones ejercitadas y la regulación normativa aplicable, resulta comprensible. La consideración que hacemos de la acción de cesación como una acción que siempre beneficia a un grupo indeterminado de consumidores nos parece, igualmente, inobjetable.

<sup>52</sup> En el ordinal 8º del apartado 1 del art. 6, en el apartado 4 del art. 11, en el apartado 4 del artículo 15, en un nuevo punto 16º en el apartado 1 del art. 52, en el apartado 2 del art. 221, en los puntos 4º y 5º del apart. 1 del art. 249, en el punto 12º del apartado 1 del art. 250, en el ar. 711 y en el apartado 3 del art. 728.

*A) Acciones de cesación individuales y colectivas: la común trascendencia supraindividual de la condena inhibitoria y los elementos diferenciadores*

El ejercicio de una acción individual con una pretensión inhibitoria puede tener una trascendencia supraindividual sobre un conjunto indeterminado y permeable de sujetos —piénsese en el ejercicio de una acción de cesación frente a actividades contaminantes y al amparo del artículo 590 CC—. Ciertamente, la sentencia no extenderá sus efectos de cosa juzgada más allá de los sujetos que sean parte en el proceso, pero tal sentencia, de ser estimatoria, no dejará de tener incidencia sobre todos los sujetos que estuvieran experimentando las consecuencias de la actividad contaminante de forma pareja al actor beneficiado por el pronunciamiento estimatorio. Esta eficacia supraindividual no determina el carácter colectivo de la acción ejercitada. Repárese también en que su desestimación no impedirá que otros afectados por la misma actividad contaminante pueden formular igual pretensión. Quien ejercitó la acción en primer lugar y, por falta de fundamento o de pericia, la vio desestimada, no representaba ni actuaba en nombre de otros afectados por la misma actividad contaminante y carecía de legitimación para actuar por ellos.

Puede el legislador considerar inconveniente que un goteo de pretensiones someta a un determinado sujeto a la necesidad de defenderse de una reiteración de acciones de contenido semejante. Piénsese en los casos en que una empresa haya realizado una campaña de publicidad que se reputa ilícita por algunos consumidores. Cualquiera de ellos tiene legitimación para el ejercicio de una acción de cesación por publicidad ilícita (artículo 33.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, en relación con su artículo 32.1.2<sup>a</sup>). Tal acción, de ser estimada, tendrá una indudable trascendencia supraindividual, pero no se ejercita como acción colectiva, porque tal ejercicio queda reservado a las entidades señaladas en el artículo 33.3 de la Ley de competencia desleal. Su desestimación no impedirá el ejercicio de nuevas acciones con pretensiones de cesación por otros sujetos a quienes el anterior pronunciamiento no puede afectar en atención a los límites subjetivos de la cosa juzgada (art. 222 LEC). Cuando la pretensión inhibitoria se formula en el seno de una acción colectiva, tanto su estimación como su desestimación tendrán ya no solo una trascendencia supraindividual sino una directa eficacia supraindividual. Es decir, de estimarse el cese de la publicidad ilícita, deberá hacerse efectiva la sentencia en términos parecidos a como se hubiese producido de estimarse una acción individual. Ahora bien, de desestimarse la acción —también en caso de estimarse, pero lo relevante son las consecuencias de la desestimación—, todos los miembros de la colectividad en cuyo interés se interpuso la acción quedarán vinculados por el contenido de la sentencia. Carecería de sentido una posterior acción individual o colectiva que insistiese en el carácter ilícito de la misma actividad publicitaria.

La acción de cesación, en materia de condiciones generales de la contratación, contiene una pretensión inhibitoria por la que se solicita del predisponente que se abstenga de utilizar condiciones generales de la contratación que se reputan ilícitas. La desestimación de la acción impedirá una nueva acción de cesación en la que se formule igual pretensión, sin que queda aducir que la circunstancia de haber contratado con nuevos consumidores hubiera podido alterar los límites subjetivos de la cosa juzgada. La acción de cesación ejercitada como colectiva lo es en interés de los



consumidores, entendido este grupo como una colectividad permeable. Por más que pueda determinarse, en el momento de ejercicio de la acción de cesación, quiénes son los consumidores que contrataron con el predisponente de la cláusula que se reputa ilícita, la desestimación tendrá eficacia supraindividual tanto sobre los consumidores que ya han contratado con el predisponente, como sobre los que pudieran hacerlo en el futuro.

Las acciones colectivas de cesación no comportan una colectivización de la tutela que podría proporcionar una acción individual de cesación. Cuando se configura una acción de cesación como individual se permite una actuación individual para lograr la tutela de una situación que, sin duda, afecta a la propia esfera patrimonial o de intereses del sujeto que actúa, pero que también tiene un relieve colectivo. Por ese motivo, no es posible tutelar el interés individual —la repercusión que la tutela inhibitoria tiene en la esfera patrimonial o de intereses del sujeto que actúa— sin que esa tutela tenga trascendencia supraindividual. La situación jurídica tutelada es individual pero tiene siempre y necesariamente repercusión materialmente colectiva. No obstante, resulta pertinente la exclusión de la posibilidad de que el sujeto individual pueda promover una tutela colectiva por cuanto que una inadecuada llevanza del proceso tendría repercusión formalmente colectiva. Sólo procede la tutela formalmente colectiva cuando el ejercicio de la acción se lleve a cabo por quien tenga una adecuada capacidad para asumir la promoción y la conducción del proceso, en definitiva, para la adopción de decisiones y el desarrollo de estrategias que es arriesgado confiar a cualquier sujeto sobre la simple apreciación de que es un sujeto afectado por el comportamiento que se considera antijurídico. Como hemos señalado, la desestimación de la acción —si fue interpuesta como colectiva— comportará la imposibilidad de que vuelva a ser interpuesta. Por esta misma consideración, en muchos casos, la acción de cesación sólo se admite con carácter colectivo, excluyéndose la posibilidad de una acción de cesación individual.

Cuando la acción colectiva tutela un interés propiamente colectivo y no individualizable con carácter exclusivo en particulares sujetos, la justificación de la legitimación no se hace descansar en el riesgo de que los particulares no ejerciten las acciones que les corresponden, sino de determinar quién o qué entidad está en mejores condiciones para ejercitar una acción de titularidad colectiva. En estos casos, el interés individual es efecto reflejo de la pertenencia del sujeto al grupo, titular directo de un interés que es de naturaleza verdaderamente colectiva. La resolución de la cuestión litigiosa se produce de forma única y con consecuencias uniformes y no divisibles en todos los afectados, sin que ninguno de ellos pueda asumir la representación y defensa de un interés que no es exclusivo en cada individuo, sino común en el conjunto de los afectados.

Adviértase que las acciones colectivas de cesación ocupan el lugar que anteriormente correspondía a las actuaciones administrativas de policía de mercado con una finalidad de protección de su buen funcionamiento en interés de los consumidores. La consideración de que es mucho más efectivo el control del mercado si se introducen instrumentos jurídico privados que desplazan o resulten redundantes con la actuación administrativa, ha determinado la introducción de las acciones de cesación. Estas se configuran como un mecanismo de *private enforcement*, de actuación del ordenamiento jurídico aun en aquellos casos en que la actuación no ajustada a Derecho no

se ha traducido en un daño actual a los consumidores<sup>53</sup>. Mediante la acción de cesación se lleva a cabo un control abstracto, al margen de las concretas consecuencias que haya supuesto la práctica cuya cesación se solicita. Esta forma de control resulta congruente con las características del objeto de este tipo de acciones colectivas.

Pueden calificarse estas acciones como colectivas en un sentido propio y eminente, pues la pretensión colectiva no responde a una colectivización de acciones individuales, a la concurrencia de intereses individuales, sino que busca la satisfacción de un interés verdaderamente colectivo, *ab origine*, y no por la conveniencia de alcanzar un pronunciamiento único. La decisión del interés eminentemente colectivo por más que redunde en la situación jurídica de una pluralidad indeterminada de sujetos, lo hace no mediante una multiplicación y reiteración de su eficacia respecto de cada afectado, sino de forma única, uniforme y no individualizada. No cabe una limitación de la eficacia de la resolución a determinados sujetos, ni inicial ni en razón de su autoexclusión, pues privaría de consistencia a un pronunciamiento que sólo puede ser único en relación con todos aquellos que participan del mismo interés colectivo<sup>54</sup>.

Cuando la acción es eminentemente colectiva, no se presenta como una acción redundante a la que correspondería a cada miembro del grupo para la tutela de su interés igualmente particular. No persigue conjurar el riesgo de que algunos miembros del grupo no actúen la acción que pudiera corresponderles para tutelar su derecho exclusivo, porque el interés que se tutela es constitutivamente común y solo de modo reflejo, como consecuencia de la pertenencia del sujeto al grupo, repercute indudablemente en cada miembro del mismo.

El ejercicio de toda acción colectiva comporta un proceso especialmente complejo por lo que resulta muy arriesgado hacer de la acción colectiva una acción pública o una acción a disposición de cualquier particular afectado de forma directa o refleja, aunque tal posibilidad no repugna a la noción de acción colectiva. En todo caso, nos parece más oportuno que también para el ejercicio de una acción eminentemente colectiva se cuente con una solvencia jurídica y económica suficientes para la llevanza de la acción, precisamente por el alcance que tendrá la sentencia.

Hemos visto como, en nuestro ordenamiento, se admiten acciones de cesación individuales —en materia de publicidad ilícita, al amparo del artículo 33.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, en relación con su artículo 32.1.2—, cuya estimación tendrá una repercusión supraindividual indudable, pero de carácter fáctico, material. Su estimación, en la medida en que determinan una efectiva cesación de la conducta que se considera ilícita —piénsese en la cesación de una campaña de publicidad ilícita por el ejercicio de una acción individual— determina la desa-

<sup>53</sup> De forma coherente con este planteamiento, la Directiva (UE) 2020/1828 de acciones de representación señala expresamente en su art. 8.3.a) que para el ejercicio de la acción de cesación —con carácter colectivo— no podrá exigirse la acreditación de «pérdida, daño o perjuicio efectivo de los consumidores considerados individualmente que se vean afectados».

<sup>54</sup> Los párrafos (1) y (2) de la regla 23 (b) de las *Federal Rules of Civil Procedure* configuran supuestos de *mandatory class actions*, en los que no se admite la desvinculación de los miembros del grupo en cuyo interés se ejercita la acción colectiva por cuanto el pronunciamiento ha de ser necesariamente común y único para todos ellos. Para un análisis de este tipo de acciones colectivas, *vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El sistema de las class actions...*, *cit.*, pp. 65 y ss.

parición del interés que pudiera justificar el ejercicio de la acción colectiva. Ahora bien, la desestimación de la acción individual de cesación —como hemos señalado anteriormente— no puede excluir el ejercicio de una acción colectiva de cesación, por cuanto que formalmente, la acción individual de cesación no tiene una eficacia supraindividual<sup>55</sup>, por más que pueda tener una trascendencia fáctica supraindividual.

Lo habitual es que las acciones de cesación encaminadas a garantizar una actuación privada de intereses propiamente colectivos sólo se admitan como acciones colectivas, confiriéndose legitimación a aquellos sujetos o entidades que reúnen una adecuada representatividad de los intereses que tutelan y no a cualquier miembro de la colectividad afectada, porque como hemos señalado, no se trata de reforzar con esta legitimación la que corresponde a los particulares para tutelar su propio interés, sino de garantizar un tratamiento uniforme. Esta realidad puede quedar distorsionada en los ámbitos donde concurren acciones individuales y colectivas de cesación, pero se advierte de forma nítida en aquellos otros en los que sólo se admite el ejercicio de acciones de cesación como acciones eminentemente colectivas. En materia de cláusulas abusivas de la contratación, puede ejercitarse una acción individual de nulidad de una cláusula que se repute abusiva, pero no puede instarse con una acción individual la cesación en la utilización de las cláusulas que se reputen abusivas. La acción de cesación es necesariamente colectiva. La legitimación representativa otorgada a determinadas entidades y asociaciones para el ejercicio de estas acciones eminentemente colectivas no supone —como acabo de señalar y no tengo reparo en reiterar— un refuerzo de la legitimación individual para obtener la actuación del ordenamiento jurídico, sino un desplazamiento de la legitimación de los sujetos particulares a una entidad que representan adecuadamente los intereses del grupo.

*B) La posibilidad de acumulación de pretensiones declarativas y de condena a la acción de cesación*

La acción de cesación, en tanto colectiva, convierte la característica trascendencia supraindividual de la cesación en verdadera eficacia supraindividual. Tal eficacia lo es de una condena inhibitoria. Ahora bien, ese pronunciamiento comporta una valoración de la conducta del demandado como antijurídica. Debemos preguntarnos, si cabe predicar igual eficacia supraindividual respecto de esa valoración del comportamiento del demandado que ha sido condenado a cesar en tal comportamiento. La cuestión alcanza mayor interés cuando la acción de cesación se ejerce en relación con la utilización de una cláusula abusiva que se considera nula.

<sup>55</sup> Disculpará el lector en que insista, al menos en pie de página, en esta idea: en el caso de la acción colectiva no cabe afirmar que su eficacia supraindividual sea puramente fáctica, en tanto que el cese en la conducta tiene aquella repercusión de forma necesaria y material, no formal. De entenderse que la eficacia es fáctica, la sentencia absolutoria no tendría eficacia extensiva alguna y de ser así, tal acción no sería una verdadera acción colectiva. La calificación de una acción como colectiva reclama la vinculación de todos los miembros de la colectividad a lo decidido, tanto si lo decidido es la estimación de la acción colectiva, como su desestimación. El pronunciamiento es formalmente colectivo. Por lo tanto, hay una directa eficacia jurídica de la sentencia sobre todos los miembros de la colectividad y no una mera trascendencia supraindividual de carácter fáctico-material. Sobre estas ideas *vid. mi* trabajo «Acciones con trascendencia supraindividual, acciones colectivas...», *cit.*, pp. 1884 y ss.

En el ámbito de las condiciones generales de la contratación, el artículo 12 LCGC al regular las acciones colectivas, en su capítulo IV, sólo alude a las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales. En modo alguno se alude a una acción colectiva de nulidad. La acción de nulidad es mencionada por el artículo 9 LCGC junto con la de declaración de no incorporación y ambas son configuradas como acciones individuales. Ciertamente, la acción de cesación comporta una condena inhibitoria —de no hacer, de dejar de utilizar las cláusulas lesivas para los consumidores— y también una condena de hacer, de eliminación de «las que reputen nulas». Pero ningún precepto de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación da pie a admitir una declaración expresa de nulidad.

Lo cierto es que en la doctrina se ha venido considerando que, en la condena a cesar en la utilización de una cláusula, se encuentra implícito un pronunciamiento de nulidad, toda vez que el artículo 12 LCGC señala en su apartado 2 que «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»<sup>56</sup>. Y, además, el mismo artículo

<sup>56</sup> Para BARONA VILAR, S., comentario al artículo 12, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación*, Elcano, 1999, p. 448, «se ejercita de manera acumulada siempre dos pretensiones: una merodeclarativa de declaración de nulidad de las cláusulas consideradas como condición general, y otra, la de cesación, de manera que la primera es el “prius lógico” que debe estimarse para que la cesación pueda acogerse también en la sentencia condenatoria». Para PORTELLANO DÍEZ, P., comentario al art. 12, en *Comentarios...*, cit., p. 588 «Lo que caracteriza la acción colectiva de cesación —esto es, la acción inhibitoria— es precisamente que *puede declararse* la nulidad de una serie de cláusulas incorporadas o susceptibles de incorporarse a una pluralidad de contratos, sin necesidad de la previa interposición de la acción individual de nulidad» (la cursiva es nuestra). Parece dar a entender que la declaración de nulidad se produce necesariamente con la condena a cesar, salvo que la estimación de la acción se haya producido por el incumplimiento de los requisitos para la incorporación de la cláusula (*op. cit.*, p. 590).

En la redacción originaria del artículo 12 LCGC se señalaba que «declarada judicialmente la cesación, el actor podrá solicitar del demandado la devolución de las cantidades cobradas en su caso, con ocasión de cláusulas nulas, así como solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados. En caso de no avenirse a tal solicitud, podrá hacerse efectiva en trámite de ejecución de sentencia». La declaración de nulidad expresa no se producía en ningún momento, aunque resultaba implícita, porque la cesación comportaba la eliminación de las condiciones que, por abusivas, se reputaban nulas. Una vez producida la condena a la cesación, en razón del carácter nulo de las cláusulas, el actor podía solicitar la devolución de lo indebidamente cobrado y la indemnización de los daños y perjuicios. Ningún inconveniente había para acumular, eventualmente, tal solicitud a la de condena del demandado a cesar en la utilización de las cláusulas, pero el legislador señalaba que la determinación y exacción de tales cantidades debía hacerse en ejecución de sentencia y sólo en el caso de que no se aviniese a tal solicitud quien hubiera resultado condenado.

Evidentemente, la reclamación tanto de lo cobrado indebidamente como de los daños y perjuicios comportaban un tratamiento colectivizado de los derechos de quienes ya hubiesen contratado con el predisponente y resultaba adecuado que se llevase a cabo al margen del proceso en que se había conocido de la acción de cesación que, si bien podía contener un pronunciamiento de condena a satisfacer tales cantidades en ejecución de sentencia, dado el tenor del artículo 12 LCGC, solo podía articularse como una petición procedente una vez dictada sentencia de condena a cesar en la utilización de las cláusulas que se reputaban nulas. Para una crítica a esta regulación, BARÓN DE BENITO, J. L. *Ley sobre condiciones generales de la contratación. Aspectos procesales*. Madrid, 1998, pp. 90 y ss. que consideraba «difícil concebir cómo las entidades y organismos a los que se refiere el artículo 16, únicas legitimadas para el ejercicio de las acciones colectivas, puedan solicitar la devolución de cantidad alguna respecto de contratos en los que no hayan sido parte». PORTELLANO DÍEZ, P. en su comentario al art. 12, en *Comentarios...*, cit., p. 601, señaló que la legitimación para instar la restitución correspondía a cualquier concreto adherente, en modo alguno las entidades legitimadas para

añade que la sentencia deberá determinar «cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz».

a) *La posibilidad de un pronunciamiento abstracto de nulidad (STS 241/2013, de 9 de mayo)*

En el caso resuelto por la conocida sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo de 2013, la asociación de consumidores AUSBANK ejercitó una acción en la que se interesó expresamente la declaración de nulidad de determinadas cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio (las denominadas comúnmente cláusulas «suelo») de los contratos de préstamo hipotecario de varias entidades bancarias, la condena a su eliminación de las condiciones generales de la contratación utilizadas por esas entidades, así como la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

La declaración de nulidad se solicitaba como un pronunciamiento accesorio al de cesación, lo que vendría reforzado por la posibilidad de instar la restitución e indemnización de daños.

La consideración de la cláusula como nula, en la letra de la ley, no deja de ser una cuestión prejudicial, sobre la cual no parece que quepa un expreso pronunciamiento: tal pronunciamiento debe partir de la ilicitud de la cláusula tal y como se encuentra redactada y en relación con el resto del clausulado general, pero también de las concretas circunstancias de cada consumidor, y sobre estas, no parece que pueda pronunciarse el tribunal. El pronunciamiento de condena a cesar en la utilización de la cláusula tiene una eficacia colectiva. Los intereses de cada consumidor en obtener la restitución de lo indebidamente pagado, la indemnización de los daños e incluso el reconocimiento expreso de la nulidad de parte del clausulado de su contrato, constituyen una pretensión individual, porque es necesario determinar las circunstancias concretas en que se ha producido una lesión, la extensión del daño que ha de ser indemnizado en cada consumidor e incluso determinar si, respecto de un concreto

---

la interposición de las acciones colectivas. En sentido contrario, BARONA VILAR, S., comentario al artículo 12, en *Comentarios...*, cit. p. 474 entendía que el precepto daba cabida a una reclamación colectiva pecuniaria.

Este régimen chocaba con el que venía a introducir la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del año dos mil, cuyo artículo 219.3 LEC sentaba un principio y regla según el cual «no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución». Aunque admitía la posibilidad de una condena ilíquida, su liquidación debía realizarse en un posterior declarativo. Este criterio exigía la modificación del artículo 12 LCGC.

Una posibilidad hubiera sido mantener la acción de cesación como una acción colectiva para instar el cese en la utilización de una cláusula que se reputaba nula y remitir a un posterior declarativo el ejercicio colectivizado de las reclamaciones de devolución del cobro de lo indebido y de los daños y perjuicios.

En los apartados 1 a 3 de la disposición final 6.1 a 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, sin embargo, se optó por permitir la acumulación de las acciones de restitución e indemnización objeto de un tratamiento colectivizado a la acción de cesación. BARONA VILAR, S., comentario al artículo 12, en *Comentarios...*, cit., p. 477, señala que «no se trata, naturalmente, de una indemnización colectiva, carente de fundamento, sino de una petición colectiva de indemnizaciones individuales».

consumidor, la cláusula se había negociado individualmente. La declaración de nulidad o ilicitud de una cláusula, por abusiva, comporta la afirmación de que la misma, integrada en el contrato, no puede vincular al adherente, salvo, claro está, que haya otras estipulaciones contractuales que determinen la falta de abusividad.

En todo caso, la cláusula no opera sino en cada contrato y en razón de las declaraciones de voluntad emitidas, de modo que constituye un elemento que integra tales declaraciones de voluntad. Su eficacia nace con el contrato. El principio de relatividad de los contratos, del artículo 1257 CC, determina que la eficacia de la cláusula general se produce entre el predisponente y el adherente que han perfeccionado un contrato que se integra con ese clausulado general, pero mientras dicho contrato no se haya perfeccionado, ningún vigor cabe reconocer a la cláusula<sup>57</sup>.

No obstante debe advertirse una cierta tendencia en el Tribunal Supremo por asimilar las condiciones generales de la contratación a una verdadera regulación de carácter general, como se advierte, por ejemplo, en el apartado 299 de los Fundamentos Jurídicos de la STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, que intenta superar los límites subjetivos de la sentencia civil, con la invocación de los precedentes existentes en el ámbito contencioso-administrativo cuando el objeto del proceso es una disposición general.

Si retomamos el hilo argumental seguido en la STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, el Alto Tribunal advirtió la imposibilidad de realizar una valoración concreta de cada relación particular en el apartado 162 de sus Fundamentos de Derecho: «cuando se trata de la acción de cesación no es posible la aplicación directa del artículo 82.2 TRLCU —ya que no existe un consumidor concreto con el que se haya negociado o al que se haya impuesto la condición general—», por lo que es suficiente para su valoración la demostración de que «se han redactado por un empresario para ser incluidas en una pluralidad de contratos a celebrar con consumidores, teniendo en cuenta la inutilidad de predisponer cláusulas que después pueden ser negociadas de forma individualizada»<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> En la doctrina mercantil, GARRIGUES había defendido el carácter de fuente del derecho de las condiciones generales como usos mercantiles normativos. Por el contrario, para DE CASTRO, F. «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», en *Anuario de Derecho Civil*, 1961, n.º 2, p. 311, las condiciones generales de la contratación alcanzan como mucho el carácter de usos interpretativos, excluyéndose su aplicación si los consumidores alegan desconocerlas o no haberlas consentido. Evidentemente el consentimiento otorgado a una cláusula abusiva no la convalida, en la medida en que la situación de necesidad en el mercado le obliga a contratar, sin que exista verdaderamente la libertad que es fundamento de la autonomía de la voluntad, *cfr.* DE CASTRO, F. *Las condiciones...*, cit., p. 322 y «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en *Anuario de Derecho Civil*, 1982, n.º 4, p. 1077. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. «Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DíEZ PICAZO, L. (*dirs.*), con ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (*coord.*), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*. Madrid, 2002, p. 82 señala que «la gran mayoría de la doctrina considera que las condiciones predisuestas vinculan porque han sido aceptadas por el adherente, de forma que, en principio, nada las diferencia de cualesquiera otras cláusulas contractuales».

<sup>58</sup> Añade la sentencia que «la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario. Máxime cuando la acción de cesación tiene por objeto cláusulas ya utilizadas y podría haberse probado que, cuando menos, en un número significativo de contratos se había negociado individualmente».

La valoración del desequilibrio en perjuicio del consumidor<sup>59</sup> debía hacerse atendiendo al momento en que se suscribió el contrato, diverso en cada consumidor, y las circunstancias concurrentes en su celebración (apartado 235), pero la sentencia advirtió, en su apartado 238 que «estas reglas deben matizarse en el caso de acciones colectivas de cesación en las que es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula o cláusulas impugnadas en el momento de la litispendencia o en el momento posterior en que la cuestión se plantee en el litigio dando oportunidad de alegar a las partes, y sin que puedan valorarse las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente».

En definitiva, la sentencia concluía que tratándose de una acción colectiva de cesación en la que no cabe una valoración de las «infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta» (*sic.*) lo procedente era un «control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta» (apartado 246)<sup>60</sup>.

El control abstracto no se llevaba a cabo sobre la esfera subjetiva de los contratantes, sino sobre «el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado» (apartado 253) y concluía el Tribunal Supremo que la forma en que estaban establecidas las cláusulas suelo «dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito» de modo que se «convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza» (apartado 264). Es decir, cabía apreciar la existencia de desequilibrio en perjuicio del consumidor.

Tratándose de una acción individual de nulidad, el artículo 9.2 LCGC admite la nulidad parcial cuando, a pesar de la existencia de condiciones ilícitas, el contrato pudiera subsistir. La sentencia se planteó si tal nulidad parcial podía acordarse cuando se trata de una acción de cesación y advirtió en su apartado 267 que tal posibilidad se recoge de forma implícita en el propio tenor literal del artículo 12 LCGC<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Es sabido que la sentencia descartó la posibilidad de controlar el carácter abusivo de las cláusulas denunciadas, en cuanto que las mismas afectaban al objeto principal del contrato (apartados 192 y 196 de los Fundamentos de Derecho) pero la misma sentencia admitió que podían ser controladas desde el punto de vista de su transparencia (apartado 197). Esta falta de transparencia no suponía de forma necesaria un desequilibrio en perjuicio del consumidor, sino que sólo habilitaba el control de abusividad, aun cuando fueran descriptivas del objeto principal del contrato (apartado 229). Efectivamente, de resultar claras y transparentes, no cabía suplantar la autonomía de las partes en la voluntad de contratar sobre un determinado objeto. En tales casos el control de abusividad sólo podría realizarse sobre cláusulas accesorias de carácter general. En cambio, la falta de transparencia y claridad en la definición del objeto del contrato exigía comprobar si se había producido en relación con las condiciones esenciales del contrato una situación de desequilibrio en perjuicio del consumidor (apartado 249).

<sup>60</sup> En la doctrina esta terminología —«control abstracto»— se ha sugerido para indicar que esta acción «instaura [...] la posibilidad de control de condiciones generales con carácter general —no vinculado a un contrato concreto— y, en su caso, previo —esto es, con independencia de que esas condiciones se hayan incorporado a un concreto contrato—», PORTELLANO DÍEZ, P., «Comentario al art. 12», en *Comentarios...*, cit., p. 568.

<sup>61</sup> «Si la nulidad se declara a causa de la estimación de acciones de cesación, la norma también atribuye al juez la posibilidad de declarar la validez parcial de los contratos afectados por la declaración de nulidad de alguna de las condiciones insertas en ellos, y en el artículo 12.2 LCGC dispone que»[1] a acción de cesación se dirige a obtener una sentencia [...] determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz».

Sobre esa base, señaló que si bien, la fijación del interés del préstamo constituía un objeto principal del contrato, no era un elemento esencial (apartado 274), por lo que entendió procedente la subsistencia de los contratos.

La sentencia, sobre la base de un control abstracto, acordó condenar a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas impugnadas en la forma y modo en la que se utilizaban, a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en la forma y modo en la que se utilizaban, declarando la subsistencia de los contratos para las partes, en los mismos términos sin las cláusulas abusivas (apartado 276).

En conclusión, el Tribunal Supremo admitió la posibilidad de realizar un expreso pronunciamiento sobre la nulidad de una cláusula general de la contratación sobre la base de un control abstracto (apartados 234, 246). Sin embargo, también afirmó el carácter no retroactivo de la nulidad de la cláusula<sup>62</sup>, lo que comportaba que su pronunciamiento no tenía tal carácter abstracto, sino que la nulidad se modulaba en su concreta incidencia en cada consumidor, aunque tal modulación se hiciese con un carácter pretendidamente general.

*b) El alcance de la declaración de nulidad de carácter abstracto (STS 139/2015 de 25 de marzo)*

Si es claro que el pronunciamiento relativo a la cesación debe desplegar su eficacia sobre todos los consumidores, no sólo los que habían contratado con las entidades bancarias demandadas, sino los que lo hicieran en el futuro con esas entidades —por el carácter preventivo y proyectado al futuro de la acción de cesación—, resulta más difícil determinar la vinculación de los consumidores a las declaraciones realizadas sobre la ilicitud de la cláusula y los términos en que se pudiera mantener la subsistencia del contrato.

La eficacia de cosa juzgada de la sentencia que resuelve una acción colectiva resulta claro que excluirá cualquier otro proceso posterior en el que se resolviese sobre idéntica acción colectiva<sup>63</sup>, si bien, en este caso, la identidad de los sujetos vendrá determinada por su relación con el interés colectivo que la acción tutela<sup>64</sup>. Para poder afirmar la identidad de acciones y por lo tanto la exclusión de una posterior acción sobre idéntico objeto deben darse una coincidencia en los tres elementos identificadores de la acción: los sujetos entre los que se entabla, lo que se pide y la razón jurídica por la que se insta la tutela. En el caso de una acción eminentemente colectiva, como la de cesación, el carácter permeable de los miembros del grupo

<sup>62</sup> Como es sabido la STJUE de 21 de diciembre de 2016, declaró no ajustado al derecho de la Unión tal irretroactividad. Para un comentario sobre esta sentencia, *cf.* CAÑIZARES LASO, A. «Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo, STJUE de 21 de diciembre de 2016», en *Revista de Derecho Civil*, vol. III, no 4, 2016 y PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. «Algunas notas sobre la STJUE 21 diciembre 2016», en *InDret*, nº 1, 2023.

<sup>63</sup> ARMENTA DEU, T., «Cosa juzgada y acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español», en CARBONELL PORRAS, E. (*dir.*) y CABRERA MERCADO, R. (*coord.*), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Cizur Menor, 2014, pp. 176-177.

<sup>64</sup> La determinación de las identidades subjetivas en relación con el objeto del proceso de una acción colectiva presenta indudables particularidades. Sobre esta cuestión, *vid. infra* epígrafe III.2.B) subapartados d) y e).



exige que la identidad de la acción no se fije en razón de los concretos sujetos que en un determinado momento integran el grupo de consumidores en cuyo nombre se identificó la acción; en la medida en que en esta se pedía una cesación, resultarán beneficiarios de la misma los consumidores que en el futuro pudieran contratar con la misma entidad bancaria predisponente condenada a cesar en su utilización. Ahora bien, si se hace un pronunciamiento que declara la nulidad de las cláusulas efectivamente empleadas en un conjunto delimitado de contratos, no nos encontramos ya ante una acción eminentemente colectiva, sino que cabe preguntarse si lleva a cabo una colectivización de pronunciamientos. La respuesta afirmativa parece abonada en cuanto que el alcance de la nulidad incide en los contratos ya perfeccionados. Y en tal caso, surgen dudas sobre la afirmación de que la nulidad declarada en la sentencia lo había sido con un carácter abstracto. Por otra parte, si el efecto natural de la nulidad es la necesaria restitución de las prestaciones realizadas al aplicarla, la declaración de nulidad y su natural efecto restitutorio sería el contenido propio de la medida de cesación y no una medida resarcitoria.

La cuestión no resulta sencilla<sup>65</sup>. Si centramos nuestra atención en las acciones individuales, por una parte, es cierto que, declarada la nulidad, la restitución surge con un efecto natural en tanto que para acordar su procedencia no es necesario

<sup>65</sup> En la doctrina se ha defendido que la restitución tiene su fundamento en la Ley, de modo que la propia declaración de nulidad comporta por sí misma el deber de restituir. CAÑIZARES LASO, A. «Efectos restitutorios...», *cit.*, p. 111, señala que «la obligación de restituir lo recibido tienen su fundamento en la ley y es consecuencia natural de la declaración de nulidad; por ello no requiere el ejercicio de una acción independiente de la de nulidad». Sin embargo, en relación con la nulidad de las condiciones generales que establecían la cláusula suelo, la Sentencia del Tribunal Supremo 1916/2013, de 9 de mayo, afirmó que la restitución «no opera con un automatismo absoluto» (FJ 17º) pudiendo encontrarse pronunciamientos posteriores en los que el Tribunal Supremo considera la pretensión de restitución como resultado de una distinta acción (STS 139/2015, de 25 marzo). No han faltado así autores que han considerado que «la acción relativa a la restitución patrimonial es una acción independiente de aquella [la de nulidad], aunque la declaración de nulidad sea presupuesto de esta», MORENO GARCÍA, L., *Las cláusulas abusivas*, *cit.* p. 304, con cita de jurisprudencia de las Audiencias en apoyo de su postura. Aduce, para sustentar su postura, la imprescriptibilidad de la acción de nulidad frente al plazo ordinario de prescripción a que se sujeta la restitución patrimonial. En igual sentido, FERNÁNDEZ SEIJO, J. Mº, «La condena en costas en el contexto del Derecho comunitario de consumo», en *Revista jurídica sobre consumidores*, número especial, septiembre 2020, p. 54, con apoyo en la STJUE de 16 de julio de 2020 sostiene que «la acción de nulidad de la cláusula funciona como acción principal, no sujeta a plazo de prescripción, mientras que la acción de reclamación de cantidad es autónoma, vinculada a la acción principal, pero sometida a un régimen procesal y material distinto, de modo que puede declararse prescrita la acción de restitución». En relación con esta cuestión, debe recordarse que la STJUE de 16 de julio de 2020 señaló que «no se opone a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad». En la concreta cuestión prejudicial resuelta por esta sentencia, el TJUE entendió que un plazo de prescripción de cinco años, desde el momento de celebración del contrato, para formular la reclamación de restitución de una prestación derivada de una cláusula contractual abusiva «puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor y, por lo tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica». El pronunciamiento parte, en todo caso, de la posibilidad de establecer un distinto régimen de prescripción para la pretensión de nulidad y la reclamación de restitución, siempre y cuando, la fijación de un plazo para esta última no suponga una vulneración del principio de efectividad en la tutela de los consumidores.

enjuiciar la concurrencia de ningún hecho determinante de tal consecuencia. El pronunciamiento de nulidad no es, en ese sentido, prejudicial respecto de la procedencia de la restitución, por cuanto que los hechos que han de enjuiciarse para la declaración de nulidad y para acordar la restitución son coincidentes. El pronunciamiento no es prejudicial —previo— sino simultáneo: procede la restitución porque el negocio que parecía justificar el desplazamiento patrimonial nunca fue válido y, por lo tanto, resultó ineficaz. Verificada la nulidad, no es necesario enjuiciar nada más para determinar la procedencia de la restitución. Se entiende así la afirmación conforme a la cual, la petición de restitución de lo que fue objeto del negocio que se pretende que sea declarado nulo no comporta una acumulación de acciones<sup>66</sup>, por más que la declaración de ineficacia parezca tener como consecuencia la procedencia de la restitución. «Parezca tener», porque la nulidad propiamente no tiene eficacia, sino que se produce un decaimiento de la apariencia de efectos del negocio declarado nulo.

Hay que añadir que la circunstancia de que sea un efecto natural no supone que sea un efecto necesario, sino que queda condicionado a la voluntad del sujeto en cuyo interés resultara procedente la restitución. Nuestro Tribunal Supremo ha admitido que quien ejercite una acción de restitución en razón de la nulidad total o parcial de un contrato puede limitar, al formular su pretensión, la extensión de esa restitución, en ejercicio de su facultad dispositiva: «una cosa es que la restitución de las prestaciones sea un efecto *ex lege* de la declaración de nulidad, como sostiene la sentencia recurrida (art. 1303 CC), y otra que dicho efecto no pueda modularse en función del principio dispositivo. De manera que, si la propia parte solicitante de la nulidad circunscribe su reclamación a un lapso temporal más corto, el tribunal queda vinculado por dicha limitación de los efectos, conforme a los arts. 216 y 218.1» (STS 698/2017 de 21 de diciembre).

En la práctica, lo normal será la formulación de pretensiones de restitución en las que se invocará la nulidad del negocio como una cuestión «prejudicial» —como si fuera algo previo— o en las que, junto a la solicitud de restitución, se pedirá una expresa declaración de nulidad, como si de una acumulación de acciones se tratase. En todo caso, de formularse una mera pretensión de declaración de nulidad, no nos parece que deba considerarse incongruente un pronunciamiento que afirme la procedencia de la restitución, si el demandante, en ejercicio de su facultad de disposición no ha querido limitar o modular el alcance de esa restitución. Ahora bien, en la medida en que esa restitución tuviese por objeto una cantidad dineraria, por más que resultase líquida, la sentencia declarativa de la ineficacia del contrato no constituye un título ejecutivo<sup>67</sup>. Sólo en los casos en que se haya solicitado de forma expresa una condena a la restitución de las cantidades indebidamente abonadas podrá entenderse constituido el título ejecutivo. Tal pretensión, a la postre, viene a someterse a los

<sup>66</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., *Acumulación de acciones...*, cit., p. 16.

<sup>67</sup> En la medida en que esa restitución tuviese por objeto un concreto bien, su efectividad no se logra por medio de una ejecución, pues lo veda el tenor literal del artículo 521.1 LEC. En cambio, la sentencia declarativa de la ineficacia del contrato no constituye un título ejecutivo y, de no haberse pedido en ese primer proceso una condena a la restitución, podría plantearse la necesidad de acudir a un posterior declarativo al amparo de lo señalado en el artículo 219.3 LEC, para obtener el correspondiente título ejecutivo.

requisitos de ejercicio de la acción y su formulación constituye —llámese impropia si se quiere— una acumulación de acciones.

