

**ACCIÓN COLECTIVA DE LOS USUARIOS FRENTE A LA ENTIDAD
CONCESIONARIA DE UNA AUTOPISTA COMO CONSECUENCIA DE LAS
RETENCIONES PROVOCADAS POR UNA NEVADA
(ALGUNAS CONSIDERACIONES A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE JULIO DE 2010)***

Fernando Gascón Inchausti
Profesor Titular de Derecho Procesal
(Acreditado para el cuerpo de Catedráticos)
Universidad Complutense de Madrid

1. Hechos relevantes e historial judicial del litigio. — **2.** La legitimación para el ejercicio de acciones colectivas y, en particular, la legitimación de Ausbanc Consumo: **2.1.** La necesidad de que las asociaciones de consumidores estén inscritas en el Registro del Ministerio de Sanidad y Consumo para poder ejercer acciones colectivas; **2.2.** La necesidad de que las asociaciones de consumidores sean representativas para poder ejercer acciones colectivas en defensa de intereses difusos; **2.3.** Posibles repercusiones de la pérdida *lite pendente* de la condición de asociación de consumidores y usuarios; **2.4.** El tratamiento de los defectos de legitimación extraordinaria por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal. — **3.** La admisibilidad del ejercicio de acciones colectivas resarcitorias. — **4.** Las dificultades que puede suscitar la ejecución de la sentencia.

Sumario. El presente trabajo analiza la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010, recaída en un proceso civil en que se había ejercitado una acción colectiva de los usuarios de una autopista frente a la entidad concesionaria, como consecuencia de las retenciones provocadas por una nevada. Los principales problemas que se suscitan guardan relación con la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para ejercer este tipo de acciones, así como con la eventual ejecución de la sentencia dictada.

Palabras clave: Acciones colectivas – Tutela judicial de los consumidores y usuarios – Legitimación para el ejercicio de acciones colectivas – Ejecución de sentencias.

Abstract. The article analyzes a judgment rendered by the Spanish Supreme Court on July 15, 2010, dealing with a consumers' class action against the owners of a motorway that went blocked due to a heavy snowstorm. The main issues are those related to the standing of consumers' associations to file collective claims, as well as those arising from an eventual enforcement of the judicial decision.

Keywords: Class actions (Spain) – Judicial relief for consumers – Standing to file collective claims – Enforcement of judgments

* Publicado en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, 2011-6, págs. 51-73.

1. Hechos relevantes e historial judicial del litigio

Por medio de sentencia dictada el 15 de julio de 2010, la Sala Primera del Tribunal Supremo puso fin a un litigio con origen en unos hechos que en su momento tuvieron una amplia repercusión en los medios de comunicación. Posiblemente más de un lector recuerde que los días 27 a 28 de febrero de 2004 se produjeron importantes retenciones en la Autopista A-1 (Burgos-Armiñón), en el tramo entre Miranda y Pancorbo (puntos kilométricos 68 a 74), en ambos sentidos de circulación, que motivaron que cientos de vehículos quedaran bloqueados durante varias horas en la autopista, incluida la noche. Según los datos aportados por entidades como Cruz Roja Española, fue necesario atender a más de 6000 personas atrapadas en la carretera u obligadas a pernoctar en polideportivos y centros diversos de las inmediaciones.

El origen de las retenciones en la autopista, en ambas direcciones y prácticamente en el mismo tramo, fueron los múltiples accidentes producidos por las condiciones climatológicas adversas (un fuerte temporal de nieve) en la tarde del día 27 de febrero de 2004. En ellos se vieron involucrados un número importante de camiones que se cruzaron en la autopista y la cortaron. Ha de tenerse en cuenta que la víspera, el Gobierno vasco, a través de su Dirección de Tráfico, había establecido la prohibición de la circulación de vehículos pesados por sus vías públicas; no obstante, en la tarde del día 27 se levantó parcialmente esa prohibición, lo que determinó una afluencia superior a la habitual de este tipo de vehículos en la autopista AP-1 en el momento en que se desencadenaron los hechos.

Los conductores de los vehículos atrapados en el bloqueo manifestaron entonces públicamente que la entidad concesionaria de la autopista –Europistas Concesionaria Española S.A.– no informó de forma suficiente ni adecuada de la situación que se estaba generando en el tramo afectado, de modo que se permitió de forma indebida la entrada de vehículos en la autopista hasta que el acceso a ésta fue cortado; y también se lamentaron de que Europistas tampoco tomara medidas adecuadas para paliar los daños una vez producidos. Ha de añadirse, además, que cuando se restableció la circulación, a lo largo de la mañana y el mediodía del día 28 de febrero, los vehículos que habían quedado atrapados hubieron de pagar el correspondiente canon de peaje para poder abandonarla.

La autoridad administrativa (el delegado del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje), sin embargo, por medio de resolución de 17 de enero de 2005, resolvió no abrir expediente sancionador a Europistas, por entender que los incidentes no fueron imputables a la negligencia de la concesionaria en la prestación del servicio a los usuarios de la autopista AP-1, deduciendo que fueron debidos a causa de fuerza mayor. No obstante, sí que le formuló requerimiento para que en un futuro adoptase las medidas necesarias para que en

situaciones similares pudiese ofrecer información adecuada a los usuarios y, en concreto, respecto de cualquier incidente que se produzca en la autopista, así como para que instalase una conexión telefónica específica, con la suficiente capacidad para permitir contactar fácilmente con las autoridades competentes en caso de emergencia.

Antes incluso de que la autoridad administrativa adoptara la resolución de incoación de expediente sancionador, la Asociación de Usuarios de Servicio Bancario (Ausbanc Consumo), interpuso frente a Europistas una demanda ejercitando una acción colectiva en defensa de intereses y derechos de consumidores y usuarios, en reclamación de cantidad, fundada en el incumplimiento en la prestación de un servicio público, así como en el enriquecimiento sin causa y cobro de lo indebido por parte de la demandada.

El Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Burgos, por medio de sentencia de 13 de enero de 2006, desestimó la demanda por entender, en síntesis, que no existió negligencia por parte de la concesionaria de la autopista: a juicio del Juzgado, el atasco se produjo por fuerza mayor y colaboraron en el resultado la decisión de la Administración de no cortar el acceso a la autopista, los accidentes de tráfico que tuvieron lugar, la conducta de los camioneros que abandonaron sus vehículos y la labor necesaria para quitar la nieve de los camiones.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Burgos dictó sentencia el 31 de julio de 2006, por la que revocó la sentencia de instancia y estimó parcialmente la demanda: en concreto, acordó condenar a Europistas a abonar una indemnización por daño moral en la suma de 150 euros a los posibles afectados que tuvieran la condición de consumidores, así como a que se les indemnizase en el importe del peaje que hubieran abonado.

En ambas instancias, fueron objeto de discusión y litigio dos aspectos diferentes.

En la vertiente sustantiva, como puede suponerse, el debate se centró en la determinación de si eran imputables o no a Europistas los daños padecidos por los usuarios del servicio, así como, en su caso, la fijación de los conceptos que eran indemnizables y su cuantificación.

Pero, desde una vertiente procesal, también se suscitó controversia en relación con la legitimación de la entidad demandante para ejercitar la acción planteada: en concreto, se cuestionaba si Ausbanc Consumo tenía la condición de asociación de consumidores y usuarios «representativa» y, sobre todo, qué consecuencias habría de tener sobre el proceso el acuerdo del Instituto Nacional de Consumo de 6 de octubre de 2005, excluyendo a Ausbanc Consumo del Registro de Asociaciones de Consumidores por haber realizado publicidad comercial o no meramente informativa –teniendo en cuenta que dicho acuerdo había sido impugnado judicialmente y que, en ese momento, aún no había recaído resolución judicial firme al respecto–.

