

LA SENTENCIA DE ADICAE DESDE UNA PERSPECTIVA PROCESAL

Faustino Cordón Moreno

Catedrático de Derecho procesal

Consejero Académico de Gómez-Acebo & Pombo

A lo largo de este artículo analizaré distintas cuestiones procesales surgidas a raíz de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (nº 11) de 7 abril 2016 (AC 2016\324), conocida como la "sentencia de Adicae". Como es sabido, la sentencia estimó parcialmente la demanda colectiva interpuesta por la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorros y Seguros de España contra más de 100 entidades de crédito instando la declaración de nulidad de sus cláusulas suelo. En concreto, analizaré el carácter de los derechos tutelados, esto es, si son derechos difusos o colectivos; la legitimación de los consumidores adherentes, centrando la atención en su condición de demandantes o intervinientes; la posibilidad de que la solicitud de aclaración de algunas entidades condenadas comporte la interrupción del plazo para interponer recurso de las demás; la extensión subjetiva del pronunciamiento de condena; y, finalmente, si los consumidores no personados, beneficiados por la sentencia, pueden instar la ejecución provisional de aquélla para la satisfacción de su derecho individual.

1. ¿Tutela de derechos difusos o de derechos colectivos?

1.1. La LEC, contempla, en sede de legitimación, las tres perspectivas desde las que pueden ser abordados los derechos e intereses de los consumidores:

- a) La puramente individual, para la que rigen los criterios de legitimación generales cuando se trata de la protección de derechos o intereses de esta naturaleza (individual) (art. 11.1 LEC).
- b) La colectiva en sentido estricto: los derechos o intereses "colectivos" nacen para el mundo del derecho "cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean determinables". El art. 11.2 reconoce legitimación para pretender su tutela, además de a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de esos intereses, que, como las anteriores, son personas jurídicas, y a los propios grupos de afectados, que son entes sin personalidad jurídica.

- c) Y, por último, la difusa: los derechos o intereses “difusos” nacen cuando los perjudicados son una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación y para su defensa el art. 11.3 solo reconoce legitimación a “las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas”.

1.2. La diferencia entre los dos últimos supuestos (intereses “colectivos” y “difusos”) “se sitúa por nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil no tanto en la naturaleza de los intereses en cuestión como en el grado de determinación o determinabilidad de los consumidores y usuarios interesados” (SAP Madrid 28 de mayo de 2008, JUR 2008/212676). Y esta diferencia no es irrelevante, sino que de ella deriva un distinto régimen de la protección de unos y otros, que se manifiesta, además de en la legitimación, en el diferente sistema de comunicación y publicidad, a efectos de la intervención de posibles interesados (art. 15 LEC), y en el contenido de la sentencia (art. 221 LEC).

- a) Como ya he dicho, en ambos casos se reconoce legitimación a las asociaciones de consumidores, pero, en el caso de la tutela de derechos o intereses colectivos, se atribuye también a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de esos intereses y a los propios grupos de afectados.
- b) Conforme a lo dispuesto en el art. 15 LEC, en estos casos de interposición de la demanda por asociaciones de consumidores, difiere el régimen de llamamiento al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados, En ambos casos, “(e)ste llamamiento se hará por el Secretario judicial publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses” y “para que hagan valer su derecho o interés individual” (art. 15.1).
- i. Cuando se trate de la tutela de derecho o intereses “colectivos”, “el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados”. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, para hacer valer “su derecho o interés individual”. No ha lugar, por tanto, a que el proceso se suspenda por esta causa.
- ii. Por el contrario, cuando se trate de un proceso para la tutela de intereses o derechos “difusos”, “el llamamiento (“publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación”) suspenderá el curso del proceso... (y) se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, 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”.

- c) Y, por último, es también distinto el contenido de la sentencia.
- i. En lo que al pronunciamiento de condena dineraria se refiere, el art. 221 contiene las siguientes normas (siempre para el caso en que la demanda haya sido interpuesta por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el art. 11 LEC):
1. "Si se hubiere pretendido una condena dineraria..., la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena".
 2. "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".
- ii. 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.

1.3. Posteriormente analizaré, a la luz de los anteriores preceptos, algunos pronunciamientos de la sentencia y sus apreciaciones sobre la legitimación de los demandantes y otras cuestiones procesales. Ahora me limitaré a intentar aclarar el interrogante formulado en el título de este apartado.