El artículo 12.2 LCGC tras señalar que el contenido propio de la acción de cesación es una condena al predisponente a la eliminación de las condiciones generales que se reputen nulas, añade a continuación que, a esta acción de cesación, podrá acumularse otra acción: la de devolución —restitución— de las cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones que se han considerado nulas —y también la de los daños y perjuicios causados—. El artículo 53 LGDCU, por su parte, considera las acciones de cesación, nulidad y restitución —también las de anulabilidad, resolución y rescisión contractual— como acciones que admiten su ejercicio colectivo y que pueden en todo caso acumularse. Con este régimen legal, en el ámbito de las condiciones generales de la contratación, la solicitud de restitución se presenta como una pretensión distinta a la de cesación de modo que el tribunal no podrá condenar a la restitución si no ha sido expresamente solicitado por la parte actora, sin perjuicio de que la sentencia pudiera llegar a afirmar que resultaría procedente esa restitución en virtud de la nulidad de una cláusula general de la contratación en cuya utilización debe cesar el predisponente. Esta última declaración no tendría el carácter de título ejecutivo.

Evidentemente, si a la acción de cesación se acumula no solo una pretensión declarativa del carácter ilícito de la práctica, sino una pretensión de «resarcimiento» de índole colectivo, resulta obligado un pronunciamiento expreso sobre la restitución de las prestaciones derivadas de la cláusula objeto del proceso. Tal acumulación seguramente se producirá cuando la ilicitud de la cláusula tenga una necesaria repercusión homogénea en todos los consumidores afectados y desvinculada del proceso de formación de su voluntad. En estos casos, la existencia de una pretensión de resarcimiento comporta que la acción colectiva lleva a cabo una colectivización de las acciones individuales de resarcimiento.

En el caso de cláusulas generales de la contratación, cabe que se haya producido, en la contratación individual, la introducción de otras cláusulas que hubieran completado los aspectos que con carácter general pudieran considerarse abusivos. En este sentido la STS de 9 de mayo de 2013 señaló que la nulidad que declaraba no se extendía a la de todos los contratos, sino que se limitaba «a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos». En su Auto de 6 de noviembre de 2013, aclaratorio de su sentencia de 9 de mayo de 2013 añade: «los efectos de la sentencia se extienden, subjetivamente, a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento y, objetivamente, a las “cláusulas idénticas a las declaradas nulas cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos”, lo que obliga a un análisis pormenorizado para valorar, primero, si se trata de cláusulas materialmente idénticas a las que fueron objeto de dicha declaración y, segundo, si en el caso concreto ha existido esa actuación adicional que subsane los motivos que han provocado la declaración de nulidad». Pero, en todo caso, el carácter abstracto del control parece que excluiría un pronunciamiento que pudiera abarcar las concretas circunstancias de una posterior pretensión de restitución.

Sucede que sobre la base de ese control abstracto el Tribunal Supremo admitió la posibilidad de realizar un expreso pronunciamiento de nulidad y—como antes

hemos señalado— también procedió a limitar las posibilidades de la restitución en el tiempo<sup>68</sup>.

Resulta llamativo el supuesto resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo 139/2015 de 25 de marzo, en el que se quiso hacer valer, a través del recurso extraordinario por infracción procesal, la eficacia de cosa juzgada de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, en un ulterior proceso en el que se reclamaban las cantidades que quedaban cubiertas por la irretroactividad de la nulidad afirmada en esa sentencia del año 2013. El actor había sostenido que la limitación de la restitución impuesta por la sentencia de 9 de mayo de 2013 no le vinculaba en razón de una eficacia de cosa juzgada, porque en aquel proceso no se reclamó cantidad alguna de modo que a la acción de cesación no se le acumularon pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución, a diferencia de la acción individual posteriormente ejercitada. La Audiencia Provincial acogió este planteamiento y condenó a la demandada a la restitución de las cantidades indebidamente cobradas desde la fecha de celebración del contrato, con anterioridad, por tanto, al límite del 9 de mayo de 2013, fijado por el Tribunal Supremo. En el recurso extraordinario por infracción procesal, el propio Tribunal Supremo afirmó que «al apreciarse que a la acción de cesación no se le acumularon pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución, mientras que en la presente acción individual sí se formularon de esta naturaleza, es por lo que no cabe estimar que en la presente litis tenga fuerza de cosa juzgada el pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pagados en aplicación de la cláusula declarada nula». Por lo tanto, la sentencia colectiva no desplegaba una directa eficacia vinculante sobre las pretensiones individuales<sup>69</sup>.

En este punto, la doctrina del Tribunal Supremo es confusa. A pesar de esta inexistencia de eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento de carácter abstracto sobre la procedencia de la restitución como consecuencia de la nulidad, el Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 había señalado que: «la finalidad de las acciones de cesación *no impide el examen de los efectos de la nulidad* determinante de la condena

<sup>68</sup> Para ORTELLS RAMOS, M., «Tutela colectiva y petición colectiva de tutelas individuales conexas en el proceso civil español. Las normas y su aplicación», en ORTELLS RAMOS y CUCARELLA GALIANA (coords.), *Litigiosidad masiva y eficiencia de la Justicia civil*, Cizur Menor, 2019, p. 80, esta sentencia constituye un caso paradigmático en el que el pronunciamiento colectivo se proyectó sobre situaciones individuales.

Esta limitación en el tiempo de la «eficacia» de la restitución fue considerada contraria al Derecho de la Unión por la STJUE 21 de diciembre de 2016 (Cuestión prejudicial C-307/2015 y C 308/2015) por ser contraria a la previsión del artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril, de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea advirtió que el pronunciamiento del Tribunal Supremo no se había limitado a apreciar la existencia de unas cláusulas nulas «en abstracto», sino que su pronunciamiento había comportado una limitación del deber de restitución que la nulidad comporta.

<sup>69</sup> Aun así, la pretensión del consumidor individual de total retroactividad de la restitución como consecuencia de la nulidad de la cláusula suelo fue rechazada por el Tribunal Supremo, al estimar el recurso de casación acumulado, «confirmando la doctrina sentada por la sentencia del pleno del 9 mayo 2013, cuya cabal clarificación se ha llevado a cabo en la presente». Aunque el pronunciamiento de la STS 139/2015 de 25 de marzo, confirma la doctrina de la irretroactividad de la nulidad de las «cláusulas suelo» abusivas, reconoce la inexistencia de una eficacia de cosa juzgada sobre los efectos restitutorios.

a cesar en la utilización de las cláusulas abusivas y a eliminar de sus contratos los existentes, cuando ellos se han utilizado en el pasado». La cursiva es nuestra. Esta doctrina es relevante y subsiste. El control pretendidamente abstracto de las cláusulas que se lleva a cabo en una acción colectiva de cesación no excluye que el Tribunal Supremo pueda definir el alcance de la nulidad advertida. El pronunciamiento abstracto puede presentar, así, consecuencias concretas.

*c) La vinculación —y desvinculación— de los consumidores a la acción de cesación (STJUE de 14 de abril de 2016)*

El alcance del pronunciamiento abstracto de la acción de cesación sobre las acciones individuales de nulidad y restitución de las cantidades indebidamente cobradas viene también condicionado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 14 de abril de 2016, en los asuntos C-381/14 y C-385/14, asuntos Jorge Sales Sinués y Youssouf Drame Ba contra Caixabank y Catalunya Caixa, que resolvió cuatro cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona, que conocía de dos acciones de nulidad de las cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio de los contratos de préstamo hipotecario que habían contraído dos consumidores.

En el momento de interposición de estas dos demandas, que se sustanciaban separadamente, ya se había ejercitado por una asociación de consumidores una acción colectiva de cesación del uso de «cláusulas suelo», en contratos de préstamo dirigida contra varias entidades bancarias y, entre ellas, las dos que habían contratado con los consumidores que habían planteado demanda ante el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona. Estas dos entidades bancarias solicitaron, en cada uno de los procesos en que habían sido demandadas, su suspensión, al amparo del artículo 43 LEC, entendiendo que la sentencia dictada en el proceso colectivo tendría una eficacia prejudicial sobre las acciones individuales<sup>70</sup>. Ahora bien, la literalidad del artículo 43 LEC no impone la suspensión de forma imperativa; parece configurarla como una actuación discrecional en la que el juez deberá ponderar un amplio conjunto de circunstancias<sup>71</sup>.

No fue esta la interpretación mantenida por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona, al entender que el artículo 43 LEC, al apreciar una situación de prejudicialidad, le obligaba necesariamente a suspender el proceso en el que conocía de

<sup>70</sup> Los demandados desecharon la posibilidad de oponer la excepción de litispendencia pues sólo es posible ante la identidad de objetos procesales, *cfr.* MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La litispendencia*. Barcelona, 1999, p. 296; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid, 2005, p. 86; REYNAL QUEROL, N., *La prejudicialidad en el proceso civil*. Barcelona, 2006, p. 278.

<sup>71</sup> REYNAL QUEROL, N., *La prejudicialidad...*, *cit.*, p. 296; parece mantener igual opinión ASENCIO MELLADO, J.M., comentario al artículo 43 en GIMENO SENDRA, V. (*dir.*) y MORENILLA ALLARD, P. (*coord.*), *Proceso Civil Práctico*. 4ª ed. T. I. Las Rozas, 2010, p. 935, al aludir a su aplicación «con la medida necesaria y analizada con la prudencia que exige la necesaria evitación de dilaciones indebidas»; en sentido contrario DE LA OLIVA SANTOS, A., comentario al artículo 43, en DE LA OLIVA, DÍEZ-PICAZO, VEGAS, BANCLOCHE, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, p. 161; DE ANDRÉS HERRERO, M.A., comentario al artículo 43, en MARÍN CASTÁN, F. (*dir.*), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. I. Valencia, 2015, p. 499.

la acción individual de nulidad de la cláusula que se reputaba abusiva<sup>72</sup>. Dado que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea debía partir, en su respuesta a la cuestión prejudicial planteada, de la interpretación del derecho interno realizada por el tribunal remitente, se obligaba a un pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre la efectividad de los derechos reconocidos a los consumidores por el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que partiese de la necesaria suspensión del procedimiento en que se conocía de la acción de nulidad individual por la relación de prejudicialidad que mantenía con una acción colectiva previamente interpuesta y pendiente de resolución.

Una primera cuestión que debía analizarse era la relación entre la acción colectiva de cesación —que comporta una declaración de nulidad de las cláusulas impugnadas— y la acción individual de nulidad. La sentencia de 14 de abril de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se limitó a señalar que «las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes» (considerando 30 de la sentencia)<sup>73</sup>. No resultaría adecuado entender que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea utilizase los términos «objeto» y «efecto» con el significado jurídico técnico preciso que tiene en el ordenamiento jurídico español. La afirmación, en todo caso, venía a señalar que el enjuiciamiento que se lleva a cabo en una y otra se proyecta sobre realidades distintas y los pronunciamientos a que dan lugar no son parangonables.

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado establecer las reglas de armonización de los medios procesales que regulan las relaciones entre las acciones colectivas y las acciones individuales previstas por la Directiva 93/13, en virtud del principio de autonomía procesal, a condición, no obstante, de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad)» (considerando 32 de la sentencia). Desde el punto de vista del principio de equivalencia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no manifestó ninguna objeción a la regulación de nuestro ordenamiento jurídico, otra suerte corre la aplicación del principio de efectividad. Para el TJUE resultó decisivo que la apreciación de

<sup>72</sup> Esta interpretación, sobre la obligatoriedad de la suspensión, no era compartida por la Comisión, ni por el Gobierno español en las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como recoge en sus Conclusiones el Abogado General Sr. Maciej Szpunar: Comisión y Gobierno español coincidían en que tal suspensión tenía un mero carácter facultativo, si bien, el Abogado General también se hace eco de la interpretación y aplicación divergente del artículo 43 por nuestros tribunales (vid. considerandos 30 a 33 y notas 9, 10 y 11).

<sup>73</sup> En las conclusiones del Abogado General presentadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 14 de enero de 2016, se señalaba que «la relación existente entre las acciones individuales y las acciones colectivas no ha sido regulada expresamente por el legislador de la Unión». No obstante, el Abogado General mantiene en sus conclusiones el carácter complementario de la acción colectiva respecto de la acción individual. El Abogado General deduce este carácter complementario de la Directiva 93/13 al apreciar que establece en las acciones colectivas de cesación un control abstracto y general del carácter abusivo de las cláusulas contractuales y no de carácter concreto, como, en cambio, exige la Directiva para las acciones en las que sea parte un consumidor individual (considerando 55 de las conclusiones).

prejudicialidad condujera a la suspensión del proceso. Si bien la finalidad de evitar la existencia de pronunciamientos contradictorios podría justificar la suspensión<sup>74</sup>, el TJUE —en su considerando 30— introdujo una relevante condición: «sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores», lo que llevaba a dar un especial relieve a la vinculación del consumidor al resultado de la acción colectiva, al margen de su participación en el proceso colectivo<sup>75</sup>.

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se producía una falta de efectividad por la necesaria suspensión del proceso individual hasta que se resolviese mediante sentencia firme la acción colectiva pues «el consumidor no puede hacer valer de forma individual los derechos reconocidos por la Directiva 93/13 *desvinculándose de dicha acción colectiva*» (considerando 35, la cursiva es nuestra). La imposibilidad de desvinculación era señalada como una razón *a fortiori* en el considerando 40. En definitiva, la suspensión —y el consiguiente retraso— comportaban una merma de la efectividad en la tutela de los derechos de los consumidores que reclamaba un no sometimiento a esa suspensión, de modo que su acción individual de nulidad pudiera ser resuelta en un periodo razonable —y breve— de tiempo, aunque esta solución comportase la existencia de pronunciamientos contradictorios.

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo relevante era que el consumidor no podía continuar su acción individual de nulidad, pendiente un proceso colectivo con un objeto sólo parcialmente coincidente, ni intervenir en ese proceso para hacer valer sus derechos e intereses<sup>76</sup>.

Las divergencias interpretativas sobre la aplicación de las normas que, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, hacían referencia a la prejudicialidad y las acciones colectivas determinaban que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea debiera pronunciarse sobre cuestiones en las que no había una clara distinción de instituciones.

<sup>74</sup> En su considerando 30, afirmó que la regulación de «la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias».

<sup>75</sup> En este punto, la sentencia es tributaria de los argumentos dados por el Abogado General para defender la lesión del principio de efectividad como consecuencia de la suspensión de la acción individual en razón de la prejudicialidad desplegada por la acción colectiva. Tales argumentos, principalmente los señalados en el considerando 73 de las conclusiones del Abogado General, se fundaban en el diferente fuero de competencia que la acción colectiva comporta frente a la individual, las dificultades de intervención en el plazo previsto en el artículo 15 LEC, la imposibilidad de que el consumidor pueda modificar el objeto o introducir otras pretensiones en el proceso colectivo, la exclusión en el mismo de la posibilidad de renunciar a sus derechos, y, finalmente, el retraso que el proceso colectivo impone en la sustanciación de la acción individual, como consecuencia de la suspensión.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea los acoge de forma desordenada, en unos casos como fundamentación directa —concretamente en sus considerandos 37 y 38— y, en otros, de forma reiterativa y a mayor abundamiento —en concreto en el considerando 40—.

<sup>76</sup> La Recomendación de la Comisión 396/2013/UE, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización y lo establecido en su artículo 22 —*vid supra* las referencias a la misma en la introducción a este trabajo— planea en la decisión final del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Adviértase que lo establecido en el artículo 22 de la Recomendación se formula en relación con los procesos en los que se insta la reparación de un daño y no aparece, en cambio, entre los principios específicos relativos al recurso colectivo de cesación.

Ante esa tesitura, el fallo de la sentencia parece intentar reafirmar, ante la nebulosa normativa española, la incolumidad de los derechos subjetivos de los consumidores que se garantiza con la rotunda afirmación de que el consumidor siempre ha de poder desvincularse de una acción colectiva sin entrar a distinguir si se trata de una acción colectiva de cesación o de una acción colectiva de carácter resarcitorio.

La exigencia de esta posibilidad de desvinculación distorsiona un pronunciamiento que hubiera resultado más comprensible y equilibrado si se hubiese limitado a admitir la posibilidad de suspensión por prejudicialidad, siempre que no fuera preceptiva y pudiese tomar en consideración su pertinencia desde la perspectiva de la protección del consumidor y la efectividad de los derechos que le reconoce el Derecho de la Unión.

Y es que la referencia a la facultad de desvinculación responde a una cuestión expresamente planteada por el órgano jurisdiccional remitente. La consideración por el Tribunal de Justicia de la Unión de los términos en que fue planteada la cuestión prejudicial 3ª —«el hecho de que el consumidor no pueda desvincularse de la acción colectiva, ¿supone una infracción del artículo 7, apartado 3 de la Directiva 93/13?»— condujo a una respuesta en el fallo —«El artículo 7 (...) se opone a una normativa nacional (...) que obliga al juez (...) a suspender (...) sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva»— que cabría calificar de excesiva.

La solución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resultaba excesiva pues admitía la posibilidad de desvinculación del consumidor individual frente a una acción de cesación que tutela un interés colectivo, en sentido propio y eminente. Tal pronunciamiento venía condicionado por la acumulación a la pretensión de cesación de otras pretensiones de restitución que daban a la acción ejercitada el perfil propio de una acción de reparación del daño, en la que ya no se ventilaban intereses propiamente colectivos, sino que se acumulaban pretensiones de reparación del daño que respondían a los intereses individuales de los consumidores afectados por el comportamiento antijurídico de las entidades financieras demandadas. El pronunciamiento de carácter abstracto, sobre la nulidad de las cláusulas, con repercusiones concretas en el alcance de la restitución a los consumidores que también habían formulado pretensiones de restitución en un proceso que quedaba en suspenso en razón de la prejudicialidad civil, condujo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a establecer que el consumidor puede desvincularse de una acción de cesación. Difícilmente puede desvincularse un consumidor de un proceso en el que se resuelve sobre la tutela de un interés propiamente colectivo y no individualizable en ninguno de sus miembros. Tal posibilidad solo resulta razonable respecto de las pretensiones acumuladas en relación con derechos individualizables en cada uno de los consumidores afectados.

*d) Las relaciones entre las acciones colectiva e individual según el Tribunal Constitucional (STC 148/2016, de 19 de septiembre)*

El asunto de las comúnmente denominadas «cláusulas suelo» ha sido también objeto de análisis por nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia 148/2016, de 19 de septiembre, cuya doctrina ha sido reiterada en sus sentencias 206/2016, 207/2016, 208/2016 y 209/2016, todas ellas de 12 de diciembre, y su sentencia 3/2017, de 16 de enero.



La sentencia del Tribunal Constitucional 148/2016, de 19 de septiembre resolvió un recurso de amparo promovido por dos consumidores. Estos habían interpuesto una acción individual de nulidad de una condición general de la contratación y otra acción acumulada de reclamación de cantidad. Las acciones estaban dirigidas contra una entidad bancaria ya demandada con anterioridad en un proceso colectivo en el que una asociación de consumidores y usuarios había ejercitado una acción de cesación de la utilización de la misma cláusula impugnada por los dos consumidores. Conoció de esas dos acciones individuales el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona, quien, en su auto de 24 de julio de 2013, atendida la solicitud del demandado, decidió suspender el proceso por prejudicialidad civil. La decisión fue revisada en apelación por el auto de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 9 de octubre de 2014, que desestimó el recurso de apelación interpuesto, al tiempo que acordó modificar de oficio la resolución recurrida, al apreciar que no concurría prejudicialidad, sino litispendencia, y ordenó el archivo de las actuaciones.

El suplico de la demanda de amparo se había ceñido a la impugnación del auto de la Audiencia Provincial de Barcelona por estimar, de oficio, la excepción procesal de litispendencia. El recurso de amparo fue estimado por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Resulta llamativo que ordenara la retroacción de actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior al de dictarse el auto del Juzgado de lo Mercantil de 24 de julio de 2013, para que —según señala el fallo, en relación con su fundamento jurídico 7º— el tribunal «*a quo* provea a las actuaciones de una manera que resulte respetuosa con el derecho fundamental declarado», esto es, «ordenando la continuación del procedimiento en primera instancia hasta su resolución por sentencia que resuelva el fondo de las pretensiones deducidas por las partes».

La razón de esta actuación se encuentra en que el Tribunal Constitucional atendió a las referencias que, en la fundamentación de la demanda, se hacían al auto de 24 de julio de 2103 del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona y «dado que la demanda en ningún momento afirma que el auto de la Audiencia hubiere reparado la lesión producida por el Juzgado *a quo*, ha de entenderse que el recurso de amparo se plantea en realidad contra ambas resoluciones judiciales, siguiendo la doctrina de este Tribunal en cuya virtud, el escrito de demanda de amparo “constituye un todo unitario, cuya lectura ha de acometerse con un criterio flexible y no formalista”», con cita de la STC 123/2010, de 29 de noviembre<sup>77</sup>.

<sup>77</sup> Aplicación un tanto forzada de la doctrina precedente. La STC 214/2005, de 12 de septiembre —citada por la STC 123/2010— flexibiliza el alcance del *petitum* de la demanda de amparo dirigida contra el auto desestimatorio de la nulidad de actuaciones del proceso seguido *inaudita parte*, aun cuando la vulneración se había producido en la sentencia condenatoria, porque en la fundamentación de la demanda de amparo resulta claro que la lesión constitucional se produjo en el defectuoso emplazamiento al demandado. La STC 123/2010, de 29 de noviembre, flexibiliza el alcance del *petitum* de la demanda de amparo dirigida contra la sentencia y actuaciones anteriores, por más que la infracción se produjo en las providencias posteriores a la sentencia que denegaron al demandante en amparo el carácter de tercero con interés legítimo para intervenir en el proceso, por cuanto que la vulneración consistía en la falta de emplazamiento inicial de la demandante en amparo y, por lo tanto, su exclusión del proceso.

Se advierte el carácter —como decía— forzado de la aplicación de esta doctrina, pues recurriéndose en amparo el archivo de unas actuaciones, el Tribunal Constitucional entiende que también debe pronunciarse sobre la suspensión de las actuaciones acordada por el tribunal *a quo*.

Lo cierto es que el alcance de ambas decisiones era distinto, pues mientras el auto de 24 de julio de 2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona suspendía el proceso, el auto de 9 de octubre de 2014 de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona ordenaba su sobreseimiento. La proyección del derecho a la tutela judicial efectiva sobre ambas resoluciones tiene una distinta incidencia. Mientras la segunda negaba todo acceso al proceso, sobre la base de la existencia de una situación de litispendencia, la primera se limitaba a apreciar una situación de prejudicialidad y, para evitar la existencia de pronunciamientos contradictorios, ordenaba, al amparo del artículo 43 LEC, la suspensión del proceso<sup>78</sup>.

La decisión de extender el conocimiento del recurso de amparo a la resolución que ordenaba la suspensión del proceso por prejudicialidad civil parece obedecer a la voluntad del Tribunal Constitucional de atender al pronunciamiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de abril de 2016. Dicha sentencia, como hemos analizado anteriormente, garantizaba el derecho del consumidor a desvincularse de una acción colectiva, en la medida que de ese modo se garantiza la efectividad de los derechos que le reconoce la Directiva 93/13/CEE. Tal exigencia de desvinculación no se afirmaba sobre la base de derecho fundamental alguno, sino a la mejor tutela de los intereses y derechos de los consumidores, bajo un principio de efectividad.

El Tribunal Constitucional era consciente de que el principio de primacía del Derecho de la Unión no dota a las normas del Derecho de la Unión de «rango y fuerzas constitucionales» —cita a este respecto la STC 215/2014, de 18 de diciembre—

<sup>78</sup> Con anterioridad, en relación con una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por acordarse la suspensión del proceso por prejudicialidad penal, el Tribunal Constitucional en su sentencia 166/1995 de 20 noviembre señaló: «Es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales ordinarios, ex art. 117.3 de la Constitución, apreciar la efectiva concurrencia, en cada caso, de la relación de dependencia material a que alude el precepto [—refiriéndose al artículo 10.2 LOPJ—]. Apreciación que únicamente podrá ser objeto de revisión en vía de amparo si la misma resulta inmotivada o manifiestamente irrazonable o arbitraria, pues, en tal supuesto, se habría incurrido en infracción del derecho a la tutela judicial efectiva».

Es más, el Tribunal Constitucional ha señalado que en los casos de prejudicialidad obligadamente devolutiva, «el apartamiento arbitrario de esta previsión legal del que resulte una contradicción entre dos resoluciones judiciales, de forma que unos mismos hechos existan y dejen de existir respectivamente en cada una de ellas, incurre en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por cuanto la resolución judicial así adoptada no puede considerarse como una resolución razonada, fundada en Derecho y no arbitraria, contenidos éstos esenciales del derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE» (STC 30/1996, de 26 de febrero, cuya doctrina reproducen las SSTC 255/2000, de 20 de octubre y 147/2002, de 15 de julio). Es cierto que esta doctrina destaca la falta de fundamento jurídico de una sentencia que afirma o niega un hecho en contradicción con otra sentencia en supuestos de prejudicialidad obligadamente devolutiva, mientras que la diversa valoración del carácter abusivo de una cláusula no es, propiamente, la fijación de un hecho y, por otra parte, la obligatoriedad de la prejudicialidad establecida en el artículo 43 LEC resulta discutible. Pero en todo caso, la suspensión del proceso —salvo que sea acordada de una forma inmotivada, irrazonable o arbitraria—, no constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y, nos atrevemos a señalar, que aun cuando fuese inmotivada, irrazonable o arbitraria, la vulneración que se produciría se encontraría más que en el derecho a la tutela judicial efectiva, en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Cabría objetar a la afirmación que acabamos de realizar, que el derecho a la tutela judicial efectiva quedaría mermado en la medida en que la prejudicialidad comporta asumir, en el proceso que se suspende, la decisión que vendrá impuesta por el proceso que ocasiona la suspensión.

pero añadió que eso no significaba que debiera abstenerse de juzgar la forma en que los poderes públicos aplican el derecho de la Unión Europea, pues —y en este punto recoge la doctrina sentada en su sentencia 232/2015, de 5 de noviembre— «corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando (...) exista una interpretación auténtica [(sic.)] efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso”, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva».

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue así utilizada como argumento *a fortiori* para considerar irrazonable la decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona de ordenar el archivo de las actuaciones al apreciar litispendencia, desde un punto de vista del resultado de la aplicación del Derecho, contrario al principio de efectividad reclamado por el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE objeto de «interpretación auténtica» por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>79</sup>: «Esta doctrina resulta aplicable con igual o mayor fuerza, cuando la respuesta jurisdiccional ha sido la de poner fin al litigio, como aquí ha hecho la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, al declarar la litispendencia».

Pero, sin ninguna otra invocación a esta doctrina, salvo la decisión expresada en su fundamento jurídico primero de extender la impugnación constitucional contra las dos resoluciones, el Tribunal Constitucional también decidió, de plano y sin motivación, anular el auto de 24 de julio de 2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona, ordenándole la continuación del proceso. Tal decisión parece responder a una mera aplicación automática de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sin llevar a cabo la más mínima reflexión sobre el carácter arbitrario o irrazonable de la decisión del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona. Tampoco, todo hay que decirlo, sobre el alcance de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En relación con la impugnación del auto de 9 de octubre de 2014 de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, el Tribunal Constitucional llevó a cabo una revisión de la aplicación del derecho objetivo por la Audiencia Provincial. Ciertamente, no es función propia de la jurisdicción constitucional determinar cómo debe interpretarse la legislación ordinaria, pues invadiría el ámbito propio de la jurisdicción ordinaria, pero sí que le compete al Tribunal Constitucional analizar si la interpretación realizada resulta desproporcionada en atención a los fines perseguidos y los intereses que se sacrifican. En este sentido, examinó si resultaba desproporcionada la privación —con el sobreseimiento y archivo de las actuaciones— del derecho a un pronunciamiento sobre el fondo, al apreciar una situación de litispendencia.

Curiosamente, en su análisis, el Tribunal Constitucional insistió en la inexistencia de normas que expresamente excluyesen la viabilidad de las acciones individuales

<sup>79</sup> Adviértase que la resolución del TJUE que alumbraba tal «interpretación auténtica» se produjo el 14 de abril de 2017, con posterioridad por tanto, a las resoluciones impugnadas en amparo, de 24 de octubre de 2014 y a la de 24 de julio de 2013, a la que se extendió el control en amparo.

una vez ejercitada la acción colectiva de cesación<sup>80</sup>. La argumentación sorprende, porque el objeto de control constitucional no debe consistir en una indagación de la existencia de normas que habiliten tal exclusión, sino en la verificación de si la aplicación de lo establecido en el artículo 421 LEC se había seguido un criterio interpretativo desproporcionado<sup>81</sup>.

Aunque el Tribunal Constitucional orilló toda referencia al artículo 421 LEC, no eludió, en su fundamento jurídico cuarto, la comparación de los objetos del proceso en el que se ejercita la acción de cesación y del proceso en que se insta la acción individual de nulidad.

Consideró que faltaba la identidad entre las acciones colectiva e individual, en primer lugar porque se remite a los recurrentes a un proceso en el que se conoce de la acción de cesación pero en el que no pueden ser partes —al carecer de legitimación para iniciarlo— ni intervenir —según resulta de lo establecido en el artículo 15.4 LEC—<sup>82</sup>. Junto a la que considera una clara falta de identidad subjetiva, advierte que «la identidad —que no mera similitud— de objeto entre ambos procesos, de otro lado, resulta cuanto menos dudosa» (FJ 6º).

Lo cierto es que el Tribunal Constitucional parecía ignorar que la comparación de los objetos procesales exige verificar tres elementos identificadores de la acción ejercitada: el subjetivo, el *petitum* y la causa de pedir. Afirmar que no se da la identidad subjetiva y, al tiempo, afirmar una dudosa identidad objetiva denota cierta impre-

<sup>80</sup> Así, señala en su fundamento jurídico cuarto que «no aparecen normas que habiliten al Juez para acordar la exclusión o archivo del proceso de nulidad individual por la mera admisión a trámite de una acción de cesación de la misma cláusula, resultando más bien claras las expresiones del legislador en sentido contrario a esa tesis restrictiva del derecho de acceso a la jurisdicción». Por tales expresiones, sólo se menciona la realidad de la regulación de las acciones individuales junto con las colectivas. Si es cierto que no hay normas que expresamente excluyan las acciones individuales, de haberse ejercitado la colectiva, tampoco hay normas que expresamente afirmen su compatibilidad.

En la doctrina, sólo puede encontrarse una argumentación equivalente en el comentario al artículo 20 LCGC de Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y Díez PICAZO, L. (*dir.*), con ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (*coord.*), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, p. 815 cuando afirma: «respecto de los adherentes es evidente que la sentencia desestimatoria de una acción colectiva —paradigmática y en lo que más nos interesa, de una acción de cesación— no impide el ulterior ejercicio y estimación de acciones individuales. En primer lugar, *porque no hay precepto legal alguno que lo impida*» (la cursiva es nuestra).

<sup>81</sup> El artículo 421 LEC ordena dictar auto de sobreseimiento cuando se aprecie la pendencia de otro juicio sobre objeto idéntico. Debe revisarse si la apreciación de esa identidad de objeto se ha llevado a cabo con un criterio razonable y, en segundo lugar, si la aplicación de una regla de litispendencia que persigue evitar pronunciamientos contradictorios ocasiona un sacrificio desproporcionado de los intereses de los justiciables.

<sup>82</sup> Señala el Tribunal Constitucional en su FJ sexto que, aunque la demanda de cesación fue publicada en medios de comunicación nacional, por acordarlo así el juzgado competente «a falta de una carga procesal impuesta por la ley, los aquí recurrentes no tenían que atender el emplazamiento efectuado, ni en ese ni en otro proceso de cesación en cualquier parte del territorio nacional, por más que apareciera impugnada una cláusula del mismo contenido que la suya». Esta idea aparece también en el FJ cuarto «En cualquier caso, resulta evidente que al eliminarse las medidas de publicidad del proceso para las acciones de cesación, el legislador asume no solamente que el consumidor individual no necesita estar presente en las actuaciones del proceso colectivo y, por ello mismo, puede actuar al margen de él ejercitando la acción de nulidad individual en un proceso autónomo. También que, en consecuencia, no puede deducirse judicialmente ninguna privación o sacrificio a dicha acción individual, por mor de una carga de personación al proceso de cesación que no existe».

cisión en la utilización de conceptos procesales elementales, porque la identidad subjetiva es un elemento que hay que apreciar en el propio objeto, con independencia de quién haya actuado como demandante, porque su actuación puede haber sido con una legitimación extraordinaria.

Así, en cuanto a la identificación del objeto, desde el punto de vista subjetivo, la acción colectiva de cesación se ejercitaba en interés de los dos consumidores que habían ejercitado la acción individual, por más que estos careciesen de legitimación para interponer la acción de cesación o para intervenir en el proceso, toda vez que el ordenamiento jurídico considera suficientemente tutelado el interés colectivo —del que los dos consumidores participaban— por las asociaciones, entidades y órganos públicos a los que otorgan legitimación el artículo 16 LCGC y, tratándose de consumidores y usuarios, el artículo 54.1 TRLGDCU. Ambos objetos procesales prestan tutela a los mismos sujetos. La acción individual exclusivamente a los dos consumidores que habían contratado con el predisponente, la colectiva, junto a esos dos consumidores, al conjunto de todos los consumidores que ya habían contratado con el empresario predisponente y también a los que pudieran hacerlo en el futuro<sup>83</sup>.

<sup>83</sup> Se plantea DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., en su comentario al artículo 20 LCGC en *Comentarios...*, *cit.*, p. 817 si la identidad del demandante es elemento identificador de la acción colectiva. Formulada la cuestión de este modo, hay que responder que sí, la acción se identifica desde el punto de vista subjetivo por las identidades del sujeto en cuyo interés se insta la tutela jurídica —habitualmente el demandante, con legitimación ordinaria— y el sujeto frente a quien se reclama esa tutela jurídica. En los supuestos de ejercicio de acciones colectivas, el ordenamiento legitima a determinadas asociaciones, grupos y entidades para que actúen un derecho o interés ajeno —en este caso el interés colectivo de los consumidores— en interés ajeno —el de los consumidores—. El ejercicio de la acción es con legitimación extraordinaria, en modo alguno con legitimación ordinaria. Sucede algo parecido en el ejercicio de una acción de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. La acción ejercitada por el cónyuge de la persona con discapacidad, si las circunstancias fácticas no varían, es la misma acción que pudiera intentar posteriormente el hijo de esa persona con discapacidad. Ambos actúan con legitimación extraordinaria y la variación de demandante no afecta a la identidad de la acción. Afirmar que las entidades habilitadas por el artículo 16 LCGC actúan con legitimación directa o propia supondría admitir que actúan un interés propio, lo que no es cierto, y tendría como consecuencia que la decisión de la acción ejercitada por una de ellas no impediría un nuevo conocimiento de la que otra pudiera ejercitar con idéntico *petitum* y *causa petendi*, en tanto que se consideraría una acción distinta. Debe afirmarse que las entidades habilitadas por el artículo 16 LCGC actúan con legitimación extraordinaria. Sucede que, en el ámbito de las acciones colectivas, el grupo indeterminado y permeable de consumidores no puede actuar con legitimación propia, salvo que el ordenamiento jurídico permitiese —lo que hoy en día no ha hecho— constituir un órgano al que se le atribuyese en exclusiva la representación jurídica de esa colectividad.

Si se advierte que todas las entidades legitimadas por el artículo 16 LCGC lo son con legitimación extraordinaria, no puede sustentarse la postura mantenida por DÍEZ-PICAZO, *op. et loc. cit.*, según la cual, puesto que la cosa juzgada se da *inter partes*, a falta de un precepto del legislador que establezca la extensión de los efectos de la sentencia a otras entidades legitimadas, estas pueden reiterar la acción de cesación contra la misma cláusula y por iguales fundamentos.

Para CALDERÓN CUADRADO, P., «La sentencia dictada en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios», en BARONA VILAR, S. (coord.), *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*. 2ª edición. Valencia, 2003, p. 408, nota 77, debe extenderse la eficacia de la sentencia a otros legitimados porque «en realidad los titulares últimos de los derechos e intereses en conflicto son idénticos».

GASCÓN INCHAUSTI, F. «Acciones de cesación», en REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (dir.) *La defensa de los consumidores y usuarios*. Madrid, 2011 p. 963, «A mi juicio, ha de entenderse que la acción colectiva es una y la misma, con independencia de quién sea el concreto sujeto que aproveche la atribución especial de legitimación para ejercitarla». Hecha esta afirmación, carecen de

La diferencia entre ambas acciones viene determinada por la *causa petendi*, en cuanto que, en la acción colectiva, la nulidad sólo puede declararse a partir de la consideración abstracta de la cláusula, en atención a la equivalencia de prestaciones entre el predisponente y quienes con él contratan, pero sin que puedan tenerse en cuenta las concretas circunstancias que pueden concurrir en cada contrato. Sí que son relevantes en la determinación de la *causa petendi* los distintos hechos y elementos jurídicos que cada consumidor pueda poner de relieve para sustentar tanto la acción individual de nulidad de la cláusula, como para sustentar, en su caso y en otro procedimiento, su validez.