Ambos extremos –junto a otros de relevancia menor– fueron los que motivaron la interposición simultánea por la concesionaria de recurso extraordinario por infracción procesal –en lo relativo a la legitimación de Ausbanc– y recurso de casación –en lo relativo a la responsabilidad civil de Europistas–. Ambos recursos son resueltos –y desestimados– por la Sala Primera del Tribunal Supremo en esta sentencia. Sólo los primeros, sin embargo, serán objeto de análisis en las páginas que siguen.

2. La legitimación para el ejercicio de acciones colectivas y, en particular, la legitimación de Ausbanc Consumo

De cara al ejercicio de acciones colectivas para la tutela de los intereses de los consumidores, nuestro sistema procesal civil distingue dos situaciones diversas, según que se trate de la tutela de intereses colectivos o de intereses difusos.

Se habla de intereses colectivos cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables. En tal caso, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados (art. 11.2 LEC).

Y nos hallamos ante intereses difusos cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación. Entonces, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas (art. 11.3 LEC).

Ésta segunda era, sin duda, la situación en que se encuadraba el caso resuelto por el Tribunal Supremo: el colapso en la autopista AP-1 perjudicó a un número muy elevado de usuarios y, sobre todo, no existía posibilidad de determinar *a priori* su identidad, pues no podía haber registro ni listado alguno.

Pues bien, en relación con la legitimación de Ausbanc Consumo para interponer la demanda en cuestión, el origen de la controversia se hallaba justamente en la interpretación que había de darse al inciso final del art. 11.3 LEC, que limita la facultad de pretender tutela colectiva a quien cumpla dos condiciones: a) ser asociación de consumidores y usuarios; b) ser una asociación «representativa», conforme a la Ley.

1.1. *La necesidad de que las asociaciones de consumidores estén inscritas en el Registro del Ministerio de Sanidad y Consumo para poder ejercer acciones colectivas*

Respecto de la primera condición –ser asociación de consumidores y usuarios–, se planteó durante un tiempo en la práctica la duda acerca de si era necesaria la

inscripción de la asociación de consumidores y usuarios en el Registro del Ministerio de Sanidad y Consumo.

El origen del problema se hallaba en los términos en que se redactó y se desarrolló el art. 20.3 LGDCU: dicho precepto establecía expresamente que «para poder gozar de cualquier beneficio que les otorgue la presente Ley y disposiciones reglamentarias y concordantes deberán figurar inscritas en un libro registro, que se llevará en el Ministerio de Sanidad y Consumo (a través del Instituto Nacional de Consumo), y reunir las condiciones y requisitos que *reglamentariamente* se establezcan para cada tipo de beneficio». Resultaba discutible si la atribución de legitimación para el ejercicio de acciones colectivas –y, por supuesto, la atribución de legitimación para ejercer las «correspondientes acciones» en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios del art. 20.1 LGDCU¹– era o no uno de los «beneficios» a que se refería el art. 20.3 LGDCU. En sentido estricto, tal vez no. Pero lo cierto es que fue así como lo entendió el Decreto 825/1990, de 22 de junio, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones², que pretendió limitar extraordinariamente el ejercicio de las acciones judiciales reseñadas en el art. 20.1 LGDCU por parte de las asociaciones de consumidores y usuarios, sobre la base de considerar que el ejercicio de acciones judiciales era precisamente uno de los *beneficios* previstos en la Ley susceptibles de desarrollo reglamentario³. Por eso, al analizar el art. 20.1 LGDCU, se consideró inaplicable la norma reglamentaria por su carácter ilegal (arts. 9.3 CE y 6 LOPJ), con tres argumentos básicos: i) el ejercicio de acciones colectivas en modo alguno podía considerarse un beneficio (lo que excluía cualquier desarrollo reglamentario); ii) el reglamento infringe la jerarquía normativa, por cuanto añade una serie de requisitos para ejercitar las acciones concedidas en la Ley que ésta ni prevé ni permite; iii) el registro de las asociaciones, según el art. 22 CE, sólo se hace a los meros efectos de publicidad⁴.

La cuestión fue objeto de análisis jurisprudencial y la respuesta no fue

¹ Con las siglas LGDCU se hará referencia, en lo sucesivo, a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en sus versiones anteriores a la refundición legal. Y, con las siglas TRDCU, se aludirá al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

² Real Decreto de 22 de junio de 1990 (*BOE* de 29 de junio de 1990), que sigue vigente pero que no ha sido modificado ni tras la Ley 44/2006 ni tras la aprobación del TRDCU.

³ Así se deduce de la rúbrica del Capítulo III, en el que se insertan las normas a que nos referimos: “De las condiciones y requisitos para acceder a los beneficios otorgados por la Ley y por las disposiciones reglamentarias y concordantes”.

⁴ Cfr. MARÍN LÓPEZ, J.J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coords. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., y SALAS HERNÁNDEZ), Civitas, Madrid, 1992, pp. 553-556.

homogénea⁵: la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010, indirectamente, viene a sostener la necesidad de inscripción en el registro del Ministerio de Sanidad, en la medida en que, como se verá seguidamente, era la exclusión de Ausbanc Consumo de dicho registro la fuente de las dificultades en este caso. A juicio del Tribunal Supremo, en el momento de interposición de la demanda, la remisión del art. 11 LEC debía entenderse hecha a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y, más en concreto, a su art. 20.3; y el Tribunal Supremo afirma, sin detenerse especialmente en ello, que «en los beneficios a que se refiere la LCU 1984 debe considerarse integrada la legitimación para el ejercicio de las acciones en defensa de los consumidores y usuarios, pues éstas se mencionan expresamente en el artículo 20.1 LCU 1984».

En todo caso, el origen del problema no se hallaba en la exigencia en sí de inscripción registral, sino en que pudiera venir establecida por una norma reglamentaria sin apoyatura legal suficiente. Por eso, en el momento actual⁶, la discusión ha de darse por superada, pues el art. 24.1 II TRDCU deja bien claro que la atribución de legitimación para ejercer acciones colectivas está supeditada al cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, entre los que se encuentra la inscripción: si resulta de aplicación el TRDCU, así se deduce del art. 33.1 I; y lo mismo sucede en buena parte de la legislación autonómica⁷.

En cualquier caso, resulta plenamente legítimo que la ley establezca requisitos para el ejercicio de acciones colectivas, puesto que se trata siempre de supuestos de legitimación extraordinaria, cuyo origen se encuentra en la voluntad del legislador que se la atribuye a las entidades que considera conveniente. En concreto, el requisito de la

⁵ Favorable a exigir la inscripción, la Sentencia de Audiencia Provincial Castellón (Sección 1ª), de 31 diciembre de 1999, núm. 534/1999 (AC 2000\122); en contra, en cambio, la Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid (Sección 11ª) de 10 octubre de 2002 (AC 2002\1417).

⁶ Más concretamente, desde la introducción por la Ley 44/2006 del art. 20 bis 3 II LGDCU.

⁷ Cfr. art. 21.4 de la Ley de la *Comunidad Valenciana* (Ley 2/1987, de 9 de abril, de Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana); art. 50.2 de la Ley de *Aragón* (Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón); art. 23 de la Ley de *Navarra* (Ley Foral 7/2006, de 20 de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios); art. 25.4 de la Ley de *Cantabria* (Ley de Cantabria 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios); art. 30.1 a) de la Ley de *Andalucía* (Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía); art. 21.2 a) de la Ley de *Canarias* (Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias); art. 24 de la Ley de *Asturias* (Ley del Principado de Asturias 11/2002, de 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios); art. 17.3 de la Ley de *Extremadura* (Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura); art. 24 a) de la Ley de *Madrid* (Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid); art. 24.2 de la Ley de *Baleares* (Ley 1/1998, de 10 de marzo, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares); art. 14.3 de la Ley de *Murcia* (Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia), art. 30 a) de la Ley del *País Vasco* (Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias); y art. 19.4 e) de la Ley de *Castilla-La Mancha* (Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor).

inscripción registral para que las asociaciones de consumidores ejerciten acciones colectivas no resulta especialmente gravoso, en la medida en que se trata de un presupuesto accesible a cualquier asociación –o cooperativa– de consumidores; y, sobre todo, debe considerarse razonable, pues asegura un cierto control por parte de los poderes públicos acerca de quién puede utilizar un recurso tan excepcional y de tan importantes repercusiones en el tráfico jurídico-económico como pueden llegar a ser las acciones colectivas.