Dice la sentencia en el fundamento jurídico 12.3, a cuya luz hay que interpretar el fallo: "En el presente caso, no es posible determinar en la sentencia los adherentes beneficiados por la declaración de nulidad, dado que, de conformidad con la jurisprudencia del TS no se ha declarado la nulidad de todas las cláusulas suelo, sino única y exclusivamente de aquellas que no superen el doble control de transparencia. Es por ello que, de conformidad con el 221.1.1º LEC se ha de precisar que se verán beneficiados por los pronunciamientos de condena de la presente resolución (y en consecuencia, podrán exigir la supresión de la cláusula suelo y la restitución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la misma) todos aquellos consumidores que hayan suscrito un contrato de préstamo hipotecario con las entidades bancarias demandadas y en cuyas condiciones generales de la contratación se haya incluido una cláusula de limitación a la variabilidad de los tipos de interés idéntica a las transcritas en la presente resolución y no transparente".

Pero, si bien se observa, en tal razonamiento existe una cierta contradicción, porque la sentencia ha declarado la nulidad de las cláusulas suelo utilizadas por todas las entidades demandadas y la condena considera perjudicados, beneficiados por la sentencia, a "todos aquellos consumidores que hayan suscrito un contrato de préstamo hipotecario con las entidades bancarias demandadas". Ciertamente es posible –aunque poco probable– que existieran

consumidores que hubieran suscrito con las entidades demandadas una cláusula suelo diferente, capaz de superar el doble control de transparencia, y por eso, hablo de una cierta contradicción. Pero ello no impedía la determinación de los consumidores que realmente suscribieron las cláusulas impugnadas en la demanda y declaradas nulas en la sentencia. ADICAE disponía para ello la diligencia preliminar del art. 256.1-6º LEC: "petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables". A tal efecto el tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación".

Y una cosa es que los consumidores afectados "sean fácilmente determinables", que es lo que exige la ley, y otra muy diferente que su determinación sea costosa. En el presente caso, aunque esta determinación ciertamente pueda ser costosa, no parece que existan especiales dificultades para conseguirla: bastaba con haber requerido a las entidades demandadas para que aportasen la relación de consumidores que suscribieron las cláusulas cuya nulidad se pretendía solicitar en la demanda, y para ello la asociación de consumidores disponía de la indicada diligencia preliminar.

Me parece, pues, que, en el caso resuelto por la sentencia, no estamos ante un proceso para la tutela de derechos "difusos", sino "colectivos". Y si lo anterior es cierto, está claro que no se han cumplido las exigencias establecidas en la ley.

2. Legitimación de los consumidores adherentes

- 2.1. En opinión de una de las entidades demandadas ("Banco Sabadell"), "las personas físicas que suscribieron la demanda junto con ADICAE (y las sucesivas ampliaciones de la misma) adolecen de una clara falta de legitimación activa puesto que, si bien es cierto que pueden intervenir en el procedimiento en virtud de lo establecido en el art. 13 LCGC, no pueden interponer la demanda en sí, habida cuenta que sólo el Ministerio Fiscal y las asociaciones de consumidores y usuarios están legitimados para el ejercicio de las acciones colectivas".

La denuncia, sin duda, tenía su fundamento porque los consumidores individuales figuran como demandantes bajo la misma representación que ADICAE. Puede discutirse si como actores de las acciones colectivas ejercitadas, en cuyo caso, la excepción alegada por el Banco Sabadell tendría sentido (la legitimación para el ejercicio de estas acciones solo se reconoce a las asociaciones), o como demandantes de una acción reparadora individual, en cuyo caso, habría que plantear si ambos tipos de acciones, colectivas e individuales, son acumulables. Pero no es esta la cuestión que ahora interesa considerar; la cuestión a examinar es si tales consumidores son demandantes o se limitan a tener la cualidad de intervinientes.