El propio Tribunal Constitucional advirtió esta diferencia cuando en el fundamento jurídico cuarto de su sentencia alude al «objeto propio y principal de dicha acción [la de cesación], que sigue siendo de control abstracto de las cláusulas», debiendo entenderse aquí por «objeto», la finalidad perseguida por la acción. La identificación del objeto, desde el punto de vista del *petitum*, de la tutela instada, presenta una cierta coincidencia. En la acción colectiva se pide la cesación en la utilización de las cláusulas que se reputan ilícitas e, implícitamente, la declaración de su nulidad. En las acciones individuales se pide simplemente la declaración de nulidad de las mismas cláusulas. Ambas nulidades, tienen un distinto alcance en la determinación de la ineficacia de la cláusula. La nulidad abstracta permite el pronunciamiento de condena inhibitoria, pero tal nulidad no determina necesariamente la ineficacia de las estipulaciones en cada concreta relación, pues tanto el predisponente como el consumidor pueden acreditar que la cláusula declarada ilícita en el proceso colectivo responde a una negociación individualizada y que su eficacia queda salvaguardada por el juego de las concretas contraprestaciones establecidas en un concreto contrato con el mismo predisponente.

Debe excluirse por tanto la identidad de objeto. La interpretación realizada por la Audiencia Provincial, que presupone la extensión de la nulidad declarada de forma abstracta, como una ineficacia incondicionada de la cláusula declarada ilícita en todos los contratos suscritos por los consumidores en cuyo interés se actúa, excluye la posibilidad de que el consumidor individual pueda hacer valer su propio interés particular en mantener la vigencia de la cláusula. En definitiva, la interpretación realizada por la Audiencia Provincial, al ordenar el sobreseimiento del proceso en el que se ejercitó la acción individual de nulidad, lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares consumidores.

De modo confuso es lo que viene a señalar el Tribunal Constitucional en su fundamento jurídico sexto al entender la apreciación de la litispendencia por identidad de objeto como una automática extensión del efecto de cosa juzgada, siguiendo el principio de que hoy hay litispendencia donde mañana habrá cosa juzgada: «exten-

---

sentido las dudas que asaltan a este autor: «Ahora bien, no está claro si se trataría de una extensión de la cosa juzgada a terceros, dada la ausencia de precepto legal que la establezca» añadiendo que «podría también sostenerse que nos hallamos ante un supuesto de ausencia de acción». Si la acción es una y la misma, la identidad de objeto debe conducir, según el artículo 421.1 LEC al sobreseimiento del proceso, por apreciar la existencia de cosa juzgada o litispendencia.

Sin ofrecer una razón definitiva en la que apoyar su postura, sostiene BONACHERA VILLEGAS, R., *Tutela procesal...*, cit., p. 104, que «dictada una sentencia firme sobre el fondo del asunto en un proceso colectivo, no caben nuevos procesos colectivos a consecuencia de los mismos hechos dañosos, instados por otras asociaciones de consumidores y usuarios, entidades habilitadas o grupos de afectados frente al mismo demandado».

der de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato, en los términos observados antes por nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

Ahora bien, resulta dudoso que atente contra esa autonomía una suspensión por prejudicialidad, cuando el consumidor ha instado la declaración de nulidad de la cláusula en el contrato al que ha quedado incorporada. El efecto prejudicial es claro y se hace evidente la parcial coincidencia de objeto entre ambas acciones. El consumidor no va a plantear la validez de la cláusula y el demandado aguardará a la resolución de la acción colectiva para hacer valer, en el caso de que se estime el carácter abusivo de la cláusula, que la misma fue objeto de negociación. Cuestión distinta es que se considere desproporcionada la suspensión del proceso en el que se conoce de la acción individual, desde el punto de vista de la efectividad de la tutela de los derechos de los consumidores, como hizo la STJUE de 14 de abril de 2016. Pero sobre dicha desproporción no hace consideración alguna el Tribunal Constitucional.

*e) El alcance de cosa juzgada de la sentencia colectiva de cesación (STS 367/2017, de 8 de junio)*

Debe hacerse alguna matización al razonamiento del Tribunal Constitucional que hemos analizado en el epígrafe anterior. Importa destacar que el artículo 20 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en su redacción originaria, regulaba los efectos de la sentencia<sup>84</sup> y que quedó vaciado de contenido en virtud del ordinal 15º del apartado 2 de la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Las normas que regulan la acción de cesación en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación nada prevén. Tampoco el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Para determinar los efectos de la sentencia de una acción de cesación debe aplicarse la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sí contiene un artículo 222.3 que prevé una extensión de la eficacia de cosa juzgada.

Dos objeciones pueden oponerse a la aplicación de este artículo 222.3 LEC. La primera, que los consumidores adherentes no actúan como titulares de derechos en un supuesto de acción colectiva ejercitada en interés de todos ellos<sup>85</sup>. Ciertamente, el

---

<sup>84</sup> El tenor de su apartado primero era el siguiente: «La sentencia estimatoria obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción de cesación, impondrá al demandado la obligación de eliminar de sus condiciones generales las cláusulas que declare contrarias a lo prevenido en esta Ley o en otras leyes imperativas, y la de abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Por otra parte, aclarará la eficacia del contrato».

<sup>85</sup> En este sentido SANDE MAYO, M.J., *Las acciones colectivas...*, cit., p. 304, señala que «la estimación o desestimación de la pretensión colectiva entablada por cualquiera de los legitimados, afectará a la comunidad social de modo global, por ser ésta la titular indivisible de los intereses supraindividuales tutelados». Pero debe reconocerse que una sentencia estimatoria o desestimatoria a favor de la «comunidad social» no dejará de repercutir en todos y cada uno de sus miembros, por más que la estimación o desestimación se haga de modo global.

artículo 222.3 LEC, menciona expresamente el artículo 11 LEC y parece guardar una más estrecha relación con supuestos de reclamaciones de daños a consumidores para los que el artículo 11 LEC concede una legitimación extraordinaria a grupos, asociaciones y entidades públicas. También es cierto que el propio artículo 11 LEC denomina «intereses» a la realidad que ha de ser tutelada por los sujetos a los que legitima. Si se mantuviese una estricta correlación entre el artículo 11 LEC y el artículo 222.3 LEC este último también debiera referirse a los «sujetos, no litigantes, titulares de los intereses que fundamenten la legitimación de las partes»; sin embargo, utiliza el término «derechos». La divergencia parece obedecer al descuido del legislador en la utilización precisa de las categorías y, si esta apreciación es correcta, aconseja una interpretación amplia del artículo 222.3 LEC como referido a los derechos e intereses de los consumidores, más aún cuando el artículo 54.3 TRLGDCU remite al artículo 11 LEC para regular la legitimación para el ejercicio de la acción de cesación frente a determinadas conductas que lesionen intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios<sup>86</sup>. Entendemos que la primera de las dos posibles objeciones puede ya desecharse.

La segunda objeción derivaría de que la legitimación para el ejercicio de la acción de cesación en materia de condiciones generales de la contratación no se apoya en la remisión del artículo 54.3 TRLGDCU al artículo 11 LEC, sino de los artículos 16.3 LCGC y 54.1 b) del TRLGDCU. La aplicabilidad del artículo 222.3 LEC sólo sería posible si, superando su tenor literal, se considera su inciso final como una norma general de extensión de eficacia de la sentencia que resuelve una acción colectiva, ya sea propiamente colectiva, ya un supuesto de colectivización de acciones. Si no fuera así, carecería de sentido la misma introducción de las categorías de las acciones colectivas y de los supuestos de colectivización de acciones.

En cierto sentido, la misma categoría de la acción colectiva que tutela un interés supraindividual requiere que su eficacia no quede constreñida a quienes han sido parte, sino que se extienda a todos los sujetos que participan en ese interés supraindividual, colectivo. No es propiamente una extensión de efectos, en la medida en que, correspondiendo la titularidad a la colectividad cuyo interés se tutela, la actuación en juicio se lleva a cabo por sujetos específicamente legitimados, con una legitimación extraordinaria que no es concurrente o redundante con la que ostentarían sus miembros<sup>87</sup>, sino la única legitimación posible, al carecer los miembros individualmente considerados de la posibilidad de actuar en interés de toda la colectividad. Además, tampoco cabe considerar esta extensión como una consecuencia derivada de la trascendencia supraindividual de la sentencia ganada por quien interpuso la acción.

<sup>86</sup> La reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, al introducir una nueva regulación de las acciones colectivas en ese ámbito e introducir nuevas reglas de legitimación en el artículo 11 bis LEC ha optado por modificar, mediante su disposición adicional segunda, precisamente el artículo 222.3 LEC en estos términos: «La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en los artículos 11 y 11 bis de esta ley».

<sup>87</sup> El problema se plantea en distintos términos cuando el supuesto es de colectivización de acciones, porque la legitimación para actuar por todos los afectados debe coordinarse con la que corresponde con cada afectado para tutelar su propio derecho.



Hay quien ha sostenido que se trataría de «una eficacia *ultra partes* o, por mejor decir, *erga omnes*; pero no ya como efecto de cosa juzgada, sino por su mera eficacia constitutiva». Y añade más adelante «la eficacia *erga omnes* de la estimación de las acciones colectivas deriva de su propia naturaleza, y no de peculiaridad alguna sobre la fuerza de cosa juzgada de la sentencia estimatoria. Dicho de otro modo, la eficacia constitutiva de esas sentencias estimatorias ha de ser, por fuerza, general»<sup>88</sup>. Se viene a anudar así esa eficacia general a la propia eficacia constitutiva de la sentencia que declara la nulidad de las cláusulas, que por lo tanto dejarían de desplegar la eficacia jurídica *erga omnes* que al parecer tendrían<sup>89</sup>.

Al admitir esta eficacia constitutiva de la sentencia parece desvirtuarse, con el pronunciamiento de nulidad, una eficacia jurídica que la cláusula —al parecer— tendría por sí misma. Lo cierto es que la eficacia de la cláusula debe reconducirse a su inclusión en el contrato perfeccionado entre adherente y predisponente en virtud de sus declaraciones de voluntad<sup>90</sup>. Aunque cabe hablar de un control abstracto, este control es sustancialmente diverso al realizado en relación con la licitud de los reglamentos o la constitucionalidad de las leyes. En estos casos, la apreciación de la ilicitud o inconstitucionalidad determina la pérdida de vigor de la norma general y por lo tanto su general eficacia vinculante. En cambio, tratándose de una condición general de la contratación, su eficacia vinculante debe reconducirse a la declaración de voluntad de predisponente y adherente. Por tal motivo, la declaración de nulidad de la cláusula, tras el control abstracto que proporciona la acción colectiva, no supone necesariamente la nulidad de la cláusula en todos los contratos suscritos por los adherentes, en la medida en que tanto el predisponente como los adherentes pueden hacer valer que la concreta cláusula declarada nula, fue objeto de negociación particular. El pronunciamiento de la acción colectiva no puede tener en cuenta, como señaló la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, las múltiples circunstancias concurrentes en cada contrato. No hay, por lo tanto, una general eficacia jurídico-material, sino una directa eficacia formal del pronunciamiento de la sentencia colectiva sobre todos los miembros actuales y potenciales de la colectividad que quedan vinculados por el pronunciamiento abstracto que, en tanto que abstracto, no prejuzga las concretas circunstancias que pueden concurrir en cada adherente y que pudieran ser a su vez determinante, en algún caso particular, de la validez de la cláusula<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., en su comentario al artículo 20 LCGC en *Comentarios...*, *cit.*, pp. 814.

<sup>89</sup> En sentido parecido, BONACHERA VILLEGAS, R., *Tutela procesal...*, *cit.*, p. 104, apunta que «declarada la nulidad de una condición general de la contratación, ésta está llamada a producir efectos *erga omnes*, esto es, efectos frente a todos los obligados por esa cláusula hayan comparecido o no en el proceso colectivo, no porque se produzca una extensión subjetiva de la cosa juzgada, sino porque la sentencia produce efectos jurídico-materiales derivados de tal declaración de nulidad desde el mismo momento en que se ha dictado». Señala que el efecto es semejante al producido por una sentencia declarativa de nulidad de una disposición general en el ámbito del proceso contencioso-administrativo. Algún argumento parecido ofrece Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *op. cit.*, p. 816.

<sup>90</sup> Nos remitimos a lo ya expuesto anteriormente en la nota a pie de página nº 57 y a la polémica sobre la naturaleza de las condiciones generales surgida entre Garrigues y De Castro.

<sup>91</sup> Por la anterior razón, rechazamos la postura de Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *op. cit.*, p. 815, según la cual la sentencia desestimatoria de la acción colectiva no tendría *de lege data* ninguna eficacia respecto de los adherentes. Evidentemente, el rechazo de la nulidad de la cláusula, desde una perspectiva abstracta, no impide la estimación de una acción individual de nulidad en atención a las concretas circunstancias del contrato.

Tratándose de una acción colectiva de cesación sobre condiciones generales de la contratación —con su implícita declaración de nulidad abstracta— las particularidades son notables. En otras acciones de cesación, la declaración de ilicitud comporta tan solo una condena a cesar en una conducta ilícita, sin que la calificación de ilicitud suponga apreciar la nulidad de acto alguno. Tampoco en estos casos —debo insistir en este aspecto— cabe afirmar que la eficacia supraindividual es puramente material. De entenderse que la eficacia es material, la sentencia absolutoria no tendría eficacia extensiva alguna. De ser así, tal acción no sería una verdadera acción colectiva, sino como mucho una acción atribuida a asociaciones y entidades para la defensa de intereses generales. Si las palabras tienen algún sentido, especialmente en la ley, la calificación de una acción como colectiva reclama la vinculación de todos los miembros de la colectividad a lo decidido, tanto si lo decidido es la estimación de la acción colectiva, como su desestimación.

Por lo tanto, hay una directa eficacia jurídica de la sentencia sobre todos los miembros de la colectividad y no una mera trascendencia supraindividual de carácter material.

Las anteriores consideraciones nos llevan a entender que puede mantenerse una interpretación amplia del artículo 222.3 LEC y afirmar que el carácter colectivo de la acción de cesación del artículo 12 LCGC —aunque la legitimación para su ejercicio no venga directamente atribuida por el artículo 11 LEC— comporta una directa eficacia de la sentencia que la estima o desestima sobre todos los adherentes que la suscribieron con el predisponente demandado. Dado su carácter abstracto, los pronunciamientos de índole colectiva y de contenido declarativos e incluso de nulidad no impiden el ejercicio de una posterior acción individual, aunque no debe desconocerse la suficiencia de ese control abstracto para determinar la ineficacia de la cláusula respecto de la generalidad de las posiciones contractuales mantenidas por el predisponente demandado con los sujetos en cuyo nombre se ha ejercitado la acción y, en todo caso, un cierto carácter prejudicial, de modo que el pronunciamiento de ineficacia sólo podrá desconocerse en la posterior acción individual por razones muy excepcionales.

Así lo entiende la STS 367/2017, de 8 de junio: «La sentencia que estimó la acción colectiva no solo debe determinar el cese en la utilización de tal cláusula por parte de Banco (...). También debe traer como consecuencia que en aquellos litigios pendientes en los que se esté ejercitando una acción individual respecto de esta cláusula suelo que venía siendo utilizada por [el] Banco (...), la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia.

El juez solo podrá resolver en un sentido diferente, esto es, solo podrá negar el carácter abusivo de la cláusula, cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual»<sup>92</sup>.

<sup>92</sup> Apunta ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «Los ejes fundamentales...», *cit.*, pp. 75 y 76, que, aunque pueda parecer una simplificación excesiva del problema, hay fundamento suficiente para afirmar que los

Esta sentencia es llamativa, porque el consumidor se había desvinculado de la acción colectiva y ejercitó una acción individual en la que solicitaba la devolución de las cantidades abonadas por falta de transparencia de las cláusulas aplicadas. En la instancia se desestimó la falta de transparencia y se confirmó por la Audiencia Provincial de Huelva (secc. 2ª) en su sentencia 169/2014, de 9 septiembre. Recurrida en casación la sentencia, durante la sustanciación del recurso se dictó por el Tribunal Supremo la sentencia 705/2015, de 23 diciembre, que resolvía de forma definitiva, en casación, la acción colectiva de la que se había desvinculado el consumidor. En esta última sentencia el Tribunal Supremo afirmaba que aquellas cláusulas adolecían de falta de transparencia. El Tribunal Supremo en su sentencia 367/2017, de 8 de junio, entendió que la sentencia resolutoria de la acción colectiva desplegabla una eficacia prejudicial sobre la acción individual, y, a tal efecto, resultaba indiferente la previa desvinculación<sup>93</sup>.

A modo de recapitulación, cabe afirmar que en nuestro ordenamiento se ha admitido la posibilidad de acumulación de pretensiones de nulidad y restitución a las acciones de cesación, otorgando una mínima trascendencia a las normas procesales determinantes del cauce procedimental a seguir y la posibilidad de intervención de los consumidores. Instada la nulidad de condiciones generales de la contratación, de forma acumulada a la acción de cesación, se ha entendido que la declaración de nulidad tiene un carácter abstracto, pero tal pronunciamiento, aun calificado como abstracto, no ha dejado de tener consecuencias concretas. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 14 de abril de 2016 estableció que debía por tanto garantizarse la posibilidad de que los consumidores pudieran desvincularse de la acción colectiva de cesación. Evidentemente, tal desvinculación obedecía a la circunstancia de que se habían acumulado a la acción de cesación pretensiones de declaración de nulidad y de restitución. Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la suspensión de la acción individual en la que se pretendía una restitución dineraria por nulidad de una cláusula constituía una merma de la efectividad de la tutela de los derechos de los consumidores. El Tribunal Constitucional ha reafirmado la vigencia de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de un modo especialmente enérgico.

Nuestro ordenamiento jurídico no reconoce ninguna facultad de desvinculación de los consumidores frente a la acción colectiva ejercitada. Más bien, lo que prevé es la posibilidad de su intervención para la defensa de su derecho e interés en la acción colectiva, salvo cuando se trate de una acción de cesación, en la que el artículo 15.4

---

pronunciamientos judiciales estimatorios recaídos en un proceso colectivo, relativos al control de abusividad de cláusulas generales por falta de transparencia despliegan la autoridad de cosa juzgada en su vertiente prejudicial.

<sup>93</sup> Advierte el Tribunal Supremo que el caso resuelto en esta sentencia «Es también diferente de la cuestión que ha sido objeto de sentencias más recientes tales como las 127/2017, de 24 de febrero, 334/2017, de 25 de mayo y 357/2017, de 6 de junio, pues en estas se planteaba la eficacia que pudieran tener los pronunciamientos de la sentencia desfavorables para el consumidor que no ha sido parte en el proceso en que se ejercitó la acción colectiva respecto de un proceso posterior en el que tal consumidor ejercita una acción individual, y concluimos que tales pronunciamientos desfavorables carecen de la eficacia de cosa juzgada respecto de esos procesos posteriores donde el consumidor ejercita una acción individual, pues no puede perjudicarle un pronunciamiento desfavorable acordado en un proceso en el que no ha podido intervenir».

impide toda posibilidad de intervención. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 14 de abril de 2016, estableció que debía garantizarse, en todo caso, esa posibilidad de desvinculación, como garantía de la autonomía de la voluntad del consumidor, incluso cuando se tratase de acciones de cesación. Debe insistirse que, en el supuesto enjuiciado, se habían acumulado a la acción de cesación, pretensiones de nulidad y resarcimiento, lo que explica la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Finalmente, debe subrayarse que, pese a tal posibilidad de desvinculación, el Tribunal Supremo ha entendido que la acción colectiva de cesación que declarase la nulidad de una condición general de la contratación, por más que lo hiciese de forma abstracta, no deja de desplegar una eficacia prejudicial sobre posteriores acciones individuales en las que se instase la declaración de nulidad de la misma cláusula general.

#### IV. LA PROPUESTA DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2020/1828 POR EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ACCIONES DE REPRESENTACIÓN

El futuro inmediato de las acciones colectivas se encuentra afectado por la necesidad de transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores<sup>94</sup>.

En la Directiva se prevé que los Estados miembros desarrollen una legislación que permita el ejercicio de acciones colectivas de carácter transnacional, que denomina como «acciones de representación» y que pueden contemplar como contenido tanto «medidas de cesación» como «medidas resarcitorias», o ambas simultáneamente (arts. 3.5º y 7.5 de la Directiva)<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> Para un análisis de la evolución de la actividad legislativa de la Unión Europea respecto de las acciones colectivas, *vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F., «Acciones colectivas y Derecho europeo...», *cit.*, pp. 700 y ss.

<sup>95</sup> La admisión de acciones colectivas cuyo contenido sea la reparación de un daño patrimonial constituye un avance en la regulación de esta forma de tutela por parte de la Unión Europea, que hasta el momento sólo había abordado, en su Directiva 2009/22/ CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 acciones colectivas de cesación. Se produjo un cierto avance en la propuesta de Directiva de 11 de abril de 2018, sobre acciones colectivas de la Comisión Europea al establecerse, en su artículo 5.3, medidas de reparación vinculadas al ejercicio de una acción de cesación. Tal vinculación de las medidas de reparación a las medidas de cesación parece romperse ahora en el artículo 9.3 de la Directiva 2020/1828 al admitir el ejercicio de «acciones de representación para obtener medidas resarcitorias sin necesidad de que el órgano jurisdiccional o autoridad administrativa haya declarado previamente la existencia de la infracción a que se refiere el artículo 2, apartado 1, en un procedimiento distinto». La norma se encamina a facilitar —de conformidad con lo establecido en el artículo 7.5 de la Directiva— la acumulación de las peticiones de cesación y resarcitorias «en el marco de una acción de representación única», pero admite la posibilidad de ejercicio de una acción de representación en la que se solicite una medida resarcitoria sin instar una tutela inhibitoria. La posibilidad de una acción de este tipo puede darse en reclamaciones de daños causados por productos defectuosos, al amparo de las normas de desarrollo de la Directiva 85/374/CEE. Sobre esta cuestión,

La Directiva limita su ámbito de aplicación a la protección de los intereses colectivos de los consumidores en tanto que el Parlamento Europeo y el Consejo se apoyan en el artículo 169 TFUE para dictarla como instrumento para alcanzar un alto nivel de protección de los consumidores, recurriendo para ello a las medidas señaladas en el art. 114 TFUE [considerando (4) de la Directiva]<sup>96</sup>. La Directiva lleva a cabo una armonización mínima<sup>97</sup> que busca posibilitar un ejercicio transfronterizo de acciones colectivas, sin establecer un proceso colectivo europeo. El modo de lograrlo ha sido exigir que en todos los Estados miembros exista un sistema de tutela colectiva que se ajuste a lo establecido en la Directiva [considerando (11)] de modo que facilite a los consumidores el resarcimiento de los daños<sup>98</sup> y la cesación de conductas ilícitas conforme a un mecanismo de *private enforcement*.

El plazo establecido para la transposición de la Directiva expiró el pasado día 25 de diciembre de 2022 (art. 24 de la Directiva) y la disposición transitoria contenida en el artículo 22 de la Directiva establece que las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas exigidas por su transposición resultarán de aplicación a las acciones de representación que se ejerciten a partir del 25 de junio de 2023. El Reino de España no ha llevado a cabo la transposición en plazo y, además —como acabamos de ver—, hay un segundo término que exige la aplicación efectiva de las normas de transposición en un breve plazo de unos días.

El pasado 20 de diciembre el Gobierno aprobó un anteproyecto de ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, presentado por los Ministerios de Justicia y de Consumo. Sobre este anteproyecto ya han emitido su dictamen el Consejo Económico y Social, con fecha 25 de enero de 2023, El Consejo Fiscal, con fecha 3 de abril de 2023, y el Consejo General del Poder Judicial, con fecha 27 de abril de 2023.

Como hemos indicado, la Directiva establece una armonización mínima, por lo que, al abordar su transposición, se podría optar por una regulación de las acciones colectivas con idéntico ámbito de aplicación que el señalado por la Directiva 2020/1828, extenderla a cualesquiera infracciones de las normas de defensa de consumidores o usuarios o bien establecer que esa regulación se extendería a cualquier

---

*vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «La Propuesta de Directiva sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y el ámbito de representación de las entidades habilitadas para su ejercicio», en JIMÉNEZ CONDE (*dir.*), *Adaptación del Derecho Procesal Español a la normativa europea y su aplicación por los tribunales*, Valencia 2018, pp. 416 y 417, donde defendía la posibilidad de que pudiera haber acciones de reparación de carácter colectivo no vinculadas a acciones de cesación en supuestos de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

<sup>96</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., «¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre, 2020), vol. 12, n° 2, p. 1294, destaca que el artículo 114 TFUE «permite una armonización más extensa, no ceñida necesariamente a los litigios con dimensión transfronteriza».

<sup>97</sup> Para GASCÓN INCHAUSTI, F., «¿Hacia un modelo...», *cit.*, p. 1297, el nivel de armonización al que se aspira resulta decepcionante. El mismo autor, en una obra posterior, «Acciones colectivas y Derecho europeo...», *cit.*, p. 707, subraya que la Directiva «no ha pretendido —o no ha logrado— establecer un modelo acabado y uniforme de tutela directiva “a la europea”».

<sup>98</sup> Exige que las entidades habilitadas para el ejercicio de acciones de representación puedan solicitar medidas resarcitorias, pero estas sólo pueden desenvolverse en el ámbito de aplicación que establece su artículo 2 y que se limita a las acciones de representación que se ejerciten «frente a actos de empresarios que infrinjan las disposiciones del Derecho de la Unión» que se recogen en su anexo I, así como las disposiciones que las hayan traspuesto.

tipo de infracción y a cualquier reclamación indemnizatoria de carácter masivo, no necesariamente vinculado al ámbito del consumo<sup>99</sup>.

En el texto del anteproyecto se ha escogido la segunda de las opciones e introduce una nueva regulación de la tutela colectiva en materia de consumo que no se limita a las materias exigidas por la Directiva 2020/1828 —que se enumeran en su Anexo I— sino a cualesquiera otras que en las que se produzca una infracción de «los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios» (art. 828 LEC<sup>ALAR</sup>)<sup>100</sup>. La nueva ordenación de la tutela colectiva se aborda con cierta sistematicidad con la introducción, en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dedicado a la regulación de los procesos especiales, de un nuevo Título IV para la regulación «de los procesos para el ejercicio de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios». De este modo, se aprovecha la oportunidad de la transposición, no solo para llevar a cabo una adaptación de nuestras normas a la Directiva comunitaria, sino para dar un nuevo enfoque a la regulación existente de las acciones colectivas y suplir las deficiencias que se han venido produciendo en su aplicación<sup>101</sup>, ante la divergencia de criterios jurisprudenciales y la ralentización y excesiva duración de las acciones colectivas planteadas hasta el momento. También por su incapacidad para dar solución a situaciones de litigación masiva que se han producido como consecuencia de la multiplicación de acciones individuales de nulidad de cláusulas suelo en contratos de préstamo y créditos garantizados con hipoteca. Las acciones colectivas no han aglutinado estas reclamaciones, lo que han dado lugar a una situación de colapso judicial<sup>102</sup>.

El autor del anteproyecto ha decidido mantener la terminología utilizada por la Directiva y denominar acciones de representación a las acciones que prestan una tutela colectiva a los consumidores y usuarios. La Ley de Enjuiciamiento Civil, ahora en vigor, solo utiliza la expresión «acción colectiva», en su artículo 521.4 y en el resto

<sup>99</sup> También puede realizar una transposición ajustada al ámbito de aplicación de la Directiva y mantener paralelamente y a efectos internos un particular régimen de acciones colectivas en otros ámbitos.

<sup>100</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., «Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores», en *Almacén de derecho [almacenederecho.org]*, p. 4, señala que las nuevas acciones colectivas pueden ser cauce «para reclamar la reparación de daños ocasionados a consumidores —pero solo a ellos— como consecuencia de la infracción de normas de defensa de la competencia (a pesar de que este sector del ordenamiento ha quedado fuera del ámbito de la Directiva)».

<sup>101</sup> El sistema de acciones colectivas vigente hasta el momento ha sido considerado como un fracaso práctico, GASCÓN INCHAUSTI, F., «Algunas claves...», *cit.*, p. 2.

<sup>102</sup> Para descongestionar la situación se estableció un procedimiento extrajudicial para la resolución de estas reclamaciones, en el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo y la LO 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ introdujo en el apartado 2 del artículo 98 LOPJ una posibilidad de especialización al margen de la circunscripción a la que perteneciese el órgano jurisdiccional que permitió, por acuerdo del CGPJ de 25 de mayo de 2017, la especialización de 54 Juzgados de Primera Instancia —uno por provincia y uno en cada una de las principales islas de los archipiélagos canario y balear— para conocer de los litigios relacionados con las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario fuese una persona física. El proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal ha previsto la introducción de un artículo 438 ter en la Ley de Enjuiciamiento Civil para regular el que califica como «procedimiento testigo», en materia de condiciones generales de la contratación que permitirá extender los efectos de la declaración de nulidad de una condición, como abusiva, a otras impugnaciones de la misma condición que pendan frente al mismo tribunal.

del articulado hace referencia a acciones y procesos para la tutela de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. Con la utilización del término acciones de representación, el anteproyecto marca una distancia con el modelo anterior —y actualmente vigente— y vincula de forma evidente el sentido de la reforma con las exigencias de armonización impuestas desde la Unión Europea.

La Directiva 2020/1828 define la acción de representación como «toda acción para la protección de los intereses colectivos de los consumidores ejercitada por una entidad habilitada como parte demandante en nombre de los consumidores por la que se solicite una medida de cesación o una medida resarcitoria, o ambas» (art. 3.5º de la Directiva). La calificación de la acción como representativa o de representación no descansa en un mandato representativo de los consumidores, sino en la asunción por una entidad de la defensa del interés de los consumidores y usuarios afectados en razón de una habilitación general del Estado miembro que la legitima para el ejercicio de la acción de representación. Su actuación es representativa del interés de los consumidores y usuarios.

En este trabajo utilizaremos indistintamente los términos acción de representación y acción colectiva. Si aquella denominación es la legal, nos parece más descriptiva de su naturaleza esta última. Por otra parte, en la terminología utilizada por la Directiva —también en el anteproyecto— el foco de atención se desplaza de las características del interés al tipo de medida que se pretende adoptar: una tutela resarcitoria o una medida de cesación. Por ese motivo, en ocasiones utilizaremos las expresiones de acciones colectivas de resarcimiento o de cesación y, en otras, la terminología legal.

## 1. Las acciones de representación para la adopción de medidas resarcitorias

Los artículos 831 y ss. LEC<sup>ALAR</sup> regulan la que denominan como «acción de representación resarcitoria». El artículo 831 LEC<sup>ALAR</sup> en su apartado 1 señala que bajo tal denominación se regula aquella que «se dirige a obtener una sentencia que condene al empresario o profesional demandado a reparar los daños padecidos por los consumidores o usuarios por la conducta infractora en los términos previstos por la legislación aplicable».

La «reparación del daño», en que consiste la condena resarcitoria es una expresión genérica —también la de resarcimiento— que contempla «entre otras, la condena al pago de indemnizaciones, a la reparación o sustitución de los bienes adquiridos por los consumidores o al reembolso del precio pagado por estos». Y bajo la misma noción de reparación del daño y resarcimiento se contempla «la resolución de los contratos en que se haya materializado la conducta infractora o la reducción del precio de los bienes o servicios afectados por aquella» (art. 831 LEC<sup>ALAR</sup>). La definición se hace con una amplitud semejante a la contenida en el ordinal 10 del art. 3 de la Directiva 2020/1828<sup>103</sup>. Si la producción de un daño obliga, por aplica-

---

<sup>103</sup> Define la «medida resarcitoria» como «toda medida que obligue al empresario a proporcionar soluciones a los consumidores afectados, como la indemnización, la reparación, la sustitución, la reducción del precio, la resolución del contrato o el reembolso del precio pagado, según corresponda y se disponga de ellas en virtud del Derecho de la Unión o nacional».

ción de las normas generales del derecho de obligaciones y del derecho de daños, a su indemnización —es el sentido propio de resarcir— bajo el término de «resarcimiento» o de «acción resarcitoria» se contemplan otras posibles tutelas tipificadas de forma específica en el ámbito del consumo, como por ejemplo la reducción del precio (arts. 117.1, 119, 119 bis, 162 TRLGDCU) o la resolución del contrato (119 ter TRLGDCU).

Aunque el art. 829 LEC<sup>ALAR</sup> vincula las acciones de representación con el perjuicio de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, no debe tomarse el concepto de interés colectivo mencionado en ese artículo en un sentido estricto. Las acciones de representación se prevén no solo como cauce para el logro de la tutela de un verdadero interés colectivo, de titularidad común e indivisible —como puede alcanzarse mediante las medidas de cesación que adopte una acción de representación— sino también para reparar con medidas resarcitorias el daño causado a una pluralidad de consumidores, por más que la actuación lesiva con una proyección múltiple se haya traducido en una multiplicidad de lesiones y no exista un interés propiamente común, sino concurrente en lograr la tutela de situaciones homogéneas<sup>104</sup>.

*A) la homogeneidad como condición para la certificación de la acción de representación resarcitoria*

El artículo 847 LEC<sup>ALAR</sup> condiciona la posibilidad de sustanciación de la acción de representación resarcitoria a la «existencia de homogeneidad entre las pretensiones de los consumidores y usuarios afectados». La redacción de este artículo no resulta muy afortunada, porque el trámite de «certificación» —en el que se decide la posibilidad de sustanciación de la acción de representación— no se evacua sobre el examen de una pluralidad de «pretensiones» de los consumidores y usuarios afectados, sino de una única petición resarcitoria (letra *e*) del art. 844.1 LEC<sup>ALAR</sup>).

Con algo más de precisión, el art. 847.2 LEC<sup>ALAR</sup> señala que «se entenderá que existe homogeneidad cuando, en atención a la normativa sustantiva aplicable, resulte posible determinar la concurrencia de la conducta infractora, el daño colectivo cuyo resarcimiento se solicita y el nexo causal entre ambos sin necesidad de tomar en consideración aspectos fácticos o jurídicos que sean particulares a cada uno de los consumidores y usuarios afectados por la acción».

La homogeneidad debe darse en los aspectos fácticos y jurídicos de tres elementos que deben concurrir en la determinación de la procedencia de la tutela resarcitoria: la apreciación de una conducta antijurídica, la efectiva producción de un daño que admite una medida reparadora —resarcitoria— y la existencia de un nexo causal entre aquella conducta y el daño producido. Hay algún otro elemento determinante de la procedencia de la tutela solicitada, como lo es la admisibilidad de la concreta tutela solicitada por el ordenamiento jurídico —lo que podría calificarse como su

<sup>104</sup> La propia Directiva 2020/1828 define en su artículo 3 los intereses colectivos de los consumidores como «el interés general de los consumidores y, en particular a efectos de medidas resarcitorias, los intereses del grupo de consumidores». La definición admite un carácter necesariamente indeterminado de los intereses colectivos, mientras que, en relación con las medidas resarcitorias, tales se intereses se circunscribe al de los consumidores afectados, con independencia de la facilidad en su determinación.



*accionabilidad*—, pero tal elemento no parece relevante para la admisibilidad de la acción, al menos, como tal acción colectiva. Cuestión distinta es que la pretendida acción colectiva se inadmita como manifiestamente infundada, como se establece en el art. 847.3 LEC<sup>ALAR</sup>.

*a) El daño colectivo*

Conforme a la literalidad del artículo 847.2 LEC<sup>ALAR</sup> debe producirse un daño colectivo. Este término no debe entenderse en un sentido restricto, de un daño no individualizable en los distintos afectados. Escaparían al ámbito de las acciones colectivas las actuaciones antijurídicas que han tenido una repercusión individualizada y masiva, que son precisamente los supuestos inicialmente regulados en la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. El daño colectivo puede resultar de la agregación de los daños causados en cada consumidor y usuario, de igual modo, que las medidas reparadoras pueden admitir su individualización, por más que la pretensión formulada en la demanda sea una pretensión global de reparación.

La existencia del daño no debe ser probada en este momento de una forma definitiva y plena.

El art. 847.1 LEC<sup>ALAR</sup> requiere que se acredite «de forma suficiente» la homogeneidad de las pretensiones de los consumidores y usuarios, por lo que debería presentarse una primera prueba indiciaria de la existencia de daños múltiples, pero en todo caso de naturaleza semejante en los afectados, aunque su incidencia particular en intensidad, extensión o cuantía haya sido diversa. La certificación de la acción como colectiva no resultaría procedente —con el consiguiente sobreseimiento del proceso colectivo—, si la naturaleza de los daños es heterogénea, esto es, de desigual naturaleza o género.

Adviértase que el art. 846.3 LEC<sup>ALAR</sup> señala que la audiencia de certificación se desarrollará conforme a lo dispuesto en el artículo 443 LEC, es decir, conforme a la regulación de la vista del juicio verbal y, por lo tanto, con la posibilidad de proposición y práctica de la prueba.

En supuestos de daños materiales o físicos masivos, será necesario aportar indicios no encaminados a determinar de forma principal la entidad, intensidad o extensión del daño, sino simplemente su dimensión colectiva, en muchos casos múltiple o masiva, y homogénea. No existen criterios definitivos, pero resultará conveniente presentar un cierto cúmulo de partes de lesiones o informes médicos que manifiesten la semejanza de las lesiones o su común etiología, informes que presenten la reiteración de un mismo fallo mecánico en una serie de dispositivos... Puede haber casos en que el carácter masivo del daño constituya un hecho notorio, por su repercusión en los medios de comunicación, como puede ser la inmovilización de cientos de vehículos en una autopista ante circunstancias climáticas adversas.

Cuando la medida resarcitoria que se solicita es una consecuencia jurídica anudada a la declaración de nulidad o la rescisión de los negocios jurídicos perfeccionados entre los consumidores y usuarios afectados y el empresario o profesional demandado, habrá que acreditar la existencia de una multiplicidad de contratos de contenido semejante y la efectiva existencia de prestaciones que debieran restituirse.