En definitiva, hay que tener en cuenta que el art. 11 LEC, al atribuir la legitimación activa para el ejercicio de acciones colectivas, parte de la premisa de que las asociaciones cumplen con todos los requisitos establecidos para poder ser consideradas como «asociaciones de consumidores y usuarios»⁸; en otros términos, es preciso que se trate de asociaciones de consumidores y usuarios en sentido propio y no de simples asociaciones que se hayan atribuido a sí mismas esa condición (cfr. art. 25 TRDCU). En consecuencia, habrá que atenerse a lo establecido en el Título II del Libro I del TRDCU, cuando se trate de asociaciones de consumidores que tengan un ámbito supraautonómico (cfr. art. 22 TRDCU); y a lo dispuesto en cada una de las leyes autonómicas, cuando ése sea el ámbito de funcionamiento y actividad de las asociaciones. Así lo subraya, con claridad absoluta, el art. 24.1 II TRDCU: reserva el ejercicio de acciones colectivas –en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores– a las asociaciones que reúnan los requisitos exigidos en el TRDCU o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación⁹.

A efectos de que una asociación acredite en juicio –para poder ejercer acciones colectivas– su condición de «asociación de consumidores y usuarios» en sentido propio, lo más sencillo es la indicación de su inscripción en el correspondiente registro público: en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios (si es de ámbito supraautonómico)¹⁰ o en el Registro existente a tal fin en cada Comunidad Autónoma.

1.2. La necesidad de que las asociaciones de consumidores sean representativas para poder ejercer acciones colectivas en defensa de intereses difusos

En cuanto a la segunda exigencia, el art. 11.3 LEC no aclara en ningún momento cuándo se entiende que una asociación de consumidores es representativa. Durante un tiempo, se sostuvo que sería razonable identificar esa representatividad con la

⁸ Recuérdese que el art. 54.1 TRDCU se refiere a «las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta norma o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios»; y, por su parte, el art. 11 LEC se refiere a asociaciones de consumidores y usuarios «legalmente constituidas».

⁹ Refleja en este punto el art. 20 bis 3 II LGDCU, en su versión tras la Ley 44/2006, pues este extremo no se expresaba con tanta claridad en la versión inicial de la LGDCU.

¹⁰ En este caso, se puede indicar el número de inscripción registral, como señala el art. 33.1 II TRDCU.

pertenencia de la asociación al Consejo de Consumidores y Usuarios, pues los criterios que condicionaban la presencia en dicho órgano eran denotadores de un alto grado de implantación. Lo cierto, sin embargo, es que este requisito no tuvo rango legal hasta la modificación del art. 22.2 LGDCU por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que lo introdujo expresamente; en la actualidad, figura en el art. 24.3 TRDCU (siempre, por supuesto, que se trate de asociaciones cuyo ámbito sea supraautonómico, pues el Consejo tiene carácter estatal).

En el litigio de base se sostuvo por los demandados la falta de representatividad de Ausbanc Consumo por no ostentar participación en el Consejo de Consumidores (aunque lo cierto es que acreditó durante el litigio su cumplimiento). Aunque la aclaración sólo tenga valor histórico, el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de julio de 2010 considera que, por razones temporales –el proceso se incoó antes de la entrada en vigor de la Ley 44/2006– no podía exigirse la pertenencia al Consejo para ser considerada asociación representativa. La respuesta del Tribunal resulta poco convincente: parece, más bien, que la ausencia de repercusiones prácticas de cara al futuro es la que le permite al Tribunal pronunciarse de forma tan tajante –pero al mismo tiempo tan ligera– sin, a la vez, ofrecer criterio alguno para determinar cuándo una asociación, con anterioridad al cambio legal, tenía carácter representativo... Sea como fuere, las repercusiones del pronunciamiento del Tribunal en este punto serán nulas, dada la interrelación actual entre los arts. 11.3 LEC y 24.3 TRDCU.

1.3. Posibles repercusiones de la pérdida lite pendente de la condición de asociación de consumidores y usuarios

Volviendo al primero de los requisitos, ya se ha visto cómo el Tribunal Supremo insiste en la presente sentencia en que es necesario que una asociación de consumidores y usuarios esté inscrita en el Registro del Ministerio de Sanidad y Consumo para ostentar legitimación para el ejercicio de acciones colectivas. En el caso de autos, sin embargo, lo realmente controvertido era la eficacia sobre el proceso del acuerdo del Instituto Nacional de Consumo de 6 de octubre de 2005, en virtud del cual se excluía a Ausbanc Consumo del Registro de Asociaciones de Consumidores por haber realizado publicidad comercial o no meramente informativa, con el añadido de que ese acuerdo había sido impugnado y, en ese momento, aún no había recaído resolución judicial firme. La entidad demandada sostuvo en todo momento que, en tanto que acto administrativo, era directamente eficaz y que, por su contenido, privaba de forma sobrevenida de legitimación a la entidad demandante.

La Audiencia Provincial de Burgos, en la sentencia de apelación, rechazó esta pretensión con un argumento doble: que el acuerdo no era firme y, por tanto, no podía considerarse ejecutivo; y que, en todo caso, era de aplicación la regla *ut lite pendente nihil innovetur* del art. 413 LEC.

El Tribunal Supremo desestima en este punto el recurso extraordinario por infracción procesal y ratifica la solución de la Audiencia, aunque matiza –con acierto– el alcance del segundo de los argumentos.

Lo realmente relevante, a juicio del Tribunal Supremo, es que el acuerdo del Instituto Nacional de Consumo tenía un contenido materialmente sancionador: se trataba de una decisión que se fundaba en el incumplimiento de sus deberes por parte de Ausbanc y que, al excluirla del Registro, la privaba de los beneficios anudados a la condición de asociación de consumidores y usuarios. Tratándose de una resolución materialmente sancionadora, no era posible su ejecución mientras no se acreditara que había ganado firmeza: y, en el caso concreto, había sido impugnada judicialmente y había sido cautelarmente suspendida. Siendo así las cosas, Ausbanc Consumo no había perdido aún su condición de asociación inscrita en el Registro y, por tanto, no podía cuestionarse su legitimación.

Resulta mucho más discutible, sin embargo, la aplicabilidad a un supuesto como éste del art. 413.1 LEC, que lleva la rúbrica de «Influencia del cambio de circunstancias en la sentencia sobre el fondo. Satisfacción extraprocesal. Pérdida de interés legítimo» y que establece lo siguiente: «No se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvención, excepto si la innovación privare definitivamente de interés legítimo las pretensiones que se hubieran deducido en la demanda o en la reconvención, por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa.»

Más que de perpetuación de la jurisdicción, se formula en este precepto el antiguo brocardo *ut lite pendente nihil innovetur* que, como se ha señalado con acierto, presenta en la práctica más excepciones que manifestaciones de vigencia¹¹. El Tribunal Supremo señala en su sentencia que esta regla «no es aplicable únicamente al objeto del proceso, sino también a aquellas condiciones de las partes necesarias para el ejercicio de la acción que no impliquen una extinción de su capacidad jurídica o de su capacidad procesal». Entiende el Tribunal Supremo, por tanto, que el art. 413.1 LEC encierra una regla de *perpetuatio legitimacionis*, en virtud de la cual la desaparición sobrevenida de la legitimación de la parte demandante no debería ser tenida en cuenta en la sentencia. En aplicación de este criterio, la desaparición, en un caso como éste, de la legitimación de Ausbanc Consumo no debería tener repercusiones sobre el proceso y no debería ser tenida en cuenta por el tribunal al dictar sentencia.

