

IGNORANCIA DE LA LEY, ERROR Y TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES: EL PUZZLE DE LAS «ACCIONES COLECTIVAS» EN LA LEC

Marta Otero Crespo^{*}

Profesora contratada doctora de Derecho civil
Universidade de Santiago de Compostela

Sumario: 1. Planteamiento del tema: las acciones colectivas en el ámbito del Derecho de consumo. 1.1. Las acciones colectivas en el ámbito europeo. 1.2. Las acciones colectivas en el marco del Derecho español de consumo. 2. Ignorancia de la ley, error y tutela jurisdiccional colectiva de los derechos de los consumidores. 2.1. El tipo de interés a proteger y la legitimación ex LEC. 2.2. La regulación de la publicidad de los procedimientos y su incidencia en el ámbito del error y la protección de los consumidores. Los efectos sobre la cosa juzgada y la ejecución de la sentencia. 2.2.1. La publicidad de los procedimientos de protección de intereses plurales. 2.2.2 Las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores y usuarios. 2.2.3. La cosa juzgada material. 2.2.4. La acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados. 3. Conclusión.

^{*} Grupo de investigación *De Conflictu Legum*. Departamento de Dereito Común

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: LAS ACCIONES COLECTIVAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE CONSUMO

1.1. LAS ACCIONES COLECTIVAS EN EL ÁMBITO EUROPEO

La Recomendación de la Comisión Europea, 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 (2013/396/EU, DOUE 26.7.2013) ha vuelto a poner sobre la mesa la utilidad e importancia de las denominadas «acciones colectivas» en el ámbito europeo (terminológicamente, resulta poco claro hablar de «recurso colectivo»; por ello, emplearemos genéricamente la expresión «acciones colectivas», pese a que no se trate de una traducción exacta de *collective redress*). De hecho, la Recomendación de la Comisión aboga por el establecimiento de mecanismos de reparación colectiva que engloben tanto una tutela inhibitoria (acciones de cesación) como compensatoria (acciones indemnizatorias). El objetivo no es otro que establecer una serie de principios comunes (nótese que se trata de una mera Recomendación, Stadler, 2015: ix) aplicables en caso de violación de los derechos reconocidos por el ordenamiento de la Unión, que a su vez faciliten el acceso a la justicia, especialmente cuando el coste de las acciones ejercitadas a título individual pueda disuadir a los perjudicados de acudir a los tribunales. Específicamente, se recogen una serie de ámbitos de aplicación «idóneos» tales como «la protección de los consumidores, la competencia, la protección del medio ambiente, la protección de los datos personales, la normativa sobre servicios financieros y la protección de los inversores». Eso sí, se trata de una enumeración no exhaustiva, por lo que cualquier regulación (nacional) puede ser más amplia (García Rubio y Otero Crespo, 2015: 135, nota 7).

Pese a que la propia Recomendación establece un sistema de plazos de cumplimiento «obligatorio» para los Estados miembros, tanto para la adopción de regímenes nacionales conformes con los principios ahí contenidos (2015) como de evaluación de impacto (2017), lo cierto es que las reacciones de los legisladores nacionales europeos son prácticamente inexistentes y, en caso de haberse producido, aparentemente desvinculadas del mandato de la Recomendación. En este sentido, Francia, a través de la conocida como Ley *Hamon* (vid. Mulheron, 2015: 98 y ss.), Bélgica (Nowak, 2015: *passim*), Lituania (Bublienė, 2015: *passim*) o, más recientemente, el Reino Unido (de nuevo, aunque todavía sobre la propuesta de reforma, Mulheron, 2015: 103 y ss.) han legislado en los últimos tiempos sobre la materia. Sin embargo, no es posible trazar en sus trabajos preparatorios o en sus textos cualquier posible referencia a la Recomendación de la Comisión Europea, hasta el punto de que ciertos aspectos de las nuevas regulaciones resultarían contrarias a los principios inspiradores (de «obligatorio cumplimiento») de la Recomendación de la Comisión europea.