Por otra parte, la eventualidad de que la resolución de un contrato pueda comportar una responsabilidad por daños no parece que requiera en este momento su efectiva acreditación, sino tan solo su posibilidad, porque la determinación de estos daños tendrá una intensidad y extensión probablemente muy diversa.

El alcance de la prueba, en este momento, se circunscribe a determinar el carácter homogéneo y colectivo del daño, sin perjuicio de que la prueba de la intensidad o extensión del daño deba abordarse en un posteriormente momento. Evidentemente, toda la prueba documental y la pericial privada deberá aportarse con la demanda, con independencia de que la misma se utilice a los efectos de la «certificación» de la acción colectiva o, posteriormente, para la fijación de la existencia, intensidad y extensión del daño.

*b) El nexa causal*

El juicio de homogeneidad requiere la determinación de un nexa causal entre la conducta infractora y el daño. No basta acreditar indiciariamente la existencia de una multiplicidad de daños, sino que la existencia de los mismos debe vincularse causalmente a una conducta —activa u omisiva— del demandado. Así, por ejemplo, deberá acreditarse que una multiplicidad de partes médicas que acreditan una afección semejante la vinculan con la ingesta de un concreto alimento o con la administración de un determinado fármaco elaborados y distribuidos por una misma empresa. La letra *c)* del art. 844.1 LEC<sup>ALAR</sup> exige la precisión de ese nexa causal en la demanda. A los efectos de la audiencia de certificación, no se trata de probar de forma plena la relación de causalidad entre el alimento o medicamento y la afección masiva, por más que los informes periciales de que quiera servirse el demandante para acreditar tal nexa deberían estar incorporados a la demanda: para «certificar» la acción colectiva sería suficiente la presencia de indicios de la existencia de una relación entre el consumo de aquel alimento o medicamento y la afección múltiple, que puede alcanzarse mediante la acreditación de que todos los afectados con parecidas lesiones consumieron el mismo producto o medicamento. A los efectos de la certificación no es necesario que quede acreditada de forma plena la relación de causalidad entre la conducta del demandado y el daño que se afirma producido.

Puede haber casos en los que la simple acreditación del nexa causal sea suficiente para anudar, a la imputabilidad de la actuación dañosa, la responsabilidad, como sucede en los supuestos de responsabilidad del fabricante. En otros muchos casos, no solo hay que acreditar el nexa causal, es necesario que la actuación determinante del daño se haya producido con los parámetros normativos que determinan la existencia de responsabilidad: dolo, negligencia. Tales parámetros normativos deberán ponerse de manifiesto en la demanda, pero no corresponde a este momento procesal la acreditación, por ejemplo, de la concurrencia de una actuación negligente, sino solo la afirmación de la imputabilidad del daño si se probase —como se intentará llevar a cabo por el demandante— la existencia de hechos que, por ejemplo, muestran esa conducta negligente. Tales hechos se habrán afirmado ya en la demanda y, en sus fundamentos de derecho se habrán aducido las razones jurídicas que determinan la imputabilidad del daño y la procedencia de la medida resarcitoria. La certificación de la acción colectiva no puede descansar en una cumplida prueba de tales hechos

determinantes del dolo o de la negligencia, pues supondría adelantar la valoración de la cuestión de fondo a este momento en el que se lleva a cabo una mera valoración de la procedencia de la acción colectiva.

No obstante, el demandado puede, en este momento procesal, negar la existencia de nexo causal o negar la concurrencia de los parámetros normativos determinantes de su responsabilidad. Cabe la denegación de la «certificación» de la acción colectiva cuando resulte manifiesta la falta de nexo causal o la concurrencia de los parámetros normativos determinantes de la responsabilidad (art. 848.3 LEC<sup>ALAR</sup>). Es clara la voluntad del autor del anteproyecto de evitar la utilización abusiva del instrumento de las acciones de representación, de conformidad con la previsión del artículo 7.7 de la Directiva (UE) 2020/1828 que exige de los Estados la introducción de previsiones para «desestimar los asuntos manifiestamente infundados en la fase más temprana posible del procedimiento».

La fase de certificación sólo debe realizar un enjuiciamiento de los elementos determinantes de la posibilidad de iniciar una acción colectiva, pero, con flexibilidad, el tribunal puede rechazar la acción si resulta manifiesta su falta de fundamento.

### c) *La conducta infractora*

La referencia a una conducta infractora permite superar la imprecisa referencia que la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil hacía a un «hecho dañoso». Los criterios interpretativos que he utilizado en otras ocasiones<sup>105</sup> para determinar su alcance pueden aplicarse aquí con mayor propiedad, dado el tenor del art. 847.2 LEC<sup>ALAR</sup>.

Debe tratarse de una única conducta infractora del empresario o profesional que ha tenido una proyección masiva. Esta conducta se da en supuestos de prestación simultánea e indiferenciada del servicio a los consumidores y usuarios: así sucede en los daños ocasionados en un transporte colectivo o en una redifusión de datos cuando el servicio no se presta.

Así, cabe reconducir a la misma conducta infractora la responsabilidad del transportista por el incumplimiento de la obligación de transporte colectivo frente a una pluralidad de viajeros que habfan adquirido un billete para un concreto recorrido. La pluralidad de relaciones jurídicas no impide hablar de una única conducta. Efectivamente sería distinta la conducta que determinase la falta de realización de otro recorrido en el mismo o distinto medio de transporte de la misma empresa si las causas de la falta de prestación del servicio o de su prestación defectuosa fuesen distintas. Una avería en el primer caso, un retraso excesivo en el segundo. En cambio, por más que se tratase de distintos recorridos o distintos medios de transporte, la conducta sería la misma si la falta de prestación del servicio pudiera reconducirse a una misma causa, como, por ejemplo, si la empresa suspende unilateralmente la prestación del servicio.

La caída del servicio de redifusión de datos constituiría una única conducta por más que las obligaciones de la operadora surjan de una multiplicidad de contratos y exija una específica actividad de cumplimiento respecto de cada usuario. En la

---

<sup>105</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Los retos de la Justicia civil ante los litigios en masa», en *Logros y retos de la justicia civil en España*, Valencia, 2023, pp. 280 y ss.

medida en que aquella caída del servicio responda a una misma causa, la conducta mantiene su identidad, aunque la incidencia de la falta de prestación en cada usuario haya podido ser distinta. Evidentemente, el elemento común a todos los daños es la falta de prestación del servicio y habría que determinar, en el proceso judicial, si esa falta de prestación genera una responsabilidad en atención a los elementos normativos determinantes de la responsabilidad, como el dolo o la negligencia.

Ahora bien, cuando la prestación se realiza de forma diferenciable, en cada uno de los destinatarios del servicio, o de forma no simultánea, es difícil mantener la existencia de una única conducta. Son casos en los que la actividad de distribución de bienes y prestación de servicios se articula aquí también en una pluralidad de contratos, pero a diferencia del caso anterior, también en una multiplicidad de actos de cumplimiento [pretendidamente] inadecuado de las obligaciones asumidas.

Pues bien, la continuidad de la prestación en el tiempo, sin interrupciones relevantes, permite entender tal actividad continuada como una unidad. En la medida en que pueda mantenerse la existencia de un común origen de los daños en un mismo proceso productivo o de distribución de bienes y servicios, sin alteraciones sustanciales, cabe considerar que la pluralidad de actos se podría reconducir a una unidad suficiente para permitir el enjuiciamiento unificado de la responsabilidad por los daños que hayan podido ocasionarse a los consumidores y usuarios.

La distribución de un producto defectuoso ocasiona sin duda un daño masivo a una multiplicidad de consumidores de ese producto y su fabricación y distribución pueden ser considerados una única conducta infractora siempre y cuando sea posible reconducir la multiplicidad de bienes defectuosos a un mismo lote o proceso de producción y con independencia de que el daño tenga una distinta incidencia en cada consumidor por sus propias circunstancias o la utilización o uso que haya hecho del producto defectuoso.

En estos casos, en los que hay una prestación diferenciada, cabe reconducir la decisión de la responsabilidad del empresario o profesional a un único pronunciamiento, si las situaciones jurídicas que han determinado la prestación son homogéneas.

En cambio, cuando la causa del daño, aun producida por un mismo sujeto, no responda a un único proceso productivo o de distribución de bienes y servicios, sino a procesos sustancialmente diversos de producción o distribución de bienes y servicios, por más que puedan considerarse semejantes —de igual género—, la tutela colectiva resulta inadecuada porque no es posible determinar la responsabilidad en un único pronunciamiento. Si la producción se ha llevado a cabo en diversos lotes o series, cabe exigir responsabilidad por los daños producidos por los productos que se han puesto en el mercado o los servicios que se han prestado en un periodo de tiempo siempre que no haya habido variaciones sustanciales en el proceso de producción de bienes o de prestación de servicios.

La homogeneidad requerida exige reconducir a un mismo patrón de conducta, ya se trate de un acto único más o menos prolongado en el tiempo, o a una reiteración de actos semejantes, las circunstancias determinantes de la responsabilidad por las consecuencias dañosas causalmente producidas y, por lo tanto, la procedencia de las medidas restitutorias, reparadoras o resarcitorias del daño que, con carácter global se solicitan. Puede ocurrir que esas medidas restitutorias se anuden a una previa declaración de nulidad o a la rescisión de los contratos perfeccionados por el empresario o

profesional con una pluralidad de consumidores o usuarios, pero en los que el factor determinante de la ineficacia del negocio pueda reconducirse a un mismo acto o a un mismo patrón de conducta del empresario o profesional.

La pretensión global única puede posteriormente diversificarse en medidas resarcitorias de desigual extensión en función del daño efectivamente padecido en cada consumidor o usuario. El factor relevante que permite la formulación de una única pretensión colectiva de contenido resarcitorio reside, de modo principal, en la posibilidad de llevar a cabo un enjuiciamiento único de aquel patrón de conducta determinante, por aplicación de una misma norma jurídica, de la responsabilidad del empresario o profesional. A tal fin, en el auto de «certificación» de la acción colectiva «el tribunal determinará la conducta o conductas infractoras, de entre las aducidas en la demanda, a las que se ha de ceñir, en su caso, la acción de representación resarcitoria» (art. 848.1 LEC<sup>ALAR</sup>).

La exclusión de una conducta infractora no puede obedecer a la improbabilidad de su existencia —pues supondría adelantar el enjuiciamiento que debe llevarse a cabo en el acto de juicio, con anterioridad al momento, por tanto, de valoración de la prueba ya propuesta y que pudiera posteriormente proponerse—. La exclusión del enjuiciamiento de determinadas conductas en el proceso colectivo obedecerá bien a su falta de repercusión colectiva bien a la heterogeneidad de las conductas del demandado que han determinado una multiplicidad de daños. Si la conducta infractora no puede reconducirse a un único acto o patrón de conducta, la acción colectiva resulta improcedente.

Por otra parte, aunque los daños respondan a un único acto o patrón de conducta, si su alcance en cada consumidor resulta muy heterogéneo la acción colectiva puede resultar también inadecuada. Se producirá esta situación cuando haya un patrón de conducta inicialmente común, pero que se ha diversificado posteriormente en actuaciones con una trascendencia y repercusión notablemente diversa en cada consumidor. Si en lugar de ejercitarse una acción colectiva, se hubiese instado por cada afectado la reparación del daño, el intento se materializaría en pretensiones dinerarias de cuantía e incluso contenido diferente. Mientras las diferencias sólo supongan alteraciones accidentales en la cuantificación del daño, podrá certificarse la acción como colectiva. Cuando esas variaciones sean de notable entidad en la mayoría de los afectados, la acción colectiva puede no resultar adecuada para ofrecer una solución rápida y eficaz a los afectados.

### *B) La determinación de los afectados en la certificación de la acción colectiva*

En el Anteproyecto de Ley de acciones de representación se prescinde de la diferenciación introducida en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, entre grupos determinados o indeterminados de consumidores y usuarios afectados por un mismo hecho dañoso. Y también se prescinde de la terminología acuñada para distinguir, en función de la posibilidad o facilidad de determinación de los afectados, entre intereses colectivos y difusos<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> Las categorías de intereses colectivos y difusos subsisten en los artículos 11 bis y 11 ter LEC. El legislador no quiere abordar una reforma global de los instrumentos de tutela colectiva en el ámbito civil y la pervivencia de la noción de intereses difusos en el cuerpo de la Ley de Enjuiciamiento Civil constituye un factor distorsionante en la interpretación de la Ley.

No obstante, la determinabilidad de los afectados por el hecho dañoso no es un factor irrelevante. Al contrario, sigue estando presente en el articulado del Anteproyecto: el art. 848.1 LEC<sup>ALAR</sup> impone al tribunal el deber, siempre que sea posible, de la determinación de los consumidores y usuarios que se verán afectados por la acción de representación en el propio auto en el que se certifica la acción colectiva; a tal fin, el art. 838.1 LEC<sup>ALAR</sup> prevé la posibilidad de ordenar las diligencias de acceso a fuentes de prueba en poder del demandado o de un tercero que sean precisas para determinar la identidad de los consumidores y usuarios afectados; finalmente, el artículo 860 LEC<sup>ALAR</sup> establece que «la sentencia estimatoria (...) determinará los consumidores y usuarios que han de entenderse beneficiados por ella, teniendo en cuenta lo dispuesto en el auto de certificación y, en su caso, en el auto aprobando la relación de consumidores que han optado por desvincularse de la acción o, cuando proceda, por vincularse a ella».

Hay una primera determinación de los consumidores afectados que debe llevarse a cabo en el auto de certificación. «En caso de que su identificación individualizada no resulte posible, establecerá el tribunal las características y los requisitos que deban concurrir en ellos para considerarse beneficiarios de la sentencia estimatoria que pudiere dictarse o del acuerdo resarcitorio que pudiere aprobarse» (art. 848.1 LEC<sup>ALAR</sup>). La indeterminación no impide la vinculación de los consumidores a la sentencia que resuelva la acción colectiva, si bien el alcance de esa vinculación vendrá a su vez determinado por el sistema de adhesión o autoexclusión que se acuerde en el auto de certificación.

La determinación definitiva se efectuará en la sentencia de modo que su eficacia alcance a todos aquellos que han resultado afectados de forma homogénea por un mismo patrón de conducta del empresario o profesional demandado. Tal determinación no es una limitación del alcance de la acción colectiva, sino una identificación de los afectados. De ser posible, la sentencia fijará la cantidad que debe abonarse a cada uno de ellos y el plazo en que debe llevarse a efecto, con imposición de multas coercitivas en caso de que se produzca un retraso (apartados 2 y 3 del art. 860 LEC<sup>ALAR</sup>). En cambio, si la identificación no resulta posible, «la sentencia establecerá las características y requisitos necesarios para poder beneficiarse de sus pronunciamientos» y la cantidad en que, según las estimaciones del tribunal, «ha de cifrarse el importe máximo de las sumas que deberían abonarse a los consumidores y usuarios afectados» (art. 860.4 LEC<sup>ALAR</sup>). El abono se llevará a cabo por la entidad habilitada que hubiera ejercitado la acción colectiva y podrá solicitarse un incremento de la condena si con posterioridad se advirtiese que la cantidad fijada resultó insuficiente (art. 860.5 LEC<sup>ALAR</sup>).

En el régimen actualmente vigente, la determinabilidad de los afectados condiciona el régimen de legitimación para el ejercicio de la acción y, sobre todo, la posibilidad de intervención de los consumidores afectados para hacer valer su derecho o interés individual, según establece el artículo 15 LEC. El anteproyecto prevé dejar este precepto sin contenido<sup>107</sup> y el artículo 831.3 LEC<sup>ALAR</sup> expresamente señala que

<sup>107</sup> El autor del anteproyecto, sin embargo, nada ha previsto en relación con la previsión del artículo 13.1 LEC, que contraría claramente la intención de la reforma y cuyo tenor literal es el siguiente: «Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito. En particular, cualquier consumidor

«los consumidores y usuarios no podrán intervenir en el proceso en que se ejercite una acción de representación resarcitoria».

En la doctrina<sup>108</sup> se había señalado que la exclusión de intervención del artículo 15.4 LEC presentaba «graves problemas de dimensión constitucional». La afirmación resultaría excesiva si se tratase de acciones de cesación en las que se tutelan intereses colectivos en los que no hay una exclusiva titularidad del interés en cada consumidor y que pueden corresponder a grupos de carácter permeable. En el caso de las acciones de representación de contenido resarcitorio, aunque se admitieran los anteriores planteamientos<sup>109</sup> y objeciones, la constitucionalidad de la reforma quedaría salvada en la medida en que se regula un sistema de publicidad de la inter-

---

o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos».

Siempre he considerado que el artículo 15 LEC concretaba la forma en que se llevaba a cabo la intervención de los consumidores y usuarios prevista en el artículo 13 LEC, pero para un considerable número de autores, el artículo 13 LEC permite en todo caso tal posibilidad de intervenir, al margen de las previsiones del artículo 15 LEC y en especial de su apartado 4, *cfr.* VALLESPÍN PÉREZ, D., «La intervención de terceros en los procesos para la protección de los derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios», en *Práctica de Tribunales*, 132, mayo-junio 2018, p. 6; SANDE MAYO, M<sup>a</sup>. J., *Las acciones colectivas...*, *cit.*, p. 176; BONACHERA VILLEGAS, R., *Tutela procesal...*, *cit.*, pp. 66, 67 y 70 y «Publicidad e intervención...», *cit.*, p. 230; ARMENGOT VILAPLANA, A., *Hacia una reconstrucción...*, p. 160; SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Intervención de terceros...*, *cit.*, p. 209.

En todo caso, me parece que, de aprobarse el anteproyecto con la redacción actual, el precepto contenido en el artículo 831.3 LEC<sup>ALAR</sup>, como norma especial y posterior prevalecería sobre la regla general del artículo 13.1 LEC.

Conforme a una interpretación sistemática podría entenderse que las posibilidades de intervención que el artículo 13 LEC otorga a consumidores y usuarios se limitan a los procesos civiles que, al margen de lo establecido en el Título IV del Libro IV LEC pudieran iniciar las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa, por ejemplo, de los intereses de sus asociados, mediante una acumulación de acciones en las que las asociaciones actuasen en virtud de un mandato representativo de sus asociados. En cambio, cuando el proceso iniciado fuese para la sustanciación de una acción de representación, no digamos cuando se trate de una acción de cesación, la aplicación del artículo 13 LEC queda fuera del lugar en tanto que se trata de una norma concebida para un proceso no colectivo, por cuanto permite la formulación de pretensiones y, en el ámbito de los procesos colectivos tales pretensiones solo pueden ser formuladas por las entidades habilitadas.

Sería recomendable una modificación del artículo 13 que suprimiese la referencia específica a la intervención de consumidores y usuarios o que matizase su alcance.

<sup>108</sup> BELLIDO PENEDÉS, R., «La protección de los consumidores en el proceso civil», en *RGDPro* 23, 2011, p. 27. Para este autor, *op. cit.*, p. 28, la norma no puede aplicarse en los casos en que se acumule a la acción de cesación otra de contenido resarcitorio y defiende, p. 29, que en los casos en que no se publicite la interposición de la demanda colectiva «no debe aplicarse la eficacia *ultra partes* de la sentencia en perjuicio del concreto consumidor afectado», *op. cit.*, p. 29.

<sup>109</sup> COROMINAS BACH, S., *Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro*, Madrid, Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2018, p. 47, señala que el régimen de acciones colectivas español que no prevé la posibilidad de desvinculación de los consumidores en los procesos en que se reclame una tutela del daño ocasionado de forma masiva comporta una «clara vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE». GASCÓN INCHAUSTI, F., «Acciones colectivas y Derecho europeo...», *cit.*, p. 715, considera que en la regulación vigente de la Ley de Enjuiciamiento Civil al establecer un sistema de «tutela colectiva obligatorio, al que solo es posible escapar a través de una intervención singular en el proceso colectivo encaminada a defender la pretensión propia, pero que no contempla como opción la desvinculación (...) puede suscitar dudas desde el punto de vista constitucional, pues sustrae a los consumidores afectados toda capacidad de decisión acerca de su esfera jurídica».

posición de la acción colectiva, así como la posibilidad de desvinculación o adhesión al resultado del proceso.

*C) La vinculación de los consumidores afectados a la acción de representación resarcitoria*

*a) La exclusión de toda intervención y la admisión de acciones individuales*

La principal característica del nuevo procedimiento se encuentra en la exclusión de cualquier tipo de intervención de los consumidores, para defender su derecho e interés, en el proceso en que se encausa una acción de representación. Pero la exclusión de la intervención no supone la irrelevancia de la voluntad de los afectados respecto de la acción colectiva: los consumidores podrán manifestar su voluntad de excluirse de los efectos de la acción ejercitada o bien podrán manifestar su adhesión.

La medida de exclusión de la intervención resulta congruente con el principio que inspira el diseño de las acciones colectivas: obtener una rápida respuesta jurisdiccional en aquellos casos en que una conducta de un empresario o profesional ha tenido una repercusión masiva y en los que es difícil esa rápida repuesta con la presencia de todos los afectados en el proceso jurisdiccional. La acción colectiva proporciona una respuesta única que evita el colapso judicial. Además, facilita el acceso a la justicia de aquellos consumidores que carecen de recursos para el ejercicio de una acción individual o para quienes la desproporción entre los costes de un proceso individual y el valor de la tutela pretendida acabaría por retraerles del ejercicio de la acción. La acción colectiva actúa como un elemento de disuasión (*deterrence*) de infracciones que, produciendo perjuicios, no darían lugar a reclamaciones por el reducido monto de la tutela resarcitoria en cada consumidor afectado, aunque el daño causado por su extensión y cuantía global pudiera alcanzar cifras muy elevadas.

La exclusión de la intervención de los consumidores o la restricción de la legitimación a determinadas asociaciones y entidades no supone una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva que a cada consumidor corresponde, en la medida en que estos siguen conservando la posibilidad del ejercicio de su acción individual<sup>110</sup>. La acción colectiva no supone una expropiación de derechos, sino por el contrario, una forma de tutela alternativa a aquella que cada consumidor puede lograr mediante el ejercicio de una acción individual. Desde este punto de vista, constituye un mecanismo de facilitación del acceso a la justicia. Sólo una visión parcial y pegada al procedimiento priva de la perspectiva necesaria para advertir las ventajas que su introducción supone al justiciable.

El artículo 853 LEC<sup>ALAR</sup>, al regular los efectos del auto de certificación sobre las acciones individuales de resarcimiento, no establece su paralización hasta la resolución de la acción colectiva, sino tan solo una suspensión por diez días para que, en ese

<sup>110</sup> Adviértase la diferencia entre el régimen del concurso de acreedores, que regula una acción colectiva para la tutela de los acreedores, con el régimen de la acción colectiva en materia de consumo. La declaración de concurso determina la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso para conocer de todas las reclamaciones frente al concursado (art. 52 TRLC), impide el ejercicio de acciones declarativas y ejecutivas y paraliza las acciones ejecutivas que contra este se estuviesen siguiendo y las declarativas, en el momento en que se alcance sentencia (arts. 136 y ss. y 142 y ss. TRLC).



plazo, el consumidor que hubiese ejercitado una acción individual pueda vincularse a la acción de representación con sobreseimiento del proceso individual ya iniciado. Si el consumidor rechaza esa vinculación o no responde en el plazo señalado por el tribunal, éste deberá ordenar que el proceso individual siga su curso, en paralelo al proceso colectivo y sin que el consumidor individual quede vinculado por la acción colectiva.

De igual modo, una vez dictado el auto de certificación, la interposición de «una demanda en ejercicio de una acción resarcitoria individual cuyo objeto esté comprendido por el auto de certificación» comportará la desvinculación del consumidor demandante respecto de la acción colectiva, según establece el número 4 del art. 853 LEC<sup>ALAR</sup>.

No obstante, superado el plazo fijado en el auto de certificación de la acción colectiva, para que los consumidores manifiesten su voluntad de no quedar vinculados al resultado de la acción colectiva, «no podrán ejercitarse acciones resarcitorias individuales cuyo objeto esté comprendido por el auto de certificación» (art. 853.5 LEC<sup>ALAR</sup>). La vinculación al resultado de la acción colectiva de los consumidores que hubiesen permanecido inactivos es, a partir de ese momento, total.

Indudablemente esta vinculación es una manifestación de colectivización de la tutela jurisdiccional en la medida en que aquella tutela que el consumidor podía alcanzar individualmente queda asumida en una acción representativa, configurada en el anteproyecto como una acción colectiva, en sentido propio. La falta de reacción tempestiva frente al intento de colectivización que comporta la certificación de la acción acaba por limitar las posibilidades de ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva que le corresponde. Es una limitación real que responde a las directrices comunitarias.

La Directiva (UE) 2020/1828, en relación con las acciones representativas para instar medidas resarcitorias, establece que no podrán producir una incondicionada vinculación de los consumidores a la sentencia que resuelva la acción colectiva y, en tal sentido, su artículo 9.2 impone que los Estados miembros regulen «la manera y fase», en que «los consumidores individuales afectados por la acción de representación manifiesten expresa o tácitamente, su voluntad (...) de ser representados o no por la entidad habilitada en dicha acción de representación y de quedar vinculados o no por el resultado de la acción de representación»<sup>111</sup>. La Directiva respecto de las acciones de representación de contenido resarcitorio no impone un sistema de adhesión (*opt in*) ni opta por el de autoexclusión (*opt out*): simplemente exige de los legisladores nacionales la opción por uno u otro sistema. No obstante, los consumidores afectados que no residan habitualmente en el Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca de la acción de representación, sólo quedarán afectados por la sentencia que la resuelva si han manifestado de forma expresa su adhesión a la acción (art. 9.3 Directiva 2020/1828). Así lo recoge el anteproyecto, en la redacción que propone dar al nuevo artículo 848.4 LEC<sup>ALAR</sup> en relación con los consumidores y usuarios residentes fuera del territorio español.

<sup>111</sup> La referencia a la voluntad de ser representados por la entidad habilitada parece partir de que su actuación es una estricta representación, cuando en realidad constituye el ejercicio de una acción en nombre propio, pero en interés de todos los consumidores afectados, salvo que se desvinculen de la acción. El precepto es excesivamente prolijo y escasamente técnico.

*b) La regla general de la posibilidad de desvinculación respecto de la acción de representación y sus excepciones*

Respecto de los residentes en España, el principio general por el que se ha optado en el anteproyecto será el de su vinculación a la sentencia que resuelva la acción colectiva, salvo que manifiesten de forma expresa su voluntad de desvincularse de la acción colectiva y del resultado del proceso (art. 848.2 LEC<sup>ALAR</sup>), es decir, un sistema de *opt out*.

En cambio —como acabamos de ver— los consumidores afectados que tuvieran su residencia fuera de España, sólo quedarán vinculados al resultado del proceso en que se ejercitara la acción representativa de contenido resarcitorio si hubieran manifestado «su voluntad expresa de vincularse a aquella y, en consecuencia, al resultado del proceso» (art. 848.4 LEC<sup>ALAR</sup>), es decir, un sistema de *opt in*.

El anteproyecto, sin embargo, ha acogido —para los consumidores residentes en España— la postura de algunos autores que abogaban por la adopción de un sistema de adhesión (*opt in*) cuando la reparación superase un determinado umbral cuantitativo<sup>112</sup>. Así el apartado 3 del art. 848 LEC<sup>ALAR</sup> establece que «de forma excepcional, podrá acordar el tribunal que solo habrán de quedar afectados por la acción de representación resarcitoria aquellos consumidores y usuarios que hayan manifestado su voluntad expresa de vincularse a aquella y, en consecuencia, al resultado del proceso». Esta posibilidad —en su excepcionalidad— queda sometida además a dos condiciones: que resulte necesaria para una buena administración de justicia y que la cantidad reclamada o el valor de la prestación solicitada como resarcimiento a cada afectado supere los 5000 euros.

La doctrina norteamericana ha destacado que cuanto mayor es la cuantía de la reparación crece el interés de los consumidores afectados en asumir protagonismo en la llevanza del proceso y, por lo tanto, tienden a desvincularse de las acciones colectivas<sup>113</sup>. Por otra parte, la justificación de la misma existencia de la acción colectiva en la necesidad de facilitar el acceso al proceso ante los costes elevados, en relación con la cuantía de la reparación que se espera alcanzar, se debilita cuando el consumidor puede asumir ese coste en razón de que la medida resarcitoria alcance un alto importe.

Sucede que un sistema de adhesión puede resultar problemático en función del momento en que se decida la sustanciación de una pretensión como una acción colectiva. Si es al inicio del proceso, probablemente las adhesiones sean reducidas, ante el

<sup>112</sup> SANDE MAYO, M<sup>a</sup>. J., *Las acciones colectivas...*, *cit.*, pp. 238-239; GARNICA, FERRERES, DÍEZ-PICAZO, AGUILERA, «Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», en *Diario La Ley*, n<sup>o</sup> 9938, 22 de octubre de 2021, pp. 6 y 7 si bien solo en relación con ciertas materias como defensa de la competencia, defraudaciones en fluido eléctrico y responsabilidad extracontractual. Se adhiere a esta propuesta, AGUILERA MORALES, M., «Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828», en *Revista Española de Derecho Europeo*, 78-79 (abril-septiembre 2021), p. 120. Para MORENO GARCÍA, L., «La tutela colectiva de los consumidores en la Unión Europea: a propósito de la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020», en *Revista de Derecho Mercantil*, 13 de abril de 2023, apartado 3.2 [consultado en versión electrónica], debe dejarse en manos del juez, de forma flexible, optar por uno u otro.

<sup>113</sup> ISSACHAROFF, S. «Group Litigation of Consumer Claims: Lessons from the U.S. Experience», en 34 *Tex. Int'l L.J.*, 135, 1999, pp. 149 y ss.

carácter incierto del resultado del propio proceso y la agudización de esa incertidumbre ante la pérdida de todo control sobre la pretensión resarcitoria por el consumidor individual. En el caso de reclamaciones de cuantía elevada, la certificación de una acción colectiva y la fijación de un plazo para formular adhesiones no servirá para reducir la litigiosidad y quien más experimentará las consecuencias perjudiciales de este sistema será el propio demandado que quedará expuesto, en caso de que la sentencia sea estimatoria, a un goteo de pretensiones<sup>114</sup>.

Además, un sistema de adhesiones no permite una solución definitiva a una situación litigiosa masiva, por cuanto que el artículo 862 LEC<sup>ALAR</sup> limita la eficacia de cosa juzgada de esta sentencia a los consumidores y usuarios que hayan expresado su voluntad de verse afectados por el resultado de la acción.

Efectivamente, la «certificación» de la acción colectiva para ser tramitada bajo un sistema de adhesiones (*opt in*) limita su alcance a las adhesiones que efectivamente se lleven a cabo. Si la acción pudo formularse con una pretensión global, como una acción colectiva en sentido propio, la adopción de la excepcional decisión que el art. 848.3 LEC<sup>ALAR</sup> permite transforma la acción ejercitada en una acción que solo en sentido impropio puede seguir siendo considerada como tal acción colectiva. La congruencia de la sentencia no puede determinarse ya en relación con la «concreta petición resarcitoria» que, conforme a la letra e) del art. 844.1 LEC<sup>ALAR</sup>, en su día formulara la demandante, sino con el alcance que comporte la agregación de pretensiones que resulte de las adhesiones al resultado del proceso. Tal sistema resulta inconveniente —insistimos— sobre todo para el demandado. Si la sentencia estima la existencia de un comportamiento antijurídico determinante de responsabilidad, creará un efecto llamada de reclamaciones individuales y en función de su número puede producirse una situación de colapso. El demandado se encontrará ante la necesidad de responder a una multiplicidad de frentes. Téngase en cuenta, además, que el ejercicio de la acción colectiva habrá ampliado el plazo de prescripción de la acción individual<sup>115</sup>.

<sup>114</sup> Cabría pensar que resultaría más adecuado, en caso de acogerse el sistema de adhesiones a la acción colectiva, que estas adhesiones se produjesen una vez dictada la sentencia de condena. Así lo prevé el artículo L623-8 del *Code de la consommation* francés: «*Dans la même décision prononçant la responsabilité du professionnel, le juge fixe le délai dont disposent les consommateurs pour adhérer au groupe afin d'obtenir la réparation*» Pero las ventajas son mínimas y los inconvenientes considerables. Efectivamente, dictada una sentencia de condena, los consumidores podrían acogerse al pronunciamiento favorable, sin embargo, dictada una sentencia absolutoria, solo impediría un goteo de pretensiones un pronunciamiento con una fundamentación muy contundente. Si el importe de las reclamaciones pudiese ser elevado, es posible que se ejerciten nuevas acciones, ante la esperanza de obtener un pronunciamiento de condena, por más que pueda parecer improbable tras una sentencia colectiva absolutoria. Que sea improbable, no significa que sea imposible, porque no existe vinculación entre la sentencia colectiva y los pronunciamientos que posteriormente pudieran recaer en procesos iniciados por consumidores que no se adhirieron a la acción colectiva.

<sup>115</sup> El artículo 832 LEC<sup>ALAR</sup>, de conformidad con lo previsto en el artículo 16 de la Directiva (UE) 2020/1828, establece que el ejercicio de una acción de representación, sin especificar si es de cesación o resarcitoria, suspenderá los plazos de prescripción de las acciones que competan a los consumidores y usuarios afectados para obtener el resarcimiento de los daños padecidos. Advuértase, además, que se trata de una suspensión del plazo, por más que sea un plazo de prescripción. El artículo 16 de la Directiva (UE) 2020/1828 no exige la suspensión, sino que permite a los Estados miembros establecer la interrupción o suspensión del plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones individuales. Parece que el autor del anteproyecto ha optado por entender que el ejercicio de la acción colectiva no interrumpe los plazos de prescripción, sino que tan solo los suspende.

En conclusión, la sustanciación de la acción de representación en la que se acuerde un sistema de adhesiones para determinar la vinculación de los afectados al resultado del proceso muda la acción colectiva en una mera agregación de pretensiones de tutela, por más que esas pretensiones no sean formuladas por los afectados —que no pueden intervenir en el proceso— sino por la entidad legitimada.

En el caso de que el auto de certificación haya fijado un plazo para que los consumidores puedan desvincularse la acción colectiva, el artículo 853.5 LEC<sup>ALAR</sup> establece —como hemos señalado anteriormente— que una vez transcurrido aquel no podrán ejercitarse ya esas acciones individuales. Advierte GASCÓN INCHAUSTI, F., «Algunas claves...», *cit.*, p. 12, que «el ejercicio de una acción colectiva resarcitoria que resulte certificada en modo *opt-out* (la regla general) acaba determinando, una vez cerrado el plazo para ejercer la facultad de exclusión, la preclusión al ejercicio de acciones individuales comprendidas en su ámbito; así, por mucho que se hubiera suspendido el plazo de prescripción, una eventual falta de ejercicio separado será imposible llegado un cierto punto, aunque no sea ya por prescripción». Ahora bien, para el consumidor que se hubiese desvinculado oportunamente, debe entenderse que el plazo de prescripción de su acción individual que estaba suspendido debiera reanudarse en ese momento, o en el de expiración del plazo para desvincularse, y no parece que tal suspensión debiera mantenerse hasta la finalización del proceso en que se conoce de la acción colectiva, pues tal acción no le va a vincular ya, como consecuencia de su desvinculación. La afirmación que acabamos de hacer no es segura, porque no precisa el artículo 832 LEC<sup>ALAR</sup> en qué momento debe alzarse la suspensión del plazo de prescripción.

La regla del artículo 853.5 LEC<sup>ALAR</sup> se excluye expresamente, en el segundo párrafo de ese apartado 5, cuando el tribunal haya acordado, en la certificación de la acción, que esta sólo vinculará a los acreedores que se adhieran de forma expresa. Para estos casos, tampoco precisa el artículo 832 LEC<sup>ALAR</sup> en qué momento debe alzarse la suspensión del plazo de prescripción. Parece lógico que el plazo de prescripción suspendido se reanudara a partir del momento en que venza el plazo para adherirse a la acción colectiva. Resulta excesivo entender que el mismo se mantiene en suspenso mientras no recaiga sentencia definitiva en un proceso colectivo al que el consumidor ya no puede adherirse y que, en ningún momento, le ha impedido el ejercicio de su acción individual.

Sucede que el artículo 832 LEC<sup>ALAR</sup> se encuentra entre las disposiciones comunes del Capítulo I, del nuevo Título IV, del Libro IV de la LEC y que, por lo tanto, se aplicará tanto a las acciones colectivas de representación, como de cesación. Ejercitada una acción colectiva de cesación, la suspensión del plazo de prescripción de las acciones individuales debe entenderse que se mantiene mientras no se resuelva la acción de cesación. No se vislumbra otra solución. Si la acción colectiva de cesación se acumula a una acción colectiva de representación, ciertamente, los consumidores podrán desvincularse —o no adherirse— a la acción colectiva de representación, pero el plazo de prescripción de las acciones individuales se mantendrá en suspenso mientras no se resuelva la acción colectiva de cesación.

Si la anterior conclusión es correcta, parece que debe mantenerse el mismo régimen respecto de las acciones colectivas de representación cuando no se les acumule una acción colectiva de cesación, de modo que la reanudación del plazo de prescripción de las acciones individuales se producirá cuando finalice el proceso en que se conoce de la acción colectiva de representación por medio de una resolución firme.

Seguramente, cabría mantener un distinto régimen en relación con el momento de alzamiento de la suspensión del plazo de prescripción en función a que obedeciese a la interposición de una acción colectiva de cesación o de representación. Quedaría vinculado al momento en que recayese una resolución firme sobre la primera o —de no acumularse la acción colectiva de cesación a la acción colectiva de resarcimiento— al momento en que transcurriese el plazo de desvinculación o adhesión a la acción colectiva respecto de la segunda. En los casos de acumulación de acciones colectivas de cesación y de representación, al adaptarse la acción colectiva de cesación al procedimiento señalado para la acción colectiva de representación, parece que la reanudación del plazo de prescripción de las acciones individuales se produciría conforme a lo señalado para la acción colectiva de resarcimiento. La parquedad de la regulación normativa proyectada no permite ninguna conclusión definitiva y lo más probable es que los tribunales entiendan que la reanudación del plazo se produzca con la resolución firme que ponga fin a la acción colectiva. Esta medida supone una considerable dilatación del plazo de prescripción de las acciones de reclamación individuales en el caso en que se interponga una acción colectiva.