¹¹ Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Comentario al artículo 413”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con DE LA OLIVA SANTOS, VEGAS TORRES y BANACLOCHE PALAO), Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 691-692; TAPIA FERNÁNDEZ, “Comentario al artículo 413”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUERZA ESPARZA y TAPIA FERNÁNDEZ), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, Vol. I, pp. 1384-1387.

Ahora bien, no puede ignorarse que la regla general de *perpetuatio legitimacionis* que el Tribunal Supremo extrae del art. 413 LEC presenta un límite establecido por el propio precepto: que la modificación producida prive de interés legítimo a la pretensión. A mi juicio, sucede precisamente que, como regla, la pérdida sobrevenida de legitimación conducirá a una desaparición sobrevenida del interés, a no ser que tenga lugar la sucesión procesal a favor de otro sujeto que mantenga el ejercicio de la acción. Al fin y al cabo, fuera de los casos de sucesión, si el demandante inicial ya no está en la posición que le legitima para pretender la tutela del tribunal (y eso es lo que sucede cuando desaparece la legitimación), no resultará necesaria la resolución judicial de la controversia (pues en esto consiste el interés legítimo, en la necesidad de tutela judicial).

El Tribunal Supremo, sin embargo, sigue una vía argumentativa diferente: a su juicio, la pérdida por Ausbanc Consumo de la condición de asociación de consumidores (por su exclusión del Registro) no determinaría la desaparición sobrevenida de su legitimación, sino la extinción de su capacidad jurídica o de su capacidad procesal: y en estos casos el Tribunal Supremo no considera que resulte de aplicación la regla del art. 413.1 LEC. La solución me parece correcta, aunque para llegar a ella el Tribunal Supremo haya forzado los conceptos. El propio art. 11 LEC señala que lo regulado en él es la legitimación para el ejercicio de acciones colectivas, y no la capacidad jurídica o la capacidad procesal de las asociaciones de consumidores, pues éstas, en tanto que personas jurídicas, ostentan por definición ambos requisitos (arts. 6 y 7 LEC). La exclusión de una asociación del Registro, por tanto, no podría nunca determinar la extinción de su capacidad para ser parte ni de su capacidad procesal. Lo que provoca esta exclusión del Registro, de modo diferente, es la pérdida de las condiciones adicionales exigidas por la ley para ostentar una legitimación extraordinaria de cara a promover en procesos colectivos la tutela de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios.

La discusión acerca de la naturaleza procesal o material de la legitimación sigue abierta en la doctrina procesal¹² y, por supuesto, en la jurisprudencia. A mi juicio, es en esencia una cuestión de fondo (una condición de la acción en sentido concreto), que condiciona el sentido de la resolución sobre el fondo, pero no la posibilidad de que ésta llegue a dictarse.

Ahora bien, a pesar de su naturaleza de condición de la acción y de cuestión de fondo, nada impide que, en algunas ocasiones, pueda dársele un tratamiento procesal análogo al que reciben los genuinos presupuestos procesales. Así sucede con la legitimación extraordinaria para el ejercicio de acciones colectivas, pues en estos casos que el demandante la tenga o carezca de ella depende de que concurran en él unas

¹² El análisis reciente más exhaustivo es, sin duda, el de MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007.

cualidades objetivas y comprobables *ab initio*, desvinculadas del fondo del litigio: que el demandante es una asociación de consumidores y usuarios y, en su caso, que ésta es representativa. Siendo así, no es preciso esperar al final del proceso, al momento de dictar sentencia, para que el juzgador compruebe la existencia de legitimación, pues nada nuevo le ha podido aportar el desarrollo de todo el proceso –en especial, la actividad probatoria sobre el fondo– respecto de lo que al respecto ya podía saberse sobre la legitimación. Y, por eso mismo, la pérdida sobrevenida de legitimación puede equipararse a una desaparición de la capacidad para ser parte o de la capacidad procesal, que también deberían conducir a una terminación anticipada del proceso sin sentencia sobre el fondo. Esto es, muy posiblemente, lo que ha querido decir el Tribunal Supremo cuando señala que «la exclusión del Registro de Asociaciones de consumidores puede reunir esta última condición», en relación con «aquellas condiciones de las partes necesarias para el ejercicio de la acción que no impliquen una extinción de su capacidad jurídica o de su capacidad procesal».

En definitiva, se puede extraer una conclusión relevante de lo sostenido por el Tribunal Supremo en este punto: el ejercicio de acciones colectivas, al amparo de cualquiera de los apartados del art. 11 LEC, requiere que la entidad demandante mantenga durante todo el proceso las condiciones y requisitos establecidos en ese precepto. La conclusión, a mi juicio, parece razonable, pues se trata del ejercicio en juicio de derechos e intereses ajenos y los requisitos establecidos en la ley aseguran un mínimo control y una mínima representatividad. Eso sí, no habría estado de más una explicación conceptualmente más elaborada por parte del Tribunal Supremo.

Así pues, si *lite pendente* se hubiera producido la firmeza de la resolución excluyendo a Ausbanc Consumo, entonces su legitimación extraordinaria habría desaparecido y, con ello, parece que el proceso debería haber sido sobreseído. Podría objetarse, entonces, que con este desenlace quedarían desprotegidos los derechos de los consumidores inicialmente ejercitados, pero tampoco pueden dejar de tenerse en cuenta dos extremos:

— Nuestro legislador no permite a una entidad no inscrita en el Registro el ejercicio de acciones colectivas: y si la única entidad que parecía dispuesta a impetrar la tutela de unos derechos o intereses colectivos o difusos no cumple con ese requisito, el ordenamiento asume que queden sin tutela judicial a través de un proceso colectivo (sea porque éste no llega a iniciarse, sea porque, iniciado, debe sobreseerse). Ahora bien, siempre cabría su tutela individual o la incoación posterior de un nuevo proceso colectivo por iniciativa de una entidad diversa que sí cumpla con los requisitos legales.

— En la tesitura de comprobar la desaparición sobrevenida de la legitimación de la entidad demandante, el tribunal podría tal vez admitir –si se presenta alguna entidad dispuesta– o promover –por medio de comunicaciones públicas– una suerte de sucesión

procesal a favor de alguna otra entidad que cumpliera los requisitos legales y que quisiera proseguir el ejercicio judicial de la acción colectiva: al fin y al cabo, la identidad de la entidad demandante, en estos supuestos, carece de relevancia alguna sobre el contenido de la sentencia que se debe dictar, de modo que no debería haber problema en que, incoado el proceso por la asociación de consumidores A, a partir de un determinado momento se siguiera desarrollando a instancia de la asociación B.

1.4. *El tratamiento de los defectos de legitimación extraordinaria por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal*

En relación nuevamente con la naturaleza jurídica de la legitimación, se deduce de la presente sentencia otra cuestión de especial interés, relativa al recurso adecuado conforme al cual denunciar la infracción en segunda instancia de las reglas sobre esta institución. En efecto, la parte demandada articuló sus alegaciones en relación con la falta de legitimación de Ausbanc Consumo como motivos para un recurso extraordinario por infracción procesal, pero también como motivos de su recurso de casación.

Este planteamiento a medio camino entre lo alternativo y lo subsidiario obedece, con toda probabilidad, a la incertidumbre que provoca en los litigantes la controversia doctrinal y jurisprudencial acerca de si la legitimación es una cuestión procesal o un tema de fondo. En el primero de los casos, la infracción de las normas atributivas de legitimación debería dar lugar a un recurso extraordinario por infracción procesal, posiblemente al amparo del número 3.º del artículo 469.1 LEC –que es justamente lo que hizo la demandada, aunque añadió también el motivo del número 4º–; en el segundo, daría lugar a un recurso de casación al amparo del motivo único contemplado por el art. 477.1 LEC («infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso»).