2.2. La demanda iniciadora de las actuaciones parece reconocer la cualidad de parte demandante de estos consumidores, por lo menos cuando ejercitan la acción de condena indemnizatoria; por ejemplo, cuando en la fundamentación jurídica se afirma que “existe un derecho de indemnización a favor de mis mandantes con base a los daños y perjuicios que la actuación de la entidad financiera demandada ha causado en su patrimonio (...). La condena a una indemnización de daños y perjuicios, de conformidad con el artículo 1.101 del Código Civil, implicaría una indemnización a favor de la parte actora equivalente al reintegro a la parte actora las cantidades que por cualquier concepto hayan sido cargadas en relación con la cláusula suelo cuya cesación y nulidad se insta (...). Es indudable que la parte actora ha sufrido unos perjuicios reales, concretados en las cantidades que se están abonando en exceso a consecuencia de la cláusula suelo”.

A juicio de la sentencia, en cambio, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 13.1, II LEC (que reconoce a “cualquier consumidor o usuario” la facultad de “intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos”), “los consumidores que interpusieron la demanda junto con ADICAE han de ser considerados partes legítimas -como intervinientes- en el proceso instado por la asociación de consumidores. La norma (art. 13 citado) no establece límite alguno a dicha intervención, por lo que, en contra de lo que sostiene SABADELL, no se aprecia la existencia de obstáculo legal alguno para admitir dicha intervención en cualquier fase del procedimiento y, por lo tanto, también en el escrito iniciador del mismo”.

Sin duda dicho razonamiento constituye la única vía para justificar, en el momento de dictar sentencia, la presencia en el proceso de unos consumidores, que en la demanda originaria ejercitaron una acción indemnizatoria o reparadora individual (una pluralidad de acciones) al amparo del art. 1101 CC (y, por lo tanto, tenían la cualidad de demandantes), que posteriormente fue excluida del proceso, que quedó limitado, como objeto único, a las acciones colectivas. Pero no me parece que este razonamiento sea conforme a Derecho porque desconoce el juego de la institución de la litispendencia.

La litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda (art. 410 LEC). Ciertamente la ley la condiciona a la posterior admisión (“si después es admitida”), pero con retroacción de sus efectos al momento de la interposición. En consecuencia, interpuesta la demanda, comienza la pendencia del proceso y es a partir de ese momento cuando entra en juego la intervención: “Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito” (art. 13.1 LEC). Si lo anterior es cierto, los consumidores de los que ahora hablamos tienen la cualidad de demandantes y no de intervinientes. La sentencia acepta que se ha producido una transformación en ellos (forzada, desde mi punto de vista): el paso de demandantes que ejercitaron una acción individual al de intervinientes en apoyo de las acciones colectivas ejercitadas por la asociación.

Pero esta transformación desconoce el art. 411 LEC, que consagra el principio de la *perpetuatio iurisdictionis*, extensible a la legitimación (*perpetuatio legitimationis*): "La litispendencia que se produce con la interposición de la demanda, siempre que la misma sea ulteriormente admitida (art. 410 LEC), ocasiona el efecto de la *perpetuatio legitimationis*. En virtud de este efecto, como dispone el art. 413.1 LEC, no se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que con posterioridad a este momento 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 reconvencción". Y precisa en este sentido la STS de 15 de julio de 2010 (RJ 2010/6049): "El principio de perpetuación de la jurisdicción... 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".

La única excepción es que la innovación prive definitivamente de interés legítimo las pretensiones que se hubieran deducido en la demanda o en la reconvencción, por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa; en este caso, concluye el art. 413.2, "se estará a lo dispuesto en el artículo 22", que regula el supuesto de terminación anticipada del proceso por carencia sobrevenida de objeto o falta de interés legítimo para continuarlo.

Entiendo, por ello, que, en buena técnica procesal, una vez limitado el objeto del proceso a las acciones colectivas, el juez debió dictar auto de terminación del proceso para los consumidores demandantes al amparo del art. 22 LEC; y si su voluntad era la de admitirlos como intervinientes, por lo menos debió prestarles audiencia.

2.3. Pero admitamos que nos encontramos ante un verdadero supuesto de intervención procesal ex art. 13.1, II. Y añadamos la intervención de los consumidores que se adhirieron cuando el proceso estaba ya pendiente (este indiscutible como tal supuesto de intervención), porque, aunque resulte llamativa, puede aceptarse la siguiente afirmación de la sentencia: "En cualquier caso, aunque el llamamiento se hubiera realizado contraviniendo la normativa procesal en la materia, los adherentes que han comparecido en el procedimiento tras el mismo, estarían igualmente legitimados para intervenir en el mismo en virtud del art. 13.1 LEC". La jurisprudencia lo ha dicho en otros casos parecidos: "Cuando, como es el caso, no existe una norma legal que imponga la llamada al proceso de un tercero, es el interés del tercero en el resultado del proceso lo que le legitima para intervenir, con independencia de que la intervención se haya producido por la voluntad del tercero -que conociendo la existencia del litigio decide comparecer-, o porque ha sido llamado o se le ha comunicado la existencia del proceso" (STS de 20 de diciembre de 2011, RJ 2011/7329).