No sucede así en el caso en que se permita la autoexclusión del proceso. También la congruencia de la sentencia colectiva, en el caso en que opere un sistema de desvinculación de afectados (*opt out*) deberá delimitar el alcance y extensión de la pretensión formulada como colectiva en atención al auto que establece la relación de consumidores que han optado por autoexcluirse de la acción de representación (art. 856.4 LEC<sup>ALAR</sup> en relación con el art. 860 LEC<sup>ALAR</sup>). No obstante, la modulación de la relación de congruencia que la sentencia pueda experimentar en atención a las desvinculaciones producidas no muda su naturaleza de acción colectiva: la extensión de cosa juzgada se produce respecto de todos los afectados que no hayan manifestado su voluntad de desvincularse sin que afecte a dicha extensión la falta de identificación de los afectados de manera individualizada que hubiera podido producirse en el auto de certificación o incluso en la propia sentencia<sup>116</sup>. La inactividad de los consumidores afectados no impide que se extienda a ellos la eficacia de la sentencia. Su determinación o identificación no es una condición para tal extensión<sup>117</sup>. Adviértase que toda ulterior acción individual que pretenda dirigirse contra el mismo demandado en razón del mismo patrón de conducta que ha determinado la acción colectiva quedará excluida por el efecto de cosa juzgada, salvo que se acredite que se formuló tempestivamente una manifestación de autoexclusión. Las identidades subjetivas del objeto enjuiciado vendrán constituidas, por el empresario o profesional demandado y el colectivo de consumidores afectados que no se hubiera autoexcluido<sup>118</sup>.

Mediante este régimen se logra dar respuesta a la situación litigiosa masiva con un pronunciamiento que cierra definitivamente toda ulterior reclamación frente al empresario o profesional, sin perjuicio de las acciones individuales que pudieran ejercitarse en razón de la autoexclusión realizada por los consumidores en el plazo fijado por el tribunal. Estas acciones individuales pendientes quedarán identificadas en el propio proceso colectivo aun cuando los posibles afectados inicialmente fuesen de difícil determinación. Mediante un sistema de *opt out* se logra un resultado útil para el demandado, que consistirá en la fijación definitiva de su responsabilidad que excluirá todo ulterior «goteo» de pretensiones o, al menos, en un número previsible y determinado por las autoexclusiones.

*c) La inadmisibilidad de una segunda acción colectiva (art. 862.2 LEC<sup>ALAR</sup>) no es consecuencia del efecto excluyente de cosa juzgada*

En los casos de una acción de representación certificada en los términos del art. 848.3 LEC<sup>ALAR</sup> (*opt in*), si la cosa juzgada sólo se extiende a los consumidores que expresaron su voluntad de verse afectados por el resultado de la acción, podría pensarse que es posible una ulterior acción de representación, en tanto que su situación no fue decidida por la acción anteriormente resuelta por sentencia firme.

<sup>116</sup> En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F., «Algunas claves...», *cit.*, p. 12.

<sup>117</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., «Algunas claves...», *cit.*, p. 12 sostiene en relación con la redacción del artículo 862 LEC<sup>ALAR</sup> que «se rechaza con ello la confusa jurisprudencia que había sentado nuestro Tribunal Supremo en interpretación del vigente artículo 222 LEC, en virtud del cual solo los consumidores identificados en la sentencia se verían afectados por la cosa juzgada».

<sup>118</sup> Cuál fuera la entidad habilitada que hubiera interpuesto la demanda resulta a estos efectos indiferente. En este sentido el artículo 862.2 LEC<sup>ALAR</sup> mantiene el efecto de cosa juzgada de la sentencia sobre una posterior reclamación si tiene el mismo objeto «aunque se haya interpuesto por un demandante diferente».

Evidentemente, los consumidores residentes en otro Estado miembro podrán verse vinculados por las acciones de representación que se ejerciten en ese Estado, en la medida en que no se han adherido a la acción de representación ejercitada en España<sup>119</sup>. Esta solución podría considerarse trasladable a los consumidores residentes en España en relación con una previa acción de representación ejercitada en España a la que no se adhirieron. Como veremos a continuación, no es así.

Evidentemente, si en una acción de representación —no certificada conforme al art. 848.3 LEC<sup>ALAR</sup>— no se produce ninguna autoexclusión de consumidor alguno, el objeto de una segunda acción de representación, frente al mismo empresario o profesional en razón de la misma conducta antijurídica, comportaría una total identidad de objeto que excluiría la segunda acción colectiva en razón de la eficacia excluyente de la cosa juzgada. De igual modo, una ulterior acción individual ejercitada por un consumidor que no se ha autoexcluido de la acción de representación debe entenderse que queda alcanzada por el efecto de cosa juzgada de la sentencia que decidió la acción de representación. Esta, aunque se trate de una acción colectiva en sentido propio, lleva a cabo una colectivización de las acciones individuales que quedan decididas de modo definitivo.

En cambio, si se han producido autoexclusiones, a los consumidores que se han desvinculado de la acción de representación no les alcanza el efecto de cosa juzgada de la sentencia que resuelve la acción colectiva. Sus acciones individuales pueden sustanciarse sin que les alcance efecto alguno excluyente de cosa juzgada. Ahora bien, carecería de sentido la sustanciación de una segunda acción de representación que se pretendiera dirigir frente al mismo empresario o profesional por la misma actuación antijurídica y en interés de todos los acreedores que se autoexcluyeron de la primera acción de representación. Se les estaría obligando a una segunda autoexclusión si no quieren verse alcanzados por la acción de representación ejercitada en segundo lugar.

La imposibilidad de ejercitar esta segunda acción colectiva se ha establecido en el artículo 862.2 LEC<sup>ALAR</sup>, que sanciona el intento con su inadmisión, y no responde a la eficacia de cosa juzgada respecto de los acreedores que se autoexcluyeron, porque frente a ellos no hay tal eficacia excluyente, pero sí una prohibición del intento de incardinar su tutela judicial en una segunda acción de representación<sup>120</sup>.

<sup>119</sup> La sentencia dictada en España no deja de producir una cierta eficacia en otros Estados de la Unión Europea, aunque sus consumidores no se hubieran adherido. El artículo 15 de la Directiva establece que «Los Estados miembros velarán por que las resoluciones firmes de los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas de cualquier Estado miembro, que declaren la existencia de una infracción que perjudique los intereses colectivos de los consumidores puedan ser alegadas por todas las partes como prueba en el contexto de cualquier otra acción ante sus órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas nacionales, para solicitar medidas resarcitorias contra el mismo empresario por la misma práctica, de conformidad con la normativa nacional sobre valoración de la prueba». No obstante, como se ha señalado con acierto, GASCÓN INCHAUSTI, F., «¿Hacia un modelo...», *cit.*, p. 1315, las resoluciones judiciales «no son un medio de prueba de los hechos que en ellas mismas se declaran probados» y, el mismo autor considera en relación con este art. 15 de la Directiva que «la flexibilidad con que se ha redactado el precepto contiene el germen de su propia ineficacia».

<sup>120</sup> Ciertamente, la inadmisión del art. 862.2 LEC<sup>ALAR</sup> se vincula a la identidad de objeto y considera irrelevante el cambio de demandante, en tanto que la identidad subjetiva vendrá determinada por los consumidores en cuyo interés se ejercita y no por la entidad habilitada que interpone la acción en interés de aquellos. Desde este punto de vista, podría afirmarse que una variación en los consumidores

El artículo 862.2 LEC<sup>ALAR</sup> al establecer la inadmisibilidad de una segunda acción de representación no distingue la forma en que se hubiese llevado a cabo la certificación en la acción de representación resuelta en primer término. La exclusión de una segunda acción colectiva resulta procedente siempre que se trata del mismo empresario o profesional, se solicite un mismo tipo de tutela resarcitoria en razón del mismo comportamiento antijurídico que haya afectado de forma masiva a consumidores y usuarios, sin posibilidad de entender que se produce una variación de la acción mediante una artificiosa parcelación de los consumidores afectados.

En relación con las acciones de representación en las que se establezca en el auto de certificación un sistema de adhesión de los consumidores afectados para determinar el alcance de la sentencia, resulta claro que el efecto de cosa juzgada sólo alcanzará a los consumidores que se hubieran adherido. Por hipótesis —como ya hice al inicio de este epígrafe—, cabría pensar en la posibilidad de una nueva acción de representación de carácter resarcitorio que agrupase las pretensiones de los damnificados que no quisieron adherirse inicialmente a la acción de representación en la que se sustanciaron únicamente las pretensiones de los damnificados que a ella se adhirieron. Su viabilidad quedaría excluida por la literalidad del art. 862.2 LEC<sup>ALAR</sup> al impedir que con posterioridad a una acción de representación resarcitoria se ejercite otra acción de representación que tenga el mismo objeto que aquella a la que se puso fin mediante sentencia firme, aunque se haya interpuesto por un demandante diferente. La interpretación literal está justificada. Como acabamos de indicar, la inadmisibilidad del art. 862.2 LEC<sup>ALAR</sup> de la posterior demanda colectiva no responde a la noción de cosa juzgada, sino que es un peculiar efecto de la determinación de la conducta del empresario que se somete a un proceso colectivo que se lleva a cabo en el auto de certificación y de su posterior enjuiciamiento en la sentencia que pone término a un proceso colectivo.

Quizá si el proceso se sobresee, una vez certificada favorablemente la acción colectiva, pudiera volver a intentarse una segunda acción colectiva, que no tendría tal carácter de «segunda acción», en cuanto que al sobreseerse la interpuesta anteriormente —y certificada como acción colectiva— no llegó a consumirse la acción. Desde luego, si la certificación de la acción colectiva fue negativa, el artículo 854.3 LEC<sup>ALAR</sup> claramente indica que no es posible una segunda acción colectiva sobre el

---

afectados —en razón de la anterior autoexclusión— y la determinación de los ahora afectados que se lleve a cabo en la demanda comportaría una variación de las identidades subjetivas de la acción, consecuentemente una variación de objeto y, por tanto, la variación del supuesto de hecho al que se anuda la inadmisión de la demanda colectiva en el art. 862.2 LEC<sup>ALAR</sup>. En mi opinión, tratándose de una acción colectiva, su objeto viene determinado en su dimensión subjetiva por los sujetos efectivamente afectados por el comportamiento antijurídico del demandado. La extensión subjetiva de la acción no es fraccionable. Cuestión distinta es el alcance que finalmente tenga el pronunciamiento de la sentencia que la resuelva en atención a las autoexclusiones o adhesiones de los efectiva y materialmente afectados por el comportamiento [pretendidamente] antijurídico del demandado. Tal me parece que es el objeto aludido por el artículo 862.2 LEC<sup>ALAR</sup>. Otra interpretación permitiría una segunda acción colectiva y exigiría, como hemos señalado, una segunda autoexclusión de los consumidores que quisieran conservar su derecho a la tutela judicial efectiva mediante el ejercicio de una acción individual. No parece que esta sea la intención perseguida por el legislador al establecer una causa de inadmisión, ni parece adecuado que quien ha manifestado ya su voluntad de quedar excluido de una acción colectiva pudiera verse sometido a la carga de volver a reiterar esa voluntad de seguir excluido de una forma de tutela colectiva.

mismo comportamiento del empresario o profesional. En este caso, la exclusión de la segunda acción colectiva no responde en modo alguno a la noción de cosa juzgada y parece responder al mismo principio que inspira la regulación del art. 862.2 LEC<sup>ALAR</sup>.

*d) Ventajas del criterio de la general vinculación de los consumidores afectados que no hagan uso de la posibilidad de desvinculación.*

Parece adecuado que la vinculación a la acción colectiva mediante un sistema de adhesión, en lugar de un sistema de desvinculación, se configure como excepcional.

Adviértase que, con un sistema de autoexclusión, serán los propios afectados los que decidirán, en función de su propio cálculo de expectativas, la conveniencia de instar una tutela individualizada de su derecho o confiarla a quien asuma la llevanza de la acción colectiva.

En casos de medidas resarcitorias de escasa cuantía, el mecanismo de la colectivización de acciones operará de forma natural y el propio desinterés del consumidor afectado por manifestar su voluntad de autoexclusión generará una inercia que favorecerá la actuación del derecho y las finalidades de disuasión del incumplimiento (*deterrence*) que son consustanciales a la noción de acción colectiva<sup>121</sup>.

A medida que esa cuantía se vaya elevando, la posibilidad de la colectivización se diluirá al existir un mayor interés en controlar la tutela jurisdiccional del propio derecho. Aun así, el límite que determina el surgimiento de este interés es difuso, porque no viene determinado únicamente por la propia cuantía de la reclamación, sino por otras circunstancias como la propia solvencia económica del consumidor afectado, su disponibilidad de tiempo y su propia disposición personal a formular una reclamación. Por ese motivo, en mi opinión, el interés en una buena administración de justicia parece aconsejar la sustanciación de la acción de representación de carácter resarcitorio bajo una regla de posibilidad de autoexclusión, más que de voluntaria adhesión, como establece el art. 848.3 LEC<sup>ALAR</sup> con la intención de favorecer aquella buena administración de justicia.

La abulia<sup>122</sup> o la carencia de tiempo y recursos actuarán como factores de inercia que, en un sistema de voluntaria autoexclusión, favorecerán la efectividad de la tutela

<sup>121</sup> Como ya apunté en otro lugar, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «Un proceso sin interesados. Colectivización de la tutela: “opt out” y proceso modelo», en HERRERO PEREZAGUA (*dir.*), *Las transformaciones del proceso civil*, Cizur Menor, 2016, p. 132, «el cálculo de riesgos al lanzar un producto al mercado puede conducir al productor a asumir el riesgo del lanzamiento aun cuando el producto es defectuoso si considera que el número de reclamaciones, dado su coste, no será muy elevado. La actuación individual sopesa el coste y riesgo de una acción judicial en razón del rendimiento esperado. Ese cálculo es distinto si la acción es colectiva y el cálculo de riesgos que hace el productor de bienes, también».

<sup>122</sup> Puede tildarse de paternalista la actitud de quien propugna la tutela de los derechos sobreponiéndose a la falta de voluntad de sus titulares. El brocardo «*vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*» aconseja una distinta configuración del proceso civil. No obstante, en el ámbito de la tutela de los consumidores el principio de efectividad consagrado en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, ha producido una alteración de los principios inspiradores del proceso civil, en atención a la falta de información y capacidad de negociación de los consumidores en el mercado. Lo cierto es que la situación del consumidor en el mercado ha alcanzado situaciones de saturación de su capacidad de planificación, negociación y reacción en relación con la contratación de servicios de suministro



jurisdiccional, mientras que esa misma inercia, en un sistema de voluntaria adhesión, se erigirá en un obstáculo de acceso a la justicia.

Para algunos autores, en los casos de indeterminación de los posibles afectados, ante la dificultad de dar una adecuada noticia de la interposición de la acción, o cuando la cuantía de la reclamación fuese elevada resultaría preferible un sistema de *opt in*<sup>123</sup>. En realidad, en los supuestos en que la reclamación individual fuese de una cuantía muy reducida, el sistema de *opt out* sigue garantizando, también en casos en que no se haya tenido noticia de la interposición de la acción, la efectividad de la tutela de todos los afectados, por más que sean indeterminados. Los supuestos problemáticos se plantearán en los casos en los que las reclamaciones sean de una cuantía elevada y en los que el sujeto individual puede tener pretensiones más ambiciosas que la entidad legitimada para el ejercicio de la acción. En esa coyuntura, un sistema de adhesión no resulta necesariamente más justo y eficiente, pues la falta de información no perjudica a quien no quería adherirse. En su caso, resultará perjudicial para el consumidor que no tenía pretensiones más ambiciosas que las formuladas por la entidad habilitada y que al no haberse podido adherir no puede beneficiarse del ejercicio de la acción colectiva. El ejercicio individual de la acción le supondrá un coste económico mayor y, si es un consumidor de escasos recursos, la exigencia de una adhesión expresa no le supone ninguna ventaja cuando la información es deficiente, al contrario, le ocasiona un perjuicio. En cambio, un fallo de información, en un sistema de autoexclusión, no le ocasiona necesariamente un perjuicio, por cuanto que la acción de representación no habrá dejado de ejercitarse en su interés. Puede que, si hubiese tenido una información adecuada, se hubiese autoexcluido para intentar una reclamación de mayor importe, o porque desconfiase del éxito de la acción tal y como había sido planteada. Lo que en ningún caso se produce es una situación de total indefensión, aunque hay que reconocer que sí de limitación de su disponibilidad

---

de energía, de telefonía o de financiación crediticia de la vivienda o el vehículo. En muchos casos se trata de servicios esenciales, en otros, no esenciales, pero habituales en un amplio porcentaje de la población. Una reclamación que no alcance una cantidad muy elevada, puede no ser formulada por el consumidor, simplemente por falta de atención y tiempo en quien presenta una personalidad debidamente conformada pero que dirige las energías de su voluntad a requerimientos más urgentes y apremiantes. El derecho debe atender a la tutela de quien permanece en vigilia, pero también debe estructurarse en atención al ritmo —cuanto menos *vivace*— de reacción que reclama el mercado de oferentes de productos y servicios y también de consumidores y usuarios y a sus posibilidades de adaptación a ese ritmo que son muy reducidas en el caso de los consumidores y también, en muchos casos, de profesionales autónomos y microempresas.

<sup>123</sup> SANDE MAYO, M<sup>a</sup>. J., *Las acciones colectivas...*, *cit.*, pp. 239 y ss. y «La configuración de los procesos colectivos sobre un modelo mixto de opt-in y opt out», en ARMENTA y PEREIRA (coords.), *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2018, p. 130 y también en sentido parecido PLANCHADELL GARGALLO, A., «Acciones colectivas y acceso a la Justicia», *cit.*, p. 200. Acogen también esta opinión, si bien bajo un principio de flexibilidad, que permitiese al juez elegir entre un sistema de adhesión o autoexclusión, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «Los ejes fundamentales...», *cit.*, p. 98 y GASCÓN INCHAUSTI, F., «Acciones colectivas y Derecho europeo...», *cit.*, p. 722.

Apunta GASCÓN INCHAUSTI, F., «Algunas claves...», *cit.*, p. 8 que la certificación de la acción al amparo del art. 848.3 LEC<sup>ALAR</sup> resulta oportuna «si se aprecian serias dificultades para asegurar que la comunicación de la existencia del proceso llegará de forma efectiva a sus destinatarios» para garantizar una adecuada administración de justicia.

sobre la acción<sup>124</sup>. Ciertamente, un adecuado funcionamiento del sistema requiere una suficiente publicidad del ejercicio de la acción colectiva, especialmente amplia cuanto más cuantiosa sea la repercusión económica en cada consumidor<sup>125</sup>.

La anterior postura parece descansar en el convencimiento de que las facultades de *opt in* y *opt out* constituyen la causa de legitimación a las entidades o asociaciones que interponen la acción y la justificación de la extensión de efectos de la sentencia. A esta concepción podría dar apoyo la propia literalidad de la Directiva 2020/1828 que califica las acciones colectivas como acciones de representación y su artículo 9.2, en relación con las acciones resarcitorias, impone a los Estados miembros el deber de regular la forma y manera en que «los consumidores individuales afectados por la acción de representación manifiesten expresa o tácitamente su voluntad (...) de ser representados o no por la entidad habilitada en dicha acción de representación y de quedar vinculados o no por el resultado de la acción de representación». Los dos efectos —ser representados, quedar vinculados— quedan confundidos en el único efecto del resultado vinculante de la resolución que pone término al proceso, toda vez que no se regula en la Directiva la posibilidad de intervención en el proceso y, por lo tanto, la directa actuación de los consumidores y usuarios en el seno del proceso colectivo al margen de la representación de la entidad que ha promovido la acción<sup>126</sup>.

Desde luego, en el anteproyecto se excluye la posibilidad de intervención de los consumidores individuales —como antes hemos señalado— y con ello, la posibilidad de optar entre actuar personalmente en el proceso colectivo o ser representado por la entidad habilitada promotora. En el régimen proyectado, la autoexclusión o la adhesión lo son siempre al resultado del proceso colectivo promovido por una entidad legitimada en virtud de la concurrencia de los requisitos establecidos por ley para el ejercicio de este tipo de acciones (art. 835 LEC<sup>ALAR</sup>).

Efectivamente, la legitimación descansa en una atribución legal toda vez que se concibe la actuación del sujeto legitimado como un mecanismo de refuerzo de la

<sup>124</sup> En el ámbito norteamericano, aunque la cuestión es polémica, se defiende que el derecho de autoexclusión no es una exigencia necesaria del *due process*, y que sí lo es la adecuada representación de quien ejercita la acción colectiva. *vid.* ISSACHAROFF, S. «Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions» *The Supreme Court Review*, vol. 1999, p. 369 y «Preclusion, Due Process, and the Right to Opt Out of Class Action», *77 Notre Dame L. Rev.* 1057 (2002), p. 1060; HINES, L., «The Dangerous Allure of the Issue Class Action», en *79 Ind. L.J.* 567 2004, p. 602.

<sup>125</sup> Para GASCÓN INCHAUSTI, F., «Acciones colectivas y Derecho europeo...», *cit.*, p. 721, «la legitimidad de un modelo *opt-out* presupone un conocimiento efectivo de la existencia del proceso por parte de los potenciales afectados, algo que requiere mecanismos de publicidad con estándares elevados en cuanto a su capacidad de llegar a los destinatarios».

El anteproyecto prevé la creación de un Registro Público de Acciones de Representación, en el que se inscribirán las demandas en las que se ejerciten acciones de representación y que resulten admitidas a trámite con la información de los consumidores y usuarios afectados y la ubicación y forma de acceso a la plataforma electrónica en la que deberá manifestarse la voluntad de adherirse o autoexcluirse (art. 837 LEC<sup>ALAR</sup>).

<sup>126</sup> Podría entenderse que la Directiva exige regular la posibilidad de autoexclusión del resultado del proceso y, aún vinculándose al mismo, también la posibilidad de excluir la actuación representativa de la entidad promotora de la acción colectiva, de modo que el consumidor que no se ha autoexcluido de aquel resultado, podría actuar por sí mismo en el proceso. Tal interpretación no es segura, pues en el artículo 9.3, la Directiva enlaza la manifestación de voluntad de ser representado en la acción de representación con el efecto de quedar vinculado con su resultado.

tutela judicial efectiva de los consumidores. Mediante el ejercicio de estas facultades de autoexclusión o adhesión se pretende minimizar el impacto de esta legitimación en el ámbito del ejercicio de la autonomía de la voluntad en relación con la disponibilidad en el ejercicio de la acción civil. Este impacto es mínimo en un sistema de adhesión, por cuanto que el propio consumidor decide hacer valer su derecho a la tutela judicial efectiva a través de la acción colectiva. En un sistema de autoexclusión el impacto es mayor. Si la autoexclusión permite el ejercicio individualizado del derecho a la tutela judicial efectiva, tal opción debe hacerse valer en el plazo fijado por el tribunal conforme al art. 848.5 LEC<sup>ALAR</sup>, no inferior a dos meses ni superior a cuatro desde el momento en que se dé difusión al auto de certificación de la acción de representación. Ejercitada la opción de autoexclusión en ese plazo, el ejercicio de la acción individual sólo quedará sometido al plazo de prescripción general de las acciones. Ahora bien, de no ejercitarse la opción de autoexclusión, el consumidor queda vinculado a la acción colectiva y pierde la posibilidad de ejercicio de su acción individual.

Esta limitación del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva es conforme a la doctrina constitucional señalada al inicio de este trabajo, en cuanto que el legislador puede limitar las formas de ese ejercicio en función de otros intereses generales o particulares. Así, por motivos de seguridad jurídica, como vimos, puede establecer reglas de caducidad o prescripción de la acción, que evidentemente limitan el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. De igual modo, en atención a las razones que justifican la existencia de las acciones colectivas —facilitación del acceso a la justicia, interés en lograr una rápida solución y sin pronunciamientos contradictorios en un supuesto de daños masivos a consumidores, disuasión de comportamientos antijurídicos, mejor administración de justicia— puede también limitar ese ejercicio. La limitación no es total, sino proporcionada. La interposición de la acción colectiva no comporta una inmediata interdicción de la posibilidad de ejercitar una acción individual. En los casos en los que se brinda al consumidor la posibilidad de adherirse a la acción colectiva, su derecho a la tutela judicial permanece incólume tanto si se adhiere, como si se mantiene al margen. No obstante, de mantenerse al margen, su derecho a la tutela judicial efectiva puede resultar ilusorio si carece de recursos económicos, o irrelevante, si carece de la necesaria decisión y tiempo para hacerlo efectivo. En los casos en que se establece su vinculación, salvo que opte por su autoexclusión, aquella restricción del ejercicio de la acción sólo se producirá transcurrido el plazo en que puede optar por su desvinculación de la acción colectiva. Se trata de una limitación parangonable, por ejemplo y como vengo señalando, con el establecimiento de un plazo de prescripción de la acción. En estos casos, el ejercicio de la acción colectiva produce una drástica reducción del plazo que el ordenamiento otorga al consumidor para decidir si ejercita su acción —o al menos, si desea mantener viva la posibilidad de su ejercicio aislado—, pero esa reducción es proporcionada, porque transcurrido aquel plazo sin que se haya autoexcluido, no se le priva de modo total del derecho a la tutela judicial efectiva —como sucede cuando se establece un plazo de prescripción de la acción— sino que su tutela judicial efectiva será actuada de forma colectivizada a través de una entidad dotada de la adecuada representatividad. Ciertamente, la tutela colectiva se proporciona sin contar con el consumidor, mediante un sistema que comporta una colectivización de su tutela y la exclusión del ejercicio de sus facultades dispositivas, pero no deja de prestarse. Como

ha señalado la doctrina norteamericana<sup>127</sup>, para la salvaguarda del derecho al debido proceso —en nuestro sistema, en este caso habría que situarlo más bien en el derecho a la tutela judicial efectiva— se exige una adecuada representatividad y capacidad en las entidades habilitadas para el ejercicio de la acción colectiva.

## 2. Las acciones de representación para la adopción de medidas de cesación

### A) *El objeto de las acciones colectivas de cesación: tutela inhibitoria y tutela declarativa*

Junto a las medidas de carácter resarcitorio, el anteproyecto —de conformidad con las directrices impuestas por el Parlamento Europeo y el Consejo— prevé la posibilidad de que la acción de representación pueda encaminarse a la adopción de medidas de cesación. De conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Directiva 2020/1828, el art. 830 LEC<sup>ALAR</sup> establece que la pretensión ejercitable en esta modalidad de acción de representación no se limita a la condena a cesar en la conducta antijurídica, sino que se extiende a la prohibición de su reiteración futura y, también por el mismo cauce, podrá pretenderse la prohibición de una conducta futura, si se dan indicios suficientes que hagan previsible su puesta en práctica o incluso su reiteración. En este último supuesto, la condena resultará procedente aun cuando ya hubiese cesado una conducta realizada en el pasado.

Como medida complementaria a la estimación de la acción de cesación, podrá ordenarse la publicación en medios de comunicación bien de la sentencia estimatoria, bien de una declaración de rectificación. Piénsese en su oportunidad en los casos de publicidad ilícita. Estas medidas sólo se adoptarán a instancia de la entidad demandante y siempre a costa del demandado (art. 830.3 LEC<sup>ALAR</sup>).

El cauce de la acción de representación de cesación es igualmente el adecuado para la formulación de una pretensión por la «que se declare que una conducta es contraria a las normas de protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios». Esta tutela declarativa resulta procedente en la medida en que el art. 830.5 LEC<sup>ALAR</sup>, en sentido concorde con lo señalado en el art. 8.3 de la Directiva 2020/1828, no exige en relación con la acción de representación en la que se inste este tipo de medidas la producción de una «pérdida, daño o perjuicio efectivo a los consumidores y usuarios considerados individualmente que se hayan visto afectados por la infracción»<sup>128</sup>. Se pone así de manifiesto el carácter intrínsecamente preventivo de la «acción de cesación», aun cuando lo solicitado por este cauce no sea una condena inhibitoria,

<sup>127</sup> *Vid. supra* nota 124.

<sup>128</sup> Tanto en el art. 830.5 LEC<sup>ALAR</sup>, como en el 8.3 de la Directiva extrañamente se alude a consumidores y usuarios afectados en casos en los que, si no hay ni pérdida, ni daño, ni afección, difícilmente puede hablarse de una afección. La repercusión —insistimos nuevamente en ello— de la conducta antijurídica en el mercado es general, pues cualquier persona física que se encuentra en un mercado puede llegar a demandar, en el futuro, los bienes o servicios que se distribuyen conforme a una pauta de conducta que puede considerarse antijurídica.

Tanto la Directiva como este precepto también excluyen la necesidad de acreditar la existencia de dolo o negligencia para la estimación de la acción de cesación. Se trata de elementos normativos que pueden ser determinantes o modalizadores de la responsabilidad, pero en sí mismos —al menos en el ámbito civil— no afectan a la calificación de un comportamiento como antijurídico.

sino una mera sentencia declarativa. La procedencia y estimación de esta acción declarativa no quedan supeditadas a la acreditación de un particular interés en la obtención ese pronunciamiento de condena —como es característico de las acciones meramente declarativas<sup>129</sup>— toda vez que la acción no declara la existencia de un derecho, sino de una infracción normativa ya producida o inminente, por lo que el interés en su ejercicio se encuentra ínsito en el contenido del pronunciamiento declarativo, aun cuando no se acompañe de la solicitud de una medida inhibitoria. Las medidas propias de las acciones representativas de cesación —entendidas como comprensivas de estos pronunciamientos declarativos— guardan correlación con una función de vigilancia de la corrección del comportamiento de los operadores del mercado y por lo tanto se encaminan a una pronta reacción, antes incluso, de que se materialice en un daño.

Este pronunciamiento declarativo estará implícito en las acciones de representación de carácter resarcitorio si es que no se ha solicitado de forma expresa en la demanda en la que se instan concretas medidas de reparación del daño. Además, la acumulación de las pretensiones propias de la acción de representación de cesación a las propias de la acción de representación resarcitoria se admite en el artículo 833 LEC<sup>ALAR</sup> por lo que bien puede pedirse un expreso pronunciamiento del carácter antijurídico de la conducta del demandado, su cese y, al tiempo, las correspondientes medidas resarcitorias.

El alcance de ambas acciones es diverso. La declaración de la existencia de una infracción de las normas tuteladoras de los consumidores y el cese de la conducta infractora tienen una necesaria trascendencia supraindividual y el hecho de ejercitarse en el ámbito de una acción colectiva les dota de una formal eficacia supraindividual. Por este motivo, no se entiende la redacción dada al artículo 841.2 LEC<sup>ALAR</sup>, que parece exigir una identificación individualizada de los consumidores afectados —cuando sea posible— para que puedan considerarse beneficiarios de la sentencia estimatoria que pudiera dictarse. Si la conducta que debe cesar es una conducta de distribución de bienes o prestación de servicios en el mercado, su prohibición redundará tanto en los que ya ha contratado con el empresario o profesional, como quienes pudieran hacerlo en el futuro. La previsión se entiende aún menos si pone en relación con la previsión que excluye acreditar que se ha producido un efectivo daño o perjuicio a los consumidores. Si no hay daño o perjuicio no hay consumidores afectados, a lo sumo habrá consumidores potencialmente afectables. El pronunciamiento de la acción de representación de cesación afecta a un interés verdadera y propiamente colectivo. Por ese motivo, el artículo 830.4 LEC<sup>ALAR</sup> excluye la posibilidad de adhesión o autoexclusión de la acción colectiva, en tanto que tal posibilidad se vincula a la preservación de la disponibilidad de los consumidores y usuarios sobre su derecho a la tutela judicial efectiva. La acción de representación resarcitoria refuerza la tutela judicial, pero al incidir en cada consumidor, en la esfera propia y exclusiva de sobera-

<sup>129</sup> La STC de 30 noviembre de 1992, recogiendo una doctrina ya contenida en sentencias del Tribunal Supremo, señaló que «la admisibilidad de las acciones meramente declarativas está condicionada a la existencia de un interés digno de tutela. La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, no existe como tal, si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate. El interés es, pues, requisito de la acción meramente declarativa».

nía de su derecho —a la reparación, al resarcimiento del daño—, procura cohonestar esa actuación de refuerzo con la disponibilidad sobre el mismo a través del mecanismo de la expresa adhesión o de la autoexclusión de la tutela ofrecida de forma colectiva. En cambio, tal esfera de disponibilidad, de soberanía sobre un ámbito propio, exclusivo y excluyente, no se da en situaciones de un interés verdaderamente colectivo e indivisible. De conformidad con lo señalado actualmente en el art. 15.4 LEC —que, de prosperar el anteproyecto, quedará sin contenido— el artículo 830.4 LEC<sup>ALAR</sup> excluye que los consumidores y usuarios puedan intervenir en el proceso en el que se ejercita una acción de representación de cesación. Las posibilidades de autoexclusión carecen de sentido. También las de adhesión.

La doctrina de la sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016, emanada en relación con una acción de cesación a la que se habían acumulado pretensiones de nulidad y restitución, debe entenderse parcialmente corregida. La exigencia de que el consumidor pueda, en todo caso, desvincularse de la acción colectiva ejercitada, que se afirmó en aquella sentencia sin diferenciar entre la pretensión de cesación y la de resarcimiento, debe entenderse ahora solo referida a las pretensiones de resarcimiento. No cabe duda que, de ejercitarse una acción de cesación —con la posibilidad de acumular a la misma una acción meramente declarativa— la desvinculación no es posible, porque la sentencia no va a pronunciarse en ningún caso sobre derechos o intereses de titularidad exclusiva de los consumidores individualmente considerados<sup>130</sup>. No se produce ninguna directa injerencia en el ámbito de los derechos e intereses sometidos a su exclusiva titularidad, sin perjuicio de la repercusión que en cada consumidor pueda producir la sentencia que se pronuncie sobre el interés colectivo en el que todos los consumidores participan.

## *B) El procedimiento de las acciones colectivas de cesación*

### *a) El ejercicio aislado de la acción colectiva de cesación y su acumulación a las acciones colectivas de resarcimiento.*

El distinto alcance de las acciones colectivas resarcitorias y de cesación determina también las diferencias de procedimiento. La acción de representación resarcitoria discurre por el procedimiento establecido en los artículos 844 y ss. LEC<sup>ALAR</sup>, caracterizado por la introducción de una audiencia de certificación encaminada principalmente a verificar la «homogeneidad de las pretensiones» —con el alcance que anteriormente hemos dado a esta expresión— y la apertura de un plazo para la formulación de autoexclusiones o adhesiones a la acción colectiva. La acción de representación de cesación, en cambio, se sustancia por los trámites del juicio verbal, con contestación en el plazo de veinte días y sin que se prevea plazo alguno para la adhesión o autoexclusión de los consumidores.

No obstante, como hemos señalado anteriormente, en los casos en que se acumulen pretensiones propias de la acción colectiva de cesación y de la acción colectiva de resarcimiento, el procedimiento a seguir será el señalado a esta última. Así se

<sup>130</sup> Como veremos, sí será posible la desvinculación o la adhesión, a los pronunciamientos de contenido resarcitorio cuando se hubiese acumulado la acción colectiva de cesación a una acción colectiva de resarcimiento.

deduce de la previsión del art. 833.1 LEC<sup>ALAR</sup> que permite al juez ordenar la tramitación separada de ambas acciones si considerase que la acumulación origina excesiva complejidad o dilación<sup>131</sup>. Tal decisión deberá adoptarse en el trámite de certificación del art. 846 LEC<sup>ALAR</sup> y, por lo tanto, en el seno del procedimiento de la acción de representación de resarcimiento, a la que se habrá acumulado una pretensión de cesación y, en su caso, declarativa.

La fuerza atractiva del procedimiento establecido para las acciones de representación resarcitorias responde a la más compleja estructura de su tramitación, pero no a su preeminencia que debe atribuirse a la acción de cesación que acoge en su seno un pronunciamiento declarativo con indudable trascendencia prejudicial. Adviértase que en caso de que se acuerde la desacumulación de las acciones, se podrá acordar la suspensión del proceso que conozca de las pretensiones resarcitorias en tanto se resuelve la de cesación (párrafo II *in fine* del art. 833.1 LEC<sup>ALAR</sup>). El mismo criterio se adopta en el apartado 4 del art. 833 LEC<sup>ALAR</sup> en el caso de que se hubieran interpuesto frente al mismo empresario o profesional y respecto de la misma conducta por entidades habilitadas distintas acciones de cesación y representación y no fuera posible la acumulación de los procesos. Incluso el art. 854.1 LEC<sup>ALAR</sup> admite que en caso de que el auto posterior a la audiencia de certificación acuerde el sobreseimiento del proceso, este no será total, sino que mandará que continúe el proceso, por los trámites del juicio verbal, respecto de la acción de cesación a la que no afectará la consideración de que no existe suficiente homogeneidad en las «pretensiones de los consumidores»<sup>132</sup>.