Los casos ordinarios de legitimación, a mi juicio, no deberían ofrecer duda: en tanto que cuestiones de fondo, su infracción en la sentencia de apelación sólo puede denunciarse por los cauces del recurso de casación. En cambio, cuando se trata de legitimación extraordinaria para el ejercicio de acciones colectivas, lo que está en juego es el respeto o no a una serie de requisitos tasados legalmente y que operan, *de facto*, de forma similar a como lo hacen las reglas de capacidad para ser parte y de capacidad procesal. Desde esta perspectiva, el recurso extraordinario por infracción procesal puede considerarse idóneo para denunciar la incorrecta aplicación de dichas reglas por parte de la sentencia de apelación. Ya se ha visto que esta concepción más procesal de la legitimación extraordinaria para el ejercicio de acciones colectivas es la que subyace al pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con la aplicabilidad al caso del art. 413.1 LEC. Resulta coherente con ello, por tanto, que el Tribunal Supremo analice los problemas vinculados a la legitimación de Ausbanc Consumo al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal y no al analizar el recurso de casación.

El problema es que, en realidad, el Tribunal Supremo no se pronuncia expresamente acerca de cuál de las dos vías es la correcta: parece, más bien, que aborda esta cuestión al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal por ser éste el que primero debe resolverse, y se aprovecha, además, de que su pronunciamiento es desestimatorio. En efecto, cuando el Tribunal Supremo analiza el recurso de casación fundado en este motivo, lo despacha en los siguientes términos: «El motivo debe ser desestimado por las razones ya expuestas al examinar el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal». Obsérvese que el Tribunal Supremo *también desestima* el motivo de casación por vulneración de las reglas sobre legitimación extraordinaria y que lo hace con los mismos argumentos por los que ha desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal: de forma difícilmente comprensible, resulta que para el Tribunal Supremo un mismo motivo lo es a la vez de infracción procesal y de casación... El sentido desestimatorio de su fallo es aprovechado por el Tribunal Supremo para eludir pronunciarse acerca de cuál de las vías es la correcta, aunque sea a costa de incurrir en una clara incoherencia. Un eventual pronunciamiento estimatorio, en cambio, habría obligado al Tribunal a tomar partido, debido a las diferentes consecuencias anudadas a cada uno de estos recursos: devolución de la causa a la Audiencia, en caso de estimación de un recurso extraordinario por infracción procesal (art. 476.2 IV LEC) o resolución por parte del propio Tribunal Supremo, en caso de estimación de un recurso de casación (art. 487 LEC).

A mi juicio, parece preferible la primera vía, dadas las fuertes connotaciones procesales de los requisitos legalmente establecidos para el ejercicio de acciones colectivas. En caso de que a través del recurso se denunciara la incorrecta apreciación de legitimación extraordinaria para el ejercicio de acciones colectivas, el motivo procedente podría ser el establecido en el núm. 3º del art. 467.1 LEC («Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión»): en efecto, si la falta de legitimación extraordinaria se equipara a la falta de capacidad para ser parte o procesal, su ausencia determina la nulidad de las actuaciones. En cambio, si lo que se pretende denunciar es que el tribunal de instancia ha considerado indebidamente que una entidad no poseía legitimación para el ejercicio de acciones colectivas, cabría fundar el recurso extraordinario no sólo en el núm. 3º del art. 467.1 LEC (por indefensión), sino también en el núm. 4º («Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución»), dada la indebida limitación en el derecho de acceso a los tribunales experimentada por quien vea injustamente vetado el ejercicio por su parte de acciones colectivas.

3. La admisibilidad del ejercicio de acciones colectivas resarcitorias

Aunque sea por silencio u omisión, esta sentencia del Tribunal Supremo también resulta relevante por cuanto confirma la admisibilidad del ejercicio de acciones colectivas resarcitorias, sin necesidad de que se hallen expresamente reguladas o tipificadas legalmente.

En este sector de la tutela de los consumidores son muchos los textos legales que regulan el ejercicio de acciones colectivas, en defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios, bajo la forma de *acciones de cesación*¹³: se define en ellos el contenido de la acción y se adjunta un listado de entidades que se consideran legitimadas para su ejercicio, en términos prácticamente idénticos en la mayoría de los casos.

Es innegable, pues, el esfuerzo del legislador –sin duda incentivado por instancias europeas– a la hora de tipificar una serie de acciones de naturaleza colectiva, para cuyo ejercicio se han previsto unas legitimaciones especiales y que están dirigidas a promover una tutela de derechos e intereses que trascienden el terreno de lo singular. Ahora bien, la existencia de este «catálogo» de acciones colectivas genera una duda: la de si se trata de una lista cerrada o si, por el contrario, resulta admisible el ejercicio de acciones de dimensión colectiva que tengan un contenido diverso al de las que sí están legalmente previstas.

En efecto, las acciones colectivas expresamente tipificadas pueden resultar eficaces en muchos ámbitos, pero son en su gran mayoría acciones de cesación e inhibición, y este tipo de tutela no siempre es suficiente para una correcta protección de los consumidores ante determinadas conductas por parte de empresarios y profesionales: en ocasiones el daño causado a los intereses de los consumidores sólo se corrige a través de reparaciones dinerarias o a través de la realización por el empresario de determinadas prestaciones «en positivo» –más allá de la cesación–; esta necesidad de una tutela judicial «con más contenido» es bastante visible –si nos mantenemos en el ámbito del TRDCU– en el terreno de la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos (como en el

¹³ Además de en el art. 54 TRDCU, se regulan acciones de cesación en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; en la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552 CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva; en la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo; en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación; en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias; en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; en la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio; en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; o en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

caso de autos), o en el plano de las garantías de los bienes de consumo.

Hay que plantearse, por ello, si el legislador ha querido que las tutelas que excedan de la cesación sólo puedan ser impetradas por los consumidores a título individual, o si es posible el ejercicio de estas otras pretensiones por los cauces propios para la obtención de tutela colectiva.

Desde una perspectiva restrictiva, podría argumentarse que si el ejercicio colectivo de derechos e intereses tiene carácter excepcional, al igual que tiene carácter extraordinario la legitimación que lo permite, debe entenderse que *inclusio unius, exclusio alterius*, esto es, que no son accionables más pretensiones que las legalmente tipificadas.

A mi juicio, sin embargo, la solución opuesta encuentra apoyo suficiente en el ordenamiento positivo¹⁴. La existencia de un listado de acciones colectivas, deducible de la lectura conjunta de una pluralidad de textos normativos, no tiene la finalidad excluyente de limitar dichas acciones, sino que cabe atribuirle un valor ejemplificativo o didáctico: ante la novedad de esta materia y el desconocimiento de la existencia de instrumentos de tutela colectiva cada vez más eficaces, el legislador ha querido incentivarlos, «haciéndolos visibles» a través de su regulación expresa en los textos legales. Desde este ángulo, podría decirse que el legislador ha querido ofrecer a los agentes jurídicos implicados en el sector una serie de ejemplos de acciones colectivas, cuyo ejercicio es indiscutible, pero sin cerrar las puertas al ejercicio de acciones colectivas diversas, siempre que cuenten con apoyatura jurídica suficiente.