1.2. LAS ACCIONES COLECTIVAS EN EL MARCO DEL DERECHO ESPAÑOL DE CONSUMO

En España, a la espera de que se produzcan los necesarios ajustes a los principios establecidos por la Recomendación, previstos con la fecha tope de 26 de julio de 2015, el recurso a las «acciones colectivas» tradicionalmente se ha circunscrito al ámbito del Derecho del consumo. Este ha sido el primero de los campos en el que la tutela colectiva de derechos ha gozado de un reconocimiento normativo expreso (vid. el art. 20 de la ya derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores de Usuarios, al que siguieron otras normas contenidas en la Ley General de Publicidad, la Ley de Competencia Desleal y, especialmente, la Ley sobre condiciones gene-

rales de la contratación, todas ellas anteriores a la regulación de la LEC del año 2000).

Parece que, al menos en el plano teórico, la bondad de las acciones colectivas estaría fuera de toda duda, en la medida en que constituyen una vía más eficiente para la protección de los consumidores que afirman haber sufrido un mismo perjuicio como consecuencia de una misma actividad «ilegal» (*vid.* punto 3 b) de la Recomendación). Sin embargo, en la práctica existen una serie de factores que de algún modo distorsionan su ejercicio. La experiencia acumulada en estos años ha puesto de manifiesto que, bajo la aplicación de la ley española, la dispersión normativa vigente —sustantiva y adjetiva— y la falta de claridad y completitud de la regulación procesal civil (LEC) dificultan sobremanera el conocimiento efectivo (y objetivo) de su regulación sistemática, tanto por los consumidores y usuarios perjudicados como por los propios operadores jurídicos —en especial, los aplicadores del Derecho—. Y es en este escenario en el que no será difícil idear situaciones en las que la ignorancia de la normativa (o el error) pueda desempeñar algún rol —conscientemente omitimos ahora los supuestos en los que un consumidor desconoce el procedimiento iniciado en otro país, puesto que el haz de posibilidades sería inabarcable por el juego de las reglas propias del Derecho internacional privado (desde la perspectiva europea, *vid.* Hess, 2012: 107 y ss.)—.

Si dejamos ahora al margen la prolija normativa de naturaleza sustantiva en la que de algún modo se prevé una tutela *supraindividual* de derechos y nos centramos en la norma procesal civil por excelencia, la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), cabe señalar que la ley procesal civil no establece un proceso o procedimiento especial para la tutela de estos intereses jurídicos colectivos, sino una serie de normas especiales desperdigadas en su articulado, lo que también dificulta su conocimiento efectivo (Otero Crespo, 2015: en prensa). En este sentido, cabe señalar que desde su entrada en vigor, se ha venido distinguiendo formalmente entre la tutela de intereses colectivos y

difusos (entre otros, Gascón Inchausti, 2010: 18; Juan Sánchez, 2014: 376 y ss.). En consonancia con esta dicotomía interés colectivo *versus* interés difuso, la LEC dispone una serie de reglas en materia de publicidad de los procedimientos «plurales», de cara a facilitar el conocimiento y la intervención de los consumidores afectados (art. 15 LEC); además, en aras de una mayor publicidad, contempla una diligencia preliminar al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados por el hecho dañoso (art. 256.1.6 LEC). *A priori*, estos serían casos en los que el Derecho pretende que quienes potencialmente puedan estar afectados por la causación del mismo daño puedan conocer la existencia de la puesta en marcha de un procedimiento judicial que les podría afectar. Esto equivale a decir que, al igual que sucede con las normas de protección de consumidores de naturaleza sustantiva (Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007 y demás normas «satélites»), las disposiciones adjetivas también están orientadas a la protección del consumidor o usuario. Lo que sucede es que, tal y como intentaremos justificar en este trabajo, la interacción de distintas previsiones legales puede desembocar en supuestos de desprotección de los consumidores en los que, además, la ignorancia y el error pueden darse con cierta facilidad (sobre el juego de la ignorancia y el error en el ámbito de la protección a consumidores *vid.* también Carrasco Perera, 2014: *passim*).