Salvo en este último caso, en que la acción de representación resarcitoria no puede continuar, la acción colectiva de cesación parece presentar, como hemos adelantado, un carácter prejudicial frente a la resarcitoria. Los casos en que se acuerda la suspensión de la acción colectiva resarcitoria, en situaciones en que no se considera oportuna la acumulación<sup>133</sup>, parecen responder a la idea de que

<sup>131</sup> En el caso de que la sustanciación de la acción de resarcimiento por el cauce previsto en los artículos 844 y ss. LEC<sup>ALAR</sup> ocasione una dilación para la resolución de la acción de cesación acumulada, parecería más adecuada la adopción de una medida cautelar de cesación de la conducta que se reputa antijurídica. Sin embargo, como veremos a continuación en el texto, resultará más efectivo que se resuelva con carácter previo y prejudicial la acción de cesación.

<sup>132</sup> Entendemos que esta continuación no será posible cuando el auto que acuerda el sobreseimiento no lo hace en razón de la ausencia de los presupuestos a los que sea anuda la certificación —la homogeneidad en las pretensiones, que como antes señalamos en el epígrafe IV.1.A), debe ser interpretada como la existencia de un daño colectivo reconducible a una misma conducta dañosa—, sino por la ausencia de algún presupuesto procesal o requisito de los aducidos en el escrito de oposición por motivos procesales que el demandado hubiese interpuesto al amparo del art. 845.2 LEC<sup>ALAR</sup>. Por otra parte, si se acuerda la continuación del proceso respecto de la acción de cesación, el autor del anteproyecto debería haber clarificado cómo se va a llevar a cabo. La continuación debería ser para que el demandado conteste a la demanda, en el plazo de veinte días, conforme establece el art. 841.3 LEC<sup>ALAR</sup>, sin que ya puedan formularse motivos de oposición de carácter procesal, en cuanto que el momento procesal para su formulación ya precluyó pues el demandado tuvo ocasión de formular tales motivos de oposición procesal, al amparo del art. 845.2 LEC<sup>ALAR</sup> y si así lo hizo, hay que entender que ya han sido desestimados.

<sup>133</sup> Las razones que pueden justificar esa no acumulación se definen con gran amplitud. Ciertamente la dilación que comporta la tramitación de una acción de representación resarcitoria supone un retraso desaconsejable para instar la cesación de una conducta que se reputa antijurídica. Si no se ha solicitado como medida cautelar la cesación (artículo 842 LEC<sup>ALAR</sup>), parece lógico desacumular las pretensiones.

el sentido en que se resuelva la acción colectiva de cesación puede condicionar el pronunciamiento de la acción colectiva resarcitoria. Así sucederá en la medida en que la conducta respecto de la que se solicite su cesación y su declaración como antijurídica es precisamente la que se considera causante del daño que la medida resarcitoria repara. Adviértase que tal medida reparadora sólo resultará procedente en función de las determinaciones normativas reguladoras de la responsabilidad del empresario o profesional.

No obstante, la acción de representación resarcitoria no requiere, como establece el apartado 2 del artículo 831 LEC<sup>ALAR</sup>, de conformidad con lo establecido en el art. 9.8 de la Directiva, la previa declaración en sentencia firme de que la conducta del empresario o profesional demandado es contraria a los intereses colectivos de los consumidores. Ciertamente, esa declaración puede impetrarse de forma acumulada en la propia acción de representación resarcitoria, pero el demandante puede limitarse a solicitar las medidas resarcitorias sin instar un expreso pronunciamiento declarativo de la infracción de las normas protectoras de los consumidores y usuarios. En todo caso, el ejercicio de una acción de cesación sobre la misma conducta del empresario o profesional determinará la acumulación de acciones o la suspensión de la acción de representación resarcitoria en tanto se resuelve la de cesación.

Llegados a este punto, me parece que la calificación de la acción de representación regulada en el artículo 830 LEC<sup>ALAR</sup> como de cesación resulta equívoca cuando acoge en su seno un pronunciamiento declarativo. Este es el elemento principal, del que la cesación es un corolario, que puede ser impetrado o no. De igual modo, puede limitarse la pretensión colectiva a instar la cesación, sin solicitar un expreso pronunciamiento sobre el carácter antijurídico del comportamiento del empresario o profesional, que, en todo caso, resultará implícito en la condena de carácter inhibitorio.

El mantenimiento de esta denominación de acciones de representación de cesación parece responder a un intento de reforzar la finalidad coercitiva de las medidas que pueden adoptarse y su carácter de medio de reacción rápido y preventivo frente a conductas de los empresarios y profesionales en el mercado.

La nueva regulación viene a ordenar el panorama de nuestras acciones colectivas estableciéndose que la acumulación de pretensiones declarativas y de cesación con pretensiones de carácter resarcitorio deberá llevarse a cabo en el procedimiento regulado para la sustanciación de acciones de representación resarcitorias y, por lo tanto, con sujeción al trámite de certificación —que sólo operará respecto de la viabilidad de la acción de representación resarcitoria, como hemos visto, *cfr.* art. 854.1 LEC<sup>ALAR</sup>— y con la posibilidad de adhesión o autoexclusión de los consumidores afectados que —parece que así debe entenderse— sólo resultará posible respecto de las medidas resarcitorias que se adopten. Respecto del pronunciamiento declarativo o de la condena inhibitoria no cabe ni adhesión, ni autoexclusión, como no cabría si la acción colectiva de cesación —con su pronunciamiento declarativo— se hubiese sustanciado sin acumularla a pretensiones de resarcimiento. Se pone coto así a la situación actual en la que resultaba habitual acumular a acciones de cesación, pretensiones de restitución e indemnización, con apoyo en los artículos 53 LGDCU y 12 LCGC. Estos preceptos son modificados por el Anteproyecto con una nueva regulación en la que ya no se hace referencia a la actual posibilidad de acumulación



—a la acción de cesación— de pretensiones declaración de nulidad o de reparación de daños y perjuicios<sup>134</sup>.

En este punto, la regulación del artículo 862 LEC<sup>ALAR</sup> no termina de precisar si el efecto de cosa juzgada de la sentencia resolutoria de una acción de representación resarcitoria tiene igual alcance en los pronunciamientos sobre las medidas resarcitorias como en los pronunciamientos sobre las medidas declarativas y de cesación que se hubieran podido acumular a los mismos. Parece lógico entender que estos últimos pronunciamientos, aunque se han alcanzado en el seno de un procedimiento de una acción de representación resarcitoria, tendrán un alcance superior al de los pronunciamientos de carácter resarcitorio.

Nos parece que el artículo 862 LEC<sup>ALAR</sup> sólo regula el efecto de cosa juzgada en relación con los pronunciamientos sobre medidas resarcitorias. Los pronunciamientos declarativos y de cesación se producen sobre un comportamiento único del empresario o profesional que no debería ser valorado de forma distinta en otros procedimientos, por más que hubiera consumidores que se hubiesen desvinculado o que no se hubiesen adherido a la acción de representación resarcitoria. Evidentemente, si como consecuencia de esa desvinculación o no adhesión, se inician otros procesos por ejercicio de acciones individuales, pueden alcanzar —de resolverse con anterioridad— pronunciamientos no concordados con el sentido en que resuelva el tribunal que conoce de la acción colectiva. En cambio, si el proceso colectivo finaliza antes, con sentencia firme, no parece que el juez que conoce de la acción individual ejercitada por el consumidor que se desvinculó o no adhirió a la acción colectiva pueda desconocer el pronunciamiento declarativo que haya recaído en el proceso colectivo del que se desvinculó —o al que no se adhirió— el consumidor. Resultaría aquí de aplicación la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia 367/2017, de 8 de junio<sup>135</sup>. Esta eficacia prejudicial es la que explica la posible suspensión de

<sup>134</sup> El texto del anteproyecto traslada al nuevo Título IV del Libro IV LEC las reglas de acumulación de pretensiones colectivas en los procesos en que se sustancien acciones de representación. Así, se propone la modificación en la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, entre otros, de su artículo 53 que se remite ahora al régimen de las acciones colectivas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que haya referencia alguna a la posibilidad de acumular a la acción de cesación otras pretensiones de carácter colectivo.

El apartado 2 del artículo 53 LGDCU en su redacción actual y vigente señala «A cualquier acción de cesación podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas. De dicha acción acumulada accesorio conocerá el mismo juzgado encargado de la acción principal, la de cesación por la vía prevista en la ley procesal». Con el nuevo régimen, estas pretensiones no pueden acumularse al proceso en que se conozca de la acción de cesación: al contrario se acumulará la acción de cesación a las acciones colectivas en las que se hayan solicitado medidas resarcitorias como la resolución o la rescisión contractual. También desaparece del art. 12 LCGC toda referencia a la posibilidad de acumular a la acción de cesación, la de restitución y la de indemnización de daños y perjuicios.

En la redacción actual y vigente se establece en el párrafo segundo del art. 12.2 LCGC que «A la acción de cesación podrá acumularse, como accesorio, 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».

<sup>135</sup> Vid. *supra* epígrafe III.2.B) e).

la sustanciación de la acción colectiva resarcitoria —en cuyo seno pueden producirse autoexclusiones o la no adhesión de los consumidores— en tanto se resuelve la acción colectiva de cesación, en la que no caben tales autoexclusiones ni, claro está, adhesiones.

*b) La formulación de pretensiones de nulidad en materia de condiciones generales de la contratación*

Con el nuevo régimen, es evidente que una reclamación de indemnización de daños y perjuicios a un conjunto de consumidores como consecuencia de la utilización por el empresario o profesional predisponente de una condición general de la contratación de carácter abusivo es una característica medida de carácter resarcitorio. La cuestión que debe deslindarse ahora es si el pronunciamiento de nulidad tiene también el carácter de una medida de carácter resarcitorio. En la enumeración de contenidos de las medidas resarcitorias del art. 831 LEC<sup>ALAR</sup> no figura la declaración de nulidad, aunque es cierto, que ese listado de conductas no tiene carácter taxativo. La cuestión parece vinculada al carácter declarativo o constitutivo de la nulidad. Si la consideración de una cláusula como abusiva comporta la declaración de ineficacia, el mero pronunciamiento declarativo puede producirse en el seno de una acción de representación de cesación. Además, si se considera que la declaración de nulidad comporta la necesaria restitución de las prestaciones como efecto natural, tal restitución no es una medida accesoria —una acción acumulada— a la acción declarativa de abusividad y, en consecuencia, de nulidad de la condición general de la contratación.

La resolución de esta cuestión debe atender a si el pronunciamiento de nulidad se hace con carácter abstracto o en relación con una serie de concretos contratos suscritos con el mismo predisponente. Si se pretende una declaración del carácter ilícito de un comportamiento —del carácter abusivo de una condición general— con carácter abstracto, deberá instarse una acción colectiva declarativa a la que podrá acumularse, como accesorio, un pronunciamiento de cesación. En muchos casos, un pronunciamiento abstracto puede ser suficiente para que la tutela jurisdiccional sea plenamente efectiva. Piénsese en un clausulado general que no ha determinado, en el momento de interposición de la acción colectiva ningún contrato. En cambio, si se pretende la declaración de nulidad de los contratos suscritos con una multiplicidad de consumidores afectados y la restitución de las cantidades abonadas, entendemos que deberá acudir a una acción de representación de carácter resarcitorio, a la que podrá acumularse las acciones declarativas y de cesación. De igual modo, la restitución de las cantidades indebidamente abonadas en ejecución de la cláusula general abusiva y declarada nula en el correspondiente contrato deberá instarse a través de la correspondiente acción representativa resarcitoria. Entendemos que la restitución constituye una pretensión colectiva de índole reparadora<sup>136</sup>, por más que pudiera considerarse un efecto natural de la ineficacia de las cláusulas incorporadas a un contrato. La modulación de esa pretensión forma parte de las facultades atribuidas a la entidad habilitada para el ejercicio de la acción colectiva y la posibilidad de autoexclusión o de adhesión del consumidor individual es un ejercicio de sus

<sup>136</sup> Nos remitimos a los argumentos ofrecidos en el epígrafe III.2.B) b).

facultades dispositivas en relación con su derecho a la tutela judicial efectiva. Tales facultades le permitirán sustraerse a la acción colectiva si entiende que la concreción de la restitución procedente no ha sido adecuadamente perfilada en la formulación de la pretensión colectiva. Evidentemente, el pronunciamiento realizado con carácter abstracto sobre el carácter abusivo de las cláusulas impugnadas desplegará un efecto prejudicial sobre las acciones individuales aún no resueltas, en los términos ya señalados por la STS 367/2017, de 8 de junio.

### 3. Los acuerdos de resarcimiento colectivo

La Directiva (UE) 2020/1828 obliga a modificar el régimen actual de nuestras acciones colectivas al menos en relación con la tutela a consumidores, en tanto que su artículo 11 establece la obligación de los Estados de regular la posibilidad de que la entidad o asociación legitimada para el ejercicio de una acción colectiva y el demandado puedan alcanzar acuerdos si bien circunscritos a las medidas de contenido resarcitorio. Cabe preguntarse, en primer lugar, si tales acuerdos tienen el carácter de una transacción colectiva.

#### A) Caracteres y condiciones de la transacción como negocio jurídico

##### a) En relación con las transacciones individuales

La posibilidad de alcanzar un acuerdo sobre lo que es objeto del proceso remite de forma inmediata al contrato de transacción. El artículo 1809 CC lo define como «un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado».

La transacción se alcanza extraprocesalmente con eficacia obligacional y dispositiva y sin perjuicio de que sus efectos puedan hacerse valer en el proceso, bien porque se inste su homologación (arts. 19.2 y 415.1 LEC) o bien la terminación del proceso por carencia sobrevenida de objeto (art. 22.2 LEC)<sup>137</sup>. La homologación del acuerdo de transacción comporta la finalización del proceso por medio de un auto de sobreseimiento y la posibilidad de iniciar la ejecución (arts. 1816 CC y 415.2 y 517.2.3º LEC). La exclusión de cualquier otro proceso posterior sobre lo que fue objeto de transacción no se alcanza con un efecto propiamente preclusivo de naturaleza procesal<sup>138</sup>, sino en virtud de una *exceptio pacti*, que tiene el carácter de un hecho extintivo.

---

<sup>137</sup> SCHUMANN BARRAGÁN, G., *El derecho a la tutela judicial...*, p. 379.

<sup>138</sup> Las referencias a esta eficacia preclusiva en la doctrina civilista son confusas. Para DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9ª edic., Madrid, 2002, p. 443, resultaría admisible la *exceptio rei per transactionem finitae*, de carácter análogo a la de cosa juzgada material y cita en apoyo de su postura las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1984 y 10 de abril de 1985. Para LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, II*, vol. 21, 3ª edición (rev. RIVERO), Madrid, 2005, p. 359, resultaría admisible una excepción de transacción con efecto preclusivo, pero añade, *op. cit.*, p. 360, que la transacción como es un arreglo dispositivo no tiene una verdadera eficacia de cosa juzgada, en el sentido de obligar a absolver. TAMAYO HAYA, S., *El contrato de transacción*, Madrid, 2003, p. 475 distingue entre la transacción extrajudicial o la judicial, mientras la primera debe

La alegación de la transacción figura como causa de oposición a la ejecución de títulos no judiciales o arbitrales en el ordinal 6º del artículo 557 LEC. Se trata de un hecho extintivo de la acción ejecutiva, que se enumera entre otros de igual carácter (los contenidos en los ordinales 1º, 2º, 4º inciso segundo, 5º inciso primero) junto a otros de carácter impeditivo (ordinal 7º) o excluyente (contenidos en los ordinales 4º inciso primero y 5º inciso segundo y tercero)<sup>139</sup>. La ley procesal sitúa así la alegación de la transacción como una causa de oposición de fondo al ejercicio de la acción ejecutiva y le otorga, por lo tanto, una naturaleza distinta a las causas de oposición de carácter procesal.

La transposición de este régimen de alegación de la transacción al proceso de declaración comporta que, en caso de ejercicio de una acción declarativa en la que se instase la condena a una prestación que ya hubiera sido objeto de transacción, la alegación por el demandado de la existencia de una transacción sobre lo que es objeto del proceso tendría el tratamiento de un hecho extintivo, no de una cuestión procesal análoga a la cosa juzgada. La respuesta del tribunal a la pretensión del actor no podría ser un sobreseimiento del proceso acordado en la audiencia previa al juicio, sino una sentencia absolutoria. Por otra parte, al aducirse la transacción como una *exceptio pacti*, dada la naturaleza contractual de la transacción, podría discutirse en el proceso declarativo la validez y eficacia del acuerdo transaccional, no sólo la identidad del objeto de la transacción con el objeto del litigio<sup>140</sup>.

---

hacerse valer mediante una excepción de derecho material o de fondo, la judicial «a semejanza de la excepción de cosa juzgada impiden volver a conocer de un pleito nuevo, porque ya ha sido resuelto o por sentencia firme, en un caso, o por transacción judicial en el otro».

En la doctrina procesal, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela judicial de los consumidores...*, cit., pp. 131, afirma que de la transacción «sí que se deriva un efecto preclusivo que impide el desarrollo de un proceso cuyo objeto venga constituido por el litigio que fue transigido». En las páginas 138 y 165 parece dar a entender que esa eficacia preclusiva sólo se da en la transacción judicial.

Para SCHUMANN BARRAGÁN, G., *El derecho a la tutela judicial...*, p. 376, la transacción da lugar a una *exceptio pacti* que «opera de forma similar al contraderecho que nace de un pacto de *non petendo*: permite paralizar o enervar cualquier pretensión o derecho material derivado de la relación jurídica anterior». En mi opinión, la *exceptio pacti* derivada del contrato de transacción no enerva la acción que pudiera derivar de la relación jurídica que fue objeto de transacción, sino que extingue toda posible acción derivada de la misma, mientras que la eficacia del *pacto de non petendo* se apoya en la eficacia de una previa relación jurídica que, en razón de ese pacto, puede ser excluida. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, 15ª edición (rev. FERRANDIS), Madrid, 1993, p. 823, excluye la naturaleza novatoria de la transacción por cuanto el fin primordial del contrato no es la modificación de una relación jurídica, sino evitar el pleito.

<sup>139</sup> El supuesto de pluspetición no corresponde a la categoría de las excepciones o defensiones (vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, cit., T. I, p. 268), mediante las que se introducen hechos que alteran el efecto jurídico pretendido por el actor, sino que debe considerarse como una negación de hechos en los que se funda la tutela pretendida.

<sup>140</sup> Así lo señala la STS 199/2010, de 5 de abril. Esta sentencia estimó el recurso de infracción procesal interpuesto contra la sentencia que no entró a conocer del fondo del asunto al estimar de oficio la existencia de cosa juzgada como consecuencia de la alegación de un acuerdo transaccional. La sentencia argumenta así: «Si la transacción tiene para las partes efectos de cosa juzgada, según el artículo 1816 CC, vincula al órgano jurisdiccional en un proceso posterior cuando concurre identidad de elementos subjetivos y objetivos. Sin embargo, la jurisprudencia ha declarado que la transacción no puede identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencias firmes (SSTS de 28 de septiembre de 1984, 10 de abril de 1985 y 14 de diciembre de 1988) y que la imposibilidad de replantear las cuestiones transigidas no implica que la transacción sea invulnerable, ya que puede impugnarse su validez y eficacia, dejándola sin efecto y reavivando la situación jurídica anterior. La

Cuestión distinta es que el propio ordenamiento jurídico procesal contuviera disposiciones normativas que excluyesen la posibilidad de sustanciar un nuevo proceso sobre lo que ya hubiera sido objeto de transacción y, para ello, que permitiese la apreciación de la existencia de la transacción como una cuestión procesal. Pero tal previsión no es posible hallarla en nuestro ordenamiento jurídico procesal.

Conforme a la tradición romanista que consideraba que *transigere est alienare*<sup>141</sup>, se ha venido exigiendo la capacidad de disposición sobre la situación objeto de transacción<sup>142</sup>. Ciertamente, en los casos de transacción mixta, las partes en el contrato

---

interpretación del artículo 1816 CC ha de hacerse sin mengua de la naturaleza contractual propia de la transacción (STS de 8 de julio de 1999)».

Doctrina que ha sido reiterada no hace mucho por nuestro Alto Tribunal. El Tribunal Supremo, en su sentencia 214/2019, de 5 de abril, desestima el recurso extraordinario por infracción procesal en el que la recurrente quería hacer valer el efecto de cosa juzgada del acuerdo transaccional alcanzado y señala: «esta sala ha reiterado que la referencia contenida en el artículo 1816 CC al efecto de cosa juzgada de la transacción no es del todo exacta. Como cualquier otro negocio jurídico, lo convalidado por las partes tiene eficacia vinculante entre ellas, pero la eficacia vinculante del acuerdo transaccional no puede confundirse con el efecto de cosa juzgada previsto en el art. 222 LEC, y no queda vedada la posibilidad de discutir en sede judicial la eficacia del contrato de transacción en sí mismo considerado a la luz de las normas que regulan los contratos».

Esta doctrina hunde sus raíces en anteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo, como la sentencia 26 de abril de 1963, en la que se señala que la eficacia de cosa juzgada del acuerdo transaccional «ha de entenderse e interpretarse en el sentido de que una vez acordada la transacción, no será lícito exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó el pacto transaccional, sino que será éste, y sólo él, quien regule las relaciones futuras ínsitas en la materia transigida, bien integren ésta la ratificación, modificación o extinción de todas o alguna parte de aquéllas o la creación de otras distintas, y por ende, los efectos de la cosa juzgada se manifestarán en el absoluto respeto a la nueva situación y en el escrupuloso cumplimiento de las obligaciones fijadas en la transacción, pero sin que esto quiera decir que tales obligaciones, en orden a su cumplimiento o incumplimiento, se rijan por normas distintas a las establecidas con carácter general, ya que eso requeriría un precepto legal de excepción que la ley no establece, ni se deduce de sus preceptos».

<sup>141</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, cit., t. IV, p. 830, señala que la regla romanista no es exacta y apunta, *op. cit.*, p. 828, que en la transacción no se renuncia a la cosa o derecho, sino a la pretensión, por lo que entiende que no hay una verdadera disposición, aunque el contrato de transacción puede contener cláusulas traslativas de bienes y derechos. En sentido parecido, DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, cit., vol. II, p. 440, niegan que transigir sea enajenar, pero consideran lógico que se exija la capacidad de disposición sobre las relaciones jurídicas controvertidas porque la transacción puede comportar la realización de actos dispositivos. Su postura obedece a la consideración del contrato de transacción como un contrato de fijación o aclaración de una relación jurídica.

<sup>142</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español...*, cit., t. IV, p. 830; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos...*, cit., p. 353 y 355, donde afirma que las partes en el contrato de transacción «tienen que tener capacidad para obligarse y la libre disposición sobre las posiciones jurídicas que les conciernen en la situación o relación jurídico-material objeto de la disputa —o, en su caso, sus representantes voluntarios o legales—. La postura de este autor se aleja de la tesis declarativa de la transacción porque tal tesis «desconoce que las partes lo que se proponen es sustituir la declaración jurisdiccional no por una declaración propia, sino por un arreglo dispositivo entre ellas, como evidencia el artículo 1809 CC». En sentido parecido, TAMAYO HAYA, S., *El contrato de transacción*, cit., p. 42, entiende que «la transacción se materializa mediante la disposición de la situación o relación material controvertida, no declarando quién tiene la razón, sino cediendo ambas en relación al contenido de las respectivas posiciones jurídicas controvertidas».

No obstante esta autora busca un difícil eclecticismo que le lleva a afirmar de modo elegante pero poco clarificador, más adelante, *op. cit.*, p. 327: «la transacción produce nuevos efectos, pero de ello sólo se deriva que el derecho queda fijado. La novedad se refiere a la eficacia no a la extensión del derecho: la transacción no da vida al derecho, sino que lo refuerza».

pueden incorporar al mismo estipulaciones en virtud de las cuales se disponga de bienes y derechos que no son objeto de controversia. La efectividad de tales estipulaciones queda supeditada a la disponibilidad sobre los bienes y derechos sobre los que se dispone. Pero, independientemente de la posibilidad de incorporar tales estipulaciones, la pura transacción sobre una situación controvertida comporta disponer sobre lo que es o puede llegar a ser objeto del proceso<sup>143</sup>, mediante un arreglo dispositivo. Al hacerse valer tal arreglo en el proceso, le pondrá término —como hemos señalado— por carencia sobrevenida de objeto. Y si no hubiera proceso y este se iniciase posteriormente, cabría aducir la *exceptio pacti* para que el juez desestimase la acción.

El acto de disposición tiene así un distinto alcance si se proyecta sobre la posibilidad de impulso e intervención en el proceso (desistimiento) o si se proyecta sobre el propio derecho a la tutela (renuncia a la acción). La transacción tiene un doble alcance porque afecta a la tutela perseguida judicialmente por el actor y puede afectar al mismo desarrollo del proceso.

Como acabamos de ver, en un nuevo proceso sobre lo que ya ha sido objeto de transacción no puede estimarse la acción formulada si se aduce la *exceptio pacti* que conducirá a una sentencia absolutoria en el fondo<sup>144</sup>. La transacción homologada en el proceso afecta, por otra parte, al propio desarrollo del proceso, en cuanto que le pone término. Efecto que puede alcanzarse, aunque no se homologue, si se hace valer como causa de carencia sobrevenida de interés en el objeto del proceso. En estos casos, la transacción tiene una proyección meramente procesal, por cuanto determina el sobreseimiento del proceso, mientras que la renuncia a la acción —si se produce en el seno del proceso— conduce, en cambio, una sentencia absolutoria (art. 20.1 LEC). La transacción judicial, con su homologación, por más que afecte al derecho a

<sup>143</sup> En este sentido TAMAYO HAYA, S., *El contrato de transacción*, cit., p. 310 si bien defiende el carácter obligacional y no traslativo de la transacción entiende que «de lo que no cabe duda es (...) la necesidad de que las partes sean capaces de disponer de la situación litigiosa sobre la que recae la transacción, es decir, que sea la propia ley la que consienta la transacción en dicho ámbito. En consecuencia, la transacción no podrá operar en aquellas situaciones sobre las que los particulares no tengan capacidad de disposición. Es más, no podemos olvidar que son las renunciaciones actos procesales de carácter unilateral, que se enmarcan dentro del contenido de la transacción, pues se realizan como consecuencia y en cumplimiento de la misma. De ahí que, si consideramos a la transacción como la materialización de mutuas renunciaciones a las posibles pretensiones a ejercitar por los transigentes, es lógico aplicar aquello exigido para la efectividad de la renuncia, es decir, la capacidad necesaria para disponer del derecho». Conviene subrayar como esta autora identifica las recíprocas concesiones como un elemento esencial del contrato. Parece evidente que toda transacción comporta la renuncia a la acción que se ostentaba en relación con la situación jurídica transigida. Sin embargo, para SCHUMANN BARRAGÁN, G., *El derecho a la tutela...*, cit., p. 378, en el contrato de transacción puede incluirse una expresa renuncia al ejercicio de acciones surgida de la relación jurídica objeto de transacción y apunta que de esta forma «se dotaría al pacto de una eficacia jurídica adicional que es acorde con el interés de las partes, el objeto y la causa típica del negocio». Añade, *op. cit.*, p. 379, que también podría añadirse a la transacción el pacto que haga nacer la obligación de allanarse o desistir en una instancia o fase del proceso y, apunta, *ibidem loc.*, «estos son negocios procesales obligacionales —*Verpflichtungsverträge*— que hacen nacer la obligación material de llevar a cabo determinados actos procesales de los que derivarán los efectos procesales pretendidos».

<sup>144</sup> La transacción en ese caso no impide la tramitación del nuevo proceso cuyo objeto podrá reducirse, como vimos, a comprobar si la acción formulada afecta a lo que fue objeto de transacción, pero también podrá extenderse a la validez y eficacia del propio negocio de transacción. La situación sería parangonable a la renuncia a la acción realizada extrajudicialmente. Si la acción renunciada es ejercitada, deberá ponerse de manifiesto este hecho extintivo para lograr una sentencia absolutoria en el fondo.

la tutela judicial efectiva del actor, no tiene una pareja eficacia de decisión del fondo del asunto, precisamente porque la finalidad de la transacción es evitar el proceso, la decisión judicial. La transacción no ayuda a la decisión, sino que la impide y la sustituye por una distinta ordenación de las relaciones jurídicas existentes entre las partes, mediante un negocio dispositivo. La eficacia excluyente del proceso sólo se produce si las partes quieren hacerla valer —lo que habitualmente sucede cuando la transacción se alcanza pendiente el proceso— y por los cauces que establezca el propio ordenamiento procesal. En cambio, la eficacia extintiva de la acción que cabe anudar a la transacción no se hace valer en el proceso pendiente —acabamos de ver que no se dicta una sentencia absolutoria— sino en el que pudiera iniciarse y tal eficacia extintiva se desenvuelve en el ámbito sustantivo, no en el procesal, porque tal eficacia obligacional es suficiente para lograr la efectividad de lo acordado. Como ya hemos indicado, podría introducirse una regulación procesal que optara por dar a lo acordado en transacción una eficacia excluyente de un nuevo proceso semejante a la eficacia procesal excluyente de la cosa juzgada, pero por el momento no se ha hecho y la jurisprudencia más reciente y relevante<sup>145</sup> entiende que la eficacia de la transacción es, a estos efectos, meramente obligacional.

La transacción se desenvuelve así en el ámbito contractual como negocio dispositivo sobre lo que es o puede ser objeto de un proceso. La efectividad de la transacción requiere la disponibilidad de quienes negocian, principalmente sobre las cuestiones objeto del proceso, sobre los derechos controvertidos que son objeto del mismo (arts. 1810 y 1814 CC)<sup>146</sup>. Si se carece de esa disponibilidad, aunque el contrato pueda desplegar su fuerza obligatoria, carecerá de toda efectividad, salvo que se produzca la ratificación de la transacción por aquel sujeto a quien correspondiera la facultad de disposición sobre los bienes o derechos objeto de transacción.

Sin duda la transacción despliega una eficacia obligacional, pero, en todo caso, estimo que debe considerarse un negocio dispositivo, por cuanto que efectivamente se dispone de los derechos objeto del proceso y en la medida en que son objeto del proceso, por más que esos derechos sean controvertidos<sup>147</sup>.

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil incluye la transacción como una forma de disposición del objeto del juicio (art. 19 LEC), junto con la renuncia, el desistimiento o el allanamiento. Si las partes no tienen facultad de disposición sobre lo que es objeto del proceso, la transacción no resulta posible.

#### *b) En relación con las transacciones colectivas*

Conforme a lo que acabamos de señalar, la posibilidad de una regulación de contratos colectivos de carácter transaccional quedaría supeditada a la posibilidad de que

<sup>145</sup> *Vid. supra* nota 140.

<sup>146</sup> Para la transacción judicial, el artículo 19.1 LEC hace, en expresión de BONET NAVARRO, A., «Eficacia ordenadora...», *cit.*, p. 425, una «lectura procesal» de los artículos 1810 y 1814 CC. Para hacer posible la transacción, a su vez, el artículo 414 LEC exige que la comparecencia de las partes por medio de su procurador en la audiencia previa al juicio se realice mediante el otorgamiento de un poder que contemple las facultades de renunciar, allanarse o transigir.

<sup>147</sup> Quienes sostienen que la transacción es un negocio de fijación de derechos, no pueden asumir que se trate de un negocio de carácter dispositivo.

una asociación o entidad pudiese disponer negocialmente de aquellos derechos de los consumidores que pudieran llegar a ser objeto de un eventual litigio cuando surgiese una controversia sobre los mismos. No se trata sólo de admitir que la entidad o asociación pudiera negociar en nombre e interés de los consumidores y que pudiera aceptar la constitución de obligaciones en favor de ellos, como estipulaciones a favor de terceros (art. 1257 CC). Se trata de que pudiera ofrecer, a cambio de la constitución de tales obligaciones a favor de terceros, concesiones totales o parciales en el derecho a la tutela judicial efectiva que corresponde a los consumidores. El ofrecimiento de tales concesiones constituye un acto dispositivo realizado por un tercero distinto de su titular.

Una empresa de cosméticos comercializa una partida de un producto que produce lesiones cutáneas a los consumidores que lo utilizan. Si una asociación de consumidores y usuarios alcanzase un acuerdo por el que se fijase una indemnización global para la indemnización de los daños causados a un número indeterminado de consumidores por la comercialización de un número determinado de unidades del producto, hace algo más que establecer una estipulación a favor de terceros, porque tal estipulación a favor de tercero habrá tenido como contrapartida en la negociación que no se ejercitarán acciones frente a la empresa. Si fuera una verdadera transacción, se habría transigido sobre el derecho a la tutela judicial efectiva que corresponde a esos consumidores. Puede intentarse un efecto semejante con una renuncia a la acción por parte de los consumidores, pero tal renuncia debe ser realizada por los propios consumidores.

Un intento de regulación de las transacciones colectivas requeriría extender la legitimación procesal para el ejercicio de acciones a la legitimación sustantiva para la realización de actos dispositivos por quien no es su titular<sup>148</sup>. Hemos visto que

<sup>148</sup> En cambio, considera GASCÓN INCHAUSTI, F. *Tutela judicial...*, cit., p. 201, que la legitimación activa prevista en el artículo 11.2 LEC ofrece base suficiente «para entender (...) que incluye la facultad de negociar sobre derechos ajenos y llegar a propuestas de acuerdo colectivo, pues no existen restricciones en cuanto a las facultades que se atribuyen a los legitimados: y, en aplicación de las normas generales, deben caber las transacciones durante el proceso». Efectivamente no existen restricciones en cuanto a la legitimación, pero también resulta claro que el carácter extraordinario de la legitimación debe conducir a una modalización del alcance mismo de la facultad que se otorga. Así sucede, *mutatis mutandi*, con la legitimación otorgada al comunero que, si bien le permite accionar en interés de la comunidad, tal atribución de legitimación procesal no le permite negociar los derechos de la comunidad sin contar con el resto de comuneros. Este principio debe mantenerse con mayor intensidad aún en relación con el ejercicio de acciones colectivas, sobre todo cuando se viene manteniendo, con alusión al principio de autonomía de la voluntad, que es necesario garantizar la posibilidad de desvinculación de los consumidores afectados respecto de la tutela que la sentencia colectiva proporciona. El mismo autor —*op. et loc. cit.*— admite que resulta «evidente que los datos normativos actuales son insuficientes para considerar que este tipo de transacción colectiva se halla suficientemente regulado en nuestro ordenamiento», pues sería necesaria una interpretación extensiva del artículo 222.3 y 519 LEC, así como establecer la posibilidad de desvinculación de los consumidores y la introducción de una suerte de trámite de audiencia a los consumidores, además, de permitir que la homologación del acuerdo permitiese una valoración de su contenido y no un mero control formal. Reitera su postura en «Acciones colectivas y Derecho europeo...», cit., p. 733, al señalar que la legitimación otorgada para el ejercicio de acciones colectivas comprende también la legitimación «para negociar en interés de los consumidores». En sentido parecido, PLANCHADELL GARGALLO, A., «Acuerdos y acciones colectivas: ¿una posibilidad real?», en BLANCO GARCÍA (ed.), *Tratado de mediación*, Valencia, 2017, pp. 84 y 92 considera que los legitimados para el ejercicio de una acción colectiva pueden promover procedimientos de mediación en los que se alcancen acuerdos que vinculen a quienes no han participado en los mismos, si bien advierte la existencia de insuficiencias normativas en nuestro ordenamiento.



las acciones colectivas que procuran una tutela resarcitoria son un instrumento de refuerzo del derecho a la tutela judicial efectiva que corresponde a los consumidores, no un instrumento de sustitución. Si se admite la legitimación sustantiva para la realización de actos dispositivos sobre bienes de terceros, se produce una expropiación del derecho, lo que no sucede necesariamente con la atribución de una legitimación procesal extraordinaria para la tutela de los derechos de un tercero.

Aunque se admita esta postura según la cual la atribución de legitimación procesal extraordinaria no comporta la atribución de legitimación sustantiva, cabría admitir la posibilidad de delegación de tales actos dispositivos por los consumidores afectados, o su posterior ratificación. La delegación o ratificación sería a los efectos de la eficacia de los actos dispositivos realizados por la entidad o asociación en interés de los consumidores y usuarios. Todo ello sin perjuicio de que también fuera necesaria tal ratificación en relación con las estipulaciones realizadas en favor de tales consumidores y usuarios e incluso de eventuales obligaciones que pudieran asumirse en el caso de transacciones mixtas. En definitiva, la negociación requeriría una previa delegación o una posterior ratificación<sup>149</sup> por todos los consumidores y usuarios, para salvar la previsión de nulidad del artículo 1259 CC en relación con la contratación a nombre de tercero sin su autorización o representación legal. Si se quiere agilizar esta negociación, al igual que sucede con las acciones colectivas, deberían establecerse las condiciones y circunstancias en que una entidad o asociación podría iniciarla con legitimación —sustantiva— suficiente para vincular a todos los consumidores y usuarios. Dado el tenor de la Directiva, parece que en tales casos debería establecerse la posibilidad de ratificación o de autoexclusión a esa negociación colectiva, por la intensa afectación que se produce en el ámbito de la autonomía de la voluntad de los consumidores y usuarios.

La Directiva no obliga —aunque tampoco lo excluye— a la regulación de acuerdos transaccionales de carácter colectivo que puedan alcanzarse con carácter previo a un proceso colectivo y cuya eficacia o trascendencia procesal pudiera hacerse valer en un eventual proceso colectivo o en un proceso en el que se hubiera hecho valer una pretensión individual.

Sí que obliga la Directiva al desarrollo de una regulación que prevea la posibilidad de alcanzar tales acuerdos una vez iniciado el proceso colectivo y con la finalidad de poner término al mismo, pero, no contempla la necesidad de una verdadera y propia transacción colectiva entendida esta como negocio dispositivo realizado al margen de todo proceso jurisdiccional que contemple concesiones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de los consumidores afectados por una actuación que ha lesionado de forma masiva sus derechos e intereses individuales<sup>150</sup>.