Además, debe reconocerse que la proliferación de acciones colectivas típicas, que responden al género de la «acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios», obedece al condicionamiento de la Directiva 98/27/CE, que exigía la expresa introducción en los ordenamientos nacionales de esta acción colectiva de cesación; la trasposición de la Directiva ha tenido un «efecto multiplicador» respecto de las acciones colectivas típicas, en la medida en que han aparecido acciones idénticas en una decena larga de textos legales sectoriales. Ahora bien, esa introducción masiva de la acción colectiva de cesación, obligada por la normativa comunitaria, no puede nunca interpretarse como una restricción al ejercicio de acciones diversas: es más, dicha restricción sería de hecho contraria al espíritu que inspira la normativa comunitaria en materia de defensa de los consumidores, que es siempre una normativa «de mínimos», no «de máximos» o «de límites»¹⁵.

¹⁴ Sobre esta cuestión, cfr. también GARCÍA VILA, M., *Las condiciones generales de la contratación: aspectos procesales*, Valencia, 2006, pp. 124-130; y LLAMAS POMBO, E., “Requisitos de la acción colectiva de responsabilidad civil”, *Diario La Ley*, núm. 7141, 24 de marzo de 2009.

¹⁵ De hecho, la evolución legislativa en el seno de la Unión Europea parece encaminada a la introducción de Directivas que regulen el ejercicio de acciones colectivas para la reparación de daños y

La tipificación de algunas acciones colectivas, pues, no busca la exclusión de las no reguladas: rige, en consecuencia, el sistema genérico de libertad de acciones. En efecto, la accionabilidad en nuestro ordenamiento no se sustenta en la existencia de normas específicas, sino en la mera posibilidad jurídica del *petitum*: habrá acción, por tanto, si existe norma jurídica que reconozca la existencia de derechos o intereses sustantivos, y si la tutela solicitada al tribunal se corresponde con el contenido y la eficacia jurídica de tales derechos o intereses; de ser así las cosas, y como consecuencia de lo dispuesto en el art. 24 CE, habrá que reconocer la existencia de acción para obtener del tribunal la tutela jurisdiccional en cuestión.

Partiendo de estas premisas, se puede reconocer la posible existencia de acciones colectivas, al margen de los supuestos ya tipificados en normas concretas, si se cumplen dos condiciones. En primer término, es preciso que nos hallemos ante situaciones en las que se pueda reconocer la existencia de una potencial lesión a derechos o intereses de los consumidores, que tengan un contenido concreto, estén o no determinados los sujetos afectados. En segundo lugar, es también necesario que, conforme a la legislación procesal, resulte admisible que se solicite de forma unitaria la debida tutela jurisdiccional ante dicha lesión, con independencia, también, de que se trate de solicitar una tutela genuinamente colectiva o general, o de que se trate de una tutela unitaria para situaciones jurídicas pluriindividuales. En otros términos, es preciso que exista una atribución de legitimación colectiva o representativa.

La primera condición, como puede apreciarse, es de carácter sustantivo: y no puede negarse que la normativa en la materia reconoce a los consumidores ciertos derechos, para cuya tutela no resulta adecuada o suficiente la acción de cesación, sino otras acciones colectivas que tengan un contenido positivo o «prestacional», esto es, que encierren una condena a pagar una cantidad de dinero, a entregar una cosa determinada o a realizar una prestación concreta. El reconocimiento o satisfacción de esos derechos, reconocidos en el Código Civil, en el TRDCU o en normas especiales, integrará el *petitum* de estas acciones colectivas atípicas (v.g. en reclamación de daños y perjuicios ocasionados a consumidores o usuarios, o solicitando el cumplimiento de las garantías que obliguen frente a éstos a empresarios y profesionales).

La segunda condición es de carácter más procesal: el legislador debe admitir el ejercicio conjunto o colectivo de estos derechos en un solo proceso y a cargo de una sola

perjuicios padecidos por consumidores y usuarios. En términos generales, apunta en este sentido el *Libro Verde sobre recurso colectivo de los consumidores* [Publicado el 27 de noviembre de 2008 y disponible en el Documento COM(2008) 794 final]. Y, en el ámbito específico de la defensa de la competencia, el *Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia* [Publicado el 2 de abril de 2008 y disponible en el Documento COM(2008) 165 final] contempla la posibilidad de ejercer acciones colectivas para reclamar daños y perjuicios a favor de agentes económicos y consumidores que se hayan visto perjudicados por conductas contrarias a la normativa europea de defensa de la competencia que tengan alcance transfronterizo.

entidad, que tenga el carácter de representativa de tales derechos o intereses lesionados. Pues bien, el art. 11 LEC contiene una regulación bastante clara de la legitimación para ejercitar acciones ante «hechos dañosos» para los consumidores, sin sujeción a límite alguno, que también se deduce del art. 24.1 TRDCU. Y de esta amplia previsión se puede presumir que, en el fondo, se está reconociendo la accionabilidad no sólo de las pretensiones dirigidas a obtener la cesación del hecho dañoso, sino también la accionabilidad de las pretensiones encaminadas a obtener una reparación *lato sensu* de esos daños, en beneficio directo de los consumidores perjudicados, aunque no hayan entablado ellos la demanda¹⁶. Este resultado interpretativo tiene un claro refrendo en el contenido de los arts. 221 y 519 LEC, que determinan la posibilidad de que las sentencias ganadas por entidades con legitimación colectiva beneficien directamente a consumidores y usuarios individuales que no litigaron, incluso de cara a la ejecución forzosa, de donde se deduce la posible existencia de pronunciamientos condenatorios concretos, diversos de la mera orden de cesación –que, por supuesto, también tiene carácter condenatorio–.

En definitiva, la conjunción de la legislación material, que reconoce derechos concretos a los consumidores y usuarios, y de la legislación procesal, que atribuye legitimación colectiva para ejercer acciones también colectivas ante cualquier género de hecho dañoso para aquéllos, permite concluir la admisibilidad de pretensiones colectivas atípicas y que, en todo caso, exceden el ámbito de la mera cesación. Es, pues, suficiente que se detecte una situación en que exista un daño generalizado a la posición jurídica de consumidores y usuarios para que pueda ejercitarse una acción colectiva para obtener su reparación, siempre que lo pedido sea conforme con el contenido de los derechos lesionados¹⁷.

¹⁶ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) de 29 de enero de 2002 (recurso de apelación núm. 578/1999, AC 2002\860) negó la accionabilidad de una pretensión de indemnización colectiva justamente con el argumento de que, en el momento de interposición de la demanda (antes de la entrada en vigor de la LEC), no existía norma que atribuyera legitimación a la asociación demandante para actuar en el proceso reclamando la tutela de derechos ajenos.

¹⁷ También parece abundar en esta idea el art. 21 de la Ley 11/1998, de 5 de diciembre, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de Castilla y León: su primer párrafo señala que «los consumidores y usuarios de Castilla y León tienen derecho a una eficaz protección jurídica, ordenada a la reparación e indemnización por los daños y perjuicios que puedan sufrir como consecuencia de la adquisición, uso o disfrute de los bienes y servicios que se pongan a su disposición en el mercado, de acuerdo con lo establecido en la legislación general del Estado en materia de garantías y responsabilidades»; y su párrafo segundo dispone que «a estos efectos, las Asociaciones de Consumidores, en el marco de la legislación vigente, gozan de legitimación para ejercitar acciones en defensa de sus asociados, de la propia Asociación y de los intereses generales de los consumidores, pudiéndose beneficiar, en los casos previstos legalmente, del derecho a la asistencia jurídica gratuita». Como puede apreciarse, se vincula la legitimación colectiva de las asociaciones al ejercicio de acciones dirigidas a la reparación e indemnización de daños y perjuicios padecidos por los consumidores. En el mismo sentido, resulta de la mayor relevancia lo dispuesto en la LCD tras su modificación operada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre: el nuevo art. 32.1.5ª LCD contempla, en términos similares a

El litigio que culmina con esta sentencia del Tribunal Supremo es una buena muestra de ello: y lo más relevante, a mi juicio, es que en ningún momento se cuestionara –ni por el demandado, ni por cualquiera de los tribunales que hubieron de pronunciarse en tres grados de enjuiciamiento– la accionabilidad por vía colectiva de la pretensión ejercitada, a pesar de ser puramente resarcitoria y no estar expresamente tipificada.