Siguiendo con nuestro argumento, veremos cómo de la aplicación del art. 15 LEC, y su interacción con los arts. 221 LEC —sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios—, 222.3 LEC,—cosa juzgada material— y 519 LEC —acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados— se podrían derivar consecuencias nefastas para aquel consumidor que, desconociendo la puesta en marcha de una «acción colectiva» —de grupo y/o representativa—, o que, a pesar de cono-

cer su existencia, ignore las consecuencias de no intervenir en el procedimiento, se tope con una resolución judicial que afecte a su esfera jurídica. En otros términos: normas que *teóricamente* tutelan intereses de los consumidores podrían derivar en la práctica en normas lesivas, comprometiendo en algunos casos incluso el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

2. IGNORANCIA DE LA LEY, ERROR Y TUTELA JURISDICCIONAL COLECTIVA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Sentado el marco general en el que se va a centrar esta contribución, a continuación analizaremos ciertas cuestiones en las que el juego de la ignorancia de la ley o el error pueden resultar cruciales de cara a la salvaguarda del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de consumidores y usuarios.

2.1. EL TIPO DE INTERÉS A PROTEGER Y LA LEGITIMACIÓN EX LEC

Como acabamos de señalar, la regulación procesal civil de la *protección colectiva de consumidores y usuarios* parte de la dicotomía interés colectivo *versus* difuso de consumidores y usuarios a partir de la existencia de un hecho dañoso (Juan Sánchez, 2014: 377). Acogiendo el criterio de la LEC, el interés colectivo se identifica con la tutela de un grupo (de consumidores y usuarios) cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables; por su parte, el interés difuso entraría en escena cuando los integrantes del grupo que padezcan un perjuicio sean indeterminados o de difícil determinación (Bellido Penadés, 2011: 15 y ss.).

Proclama el art. 11 LEC que «sin perjuicio de la legitimación individual» de los con-

sumidores, la legitimación para la defensa de los *intereses colectivos* corresponderá (1) a las asociaciones de consumidores y usuarios, (2) a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa de tales intereses de consumidores y usuarios, y (3) a los grupos de afectados (de acuerdo con el art. 6.1.7º LEC, los grupos han de constituirse con la mayoría de los afectados).

Para el caso de que los intereses a tutelar sean *difusos*, la legitimación corresponderá únicamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que sean «representativas», entendiéndose por tales aquellas que sean miembros del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una Comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica (*vid.* art. 24 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; también, Juan Sánchez, 2014: 394 y ss.).

También habrá que tomar en consideración la legitimación que se concede a las entidades habilitadas conforme a la normativa europea para el ejercicio de las acciones de cesación¹ en defensa de los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios (arts. 6.1.8 y 11.4 LEC), así como al Ministerio Fiscal, quien desde la reforma operada por la Ley 3/2014, «estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios» (art. 11.5 LEC —*vid.* Juan Sánchez, 2014: 382 y 394; Sande Mayo, 2015: en prensa—).

Pues bien, el consumidor *colectiva* o *difusamente* perjudicado puede encontrarse con varios hándicaps vinculados al ámbito de la ignorancia/error (tanto de Derecho como de hecho —sobre esta distinción, Oliva Blázquez, 2010: 34 y ss.). Así, puede suceder que desconozca la existencia misma de la regulación del art. 11 LEC (ignorancia de la ley *pura y simple*) o que, conociéndola, desconozca la existencia de una acción ya enablada (error de hecho)

y/o de los efectos que puedan derivarse de una futura sentencia sobre su posición jurídica (esencialmente, la posibilidad de entablar una acción individual, así como eventuales excepciones de litispendencia o cosa juzgada —de nuevo, ignorancia de la ley—). Ahí es donde se revela crucial la necesidad de facilitar la accesibilidad a tal información como mecanismo para vencer el desconocimiento de los *procesos con trascendencia supraindividual*, cuestión que vamos a tratar a continuación.

2.2. LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DEL ERROR Y LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES. LOS EFECTOS SOBRE LA COSA JUZGADA Y LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

2.2.1. La publicidad de los procedimientos de protección de intereses plurales

Una de las cuestiones más espinosas que se plantea en el ámbito del ejercicio de las acciones colectivas se vincula al conocimiento no solo de la norma de protección «plural» por un sujeto concreto (ignorancia de ley), sino también el conocimiento de la puesta en marcha de un proceso concreto de protección de intereses de los consumidores y usuarios. Este último problema ya fue atisbado por el legislador, de ahí que, a fin de facilitar la publicidad e intervención en los procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, el art. 15 LEC articule una serie de pautas publicitarias que, sin embargo, plantean dudas interpretativas tanto en su análisis aislado como por su juego con los arts. 221 y 519 LEC —preceptos a los que se remite el párrafo 3 y que abordan el efecto de la cosa juzgada—.