<sup>149</sup> Esta parece ser la postura mantenida por NOYA FERRERIRO, L., «La transacción», en CASTILLEJO MANZANARES (*dir.*), *Tratado sobre la disposición del proceso civil*, Valencia, 2017, pp. 387 y 388, al afirmar que la legitimación otorgada por el artículo 11.2 LEC se extiende a la promoción de un acuerdo de carácter transaccional si bien será necesaria la ratificación del acuerdo por los afectados, su control judicial en el momento de la homologación e incluso la previa aprobación por el Ministerio Fiscal si se hubiera constituido como parte.

<sup>150</sup> La terminología utilizada en el artículo 11 de la Directiva no resulta en todo punto precisa, sobre todo si se comparan las distintas versiones en las distintas lenguas. De la redacción italiana de la Directiva parece derivarse que en el proceso colectivo se lleva a cabo la homologación de una verdadera transacción. Así se señala «ai fini dell'approvazione di transizioni (...) l'ente legittimato e il professionista possano proporre congiuntamente una transazione».

*B) El régimen de los acuerdos de resarcimiento en el anteproyecto de ley de acciones de representación*

*a) La adopción del acuerdo y su homologación*

De conformidad con las previsiones de la Directiva, el artículo 864 LEC<sup>ALAR</sup> permite que la entidad legitimada que haya ejercitado una acción de representación de resarcimiento pueda solicitar, conjuntamente con el empresario o profesional demandado, la homologación de un acuerdo alcanzado para resarcir a los consumidores afectados. La propuesta de acuerdo será así el resultado de una negociación entre quienes son parte en el proceso.

El mismo precepto prevé que el tribunal puede proponer a las partes que lleguen a un acuerdo de resarcimiento ofreciéndoles la posibilidad de suspender el proceso hasta tres meses. La terminología utilizada —que deriva de la letra *b*) del art. 11.1 de la Directiva 2020/18282— exige una aclaración: aunque las partes lleguen a un «acuerdo», este, en realidad, no deja de ser una propuesta conjunta de acuerdo, surgida de una negociación entre las partes en el proceso colectivo pero que queda supeditado a la homologación del juez<sup>151</sup>.

El contenido de la propuesta de acuerdo se describe de forma sintética en el apartado 2 del artículo 864 LEC<sup>ALAR</sup> y cabe entender que el mismo regula el contenido y

---

Pero, en la versión española y francesa se alude a una propuesta de acuerdo que, sí, ha de ser aprobada u homologada. La versión española de la Directiva, en el artículo 11 señala que «a efectos de la homologación de acuerdos (...) la entidad habilitada y el empresario puedan proponer conjuntamente (...) un acuerdo». En sentido parecido, la versión francesa señala que «aux fins de l'homologation des accords (...) l'entité qualifiée et le professionnel puissent proposer conjointement (...) un accord». En la versión inglesa, no se habla de homologación, sino de aprobación de una propuesta de acuerdo: «for the purpose of approving settlements» permite que la entidad y el empresario «may jointly propose (...) a settlement».

Finalmente, la versión alemana se limita a aludir a la aprobación de un acuerdo: «Zur Bestätigung eines Vergleichs (...) die qualifizierte Einrichtung und der Unternehmer können (...) gemeinschaftlich einen Vergleich (...) vorschlagen».

Del examen del conjunto de versiones en distintas lenguas del artículo 11 de la Directiva, cabe mantener que no hay propiamente una homologación de un acuerdo ya finalizado entre el actor y demandado que produce sus efectos negociales propios y que busca alcanzar trascendencia procesal para poner término al proceso.

<sup>151</sup> Es posible que, en el ejercicio de la acción, concurren varias entidades habilitadas para el ejercicio de la acción colectiva que ejercitan la misma acción colectiva frente al mismo demandado, no ya de forma conjunta, sino separadamente, en razón de su legitimación extraordinaria. El tribunal puede acordar la acumulación de ambas acciones colectivas en el auto de certificación (art. 833.3 LEC<sup>ALAR</sup>). Aunque la medida resarcitoria instada pudiera variar en términos cuantitativos, en la medida en que responden a una misma «conducta infractora» hay que considerar que se trata de la misma acción en la medida en que se funde sustancialmente en los mismos hechos y se pretenda, en su género, la misma medida resarcitoria, por más que la petición resarcitoria varíe en sus extremos cuantitativos u otros cualitativos de carácter accesorio. Cabría entender que, aunque el acuerdo fuese negociado entre el empresario y una de las entidades habilitadas, debería contar con el parecer favorable del resto de entidades habilitadas que hubieran ejercitado la misma acción.

Los problemas de concurrencia de varias entidades habilitadas en el ejercicio de la acción se producirán a la hora de establecer un procedimiento de negociación. La presencia de un elevado número de interlocutores en la negociación con el demandado puede dificultar la adopción de un acuerdo. En estos casos resultaría adecuado que el juez pudiese seleccionar a una de las entidades para llevar a cabo la formulación de la propuesta, sin perjuicio de que la formulación definitiva debiera contar con la aquiescencia de las demás entidades que se hubiesen personado en el proceso.

forma de la reparación que el empresario o profesional está dispuesto a ofrecer a los consumidores y usuarios damnificados.

No establece el anteproyecto un momento preclusivo para la formulación de esta propuesta de acuerdo. Puede ser en un momento inicial, incluso anterior al auto de aprobación de la relación de consumidores que se han autoexcluido o adherido al proceso colectivo (art. 857.4 LEC<sup>ALAR</sup>)<sup>152</sup> y cabe también entender que la propuesta de acuerdo puede formularse incluso con posterioridad a la presentación de la contestación a la demanda, que puede llegar a demorarse hasta cinco meses después de recaer el auto de certificación de la acción de representación.

El artículo 866 LEC<sup>ALAR</sup> regula la «eficacia del acuerdo de resarcimiento» y señala que una vez homologado será vinculante «para las partes y usuarios afectados», siempre que estos no se hayan desvinculado de la acción colectiva o bien, si se trata de consumidores residentes en otro Estado o cuando se haya establecido en el auto de certificación un sistema de adhesión, siempre que se hayan adherido a la acción colectiva<sup>153</sup>.

<sup>152</sup> Si así fuera, el auto de homologación del acuerdo no pone término al proceso, sino el auto que aprueba la relación final de consumidores y usuarios adheridos o excluidos, en tanto que este fijará el alcance definitivo del contenido del acuerdo homologado.

<sup>153</sup> El párrafo segundo del artículo 11.4 de la Directiva 2020/1828 permite a los Estados miembros supeditar esa vinculación a la expresa aceptación o rechazo del acuerdo por los consumidores individuales. Ahora bien, la transposición de esta previsión es potestativa. La Directiva admite la posibilidad de que el acuerdo colectivo sea vinculante para los consumidores sin necesidad de una expresa o tácita adhesión a aquel sobre la base de su adhesión o no autoexclusión a la acción colectiva. El autor del anteproyecto no ha querido introducir una autoexclusión o adhesión específica respecto del acuerdo propuesto, de modo que la misma autoexclusión o adhesión a la acción colectiva determinan la vinculación al mismo.

Es posible que esta autoexclusión o adhesión se produzcan con posterioridad a la homologación del acuerdo, pero seguirán produciéndose respecto del proceso colectivo y su resultado, aunque este resultado sea el acuerdo homologado.

Los artículos 867 y ss. regulan la posibilidad de solicitar la homologación del acuerdo antes de que se produzca la certificación de la acción colectiva y, por lo tanto, con anterioridad a que se abra el plazo para que los consumidores y usuarios afectados puedan manifestar su autoexclusión o adhesión al proceso colectivo. En estos casos, en realidad, la certificación de la acción colectiva se produce de forma implícita en la misma resolución que homologa el acuerdo, pues tal homologación se producirá no solo conforme a lo establecido en el artículo 865 LEC<sup>ALAR</sup> sino también con concurrencia de los requisitos que determinarían la certificación de la acción, según establece el artículo 868.1 b) LEC<sup>ALAR</sup>. Si el acuerdo no se homologa, en esta fase inicial, el artículo 869.5 LEC<sup>ALAR</sup> indica que el tribunal ordenará que el proceso siga adelante y no vemos inconveniente que pueda acordar en esa resolución la certificación de la acción.

Producida la homologación del acuerdo «con anterioridad» o más bien, de forma inmediatamente anterior a la certificación, el auto de homologación abrirá un plazo similar al que hubiera abierto el de certificación, pero ya no para autoexcluirse o adherirse a la acción de representación, como indica el artículo 848 LEC<sup>ALAR</sup>, sino para autoexcluirse o adherirse al acuerdo resarcitorio (art. 869.1 LEC<sup>ALAR</sup>). El artículo 872 LEC<sup>ALAR</sup> regula los efectos de la homologación del acuerdo, con carácter previo a la certificación sobre las acciones individuales de resarcimiento, en términos idénticos a los que el artículo 853 LEC<sup>ALAR</sup> establece para el auto de certificación de la acción. En realidad, esta homologación lleva implícita la certificación y por lo tanto los efectos son los mismos, porque el acuerdo resarcitorio no es sino una forma de dar solución al litigio, mediante una resolución que no es una sentencia, sino que se apoya en un previo acuerdo al que dota de la eficacia procesal necesaria para lograr la efectividad de la tutela de los consumidores. Carece así de sentido que el art. 870.1 LEC<sup>ALAR</sup> afirme que una vez dictado el auto homologando el acuerdo, quedan en suspenso el curso de las actuaciones hasta que transcurra el plazo para que los afectados puedan expresar su voluntad

El término homologación está tomado de la versión española de la Directiva 2020/1828. Tanto la versión española como la francesa de la Directiva (UE) 2020/1828 aluden a una homologación de la propuesta de acuerdo colectivo formulada por la entidad habilitada y actora y por el empresario demandado. El término homologación tiene una intensidad inferior al de aprobación.

La homologación de un acuerdo transaccional es la confirmación de su validez y eficacia obligacional y dispositiva a la que pueden añadirse, en razón a esa misma homologación, efectos procesales, como la inmediata terminación del proceso y la constitución de un título ejecutivo judicial.

En realidad, la homologación a que hace referencia el artículo 864 LEC<sup>ALAR</sup> tiene una intensidad superior a la que suele atribuirse a un acto de tal naturaleza. La legitimación para el ejercicio de una acción colectiva no comporta la asunción de una legitimación para disponer de derechos de los consumidores, por lo que la homologación del artículo 864 LEC<sup>ALAR</sup> no lo es de un acuerdo extraprocésal ya eficaz, sino el acto determinante de los efectos que despliega el acuerdo colectivo y que se desenvuelven en el ámbito procesal. El acuerdo colectivo no es un verdadero negocio colectivo con su propia eficacia sustantiva, sino una propuesta consensuada a la que se dota de eficacia procesal en razón de su aprobación. Sin tal aprobación, no despliega ninguna eficacia, por más que la entidad habilitada que interpuso la acción y el empresario o profesional demandado estén de acuerdo en los términos del acuerdo.

*b) Los efectos de la homologación, en particular sobre las acciones de cesación y declarativas acumuladas*

El acuerdo homologado vincula a las entidades habilitadas para el ejercicio de la acción (*ex art. 866.2 LEC<sup>ALAR</sup>*). Esta vinculación resulta llamativa, pues estas, aunque hayan sido parte en el proceso, no actúan en defensa de un interés propio, sino en interés de los consumidores. El acuerdo transaccional afecta a la situación jurídica litigiosa existente entre el empresario o profesional y los consumidores afectados, por más que su tutela haya sido impetrada por la entidad habilitada y legitimada para el ejercicio de una acción de representación. Esta acción es un instrumento que ofrece una tutela redundante respecto de la que los consumidores podrían intentar alcanzar por sí mismos. Por otra parte, la acción colectiva no proporciona ningún tipo de tutela a la propia entidad habilitada. A pesar de todo lo dicho, es conveniente su vinculación. Adviértase que, en la medida en que se reconoce a ciertas entidades legitimación activa para el ejercicio de una acción colectiva, si bien su ilegítima privación no lesionaría su estricto derecho a una tutela material de sus derechos, sí que lesionaría su derecho —procesal— a promover una tutela jurisdiccional sirviéndose de la acción colectiva. En este aspecto estriba el alcance de la vinculación del acuerdo homologado en el proceso colectivo: en la exclusión de la posibilidad de ejercer una nueva acción de representación de carácter

---

de desvincularse o adherirse al acuerdo, porque tal plazo es un trámite del proceso colectivo, que no puede sobrepasarse a pesar de la homologación del acuerdo, en tanto no se alcance una determinación de la extensión subjetiva del acuerdo que deberá ser aprobada judicialmente por medio de auto (art. 870.3 LEC<sup>ALAR</sup> en relación con el art. 857.4 LEC<sup>ALAR</sup>).

resarcitorio frente a quien fue parte en el acuerdo homologado en razón a la misma conducta antijurídica. En este punto, la exclusión de una nueva acción también se produce frente al intento de ejercer una acción colectiva por los consumidores que se autoexcluyeron o que no se adhirieron.

Por lo tanto, el art. 866.2 LEC<sup>ALAR</sup> establece de forma expresa que una nueva acción de representación de carácter resarcitorio resultará inadmisibile, aunque la entidad demandante sea diferente. Se trata de una previsión congruente con el carácter extraordinario de la legitimación conferida para el ejercicio de la acción colectiva. La vinculación consiste, por tanto, en una eficacia excluyente de un posterior proceso. Esta eficacia es de naturaleza procesal, pero no puede identificarse con el efecto de cosa juzgada por las razones que anteriormente vimos respecto de la inadmisibilidad de una segunda acción colectiva cuando ya hubo una previa sentencia en un proceso colectivo seguido contra el mismo demandado y por la misma conducta<sup>154</sup>.

Los términos en que se ha redactado el art. 866 LEC<sup>ALAR</sup> si bien no ofrecen duda de la vinculación de los consumidores y usuarios al acuerdo —con la amplitud señalada en ese precepto en razón del régimen de autoexclusión o de adhesión— no consideran necesario clarificar la naturaleza de esa vinculación. Si se admite nuestra postura que niega eficacia alguna al acuerdo concluido entre la entidad legitimada y el empresario o profesional en tanto no sea homologado, cabe entender que el acuerdo carece de eficacia obligacional. No puede tenerla, porque la entidad habilitada no puede disponer ni de los derechos afectados, ni de los derechos a la tutela judicial que corresponden a los consumidores afectados: carece de legitimación sustantiva. Tampoco puede disponer —lo acabamos de ver— de los derechos procesales que le confiere la acción colectiva, por cuanto que, sin la homologación, el proceso seguirá adelante<sup>155</sup>. La eficacia vinculante frente a consumidores y usuarios surge del auto de homologación y hay que considerar que se trata de una vinculación procesal. Si frente al empresario o profesional que alcanzó, en un proceso colectivo, un acuerdo homologado judicialmente, formulase un consumidor vinculado por este acuerdo una reclamación individual de reparación de los daños contemplados en el acuerdo, cabría oponer una cuestión procesal análoga a la de cosa juzgada, pero no una *exceptio pacti*, pues ninguna eficacia obligacional surge del acuerdo, ni tampoco del auto de homologación<sup>156</sup>.

En otro orden de cosas, el artículo 866.4 LEC<sup>ALAR</sup> precisa que «ni la celebración de un acuerdo resarcitorio ni su homologación por el tribunal suponen reconocimiento de responsabilidad o culpabilidad por parte del demandado». El precepto intenta facilitar el logro del acuerdo de modo que no pudiera interpretarse la oferta, por parte del empresario o profesional en el proceso de negociación, como un reconocimiento de su

<sup>154</sup> *Vid supra* epígrafe IV.C) c)

<sup>155</sup> Una eventual renuncia a la acción colectiva no es posible, al prohibirlo el art. 839 LEC<sup>ALAR</sup>. Un eventual desistimiento, por mucho que se hubiesen pactado con el empresario o profesional, no tendrían eficacia vinculante frente al resto de entidades habilitadas que podrían ejercitar la misma acción colectiva.

<sup>156</sup> El art. 866.3 LEC<sup>ALAR</sup> admite como excepción la posibilidad de reclamar nuevos daños vinculados a la conducta que fue objeto de la acción colectiva y del acuerdo homologado judicialmente siempre y cuando en el propio acuerdo no se hubiese establecido un procedimiento para reclamar esos nuevos daños o el agravamiento de los ya reparados.

responsabilidad<sup>157</sup>. Si el acuerdo finalmente no se alcanza o este no se homologa, las propuestas que hubieran podido realizarse no pueden considerarse como una admisión de los hechos determinantes de su responsabilidad. De este modo, se facilita que el empresario o profesional demandado puedan iniciar un proceso de negociación. Lo llamativo es que, alcanzado el acuerdo, ni este, ni tampoco su homologación pueden suponer tal reconocimiento. ¿Significa esto que la transacción colectiva no alcanzará a las acciones de cesación o declarativa que se hubiesen acumulado?

Adviértase que el art. 866.2 LEC<sup>ALAR</sup> establece la inadmisibilidad de una posterior demanda en la que se ejercite una acción de representación resarcitoria que tenga el mismo objeto que la que finalizó mediante un acuerdo homologado judicialmente y, por otra parte, la homologación se circunscribe a las acciones de representación de resarcimiento, según resulta del artículo 864.1 LEC<sup>ALAR</sup>, que alude a «un acuerdo para resarcir a los consumidores y usuarios afectados».

El hecho de que se haya homologado un acuerdo resarcitorio en el marco de una acción de representación resarcitoria no impide, según el tenor literal del anteproyecto de ley, una posterior acción declarativa o incluso de cesación, dirigida, por ejemplo, a prohibir una posterior reiteración de la misma conducta, pues el objeto de las acciones de representación no sería idéntico.

Ahora bien, pudiera suceder que se hubiese acumulado a la acción colectiva resarcitoria una acción de cesación o una acción declarativa.

Cabe que el juez acuerde la suspensión de la sustanciación de la acción colectiva de resarcimiento en tanto se resuelve la acción de cesación y la declarativa. Pero si tal suspensión no se acuerda, la negociación podría extenderse a la pretensión de cesación y a la declarativa. También es posible, que, de conformidad con lo establecido en los artículos 867 LEC<sup>ALAR</sup> y ss., se intente alcanzar un acuerdo con carácter previo a la certificación de la acción colectiva resarcitoria, y que el acuerdo contemple un desistimiento del ejercicio de la acción de cesación o declarativa.

Piénsese en un fabricante que ha realizado una publicidad engañosa sobre un producto y que, en la propuesta de convenio colectivo, ofreciese una indemnización a los consumidores lesionados por la publicidad, así como una rectificación pública de la información ofrecida. ¿Podría cerrarse el proceso sin hacerse una expresa declaración sobre el carácter ilícito de su actuación y sin dirigirle una orden expresa de cesación cuando la misma ya fue solicitada expresamente en la demanda colectiva?

Dados los términos en que se encuentra redactado el art. 866.4 LEC<sup>ALAR</sup>, el desistimiento de la acción de cesación no impediría su posterior ejercicio<sup>158</sup>. El supuesto es más académico que real, porque si en el acuerdo el empresario o profesional se compromete a cesar en la conducta respecto de la que se formuló una acción de cesación a cambio de un desistimiento de la acción de cesación ejercitada y de una

<sup>157</sup> La referencia a la «culpabilidad» resulta inapropiada. La responsabilidad del empresario o profesional puede tener un carácter objetivo o responder a elementos normativos como el dolo o la culpa. La exclusión del reconocimiento de la responsabilidad parece suficiente, sin necesidad de hacer referencia a otros conceptos, como el de culpa.

<sup>158</sup> Adviértase que su renuncia, por la entidad habilitada no es posible, como ya señalé, conforme al artículo 839 LEC<sup>ALAR</sup>.

fijación de las medidas resarcitorias en unos términos que resulten aceptables, existe —una vez homologado el acuerdo— un título jurídico eficaz para instar ese cese en la posterior ejecución. Con fina precisión, en la doctrina, se ha defendido la posibilidad de que pudieran alcanzarse en el seno de la acción de cesación acuerdos, no en relación con el cese en la conducta ilícita, sino en la reparación de la lesión del bien supraindividual no ya mediante medidas resarcitorias individuales, sino mediante la remoción de obstáculos para el disfrute del bien colectivo lesionado por la conducta ilícita<sup>159</sup>. Si la forma de llevar a cabo esa remoción se incluye en el acuerdo, no parece que ninguna entidad vaya a instar una nueva acción de cesación, para reclamar el cese de esa actuación o para instar la declaración de que su conducta fue antijurídica, porque se han adoptado medidas resarcitorias adecuadas encaminadas a la remoción de aquellos obstáculos.

Evidentemente, si al ejercitarse la acción no se hubiese solicitado un expreso pronunciamiento de que una práctica de un empresario constituye una infracción del Derecho comunitario, sino que las pretensiones expresamente formuladas se hubieran limitado al resarcimiento individual o global a los consumidores afectados y la cesación de la conducta del demandado, podría formularse una propuesta de convenio que se limitase a señalar las medidas de resarcimiento y que acogiese como contenido de las medidas resarcitorias, concretas actuaciones que tengan la material trascendencia de un cese en la conducta antijurídica. El supuesto me parece, nuevamente, académico. La práctica llevará normalmente a formular pretensiones de declaración de que la conducta del demandado es antijurídica y a instar el resarcimiento de los perjudicados y el cese de esa conducta. Y seguramente, en la práctica, se acepten acuerdos en los que se desista de las acciones declarativa y de cesación a cambio de medidas de resarcimiento adecuadas.

Sucede que, conforme a la previsión del artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, tal transacción no parece posible, al menos en el ámbito de las condiciones generales de la contratación. El principio de efectividad allí recogido impone el control de oficio del cumplimiento del Derecho comunitario y no podría prescindirse de una declaración de ilicitud del comportamiento y de la correspondiente orden de cesación. No puede eludirse el carácter de mecanismo de control del mercado por los particulares (*private enforcement*) que corresponde a las acciones de cesación, ni tampoco que esta atribución del control a los particulares se lleva a cabo con una finalidad disuasoria (*deterrement*) intensificada mediante una amplia generalización de la legitimación más allá de la que correspondería en un sistema de control exclusivamente administrativo. En este ámbito de la tutela de los consumidores frente a las condiciones generales de la contratación abusivas, las acciones colectivas cumplen una clara función reguladora del mercado y la formulación de una pretensión de declaración de que una condición general de la contratación resulta contraria al Derecho comunitario de protección de los consumidores, de ser esca-moteada mediante una propuesta de un acuerdo colectivo, merecería el reproche y

<sup>159</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela judicial...*, cit., pp. 156 a 158. En esta última afirma: «el foco de atención, por tanto, ha de ponerse no tanto en el bien jurídico cuya lesión se afirma, sino en el modo de reparar la lesión en cuestión: este es el ámbito sobre que se puede proyectar una transacción colectiva».

la desaprobación de la propuesta en cuanto contraria al principio de efectividad del artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE.

Por otra parte, no puede desconocerse la eficacia general de las acciones colectivas de declaración y de cesación, que no queda limitada en ningún caso por un sistema de adhesiones o desvinculaciones de los consumidores ya afectados por el comportamiento antijurídico. Si se admitiese que el contenido declarativo o inhibitorio de la acción colectiva de cesación pudiera ser objeto de «transacción» por el hecho de haberse acumulado tal acción a otra de contenido resarcitorio, se estaría transigiendo sobre un interés colectivo y en relación con consumidores ya afectados que pueden no haberse adherido a la acción colectiva resarcitoria o, en su caso, desvinculado de ella, amén de los consumidores aún no afectados pero sobre los que los pronunciamientos de cesación y declarativo tendrían, a largo plazo, indudable trascendencia. Adviértase además que de conformidad con lo señalado por la STS 367/2017, de 8 de junio, el pronunciamiento declarativo o de cesación desplegaría una eficacia prejudicial sobre las acciones individuales de los consumidores no adheridos o desvinculados de la acción colectiva.

Finalmente, resulta de interés además que el artículo 15 de la Directiva 2020/1828 establece que «las resoluciones firmes de los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas de cualquier Estado miembro, que declaren la existencia de una infracción que perjudique los intereses colectivos de los consumidores puedan ser alegadas por todas las partes como prueba en el contexto de cualquier otra acción ante sus órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas nacionales, para solicitar medidas resarcitorias contra el mismo empresario por la misma práctica, de conformidad con la normativa nacional sobre valoración de la prueba». Se busca dar un efecto comunitario a las declaraciones de ilicitud o antijuridicidad de un comportamiento en el mercado.

No parece adecuado que la transacción colectiva alcance a los pronunciamientos declarativo de ilicitud y de cesación. No lo prevé el anteproyecto, ni cabe alcanzar tal consecuencia mediante la acumulación del pronunciamiento declarativo y de cesación a la acción de representación de resarcimiento.

Por otra parte, lo señalado en el artículo 866.4 LEC<sup>ALAR</sup> tiene un alcance limitado. Homologado el acuerdo, no queda fijada, ni reconocida, la existencia de elementos determinantes de la responsabilidad empresario o demandado —el dolo o la culpa—, circunstancias que, por otra parte, no han de ser tenidas en cuenta para apreciar, en la correspondiente acción de cesación, la existencia de un comportamiento antijurídico —lo que sería objeto de la acción declarativa— o de un deber de cesar en ese comportamiento.

## VI. CONCLUSIONES

La posibilidad de que las asociaciones de consumidores y usuarios o ciertas entidades puedan pretender la tutela jurisdiccional por los daños sufridos por consumidores responde a un mecanismo de legitimación extraordinaria que encuentra su fundamento constitucional en la facilitación del acceso a la justicia.



La tutela colectiva resulta adecuada en casos en que la desproporción entre la cuantía de la reclamación y los costes del proceso puede desincentivar el ejercicio de la acción por los damnificados. En los casos en que exista el riesgo de que los consumidores se vean imposibilitados para solicitar la tutela jurisdiccional, la acción colectiva por más que comporte una forma colectivizada de tutela, constituye un instrumento de refuerzo de la tutela jurisdiccional.

Desde este punto de vista, el desplazamiento de la legitimación del consumidor afectado a una asociación o entidad constituida para la tutela de los consumidores y usuarios constituye una medida constitucionalmente proporcionada, en tanto que tal desplazamiento no es una expropiación del derecho a la tutela judicial efectiva, sino un mecanismo redundante, de refuerzo, de ese mismo derecho a la tutela judicial efectiva.

En el caso de las acciones colectivas de cesación, estas no responden a una colectivización de la tutela que podría proporcionar una acción individual. La sentencia de cesación afecta a la situación jurídica de una pluralidad indeterminada de sujetos, pero no mediante una multiplicación y reiteración de su eficacia respecto de cada afectado, sino de forma única, uniforme y no individualizada. Estas acciones de cesación son mecanismos de *private enforcement*, que llevan a cabo un control abstracto sobre el carácter antijurídico del comportamiento de un agente del mercado, al margen de las consecuencias que tal comportamiento haya ocasionado en concretos consumidores. Su eficacia se proyecta sobre un grupo indeterminado y permeable.

Nuestro ordenamiento jurídico ha permitido la acumulación, a la acción de cesación, de pretensiones de carácter resarcitorio, lo que ha dado lugar a problemas de aplicación de las normas reguladoras del procedimiento, la intervención de los afectados y la extensión de los efectos sentencia. Estos problemas se han agudizado cuando las pretensiones acumuladas eran de nulidad de condiciones generales de la contratación y de restitución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de las cláusulas que se reputaban ilícitas. El control abstracto, propio de la acción de cesación y centrado en el carácter antijurídico del comportamiento respecto del que se solicitaba una condena inhibitoria, con independencia de las concretas consecuencias en cada consumidor, se compaginaba mal con la concreta determinación de las consecuencias de la nulidad y la consiguiente procedencia de la restitución de lo indebidamente abonado. La inadecuación de esta acumulación se advierte en la STJUE de 14 de abril de 2016 que llegó a admitir la posibilidad de desvinculación de los consumidores individuales frente a una acción de cesación, en atención a la presencia de pretensiones acumuladas a la de cesación de declaración de nulidad y restitución de prestaciones.

La transposición de la Directiva (UE) 2020/1828 se presenta como una ocasión para introducir modificaciones legislativas que ayuden a superar las dificultades advertidas hasta el momento. Las previsiones del anteproyecto de Ley de acciones de representación presentado al Consejo de Ministros por los Ministerios de Justicia y Consumo acogen medidas acertadas:

- a) Se establece en la regulación de las acciones de representación una neta distinción entre las acciones de representación resarcitorias y las de cesación.
- b) El nuevo régimen excluye la posibilidad de desvinculación de los consumidores respecto de las acciones de cesación, de conformidad con lo establecido en la Directiva comunitaria y la naturaleza indivisible y común del interés

tutelado por esta acción. También de la declarativa que se pronuncie, con carácter abstracto, sobre la antijuridicidad del comportamiento del empresario o profesional demandado. La legitimación otorgada a las entidades y asociaciones habilitadas para su ejercicio responde a la identificación de quienes se encuentran en mejores condiciones para el ejercicio de una acción colectiva que no tutela un interés individualizable de forma exclusiva en concretos consumidores. La acción de cesación —también la declarativa del carácter antijurídico de un comportamiento— se proyecta sobre el conjunto indeterminado y permeable de consumidores que conforman el mercado de demandantes de bienes y servicios y responde a la noción de policía de mercado.

- c) En relación con las acciones de representación resarcitorias, el autor del anteproyecto adopta dos decisiones valientes y adecuadas: excluir la intervención de los consumidores en el proceso colectivo y optar —como regla general— por un sistema de desvinculación frente a la acción colectiva, en lugar de un sistema de adhesión a sus efectos.
- d) La exclusión de la intervención favorece una mejor y más ágil sustanciación de la acción colectiva toda vez que los consumidores afectados cuentan con la posibilidad de desvincularse de la sentencia colectiva. La tutela colectiva muestra su carácter de refuerzo respecto de la tutela que el consumidor podría obtener individualmente. La opción por un sistema de desvinculación es pertinente para el logro de las finalidades propias de la acción colectiva, de facilitación del acceso a la justicia y de disuasión de comportamientos antijurídicos.
- e) Resulta acertada la supresión de las posibilidades de acumulación de pretensiones resarcitorias a las acciones de cesación. De pretenderse, junto a la cesación y declaración del carácter antijurídico de un comportamiento, el resarcimiento de daños, deberán acumularse las pretensiones declarativas y de cesación a la de resarcimiento. Este régimen es claro en el anteproyecto. Cabe añadir a los anteriores aciertos que el anteproyecto deja sin definir cuál es el cauce más adecuado para instar la declaración de nulidad de cláusulas abusivas de la contratación y los consiguientes efectos restitutorios. Debería haberse señalado de forma expresa, que en el caso de instarse la restitución de prestaciones indebidas como consecuencia de la apreciación de la nulidad de una condición general de la contratación, tal restitución necesariamente debe entenderse como una pretensión restitutoria que deberá encauzarse a través de una acción de representación resarcitoria.
- f) Finalmente, el anteproyecto aborda la regulación de los acuerdos entre las entidades habilitadas y los empresarios o profesionales demandados que permitan poner término al proceso colectivo en el que se hubiese ejercitado una pretensión de resarcimiento. El acuerdo acogerá una solución que las partes consideren aceptable y que el tribunal apruebe. Entendemos que tales acuerdos no parece que puedan condicionar las medidas de resarcimiento a un desistimiento de la acción de cesación o declarativa que hubiera llegado a acumularse, sobre todo, en materia de condiciones generales de la contratación, por cuanto sería contrario al principio de efectividad establecido en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA MORALES, M., «Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828», en *Revista Española de Derecho Europeo*, 78-79 (abril-septiembre 2021), pp. 97-138.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DÍEZ PICAZO, L. (dir.), con ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*. Madrid, 2002, pp. 77 a 93.
- ARMENGOT VILAPLANA, A., «Intervención de consumidores y acumulación de pretensiones en el proceso colectivo», en ORTELLS y CUCARELLA (coord.), *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil*, Cizur Menor, 2019, p. 245-278.
- *Hacia una reconstrucción de la acción colectiva*, Cizur Menor, 2020.
- «La cosa juzgada en las acciones colectivas», en MONTESINOS (dir.) y CATALÁN (ed.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*, Valencia, 2020, pp. 253-272.
- ARMENTA DEU, T., «Cosa juzgada y acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español», en CARBONELL PORRAS, E. (dir.) y CABRERA MERCADO, R. (coord.), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Cizur Menor, 2014, pp. 163-185.
- «La legitimación en las acciones colectivas», en MONTESINOS (dir.) y CATALÁN (ed.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*, Valencia, 2020, pp. 103-148.
- ASENCIO MELLADO, J.M., Comentario al artículo 43 en GIMENO SENDRA, V. (dir.) y MORENILLA ALLARD, P. (coord.), *Proceso Civil Práctico*. 4ª ed. T. I. Las Rozas, 2010, pp. 934-938.
- BARÓN DE BENITO, J. L., *Ley sobre condiciones generales de la contratación. Aspectos procesales*. Madrid, 1998.
- BARONA VILAR, S., Comentario al artículo 12, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación*, Elcano, 1999, pp. 391-485.
- BELLIDO PENEDÉS, R., «La protección de los consumidores en el proceso civil», en *RGDPro* 23, 2011.
- BONACHERA VILLEGAS, R., *Tutela procesal de los derechos e intereses de los consumidores*, Valencia, 2018.

- «Publicidad e intervención en las acciones colectivas», en ARMENTA y PEREIRA (coords.), *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2018, pp. 221-234.
- BONET NAVARRO, A., «Eficacia ordenadora de principio de autonomía privada y sus límites en el sistema procesal civil», en PARRA LUCÁN, M.A. (dir.), *La autonomía privada en el Derecho Civil*, Cizur Menor, 2016, pp. 403-498.
- CABAÑAS GARCÍA, J.C., *La tutela judicial del tercero*, Madrid, 2005.
- CALAMANDREI, P., «Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio», en *Estudios sobre el proceso civil*, SENTÍS MELENDO, S. (trad.), Buenos Aires, 1945, pp. 225-261.
- CALDERÓN CUADRADO, P., «La sentencia dictada en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios», en BARONA VILAR, S. (coord.), *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª edición. Valencia, 2003, pp. 403 a 413.
- CAÑIZARES LASO, A., «Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo, STJUE de 21 de diciembre de 2016», en *Revista de Derecho Civil*, vol. III, no 4, 2016, pp. 103-123.
- CARRERAS LLANSANA, J., «El derecho procesal como arte», en FENECH y CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, pp. 51-62.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. IV, 15ª edición (rev. FERRANDIS), Madrid, 1993.
- CORDÓN MORENO, F., «La legitimación activa del comunero para actuar en juicio en interés de la comunidad: Ley 372, III del Fuero Nuevo de Navarra», en *Revista Jurídica de Navarra*, 2007, nº 44.
- COROMINAS BACH, S., *Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro*, Madrid, Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2018.
- CUCARELLA GALIANA, L.A., «Litigación masiva, legitimación de asociaciones y tutela de derechos e intereses jurídicos en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», en ORTELLS y CUCARELLA (coord.), *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil*, Cizur Menor, 2019, pp. 177-210.
- DE ANDRÉS HERRERO, M.A., Comentario al artículo 43, en MARÍN CASTÁN, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. I. Valencia, 2015, pp. 496-500.
- DE CASTRO, F., «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», en *Anuario de Derecho Civil*, 1961, nº 2, pp. 295 a 342.
- «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en *Anuario de Derecho Civil*, 1982, nº 4, pp. 295 a 342.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., Comentario al artículo 43, en DE LA OLIVA, DÍEZ-PICAZO, VEGAS, BANCLOCHE, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, pp. 159-161.
- *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid, 2005.
- *El papel del Juez en el Proceso Civil*, Cizur Menor, 2012.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I, Comentario al artículo 20 LCGC, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DÍEZ PICAZO, L. (dir.) con ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 807 a 818.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9ª edic., Madrid 2002.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. Mª, «La condena en costas en el contexto del Derecho comunitario de consumo», en *Revista jurídica sobre consumidores*, número especial, septiembre 2020.
- GARNICA, FERRERES, DÍEZ-PICAZO, AGUILERA, «Algunas ideas sobre la transposición de la Directiva 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores», en *Diario La Ley*, nº 9938, 22 de octubre de 2021, pp. 1-11.

- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Civitas, Cizur Menor, 2010.
- «Acciones de cesación», en REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (dir.) *La defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, 2011.
  - «¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva?», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre, 2020), vol. 12, nº 2, pp. 1290-1323.
  - *Acumulación de acciones y de procesos civiles*, Las Rozas, 2019.
  - «Acciones colectivas y Derecho europeo: el impacto de la Directiva 2020/1828 sobre el sistema procesal español», en GASCÓN y PEITEADO (dirs.), *Estándares europeos y proceso civil*, Barcelona, 2022, pp. 699-747.
  - «Algunas claves del Anteproyecto de Ley de Acciones de Representación de los intereses colectivos de los consumidores», en *Almacén de Derecho*, 17 de febrero de 2023 [<http://www.almacendederecho.org>].
- GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*. T. I, 8ª edición. Madrid, 1976.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Elcano, 1999.
- Comentario al artículo 54 en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Majadahonda, 2011, pp. 431-445.
- HINES, L., «The Dangerous Allure of the Issue Class Action», en 79 *Ind. L.J.* 567 2004.
- HORTELANO ANGUITA, M.A., «Comentarios sobre el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para los intereses colectivos de los consumidores», en *Actualidad Civil*, nº 2, febrero 2023 [consultado en versión electrónica].
- ISSACHAROFF, S., «Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions» *The Supreme Court Review*, vol. 1999.
- «Group Litigation of Consumer Claims: Lessons from the U.S. Experience», en 34 *Tex. Int'l L.J.*, 135, 1999.
  - «Preclusion, Due Process, and the Right to Opt Out of Class Action», 77 *Notre Dame L. Rev.* 1057 (2002).
- JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil*. Cizur Menor, 2014.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, II*, vol. 2, 3ª edición (rev. RIVERO), Madrid, 2005.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «La legitimación procesal en materia de medio ambiente», en EMBID IRUJO, A. (dir.), *El derecho a un medio ambiente adecuado*. Madrid, 2008, pp. 383-421.
- *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Granada, 2011.
  - «La legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios», en CARBONELL PORRAS (dir.) y CABRERA MERCADO (coord.), *Intereses colectivos y legitimación activa*, Cizur Menor, 2014, pp. 207-238.
  - «De la colectivización de acciones individuales a la tutela colectiva inhibitoria y de control abstracto de licitud», en JUAN F. HERRERO (dir.) *Coherencias e incoherencias de las reformas del proceso civil*, Cizur Menor, 2015, pp. 173-202.
  - «Acciones con trascendencia supraindividual, acciones colectivas y colectivización de acciones», en DÍEZ-PICAZO Y VEGAS (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, t. II, Madrid, 2016, pp. 1883-1913.
  - «Un proceso sin interesados. Colectivización de la tutela: “opt out” y proceso modelo», en HERRERO PEREZAGUA (dir.), *Las transformaciones del proceso civil*, Cizur Menor, 2016, pp. 111-143.