Existe, no obstante, una limitación propia del carácter restrictivo con que nuestro legislador ha abierto las puertas al ejercicio de acciones colectivas: dado que sólo se admiten para la tutela de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios, la sentencia excluye de su ámbito de aplicación a «todos aquellos particulares o empresas que hubiesen usado del servicio de la autopista para integrarlos [*sic*] en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».

4. Las dificultades que puede suscitar la ejecución de la sentencia

Merece ser comentada aún una última cuestión, en relación con las dificultades que puede suscitar en la práctica la ejecución de la sentencia. En efecto, el Tribunal Supremo confirma el pronunciamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial, que condenaba a la entidad concesionaria de la autopista en los siguientes términos:

»1.º A que indemnice por daño moral en la suma de 150 € a los posibles afectados por la retención producida en la autopista AP-1 (Burgos -Armiñón) los días 27 y 28 de febrero de 2004 que reúnan la condición de consumidores y usuarios según la ley 26/1984 de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios (excluyendo a todos aquellos particulares o empresas que hubiesen usado del servicio de la autopista para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros) y que acrediten que personalmente, se encontraban en ella entre las 16 horas y el cierre oficial de la autopista (aproximadamente sobre las 19 horas) del día 27 de febrero, mediante la pertinente documentación (como por ejemplo los billetes de autobús para los viajeros en este medio de transporte u otros justificantes válidos y eficaces a tal fin) o en otro caso, dicho importe se abonará por vehículo que acredite su presencia en la citada autopista en ese mismo espacio de tiempo mediante la correspondiente tarjeta de peaje o justificantes de su pago (bancarios, manuales, automáticos u otros pertinentes y suficientes).

los anteriores, el ejercicio de una acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente; lo novedoso es que el art. 33.1 III LCD atribuye ahora legitimación para el ejercicio de esta acción a los legitimados conforme a lo previsto en el art. 11.2 LEC. Con ello se ha abierto la puerta de forma expresa al ejercicio de acciones colectivas de resarcimiento de daños y perjuicios padecidos por consumidores y usuarios concretos en el ámbito de las conductas desleales de los empresarios y profesionales.

»2.º A que indemnice en el importe previsto en la Tabla de Tarifas, según la categoría de los distintos vehículos (folio 211 de las actuaciones) correspondiente al tramo Armiñón-Castañares o viceversa, a los titulares o poseedores de los vehículos que abonaron el peaje, afectados por la citada retención de la AP-1 que acrediten ser consumidores usuarios en los términos expuestos antes y que se encontraban en la autopista entre las 16 horas y el cierre oficial producido aproximadamente sobre las 19 horas del día 27 de febrero, mediante la aportación de aquellos documentos suficientes y eficaces justificativos de dicho pago.

»En todo caso, los posibles beneficiarios que reúnan los datos, características y requisitos necesarios fijados en esta resolución, solo podrán instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la Asociación de consumidores y usuarios demandante -Ausbanc Consumo- ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Burgos y lo deberán hacer en la forma y por el procedimiento previsto en el artículo 519 de la LEC.

Como es sabido, el art. 221 LEC establece ciertos requisitos de contenido para las sentencias dictadas en procesos en que se han ejercitado acciones en beneficio de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios. En concreto, si la sentencia contiene una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar, habrá de determinar individualmente los consumidores que han de entenderse beneficiados por la condena; y si esa determinación individual no es posible, entonces «la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante».

Este último inciso, a su vez, debe ponerse en relación con el art. 519 LEC, en sede de ejecución forzosa, que dispone para estos casos que «el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en que resolverá sí, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución.»¹⁸

De la lectura conjunta de ambos preceptos se deduce que la ejecución forzosa puede abrirse o bien a instancia de la asociación demandante, o bien a instancia de los usuarios beneficiarios de la condena, previa acreditación –por medio del incidente regulado en el art. 519 LEC– de que cumplen con los requisitos establecidos en la sentencia. El pronunciamiento confirmado por el Tribunal Supremo, pues, se adecua

¹⁸ Cfr. PARDO IRANZO, “Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados”, en *Tutela de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. BARONA VILAR), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 417-446; LACUEVA BERTOLACCI, *Acción Ejecutiva de Consumidores y Usuarios: El Art. 519 LECiv*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

plenamente a lo establecido en la ley, aunque con ello, precisamente, pone de manifiesto las carencias de la regulación legal en este punto.

Obtenida resolución favorable, una primera opción es que los usuarios beneficiados por ella se dirijan directamente a la entidad condenada para obtener el pago de lo debido: cabe esperar que la entidad concesionaria también abone el importe de la condena a los sujetos que le acrediten directamente a ella –sin necesidad de acudir al incidente del art. 519 LEC– su condición de perjudicados. Si la entidad condenada se niega al pago, el usuario o los usuarios que puedan acreditar, en los términos establecidos en la sentencia, que se hallaban en la autopista en el momento en que se produjeron los hechos dañosos, habrán de acudir al Juzgado que conoció del litigio en primera instancia solicitando expresamente el reconocimiento de su condición como beneficiarios de la sentencia. En caso de nueva negativa al pago por parte de aquélla, podrán presentar demanda ejecutiva, sea cada uno por separado, sea de forma conjunta: eso sí, la ejecución se despachará por el concreto importe reclamado por el usuario o los usuarios que hayan formulado demanda ejecutiva, no en beneficio de todos los potenciales beneficiarios.

Si lo anterior no suscita reparos, sí que se plantean dudas respecto de la posibilidad de que sea la asociación demandante la que inste la ejecución forzosa, como permite expresamente el art. 221.1.1 LEC. Y es que, lejos de regular expresamente una suerte de «ejecución colectiva», la LEC se limita a apuntar solamente que la asociación demandante puede instar la ejecución forzosa y que los consumidores o usuarios beneficiarios pueden intervenir en ella.

En relación con esta ejecución forzosa instada por la asociación de consumidores demandante, cabe plantearse ante todo cuál habría de ser el suplico de la demanda ejecutiva y, correlativamente, el contenido del auto despachando ejecución, en su dimensión cuantitativa: en efecto, la sentencia condena al pago de una cantidad de dinero, de modo que la asociación ejecutante habrá de expresar en su demanda ejecutiva la cantidad que reclama (art. 549.1.2 LEC) y el tribunal, en el auto que contiene la orden general de ejecución, también debe especificar la cantidad por la que se despacha ejecución, por todos los conceptos (art. 551.2.3 LEC). Dado que, en casos como éste, el número de perjudicados se halla indeterminado, resultará imposible la cuantificación exigida: la asociación de consumidores demandante/ejecutante no podrá efectuarla en su demanda ejecutiva y tampoco estará en condiciones de hacerlo el tribunal en el momento de despachar ejecución.

En estrecha relación con lo anterior, es preciso determinar cuál sería la extensión de la legitimación de la asociación que promoviera la ejecución forzosa, ante el silencio legal.