Con carácter general, el art. 15 LEC dispone el llamamiento al proceso iniciado por asociaciones, entidades o grupos de afectados a

quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores o usuarios para que puedan hacer valer su derecho o interés individual —los particulares sabrían, así, la forma en que puede y debe serles dada a conocer la incoación o la pendencia de dichos procesos, presupuesto necesario para la actuación individual (Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, 2001: 208)—. Es el secretario judicial el encargado de realizar tal llamamiento, y de publicar la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses. Pese a la buena lógica del llamamiento, que no es otro que permitir el conocimiento de un proceso a quien lo ignora y puede quedar vinculado por lo que en él se dirima, lo cierto es que la falta de concreción del precepto puede conducir a resultados poco deseables. Por ejemplo, el artículo no especifica el tipo de medios de comunicación a emplear (el uso del plural podría implicar que el legislador quiere que sean dos o más medios de comunicación), quién ha de asumir los costes derivados de la publicidad. En primer término, parece que será la asociación que lo incoa la que ha de asumir el coste, sin perjuicio de una futura condena en costas y su discutible consideración como costas —Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, 2001: 216; Bellido Penadés, 2011: 26)—, ni el contenido a comunicar (Requejo Isidro y Otero Crespo, 2012: 314 ss). La combinatoria puede derivar en el fracaso de la pretendida publicidad: los destinatarios de la «llamada» pueden perfectamente no responder a ella —por el motivo X o Y— y quedar al margen de un proceso que potencialmente les podrá afectar bien por los efectos de la litispendencia, bien, en otro estado, por los de la cosa juzgada.

A este llamamiento general habrá que añadir ciertas especificidades en función del tipo de interés en juego. Así, en los supuestos de tutela de *intereses colectivos*, en los que por definición los afectados son determinables, el demandante debe haber comunicado (también) previamente su intención de presentar

la demanda a todos aquellos que puedan estar interesados (se trata de una comunicación personal). En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario afectado podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero solo podrá realizar los actos procesales que no hubiesen precluido. El problema surge una vez más a la hora de determinar quiénes son los interesados y qué comporta esa «comunicación» (sea cual fuere la forma y el contenido de la misma), puesto que de ambos factores dependerá el efectivo conocimiento o ignorancia de un inminente procedimiento. Está claro que si el consumidor recibe tal comunicación y, en consecuencia, conoce la existencia del procedimiento, podrá optar por incorporarse o no (*opt-in versus opt-out*); sin embargo, si la comunicación falla pese a la duplicidad de vías de información (llamamiento general e individual) y el consumidor desconoce la intención de plantear una demanda colectiva, e interpone con posterioridad la suya propia, podría toparse con la excepción de litispendencia —presumiendo que el juzgado B tenga la oportunidad de conocer que existe una demanda ante el juzgado A— o con la de cosa juzgada.

Para aquellos casos de tutela de *intereses difusos*, el llamamiento realizado por el secretario judicial suspenderá el curso del proceso por un plazo no superior a dos meses, plazo a concretar por el propio secretario atendiendo «las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados». Tras esta suspensión, el proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, sin admitirse la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior (como contrapartida a la suspensión, la LEC prevé esta preclusión absoluta de la posibilidad de personación posterior —Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, 2001: 219—). Sin embargo, como cláusula de cierre, se contempla un «sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221

y 519 de esta ley», lo que de nuevo pone de relieve la trascendencia de ignorar la llamada.

Debe destacarse que, de cara a garantizar el conocimiento de la demanda por quienes puedan ostentar la condición de perjudicados, el art. 256.1.6º LEC permite que pueda solicitar una diligencia preliminar quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses *colectivos* de los consumidores y usuarios (Bellido Penadés, 2011: 7) —la diligencia ha de ser adecuada a la finalidad que el solicitante persigue a la par que ha de mediar tanto justa causa como interés legítimo (art. 258.1 LEC)—. El objetivo de tal diligencia es identificar a los integrantes del grupo de afectados cuando, sin estar determinados, sean fácilmente determinables. Para ello, el tribunal «adoptará las *medidas oportunas* para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación». Nuevamente, surge la necesidad de limitar el impacto del conocimiento o desconocimiento del inicio del proceso por quien pueda haber sido perjudicado por el mismo hecho dañoso. De este modo, puede que esas genéricas *medidas oportunas* adoptadas por el tribunal no hayan sido *adecuadas* por causas no imputables a los perjudicados (¿podría ser el caso de un consumidor residente temporalmente en el extranjero?), quienes seguirán ignorando la existencia de una potencial demanda; o puede que tales medidas sí hayan sido objetivamente *adecuadas*, pero desconocidas por ignorancia imputable a los perjudicados, lo que suscita la cuestión de si significa esto que la falta de diligencia del consumidor en este momento precluye cualquier acción posterior en el tiempo.