- «La Propuesta de Directiva sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y el ámbito de representación de las entidades habilitadas para su ejercicio», en JIMÉNEZ CONDE (dir.), *Adaptación del Derecho Procesal Español a la normativa europea y su aplicación por los tribunales*, Valencia 2018, pp. 413-421.
- «Los retos de la Justicia civil ante los litigios en masa», en *Lógrros y retos de la justicia civil en España*, Valencia, 2023, pp. 275 a 356.
- MÁLAGA DIÉGUEZ, F., *La litispendencia*, Barcelona, 1999.
- MARTÍN PASTOR, J., «La tutela de los intereses colectivos de los consumidores en España y en la Unión Europea: de las acciones colectivas de cesación a las acciones representativas de cesación y reparación», en ORTELLS y CUCARELLA (coord.), *Litigiosidad masiva y eficiencia de la justicia civil*, Cizur Menor, 2019, pp. 121-175.
- *Las técnicas de reparación judicial colectiva en el proceso civil. De las incipientes acciones colectivas a la tradicional acumulación de acciones*, Valencia, 2019.
- MORENO GARCÍA, L., *Las cláusulas abusivas*, Valencia, 2019.
- «La tutela colectiva de los consumidores en la Unión Europea: a propósito de la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020», en *Revista de Derecho Mercantil*, 13 de abril de 2023 [consultado en versión electrónica].
- NAGAREDA, R.A., «Autonomy, Peace, and Put Options in the Mass Tort Class Actions», en *115 Harv. L. Rev.* (2001-2002).
- «Class Actions in the Administrative State: Kalven adn Rosenfiel Revisited», en *75 U. Chi. L. Rev.* (2008).
- NOYA FERREIRO, L., «La transacción», en CASTILLEJO MANZANARES (dir.), *Tratado sobre la disposición del proceso civil*, Valencia, 2017, pp. 373-408.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., «Los ejes fundamentales del sistema de las acciones colectivas. Un intento de clarificación y propuestas *de lege ferenda*», en *Justicia*, 2020, nº 2, pp. 47-117.
- ORTELLS RAMOS, M., «Tutela colectiva y petición colectiva de tutelas individuales conexas en el proceso civil español. Las normas y su aplicación», en ORTELLS RAMOS y CUCARELLA GALIANA (coords.), *Litigiosidad masiva y eficiencia de la Justicia civil*, Cizur Menor, 2019, pp. 25-80.
- PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F., «Algunas notas sobre la STJUE 21 diciembre 2016», en *InDret*, nº 1, 2023.
- PLANCHADELL GARGALLO, A., «Acuerdos y acciones colectivas: ¿una posibilidad real?», en BLANCO GARCÍA (ed.), *Tratado de mediación*, Valencia, 2017.
- «Acciones colectivas y acceso a la Justicia», en MONTESINOS (dir.) y CATALÁN (ed.), *La tutela de los derechos e intereses colectivos en la Justicia del siglo XXI*, Valencia, 2020, pp. 175-205.
- PORTELLANO DÍEZ, P., Comentario al art. 12 en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y DÍEZ-PICAZO, L. (dirs.), con ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*. Madrid, 2002, pp. 567-620.
- REYNAL QUEROL, N., *La prejudicialidad en el proceso civil*. Barcelona, 2006.
- SANDE MAYO, M<sup>a</sup>. J., *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, Cizur Menor, 2018.
- «La configuración de los procesos colectivos sobre un modelo mixto de opt-in y opt out», en ARMENTA y PEREIRA (coords.), *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2018, pp. 121-134.

- SIGÜENZA LÓPEZ, J., *Intervención de terceros en el proceso civil español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- SCHUMANN BARRAGÁN, G., *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2022.
- TAMAYO HAYA, S., *El contrato de transacción*, Madrid, 2003.
- VALLESPÍN PÉREZ, D., «La intervención de terceros en los procesos para la protección de los derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios», en *Práctica de Tribunales*, 132, mayo-junio 2018.





# DISCURSO DE CONTESTACIÓN

A CARGO DEL

**Excmo. Sr. Don Ángel Bonet Navarro**

Excelentísimo señor presidente, excelentísimas señoras académicas y excelentísimos señores académicos, excelentísimas e ilustrísimas autoridades, señoras, señores, quiero iniciar mi intervención mostrando dos sentimientos complementarios: mi agradecimiento y mi satisfacción al dar la bienvenida corporativa al recipiendario en esta solemne y simbólica ceremonia. Debo agradecimiento al nuevo académico por haber dado mi nombre para llevar a cabo esta misión que ejerzo por primera vez; percibo además satisfacción por ofrecerme la ocasión de contestar a un discurso de tan denso contenido como singular y brillante exposición.

De acuerdo con los usos académicos, dedicaré la primera parte de mi intervención a hacer una *laudatio* del nuevo académico para luego hacer lo que propiamente constituye la contestación de su discurso.

§

Pero, con carácter preliminar, quiero expresar que me complace dedicar algunas palabras a iluminar la circunstancia particular que concurre en este acto, cuya naturaleza, por lo que seguidamente diré, ofrece un aspecto que honra a la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación; me refiero a la sucesión de un prestigioso académico, el profesor Javier López Sánchez en el sillón, designado con el nombre del insigne jurista Luis Legaz Lacambra, que ocupó hasta su fallecimiento otro ilustre académico: el doctor Jesús López Medel.

No podemos ocultar esa dimensión que pongo de relieve, considerando este acto como si fuera un mero trámite de sucesión académica reglamentaria, o como algo protocolario que pudiera despacharse con solemnidad, pero sin memoria. Esta concreta recepción del nuevo académico significa, por sí, el sentido presente y franco del respeto de la Academia a su linaje. Porque esta sucesión se enhila en un conjunto de hechos en los que la Academia reconoce con justicia su historia y que, con la incorporación de este nuevo académico, avista con júbilo su futuro.

El nombre y obra iusfilosófica del jurista zaragozano, Luis Legaz Lacambra, distingue uno de sus sillones. Pero además inspiró la institución, por parte de la Academia, de uno de los tres premios erigidos para los jóvenes juristas, en concreto a los dedicados al estudio de la Filosofía del Derecho.

El sillón, así designado, fue ocupado inicialmente por nuestro recordado académico de número excelentísimo doctor darocense, Jesús López Medel, Registrador de la propiedad, General Consejero Togado y profesor de Derecho Natural y Filosofía del Derecho en la Universidad Complutense de Madrid, Premio Nacional de Literatura, académico de las Reales Academias de Doctores, y de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

Por una parte, la historia, vida de la memoria, mensajera del pasado (CICERÓN, *El orador*), hoy nos hace contemplar las huellas de quienes han venido forjando desde el principio, con su crédito, el espíritu de esta corporación; fortaleciendo su semblanza. La Academia contempla satisfecha, con reconocimiento, su historia.

Por otra parte, el académico recipiendario, un jurista afincado en Zaragoza desde su primera dedicación profesoral universitaria, Javier López Sánchez, desempeñará su oficio académico, a partir de hoy, desde ese sillón, del que tomará posesión, revelando simbólicamente la aceptación de su condición de académico de número. Así, la Academia, con la incorporación del doctor López Sánchez, propicia la afirmación vigorosa de un patrón de identidad perdurable y esclarecido que se prolongará en nuestro recipiendario con su dedicación a la tarea académica. La Academia es su futuro para ella misma.

Es oportuno hacer resonar, en este salón, las palabras de Goethe que convergen bien con el sentir de la Academia y con esta, por hoy, última incorporación académica:

«Dichoso aquel que recuerda a sus antepasados con agrado,  
que gustosamente habla de sus acciones y de su grandeza  
y que serenamente se alegra viéndose al final de tan hermosa fila».

§§

Según el ceremonial de nuestra corporación se me impone, en primer lugar, hacer una *laudatio* de los méritos del nuevo académico.

Nacido en Madrid, estudió la licenciatura de Derecho en la Universidad Complutense que terminó con un brillantísimo expediente académico. Afincado en Zaragoza desde 1991, el doctor López Sánchez inicio los cursos de doctorado en la Facultad de Derecho que culminaron con la redacción y defensa de una excelente tesis sobre «El embargo de la empresa», calificada con sobresaliente *cum laude*. Pronto se incorporó a la docencia del Derecho Procesal como profesor asociado; y en el año 2001 obtuvo el puesto de profesor Titular; acreditado como catedrático en el año 2014, consiguió y profesó su plaza de catedrático de Derecho Procesal de la universidad cesaraugustana. Ha sido decano de la Facultad de Derecho de Zaragoza; y presidente de la Conferencia de Decanos de las facultades de Derecho de España.

En su magisterio como profesor, ha reunido su tarea docente e investigadora en un único designio: reconocer que el complemento de ambas es necesario en su proyecto académico. Y, sabedor de que, como se ha dicho, la teoría no es la base de la creación sino solo una forma de interpretar la experiencia vital, ha anclado siempre su estudio en el conocimiento experimental del Derecho en la sociedad.

Sus estancias de investigación en la *Law School* de la Universidad de Houston, con el profesor Gidi y en la *New York University* con el profesor Issacharoff, le sirvie-

ron para imponerse en esta metodología del conocimiento, investigación y exposición del Derecho que no ha abandonado.

El recipiendario es autor de ocho monografías y más de un centenar de publicaciones repartidas en libros con otros autores; y en revistas españolas y extranjeras. De todas sus obras hay registro en el archivo de la Academia en el que consta el currículum que acompañó a su propuesta como candidato para ocupar este sillón. Reprimiendo el ánimo de dar cuenta prolija de todas sus obras, para no hacer enojosa esta relación, solo citaré las monografías:

*El embargo de la empresa, El proceso monitorio, El interés casacional, Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, La reforma de la ley concursal, El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América, El proceso concursal, y La regulación del proceso monitorio y su aplicación por los tribunales y Proceso civil y mediación*, con otros autores.

Su labor docente e investigadora ha sido simultaneada con su activa contribución en el trabajo prelegislador del Ministerio de Justicia, correspondientes a la incorporación al Derecho español de la Directiva 2004/48/CEE, relativa al respeto de los Derechos de Propiedad Intelectual; y a la adaptación de las normas procesales españolas para facilitar la aplicación del Reglamento (CE) no 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo.

Investigador participante y principal en diversos proyectos de investigación, ponente en numerosos congresos nacionales e internacionales de Derecho Procesal, es miembro del *European Law Institute*, de la Asociación Española de Derecho de la Insolvencia y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

### §§§

No por ser costumbre o uso académico tradicionales hacer seguir, al discurso de ingreso, un discurso de contestación expuesto por un académico de número designado por la Academia, deja de ser oportuno considerar, en esta ocasión, el significado de esta actuación dentro de este acto colmado de símbolos.

El discurso de ingreso en la Academia no se inserta acrónicamente en algo parecido al uso gremial del medievo, en virtud del cual el aprendiz que quería convertirse en maestro debía ejecutar con éxito ante unos jueces del gremio su obra maestra; en su caso, ellos le darían su beneplácito y, el aspirante, convertido ya en maestro, podría abrir su propio taller, contratar obras o establecer formas de comercialización. El académico recipiendario, según he expuesto antes, al resumir su currículum, disertando ante nuestra corporación, no se está sometiendo a una especie de juicio gremial, porque, ya desde hace años, oficia, como maestro, inspirando la tarea de nuevos epígonos.

Sin embargo, no me quiero separar del símil externo que puede apreciarse entre aquel juicio gremial y este acto académico. Aquí hay obra maestra realizada: el discurso titulado «La vinculación de los consumidores a la acción de representación», una corporación destinataria y la intervención elocutiva de un académico por comisión de ella. Por eso, en este punto, quiero llamar la atención acerca de que la ceremonia de ingreso —lo han leído en la invitación al acto— no contempla una respuesta, sino una contestación al discurso del recipiendario.

Frecuentemente, en el lenguaje corriente, se emplean indistintamente estas dos palabras: contestar y responder. En las raíces de la cultura jurídica clásica, contestar no es lo mismo que responder. La respuesta (*responsum*) se hace a una *interrogatio* anterior; deriva del negocio típico que era la *sponsio*. La *contestatio* tiene que ver en Roma con el *accipere iudicium*. Un resplandeciente comentario de Gayo en sus *Institutiones* nos muestra como la *litis contestatio* se desarrollaba ante el pretor mediante un diálogo vigoroso y solemne entre los litigantes que, durante el debate, mantenían cogida en su mano una *festuca*, varita ceremonial que se usaba en sustitución de la lanza, uno de los símbolos de la defensa del derecho quirritario de la propiedad.

La respuesta y la contestación se insertan dentro de un diálogo, pero de diferente manera. Así lo expresa el aforismo dorsiano: «se contesta al que afirma; se responde al que pregunta». Nada encuentro más adecuado para decirlo en este momento en el que mis palabras de contestación se dirigen a un catedrático de Derecho procesal, porque el género de la contestación pertenece a una estructura del proceso bien estudiada por él. La contestación a la demanda por el demandado (y no respuesta a la demanda, porque el demandante no ha preguntado nada) no es otra cosa, sino afirmación, en su múltiple contenido posible: admisión o negación de hechos, introducción de otros hechos, allanamiento, u oposición jurídica a la pretensión del demandante.

Sencillamente, el discurso de contestación sirve para poner de relieve el sentido dialógico de este acto. El asunto o cuestión propuesta en el discurso de ingreso por el académico electo es glosada, quizá adicionada o incluso discutida por el discurso de quien lo contesta (*contestatio*). El discurso de ingreso es anticipo de las aportaciones que se compromete a realizar el nuevo académico; el discurso de contestación es expresión de acogida y diálogo que desde ahora se entabla entre el nuevo académico y los demás miembros de la corporación. En definitiva, actuando por representante, la cuestión propuesta es tomada en consideración por la Academia.

§§§§

Cuando el doctor López Sánchez publicó su monografía sobre las *class actions* norteamericanas, en el prólogo de ella se decía que aquel trabajo no era «un modo de alejarse de los problemas que presenta la actual regulación del proceso civil español, como si quisiera quedarse el autor —en un gozoso entretenimiento sobre curiosidades extranjeras—. . .» instalándose «en un ámbito de estudio abierto a las generalidades o a practicar ciertos análisis de rarezas sólo reservados a quienes tienen un escaso compromiso de rendimiento con el tiempo y con la responsabilidad ante las nuevas situaciones», sino que, como el recipiendario concluye, al término del primer capítulo de esa obra, con un juicio adelantado: «conviene analizar la evolución que las *class actions* han experimentado en el Derecho norteamericano, porque puede proporcionarnos la prospectiva de las tendencias que, por mimetismo o por el dinamismo generado por el impulso hacia lo colectivo, acabarán por surgir en nuestro sistema jurídico». El profesor López Sánchez no ha abandonado su puesto de observación de este fenómeno de articulación entre la tutela colectiva y la disponibilidad de los derechos por los consumidores. Y ahora lo vuelve a ocupar.

El tiempo ha venido a apoyar aquellas consideraciones proemiales y el objeto de su obra. Este discurso se inserta hoy de manera ineludible en el ámbito de las exi-

gencias impuestas ya, en este momento, por el requerimiento perentorio de adecuar la norma procesal a la realidad social española.

Ha transcurrido cierto tiempo desde que se escribieron las líneas a las que me he referido. Y algo más de tiempo desde que se promulgó la Ley de enjuiciamiento civil. En la exposición de motivos de esta se expresaba que ella era «una respuesta tributaria e instrumental de lo que disponen y puedan disponer en el futuro las normas sustantivas acerca del punto, controvertido y difícil, de la concreta tutela que, a través de las aludidas entidades, se quiera otorgar a los derechos e intereses de los consumidores y usuarios en cuanto colectividades». Y seguidamente añadía: «Como cauce para esa tutela, no se considera necesario un proceso o procedimiento especial y sí, en cambio, una serie de normas especiales, en los lugares oportunos».

Ahora, el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, en su Exposición de Motivos, anuda a la «debilidad del consumidor en las relaciones de mercado, y a la desproporción [de] los gastos que el proceso lleva consigo respecto de las cantidades que el consumidor recuperaría», la introducción de un específico tratamiento normativo de las acciones de representación. El prelegislador, abandonando la técnica de abordar parcialmente la solución del problema por medio de unas y otras leyes, decide crear un sistema integral, unitario y coherente de tutela colectiva.

La Ley de enjuiciamiento civil lleva todo su período de vigencia sometida a diversas obras de reformas interiores —menores o mayores—; el ejercicio de las acciones colectivas ha recibido diversas modificaciones dentro de ella y en el contexto de una pluralidad de normas procesales extravagantes. Pero, ahora, la Ley de enjuiciamiento civil se incrementa con una obra mayor, algo parecido al levantamiento de un piso nuevo en un edificio ya estrenado hace unos años: la adición de un nuevo título en el capítulo cuarto con la creación de unos procesos especiales para el ejercicio de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. Unos de esos procesos especiales imprescindibles apuntados en su exposición de motivos.

La evolución de la tutela colectiva de los consumidores expuesta en el discurso del recipiendario observa, sin duda, este punto en el que nos hallamos; en él confluyen la necesidad y la utilidad de conseguir mecanismos eficaces para la defensa de los intereses de los consumidores. Por eso, el recipiendario completa su tarea analizando la propuesta de la trasposición de la Directiva 2020/1828 al Derecho español.

Parece que ahora el reloj ha marcado la hora conjeturada por nuestro nuevo académico en su monografía. Aquellos paradigmas norteamericanos proyectan ya su sombra sobre el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, el recipiendario no se ha conformado con recrearse en su obra acreditada y anunciadora, haciendo paráfrasis confortables sobre lo dicho, sino que, consciente de la realidad en la que nos encontramos, ha decidido seguir estudiando y reflexionando sobre un aspecto de estos nuevos procesos que pudiera parecer inquietante: la ambigua puesta en cuestión de uno de los principios basilares del proceso civil; me refiero al principio dispositivo que configura «razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos», como dice la exposición de motivos de la Ley de enjuiciamiento civil. En definitiva, el modelo genuino, que podría considerarse original, del proceso civil.

«El desplazamiento de la legitimación para la tutela de los derechos e intereses afectados de sus directos titulares a quien capitaliza el impulso necesario para lograr la actuación del ordenamiento jurídico en interés de aquellos», decidiendo el legitimado lo que «considera oportuno y conveniente llevar a cabo en interés de la colectividad», «la exclusión de cualquier tipo de intervención de los consumidores en el proceso en que se encauza una acción de representación, para defender su derecho e interés», «la prohibición de ejercitarse acciones resarcitorias individuales cuyo objeto esté comprendido por el auto de certificación», «la vinculación al resultado de la acción de representación de los consumidores que hubiesen permanecido inactivos, a partir de ese momento», «la extensión de la legitimación procesal para el ejercicio de acciones a la legitimación sustantiva para la realización de actos dispositivos por quien no es su titular», por citar algunos ejemplos tomados de la exposición del profesor López Sánchez, señalan caracteres ajenos a la autonomía de la voluntad y al principio dispositivo.

§§§§§

El doctor López Sánchez ha ofrecido a nuestra Corporación y a todos los asistentes a este acto un discurso de ingreso magistral, dispuesto firmemente sobre una vigorosa secuencia argumental cabalmente articulada, siguiendo su modo de trabajar, bien conocido por la comunidad científica. En su exposición es fácil descubrir una línea de fuerza consolidada por la tarea minuciosa de afrontar la reflexión sobre la eventual compatibilidad de la tutela colectiva de los consumidores, como sistema, con la cuestión particular de una disponibilidad del derecho individual a la tutela judicial efectiva de aquellos, mermada progresivamente por señaladas limitaciones.

Su consideración puede sugerir el planteamiento de algunas reflexiones que desplegaré mesuradamente. La vinculación de los consumidores a la acción colectiva no es el resultado de un penoso enfrentamiento entre la individualidad y la comunidad y viceversa, sino la manifestación vigorosa de la compatibilidad creadora de dos principios que ordenan convenientemente los órdenes procesales.

Es la palabra compatibilidad —calidad de compatible— la que me ofrece la oportunidad de introducir la consideración que quiero exponer en este acto sobre el significado de la compatibilidad creadora de estos dos principios en el ámbito del proceso: el dispositivo y el de oficialidad, escrutando, con determinación, la propia función del proceso civil.

La palabra compatibilidad pertenece al campo semántico de la conformidad, coincidencia, concomitancia, coexistencia, concurso, composición, armonía. Lo compatible es definido con finura descriptiva por el *Diccionario de Autoridades* como «cosa que fácilmente se puede concordar, componer y conformar con otra, y que no tiene repugnancia con ella». Ideas bien alejadas de intolerancia, refracción e incluso choque.

Sin embargo, he aquí las premisas de la discusión: la situación que nos presenta el avance del sistema de tutela de los consumidores podría sembrar en algunos ánimos cierta inquietud al comprobar cómo ahora se diseña un sistema de ordenación de los nuevos procesos, que, examinado de manera compendiada, ofrece un panorama jurídico con severas imposiciones limitadoras de la capacidad dispositiva de los litigantes, apreciables en distintos registros. Algo que puede hacer dudar de la compati-

bilidad de esas dos fuerzas directrices que ordenan, de una forma u otra, los procesos separando sus clases. E incluso podría llevar a proponer con toda naturalidad una pregunta fundamental: ¿Caminamos hacia un cambio de modelo de proceso civil?

La exposición que ofrece el recipiendario sobre la particular historia del desarrollo normativo del ejercicio de las acciones colectivas en el proceso civil, da cumplida cuenta del progreso ascendente de las facultades direccionales del juez, materiales y procesales, promovido tanto por las diversas reformas internas de la Ley de enjuiciamiento civil como por las especialidades procesales sectoriales impuestas en los procesos seguidos para la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores (Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, o la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación).

Un vistazo vuelto hacia el pasado, que hoy sigue siendo presente; y otro proyectado hacia el futuro, auspiciado por el anteproyecto, ofrecen una muestra diáfana de los límites del principio dispositivo al verse «matizada su influencia en razón de un indiscutible interés público inherente al objeto procesal», y como elementos de construcción de los nuevos procesos especiales en los que se ejerciten las acciones de representación con designios de obtener una tutela judicial eficaz y efectiva con medidas de cesación o con medidas resarcitorias.

Ahora, en el anteproyecto, se diseña un sistema de ordenación de los nuevos procesos, que manifiesta esas limitaciones en distintos índices: la competencia objetiva y territorial determinada legalmente, siendo la última indisponible (art. 834), la legitimación activa atribuida legalmente (art. 835), el acceso a las fuentes de prueba (art. 838), la prohibición de la renuncia a la acción de representación y el control sobre el desistimiento del proceso (art. 839), el rechazo de las acciones manifiestamente infundadas (art. 847), la determinación del ámbito objetivo y subjetivo del objeto del proceso por el auto judicial de certificación (arts. 848 y 863), la aprobación de la relación de consumidores individuales que hayan expresado su voluntad de vinculación o, en su caso, de desvinculación de la acción de representación resarcitoria (art. 857), la irrecurribilidad de la sentencia que declara la responsabilidad del demandado en relación con la conducta infractora (art. 863), la homologación de acuerdos de resarcimiento anteriores o posteriores a la certificación de la acción (arts. 864, 867).

¿Cabe ordenar un proceso civil de esta manera sin poner en riesgo su naturaleza? Como razona el doctor López Sánchez, el principio dispositivo, concorde con los derechos materiales dispositivos tutelados, explica el mejor logro de los fines del proceso civil: los litigantes aportan los hechos y su fundamento jurídico; *iudex iudicet secundum allegata et probata partium*. Estamos de acuerdo con su discernimiento. Los corolarios del principio dispositivo: iniciación, aportación e impulso de parte, prueba legal, verdad formal y objeto disponible, conforman el así considerado modelo ideal del proceso civil, frente a las ilaciones del principio de oficialidad: incoación de oficio, investigación oficial, impulso oficial, prueba libre, verdad material y objeto indisponible. En virtud de todos estos fundamentos del proceso civil, el juez queda vinculado por los actos de decisión de las partes en el pleito. Hasta que se promulgó el Real Decreto Ley de 2 de abril de 1924, sobre términos judiciales: «no será necesario que los litigantes insten el curso del procedimiento una vez iniciado este», la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 contemplaba la existencia de los escritos

de apremio de las partes para avanzar en los trámites o para no perder la posibilidad del recurso; los cuales constituían a los litigantes no solo como *dominus rei in iudicio deductae*, sino también, en cierto modo, como *dominus iudicii*. La duración del proceso estaba, en cierta manera, en sus manos.

Ahora bien, examinemos la realidad. Cuando detenemos la atención en lo que hemos llamado modelo original del proceso civil en los términos que acabamos de recapitular, conviene responder previamente a estas preguntas suspendidas en el aire de este vasto panorama dialéctico: ¿existe en la experiencia jurídica y en los ordenamientos legales un proceso civil regido plenamente por el principio dispositivo, o es simplemente una *fata morgana* académicamente elucubrada, o una categoría conceptual construida y explicada por razones escolares para hacer comprensible una materia desde el dominio de la teoría? ¿Estamos quizá afirmando hipótesis construidas sobre ideas preconcebidas a las que, luego, se adaptan todos los argumentos aportados? Y, de forma determinante, ¿es el principio dispositivo un concepto fundante destinado a subsistir como necesario y exclusivo impulso de tendencia para la perfección del modelo en el ámbito del proceso civil?

Las arquitecturas conceptuales están para conocer mejor la realidad que pretenden explicar y no para desviarnos de ella. Se ha dicho que el concepto de autonomía privada tiene un trasfondo cultural e ideológico (PARRA LUCÁN). La autonomía privada es un modo de concebir la convivencia civil; corresponde a la propia naturaleza de la persona. Por eso, la Constitución, al determinar, según KELSEN, el contenido de ciertas leyes prescribe o proscribire lo que conviene para crear y desarrollar reflejamente los instrumentos necesarios para el reconocimiento, guarda e indemnidad de esa autonomía. El principio dispositivo es, en el proceso civil, el fundamento inspirador que da virtualidad al concepto de la autonomía privada.

Descendamos al campo donde se desenvuelve la vida del derecho. La historia del derecho procesal civil es paralela a la historia del derecho civil. El principio dispositivo tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad, como dice el recipiendario al inicio de su discurso. Por eso la vigencia de tal principio, dando cuerpo a una específica construcción procesal, es tributaria de la propia esencia del derecho dispositivo material que con ella pretende tutelarse. Allí donde la ley autoriza a los destinatarios definir lo que entre ellos deba valer como regla jurídica, eligiendo entre las diversas posibilidades previstas y concedidas por el derecho objetivo material, deberá encontrarse un proceso regido por ese principio (VON BÜLOW). Por eso puede hablarse de una eficacia refleja del derecho civil dispositivo (el campo genuino de la autonomía privada) en la construcción del proceso civil.

Observando las cosas desde esta perspectiva, hemos dicho, en alguna ocasión, que el reconocimiento de la propiedad, de la iniciativa y de la autonomía privadas en la Constitución, por la capacidad ordenadora de esta, influye sobre la ordenación del derecho privado, pero también sobre el sistema de la justicia, el proceso y el procedimiento civiles dispuestos para su función tuitiva. Y haciendo especulativamente un recorrido inverso, en la secuencia de términos que acabo de proponer, si un procedimiento judicial no recibe en sus particulares trámites una forma adecuada al principio dispositivo del proceso y al de la autonomía privada, los quebranta; y, lo que es más grave, deja sin protección adecuada el interés tutelado por el derecho privado material; aquí se halla, a menudo, la razón de los aciertos y desaciertos



en las sucesivas y frecuentes reformas de otras reformas procedimentales. Así de importantes son los trámites. La forma del procedimiento es la exteriorización de los principios del proceso; al cabo, eco y consecuencia del género de amparo de la certidumbre jurídica preconizado por la ley. La forma no es un yugo sino guardián de la libertad (IHERING).

Sin embargo, no existe una autonomía de la voluntad absoluta reconocida en el derecho privado. Encontramos en el propio Código civil la cláusula de contrapeso: «que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público», para definir el contorno de los pactos, cláusulas y condiciones contractuales, limitando la autonomía de la voluntad. Un elenco de restricciones procedente de una interpretación global e integrada de todo el ordenamiento jurídico cuya cúspide se halla en la Constitución.

Así aparecen las limitaciones de las diversas normas que inscriben sus mandatos dentro de lo que tradicionalmente se ha denominado orden público, interés público, o *ius cogens* para señalar que esa es materia sustraída a la regulación derivada de la voluntad de los particulares. Es el universo de lo indisponible, mostrando el sentido del orden público como expresión de imperatividad que no se puede derogar en lo que comporta de restricción de libertades. Porque este principio, como se ha dicho, no se dirige a limitar la autonomía privada por razones dogmáticas vinculadas a una figura concreta, sino a proteger valores que se consideran determinantes de la organización económica, del interés general o, incluso, de un interés particular que se considera digno de protección (PARRA LUCÁN).

Una lectura somera de las resoluciones dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea descubre —como hemos dicho en otro lugar— la inserción de una multitud de elementos constitutivos del valor superior del orden público o del interés público como límite a la autonomía privada que se halla internamente requerido en cada una de las relaciones, incluso privadas, al haber cosas que son irrenunciables por pertenecer a la propia naturaleza o esencia de los diversos segmentos que integran la convivencia civil. Entre ellos se cuentan el desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de los contratos, la debilidad o inferioridad en la capacidad de negociación de una de las partes contractuales, la dificultosa comparecencia judicial de una de las partes; la efectividad; y la equivalencia (Recomendación 2001/193/CE de la Comisión de 1 de marzo de 2001). No es ajeno a este movimiento un especial afinamiento de la sensibilidad social, recibida por el legislador y por los operadores jurídicos, para apreciar situaciones de vulnerabilidad que precisan una protección más intensa para restituir el equilibrio de los intereses en actuación.

Estas limitaciones trascienden el mundo de lo público y entran en la esfera de lo privado, porque vertebran también las manifestaciones de la regulación jurídica de la convivencia civil. De esta manera, se integra el concepto de orden público económico de protección que asegura el equilibrio entre la libertad de emprender negocios y la seguridad jurídica. Aquellas limitaciones provienen del que se ha denominado orden público de fundamentación de valores que al mismo tiempo despliega un orden público de dirección que impone la privación, *a radice*, de la libre y concluyente decisión voluntaria proveniente de la autonomía privada y permitida, quizá sin obstáculos, imaginariamente en otro tiempo.

Sin embargo, hemos hecho referencia antes a las situaciones en que el legislador considera precisados de protección ciertos derechos sustantivos por alguna de las

razones que hemos señalado sucintamente; en definitiva, dicho resumidamente, porque los derechos privados de los individuos deben considerarse unidos a un contexto social. La autonomía privada se ve limitada. Aquella explicada naturaleza original de la gestión del patrimonio o de las relaciones contractuales muta, al verse amenazadas por un desvalimiento o desequilibrio en los intereses de los individuos. La iniciativa de especial tutela sustantiva de este contexto, modificándose, crece y con ella emerge la iniciativa de desenvolver un instrumento de tutela judicial, modificando el hipotético modelo originario de proceso judicial civil, para que sea adecuado y dé respuesta a la situación nueva; creando un nuevo modelo.

En este punto, la oportunidad se conjuga con la necesidad; el principio dispositivo con el principio de oficialidad. No se origina una colisión entre el derecho privado y el derecho público. El principio dispositivo y el principio de oficialidad, en este trance, no se ordenan como contrarios, ni excluyentes, sino como complementarios; con la eficacia del balance ajustado de los instrumentos de la orquesta sinfónica según la partitura que se quiera interpretar. Así ocurre cuando, mediante la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, se ha querido «garantizar el equilibrio necesario entre mejorar el acceso de los consumidores a la justicia y proporcionar a los empresarios salvaguardias adecuadas para evitar un ejercicio abusivo de la acción procesal, lo que obstaculizaría injustificadamente la capacidad de las empresas para ejercer su actividad en el mercado interior», y dotar de medios eficaces a los consumidores para que puedan poner fin a las prácticas ilícitas y ser resarcidos, evitando el debilitamiento de la confianza en el mercado interior, al mismo tiempo que se proporcionan a los empresarios salvaguardias adecuadas para evitar un ejercicio abusivo de las acciones representativas de cesación o resarcitorias.

De dos maneras puede examinarse la razón de compatibilidad de un nuevo tipo de la tutela colectiva de los consumidores y la limitación de la disponibilidad de su derecho a la tutela judicial efectiva: como resultado de un mandato (*ius possitum*) y como explicación de una situación (*nova recepta*). La primera de ellas conduce a descubrir una situación que hay que interpretar tomando por base la naturaleza del proceso civil; la segunda muestra el conocimiento de la versatilidad del proceso civil abierto a ser el cauce de las pretensiones derivadas de las nuevas situaciones jurídicas recibidas y disciplinadas por el derecho objetivo material privado.

El discurso del nuevo académico no se construye observando con añoranza ese modelo ideal del proceso civil que sería transformado trabajosa, sucesivamente y de forma irrestricta por la introducción de poderes del juez sobre la decisión de las partes en el proceso, correlativa a la limitación de las facultades de disposición de estas. Tampoco propicia una perspectiva desde la que pueda verse un panorama en el que se impone un principio sobre otro provocando el menoscabo sucesivo del hipotético modelo clásico del proceso civil.

A veces, se han contemplado los procesos civil y penal como dos instrumentos que comparten recíprocamente principios y formas constitutivos, separadamente, de uno o de otro como consecuencia de un continuo y gradual acercamiento entre sí, sin vuelta atrás. Como si el objeto de uno fuera cada vez menos disponible y el del otro cada vez más negociable. Pero, desde esta encrucijada, no se camina hacia una transformación de los derechos privados en derechos públicos —administrativos— con la aspiración teórica de fundir los procesos de los distintos órdenes jurisdiccio-

nales en una sola forma en la que dominara predominantemente una instrucción de oficio. La apariencia no se puede convertir en realidad, la intuición en concepto, y la especulación en sistema.

Las cosas se desenvuelven de diferente manera. El *ordo iuris* tiende a permanecer, paradójicamente, cambiando. Las instituciones jurídicas civiles fundamentales (*dominium, obligatio, familia, hereditas*), con su correspondiente régimen procesal, se crean y desenvuelven, de acuerdo con este principio rector del derecho privado, creciendo desde dentro de sí mismo.

La compatibilidad no se refiere, a nuestro modo de ver las cosas, solo a los principios sobre los que se puede construir el proceso civil, sino sobre la correspondencia que este debe guardar con la especie y calidad del derecho cuya tutela se quiera dispensar.

El proceso civil no se presenta como una muestra armónica, acabada y refleja de la autonomía privada, colgada en la pared del museo de las purificadas aspiraciones de una proclamada plena tutela judicial efectiva de los derechos privados. Perfección inconcusa, pero estéril en su más lucida versión de ineficacia.

En el derecho privado existen normas imperativas que, por diversas razones, limitan el ejercicio de la autonomía de la voluntad: no existe una autonomía privada universal. Esto motiva un reflejo en la composición del proceso civil y de su procedimiento; no existe un proceso civil regido solo por el principio dispositivo. Los principios, como tales, no son pertenencia intransferible de ninguno de los procesos jurisdiccionales. Les corresponden por razón de la utilidad que atiende al fin concreto del proceso en cada caso: la tutela específica. Disponibilidad de las partes y poderes del juez se unen siempre, con mayor o menor intensidad, en la construcción del proceso civil para hacerlo eficaz como instrumento de tutela judicial.

No disponemos de un modelo de proceso civil en el que la armonía resulta del diseño minucioso de un dibujante que calca, con trazos procesales, los postulados de una teórica autonomía privada universal, sino que se beneficia de la armónica compatibilidad de los elementos que intervienen en su construcción como medida de su acción y movimiento. El proceso civil, en una continua servidumbre en favor de la función jurisdiccional para la tutela del derecho privado, se renueva sucesivamente componiéndose tradicionalmente con elementos originarios del modelo teóricamente presidido por el principio dispositivo y por los del modelo teóricamente regido por el principio de oficialidad.

De esta composición no surge un modelo de proceso civil que sea un resultado intermedio, de compromiso entre dos principios contrarios, sino, en mutación sucesiva, un retorno al modelo genuino, pero transformado para estar mejor predispuerto para su fin: *eadem mutata resurgo*.

Valga lo dicho (*contestatio*) como símbolo del diálogo que ya desde hoy se establece entre el nuevo académico y los demás académicos de esta corporación, que lo acogen con el anhelo de una larga, continuada presencia y fructífera contribución a la tarea académica.