Podría pensarse, en primer término, en que la asociación se limitara a solicitar el

despacho de la ejecución, de modo que ésta quedara formalmente abierta, a la espera de que los usuarios singulares se fueran personando en ella, acreditando su condición de beneficiarios de la sentencia. Cabe suponer que la propia asociación, a través de los canales de difusión a su alcance, se encargaría de promover la intervención de los beneficiarios: recuérdese, en este punto, que la LEC, de forma incomprensible, no contempla la publicación de las sentencias estimatorias de acciones colectivas, salvo que pertenezcan a la categoría de las acciones de cesación (art. 221.2). Se lograría con ello, por lo menos, evitar una eventual caducidad de la acción ejecutiva, en beneficio de aquellos consumidores o usuarios que tuvieran conocimiento de su posibilidad de cobro en momentos más tardíos. Asimismo, si se acepta semejante planteamiento, no sería preciso determinar ni en la demanda ejecutiva ni en el auto despachando ejecución importe alguno: la cuantificación habría de hacerse por el tribunal ejecutor respecto de cada usuario que se personara, de forma individualizada. Ahora bien, resultaría bastante ajeno a nuestro sistema procesal civil que pudiera abrirse una ejecución forzosa de forma abstracta, a la espera de la intervención de terceros sujetos. Y, en todo caso, la posición jurídica de la entidad condenada y ejecutada sería de excesiva incertidumbre, pues no podría saber ni a cuánto ascenderá realmente la deuda –con evidentes repercusiones contables–, ni podría liberarse mediante un pago voluntario, al tiempo que habría de contemplar inerme cómo puede mantenerse permanentemente abierta una ejecución forzosa en su contra.

También podría pensarse en actuar de forma similar a como se hace en la práctica estadounidense cuando se estiman demandas en ejercicio de *class actions*: se fija un montante total como indemnización, que la entidad condenada paga y que se reparte después entre los beneficiarios que lo soliciten bajo la supervisión de un mandatario del tribunal. Dada la dificultad de determinar los beneficiarios, la acción se dirige a la obtención de *aggregate monetary relief*, es decir, se pide una cantidad global para todo el conjunto de los perjudicados, en cuyo caso se usan diversos sistemas para acreditar el importe del daño (*aggregate proof of claim*): a través de mecanismos diversos, que excluyen la necesidad de que cada miembro del colectivo perjudicado acredite su perjuicio –v.g., usando los balances y la contabilidad del demandado, o sobre la base de fórmulas matemáticas o estadísticas–, se llega a un *aggregate sum*, es decir, a una cantidad a tanto alzado que representa el valor de todas las reclamaciones. Si se dicta sentencia, se habla de *aggregate class judgment*.

Para gestionar el importe objeto de la sentencia, lo habitual es que se abra un fondo o una cuenta con la cantidad pagada por el demandado, como paso previo a efectuar el reparto entre los beneficiarios. Este reparto puede efectuarse de formas diversas, según la situación: cabe pensar en repartos a prorrata, o por promedio, o usando alguna fórmula específica de cálculo; también puede condicionarse el pago a una previa acreditación individual del daño padecido. En la práctica es usual designar a un

funcionario judicial para que realice este tipo de operaciones, o bien designar un comité *ad hoc*, que habrá de actuar siempre bajo control judicial.

Es también habitual, cuando se ha dictado un *aggregate class judgment*, que sobre alguna cantidad de dinero. Una opción es la devolución del sobrante al demandado (*reversion*), pero no suele considerarse deseable, pues en tal caso la *class action* perdería fuerza disuasoria. De ordinario se usan sistemas de *cy pres distribution*¹⁹, para que el dinero se use en beneficio indirecto de la clase: una forma de hacerlo es encomendar el dinero a un tercero o a un organismo público que se encargue de darle un fin determinado y que repercuta en beneficio de la clase. De hecho, estos sistemas de *aggregate cy pres distribution* no se usan únicamente para repartir el sobrante, sino que en algunos casos tienen sentido desde un principio, cuando se comprueba que no es posible hacer entrega del dinero a personas concretas a título individual.

Una modalidad habitual de *cy pres distribution* es la llamada *price reduction distribution*, que se traduce en una reducción de los precios en beneficio de quienes participen en actos jurídicos similares a aquéllos que dieron origen al proceso: así, por ejemplo, si se ejercitó la *class action* por cobrar de más por un servicio, puede llegarse a una transacción que consista en una rebaja del precio de ese servicio durante un tiempo (en el caso que nos ocupa ahora, una rebaja del peaje en la autopista). Una forma singular de lo anterior lo representa el llamado *coupon settlement*, muy frecuente en la práctica: la empresa demandada pone a disposición de los miembros de la clase perjudicada una serie de cupones de descuento, que les permiten adquirir el producto a un precio inferior (en el caso que nos ocupa, podrían ser cupones que permitieran circular por la autopista sin abonar el precio del peaje); lo paradójico de esta fórmula es que los perjudicados no acaban percibiendo suma alguna, sino que más bien resultan incentivados a seguir consumiendo productos o requiriendo servicios de quien previamente había lesionado su posición jurídica.

En general, estos mecanismos de *cy pres distribution* pueden conducir a que quienes se beneficien de la rebaja o de la prestación que se lleve a cabo con el dinero no coincidan con quienes fueron realmente perjudicados por la conducta lesiva: por eso, en estos casos se suele hablar de *fluid class* o de *changing class*, y se usa la expresión *fluid*

¹⁹ La expresión *cy pres* es una forma arcaica del francés *ci-près* (= aquí cerca), que tiene su origen en el Derecho sucesorio y que se refiere al modo de dar cumplimiento a las liberalidades del testador que ya no pueden cumplirse en los términos en que se formularon inicialmente. Para una primera aproximación a estas cuestiones, cfr. ROTHSTEIN/WILLGING, *Managing Class Action Litigation: A Pocket Guide for Judges* (2ª ed.), Federal Judicial Center, 2009. Con carácter general, cfr. también RUBINSTEIN/CONTE/NEWBERG, *Newberg on Class Actions*, Westlaw, 2009; McLAUGHLIN, *McLaughlin on Class Actions*, Westlaw, 2008; M. BENDER, *Federal Litigation Guide*, 2009, Lexis Nexis, 2009, § 42; SOLOVY/MARMER/CHORVAT/FEINBERG, *Moore's Federal Practice*, Lexis Nexis, 2009, § 23; HAZARD/TAIT/FLETCHER/BUNDY, *Pleading and Procedure. State and Federal* (9ª ed.), Foundation Press. Thomson West, Nueva York, 2005, pp. 733-820..

recovery para aludir al modo en que se produce la tutela de los derechos lesionados²⁰.

Trasplantar este modo de proceder a nuestro ordenamiento requiere un desarrollo legal que, sin duda, está muy lejos aún de existir. Por mucho que el art. 221.1.1 II *i.f.* LEC insinúe la posibilidad de que la asociación demandante inste la ejecución forzosa, lo cierto es que las dificultades para su articulación práctica la convierten en un mero *desideratum* que habría requerido un esfuerzo de previsión legislativa mucho mayor.

En el caso concreto resuelto por la STS de 15 de julio de 2010 debe añadirse un inconveniente adicional: por medio de sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 4ª) de 6 de octubre de 2010 (recurso nº 401/2009) se desestimó la pretensión de Ausbanc Consumo impugnatoria de su exclusión del Registro del Ministerio de Sanidad y Consumo. La firmeza de esta sentencia, a la luz de la doctrina sentada por la STS que aquí nos ha ocupado, determina que Ausbanc Consumo haya perdido de forma sobrevenida su legitimación para actuar judicialmente en defensa de los derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios, lo que le impediría instar la ejecución de la sentencia. En definitiva, para dar cumplimiento a la STS de 15 de julio de 2010 no habrá más alternativa que la incoación de una pluralidad de procesos de ejecución, instados a título individual o agregado por usuarios de la autopista que acrediten previamente, a través del incidente establecido en el art. 519 LEC, su condición de beneficiarios.

Las ventajas que la litigación colectiva ofrece en vía declarativa se desvanecen, por tanto, en ejecución forzosa, pues reaparece la necesaria actuación judicial individual, a no ser que se produzca un apoderamiento *ad hoc* a favor de la asociación demandante o de algún otro sujeto.

²⁰ Cfr. MALINA, “Fluid Class Recovery as a Consumer Remedy in Antitrust Cases”, 47 *N.Y.U. L. Rev.* 477 (1972).