Además, vinculada a la identificación de los sujetos afectados, surge el problema de la compatibilidad de esta diligencia preliminar con el derecho fundamental a la protección de datos personales e incluso con el derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 18 y 24 CE). Un buen exponente lo constituye la STC

219/2012, de 26 de noviembre, que resuelve un recurso de amparo en el que se plantea cuál es el régimen apropiado de convivencia entre las diligencias preliminares permitidas al amparo del art. 256.1.6 LEC y el respeto de las garantías de los artículos 18 y 24 CE (a su vez, esta resolución está estrechamente vinculada con la STC 96/2012 —*vid.* Otero Crespo, 2015: en prensa). En el caso, AUSBANC presentó demanda de diligencias preliminares contra BBVA, y solicitó a la entidad financiera la entrega de los listados de clientes con sus datos personales con indicación de si habían contratado determinados productos financieros. En aplicación del art. 256.1.6 LEC, se ordena a la entidad financiera que entregue tales listados, incluyendo los datos personales de sus clientes, sin que en ningún momento se tome en consideración el poder de disposición sobre sus datos de esos mismos clientes; incluso se rechazaron los escritos presentados por los titulares de los datos ejerciendo sus derechos de cancelación y oposición. Los recurrentes en amparo (consumidores ajenos a la asociación de consumidores que pretendía interponer la demanda colectiva) cuestionan la cesión judicial de sus datos personales (BBVA-AUSBANC) sin previa comunicación de la medida y sin previo consentimiento. Plantean ante el máximo intérprete constitucional si la tutela judicial efectiva comprende el derecho a conocer e intervenir en las actuaciones que eventualmente puedan tener lugar en las mencionadas diligencias preliminares —personación que les había sido denegada—. En caso contrario, se estaría cerrando el proceso a personas cuyos derechos fundamentales se ven afectados de modo indudable y directo. Interpreta el TC que la propia doctrina constitucional establecida impone a los jueces y tribunales la obligación de «interpretar las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa, no solo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo». Añade el Tribunal que el canon de constitucionalidad aplicable al caso es un «ca-

non reforzado», ya que «el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental como es el derecho a la protección de datos de carácter personal» (el fundamento continúa destacando que «las decisiones judiciales como la que aquí se recurre están especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no solo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial [...]»).

A raíz del supuesto concreto, el TC destaca la trascendencia social de un caso como el que conoce, dada la proliferación de solicitudes formuladas por asociaciones de consumidores y usuarios destinadas a la identificación de afectados en orden a la interposición de futuras acciones colectivas.

Insistiendo en lo que acabamos de señalar más arriba, de lo dispuesto en el art. 15 LEC, y en los arts. 221 LEC —sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios—, 222.3 LEC —cosa juzgada material— y 519 LEC —acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados—, así como de la falta de previsión legislativa expresa acerca de si el sistema español apuesta por un sistema de inclusión (*opt-in*) o de exclusión (*opt-out*), se podrían derivar consecuencias funestas para aquel consumidor que, desconociendo la puesta en marcha de una «acción colectiva» —de grupo y/o representativa—, es decir, un consumidor afectado por el error de hecho, o que, conociendo su existencia, ignore las consecuencias de no intervenir en el procedimiento (de nuevo, ¿ignorancia sobre la ley o error de Derecho?), se tope con una resolución judicial que afecte a su esfera jurídica. En ciertas oca-