Según la sentencia, en ambos casos, se trataría de una intervención adhesiva simple en apoyo de la asociación demandante y de las acciones colectivas por ella ejercitadas. Dice la sentencia, cuando razona sobre la legitimación de los adheridos con posterioridad, aunque con argumentos aplicables a los demás

considerados intervinientes: "En contra de lo que sostiene SABADELL, el artículo 15 LEC no regula una intervención específica de los adherentes que hayan comparecido en el procedimiento tras el llamamiento. Si bien es cierto que el apartado primero del art. 15 LEC hace referencia a que la finalidad del llamamiento es que el consumidor haga valer su derecho o interés individual, el precepto no legitima la intervención del consumidor en el procedimiento defendiendo una pretensión autónoma, distinta de la de la asociación de consumidores. Esto es así porque la intervención del adherente en el proceso promovido por la asociación de consumidores (se produzca esta intervención ex art. 13 LEC o ex llamamiento del art. 15 LEC) tiene la naturaleza de una intervención adhesiva simple, al no estar los consumidores legitimados para la interponer la demanda colectiva (legitimación que sólo ostentan las asociaciones de consumidores y usuarios) pero tener un interés en el resultado del pleito (habida cuenta que la sentencia que se dicte produce efectos de cosa juzgada respecto a todos los consumidores, incluso aquellos que no hubieran participado personalmente en el procedimiento 222.3LEC-). Estos sujetos no tienen una posición autónoma en el procedimiento, sino que comparecen para reforzar la posición del demandante, defendiendo con ello al mismo tiempo su propio interés. Es por ello que, insistimos, los adherentes que han comparecido en el presente procedimiento tras el llamamiento han de ser considerados intervinientes adhesivos simples (meros coadyuvantes del sujeto legitimado para el ejercicio de la acción, a saber, ADICAE), papel que se les ha reconocido en el presente procedimiento".

Pero, en mi opinión, no puede aceptarse este razonamiento porque el tipo de intervención no depende de lo que diga el juez, sino de la posición jurídica en que la misma se fundamenta, y en el caso, si se tiene en cuenta que la sentencia produce eficacia de cosa juzgada directa frente a todos los consumidores perjudicados, hayan comparecido o no en el proceso (art. 222.3 LEC), no puede hablarse de una intervención adhesiva simple, sino litisconsorcial, la cual, con palabras de la STS de 9 de octubre de 1993 (RJ 1993/8175): "(...) viene determinada y justificada, esencial y fundamentalmente, por la circunstancia de que la sentencia única que, en cuanto al fondo del asunto propiamente dicho, recaiga en el proceso seguido entre las partes originarias, haya de producir efectos directos (no reflejos) contra el tercero interviniente, con la consiguiente vinculación de éste a la cosa juzgada".

- 2.4. Y con independencia de que se trate de un caso de intervención adhesiva simple o litisconsorcial, habrá que preguntarse si resulta aplicable en su integridad el estatuto jurídico del interviniente, que la LEC regula en el art. 13 sin distinguir el tipo de intervención, y la respuesta me parece que debe ser negativa. "Admitida la intervención -dice el art. 13.3-, (...) el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa". Igualmente -continúa el precepto- "se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso", dándose traslado de las mismas a las demás partes por plazo de cinco días, y

podrá asimismo "utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque los consienta su litisconsorte".

Puede discutirse si este estatuto jurídico es aplicable a ambos tipos de intervención o, mejor, si es aplicable plenamente al interviniente adhesivo simple. Pero es indiscutible en el presente caso: 1º) que los intervinientes, sea cual sea el tipo de intervención, no podrán defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte, la asociación, porque carecen de legitimación para el ejercicio de la acción colectiva; 2º) tampoco podrán defenderlas en el hipotético caso de que ADICAE renunciara a la acción o desistiera del proceso; ni 3º) por último, podrán recurrir con independencia de la parte principal, porque recurrir es mantener la acción y -insisto- no están legitimados para su ejercicio.