siones, entendemos que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE —al que hemos aludido— puede verse comprometido —y ello pese a que, con anterioridad a la Ley 1/2000, cierto sector doctrinal entendiese necesario extender la eficacia de la sentencia recaída respecto de toda la colectividad interesada, aunque algunos de los individuos afectados hubiesen estado apartados del proceso sobre el que había recaído la sentencia que se pronunciaba sobre la tutela del interés colectivo— por el efecto *secundum eventum litis*. Sin embargo, los autores tampoco concretaban los efectos reales de la sentencia, puesto que, por un lado, el principio de defensa de los sujetos ausentes determinaría la exclusión de los efectos preclusivos de la sentencia, mientras que, por otro, una sentencia estimatoria podría producir efectos para todos los integrantes del colectivo perjudicado (Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes, 1999: *passim*; Tapia Fernández, 2001: 807).

La tutela judicial efectiva podría verse también en entredicho si calificásemos el ordenamiento español como un sistema en el que reinase el *opt-out*. A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, el legislador español no se pronuncia expresamente acerca de cómo se constata la voluntad de un sujeto de personarse en el proceso. Idealmente, si el español se articulase como un sistema de *opt-in* o de inclusión, sería necesario un comportamiento activo del consumidor perjudicado para sumarse a la demanda, quedando solo entonces vinculado por el efecto de la cosa juzgada. Al contrario, un sistema de *opt-out* o de exclusión permitiría que los individuos integrantes de un grupo de afectados quedasen vinculados a menos que específicamente se hubiesen autoexcluido. La aludida falta de previsión expresa, sumada a la regulación asistemática, han permitido todo tipo de especulaciones doctrinales a favor de uno u otro modelo (Requejo Isidro y Otero Crespo, 2012: 313-314 y la doctrina ahí citada). Sin embargo, y en consonancia con los principios establecidos en la Recomendación de la Comisión europea de 2013

y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantizado en nuestra Constitución y en otros textos europeos, cuestionamos la defensa de un sistema de *opt-out* en el que los sujetos queden vinculados sin haber prestado un consentimiento previo —como más abajo justificaremos—.

2.2.2. Las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores y usuarios

El art. 221 LEC, a propósito de las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores y usuarios *ex art. 11 LEC*, determina que puedan ser de aplicación tres reglas específicas.

1. Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

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

2. 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.

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

El punto primero del precepto se refiere solo a las sentencias estimatorias (condenas de dar, hacer y no hacer), por lo que queda en el aire qué sucederá con las desestimatorias —lo que reenvía a la cuestión de si nuestro legislador defiende unos efectos *secundum eventum litis* (Tapia Fernández, 2001: 808)—. En razón de este tipo de sentencias, prevé una serie de especificidades en relación con el contenido que deben observar los pronunciamientos judiciales. En primer lugar, la sentencia estimatoria puede individualizar a los beneficiados en el supuesto de intereses colectivos; en segundo lugar, puede suceder que no se lleve a cabo dicha individualización por tratarse de un interés difuso. Para este último supuesto, los jueces y tribunales han de establecer los datos, características y requisitos que han de cumplir quienes pretendan beneficiarse de tal resolución estimatoria. Pero en realidad, ¿qué sucede si un consumidor encaja en el perfil del art. 221.1ª *in fine* LEC —«cuando la determinación individual no sea posible... (*intereses difusos*)»— y desconoce la existencia del procedimiento y consecuente sentencia estimatoria? ¿Puede iniciar una acción individual *a posteriori* o se va a topar con la excepción de la cosa juzgada? El legislador conecta este precepto con lo dispuesto en el art. 519 LEC, por lo que nos remitimos a las consideraciones que realizamos al respecto más adelante.

Por su parte, el párrafo segundo del art. 221 LEC está claramente pensado para sentencias declarativas de ilicitud de una determinada conducta o actividad (pensemos en las acciones de cesación). El legislador quiere que el juzgador expresamente manifieste, caso por caso, si la declaración ha de surtir efectos *erga omnes* o *inter partes*. Precisamente, de producirse estos efectos *erga omnes*, habría que valorar si se trata de una extensión de los efectos de la cosa juzgada a quienes no han sido parte del proceso o si sería el efecto propio de una sentencia de naturaleza anulatoria (Tapia Fernández, 2001: 809 y la doctrina ahí citada)

Por último, el párrafo tercero ha de integrarse una vez más con lo dispuesto en el art.

15 LEC. Simplemente recuerda que, si con ocasión del llamamiento efectuado en el art. 15 LEC se hubiesen personado consumidores y usuarios determinados, habrá que pronunciarse también con respecto a sus pretensiones.

2.2.3. La cosa juzgada material

A propósito de la cosa juzgada material, el art. 222.3 LEC dispone: «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* [el destacado es nuestro], titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley». Que la extensión de la cosa juzgada afecte a herederos y causahabientes de las partes no es más que la consecuencia de la sucesión en la situación jurídica de sus causahabientes. Más interesante para nosotros resulta la remisión que el precepto realiza al art. 11 LEC, puesto que expande los efectos de la cosa juzgada *inter partes* (De la Oliva Santos, 2001: 402). Así, volvemos a plantearnos qué sucede con los sujetos (consumidores o usuarios) *no litigantes*, quienes han desconocido la existencia de la demanda o, conociéndola, ignoran la trascendencia de mantenerse al margen. De nuevo, cabría plantearse si sería defendible una modalidad de cosa juzgada con efectos *secundum eventum litis*. Una respuesta afirmativa casi equivaldría a decir que un consumidor o usuario afectado por el mismo evento dañoso puede prevalerse (impunemente) de su ignorancia de la norma para eludir los potenciales efectos de una *res judicata* no favorable. En caso negativo, descartando esos efectos *secundum eventum litis*, ¿quedarían los consumidores y usuarios absolutamente vinculados por la fuerza de la cosa juzgada que impone el art. 222.3 LEC? Precisamente este efecto *erga omnes* parece desprenderse tanto de la dicción del art. 6.1 CC («la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento») como de la literalidad del propio precepto procesal, que busca racionalizar la actividad jurisdiccional. Sin embargo, una interpretación semejan-

te podría ser, en nuestra opinión, contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia (art. 24 CE). Parece obvio que un precepto constitucional no puede ser conculcado por uno de legalidad ordinaria (LEC y también CC), sobre todo si tomamos en consideración otros preceptos fundamentales como el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho a un proceso equitativo) o el art. 47 (1) de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial). De todo ello se desprende que no podemos defender que un sujeto que haya permanecido al margen de un proceso (porque lo ha ignorado o desconocía *a priori* los efectos que sobre sus derechos o intereses pudiese tener) quede irremediabilmente atrapado en los tentáculos de la cosa juzgada (Otero Crespo, 2015: en prensa; García Rubio y Otero Crespo, 2015: 146).

2.2.4. La acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados

Por último, si abordamos lo dispuesto en el art. 519 LEC, relativo a la acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados, debemos hacer algunas puntualizaciones. Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del art. 221 LEC no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquella (supuesto claro de tutela de intereses difusos), el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en el que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución. En este sentido, aunque la parte actora

del proceso haya sido una asociación de consumidores y usuarios (art. 11 LEC), la condición de ejecutante ha de ser solicitada por consumidores y usuarios individuales (De la Oliva Santos, 2001: 898) —incluso el Ministerio fiscal puede instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados—. Pues bien, si «uno o varios interesados» toman la iniciativa de la acción ejecutiva, ¿cómo podrán conocer la existencia de tal condena los demás posibles «solicitantes»? Nada está previsto expresamente al respecto en la LEC. Parece obvio que, de no conocerse esta, puede transcurrir el período de caducidad de 5 años de la acción de ejecución del art. 518 LEC. Finalizado tal plazo, ¿podría alegar exitosamente un consumidor el haber ignorado la existencia de tal condena? Sería este otro escenario potencial en el que la ignorancia (o el error) podrían tener cabida.

3. CONCLUSIÓN

A lo largo de estas páginas hemos bosquejado el encaje que las figuras de la ignorancia de la ley y el error pueden tener en relación con la tutela jurisdiccional de los consumidores y usuarios cuando esta se canaliza a través del ejercicio de las llamadas acciones colectivas. El fragmentado marco jurídico español, tal y como ha sido expuesto, puede favorecer teóricamente la existencia de casos en los que un consumidor que no haya participado en un proceso (porque lo ignoraba, porque conociéndolo prefirió permanecer al margen, etc.) se pueda ver sometido a título individual a los efectos de la cosa juzgada o de la excepción de litispendencia. En nuestra opinión, el ordenamiento procesal español, tal y como está configurado a día de hoy, podría resultar contrario al respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado tanto en nuestra Constitución como en la Convención Europea de Derechos Humanos o la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea. Por ello, y al rebufo

de la Recomendación de la Comisión Europea de 2013, sería oportuna una reforma de la legislación interna que dotase de coherencia y sistemática al régimen procesal de las acciones

colectivas. Solo así se podrían proteger adecuadamente los derechos e intereses de consumidores y usuarios colectivamente perjudicados por un mismo hecho dañoso.

BIBLIOGRAFÍA

- BELLIDO PENADÉS, Rafael (2011): «La protección de los consumidores en el proceso civil», *Revista General de Derecho Procesal*, 23, 1-53.
- BUBLIENĖ, Dangoulė (2015): «Recent Collective Redress Developments in Lithuania-Key Issues in Light of the Implementation of the Commission Recommendation», en E. Lein, D. Fairgrieve, M. Otero Crespo y V. Smith (eds.) *Collective redress in Europe-Why and How?*, Londres: BIICL, 153-168.
- CARRASCO PERERA, Ángel (2014): «¿Perjudica al consumidor la ignorancia del Derecho?», *Revista CESCO*, octubre, [En línea]. <<http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/10/Perjudica-al-consumidor-la-ignorancia-del-derecho.pdf>>.
- De la OLIVA SANTOS, Andrés (2001): «Comentario al art. 519 LEC», en *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid: Civitas.
- GARCÍA RUBIO, María Paz y Marta OTERO CRESPO (2015): «Rebuilding the pillars of collective litigation in light of the Commission Recommendation: The Spanish approach to collective redress», en E. Lein, D. Fairgrieve, M. Otero Crespo y V. Smith (eds.), *Collective redress in Europe-Why and How?*, Londres: BIICL, 133-152.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (2010): *Tutela Judicial de los Consumidores y Transacciones Colectivas*, Madrid: Civitas.
- GUTIÉRREZ de CABIEDES HIDALGO de CAVIEDES, Pablo (2001): «Comentario al art. 15 LEC», en *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid: Civitas.
- Hess, BURKHARD (2012): «A coherent approach to European collective redress», en D. Fairgrieve y E. Lein (eds.), *Extraterritoriality and collective redress*, Oxford: Oxford University Press, 107-118.
- JUAN SÁNCHEZ, Ricardo (2014): *La Legitimación en el Proceso Civil*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- MULHERON, Rachael (2015): «Recent United Kingdom and French Reforms of Class Actions: an Unfinished Journey», en E. Lein, D. Fairgrieve, M. Otero Crespo y V. Smith (eds.), *Collective redress in Europe-Why and How?*, Londres: BIICL, 97-115.
- NOWAK, Janek Tomasz (2015): «The New Belgian Law on Consumer Collective Redress and Compliance with EU Law Requirements», en E. Lein, D. Fairgrieve, M. Otero Crespo y V. Smith (eds.), *Collective redress in Europe-Why and How?*, Londres: BIICL, 169-202.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (2010): *El error iuris en el Derecho civil*, Madrid: Consejo General del Notariado.
- OTERO CRESPO, Marta (2015): «The collective redress phenomenon in the European context: The Spanish Case», en *Procedural Science at the Crossroads of Three Generations*, Baden-Baden: Nomos (en prensa).
- REQUEJO ISIDRO, Marta y Marta OTERO CRESPO (2012): «Collective redress in Spain: recognition and enforcement of class actions judgments and class settlements», en D. Fairgrieve y E. Lein (eds.), *Extraterritoriality and collective redress*, Oxford: Oxford University Press, 309-331.
- SANDE MAYO, María Jesús (2015): «La legitimación del Ministerio Fiscal en la defensa de los intereses de los consumidores», en *Processulus: Estudios de Derecho procesal*, Granada: Comares (en prensa).
- STADLER, Astrid (2015): «The Commission's Recommendation on Common Principles for Collective Redress and Private International Law Issues», en E. Lein, D. Fairgrieve M. Otero Crespo y V. Smith (eds.), *Collective redress in Europe-Why and How?*, Londres: BIICL, 235-249.
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (2001): «Comentario a los art. 221 y 222 LEC», en *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid: Civitas, 805-820.