3. Otras cuestiones de naturaleza procesal

3.1. *¿La solicitud de aclaración de una o varias entidades condenadas interrumpe el plazo para interponer el recurso de apelación por las demás?*

Según el art. 267.9 LOPJ, que recoge el mismo criterio que el art. 448.2 LEC, los plazos para los recursos que procedan contra la resolución de que se trate se interrumpirán desde que se solicite su aclaración, rectificación, subsanación o complemento y, en todo caso, comenzarán a computarse desde el día siguiente a la notificación del auto o decreto que reconociera o negase ...".

No obstante, ha afirmado el TC (v., por ejemplo, la STC 186/2014, de 17 de noviembre) que el planteamiento de la aclaración "hace extemporáneo el recurso de amparo interpuesto (y también los recursos en la vía judicial)... cuando resulte injustificada..., lo que, por ejemplo, sucede cuando se utiliza para volver a analizar el objeto del recurso o para pretender alterar la fundamentación jurídica de la resolución o el sentido del fallo".

Pero, aclarado lo anterior, vuelvo a plantear la pregunta: ¿solicitada la aclaración por una de las partes condenadas, aprovecha a las demás la interrupción del plazo para recurrir?. Si se tiene en cuenta que, como ha dicho la STC 90/2010, de 15 de noviembre, "las resoluciones aclarada y aclaratoria se integran formando una unidad lógico-jurídica que no puede ser impugnada sino en su conjunto a través de los recursos que pudieran interponerse contra la resolución aclarada", parece razonable entender que no existe resolución impugnable hasta tanto la aclaración (o la rectificación o el complemento) se produce, siquiera sea porque la misma puede resultar alterada; en especial, en los casos de complemento y, en menor medida, de rectificación, pero también en los de aclaración en sentido estricto, porque toda aclaración supone una rectificación del fallo, siquiera sea de menor intensidad (v. la STC 141/2003, de 14 de julio, FJ 4º). Y si lo anterior es cierto, parece razonable también entender que la interrupción del plazo para recurrir aprovecha a todos, en el bien entendido que también perjudicará a todos la consideración de la aclaración solicitada como improcedente a los efectos de interrumpir los plazos.

3.2. ¿Cuál es la extensión subjetiva del pronunciamiento de condena a devolver a los consumidores perjudicados las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de las cláusulas declaradas nulas?

- a) La sentencia, partiendo de que en el proceso se realiza un control abstracto y de que, en consecuencia, la asociación acciona para la tutela de derechos de consumidores indeterminados, teniendo los consumidores adherentes la mera consideración de intervinientes adhesivos simples que no ejercitan, por tanto, su acción individual, dice en el fundamento jurídico 12.3: "En el presente caso, no es posible determinar en la sentencia los adherentes beneficiados por la declaración de nulidad (...). Es por ello que, de conformidad con el 221.1.1º LEC, se ha de precisar que se verán beneficiados por los pronunciamientos de condena de la presente resolución (y en consecuencia, podrán exigir la supresión de la cláusula suelo y la restitución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de la misma) todos aquellos consumidores que hayan suscrito un contrato de préstamo hipotecario con las entidades bancarias demandadas y en cuyas condiciones generales de la contratación se haya incluido una cláusula de limitación a la variabilidad de los tipos de interés idéntica a las transcritas en la presente resolución y no transparente". Y continúa: "Puesto que, como señalábamos en el fundamento jurídico cuarto, los consumidores y usuarios personados en el presente procedimiento no han ejercitado pretensiones propias, sino que intervienen como meros coadyuvantes de las acciones colectivas ejercitadas por la asociación de consumidores y usuarios demandante, motivo por el cual no procede efectuar el pronunciamiento del art. 221.1-3 º LEC ("Si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones").

Como recordaba *ut supra*, todos los consumidores perjudicados, tanto los personados en el procedimiento como los no personados, pero que suscribieron un contrato con cláusula idéntica, se ven afectados por la eficacia de cosa juzgada de la sentencia (art. 222.3). Así lo han entendido nuestros tribunales (v. SAP Madrid 28 mayo 2008, JUR 2008/212676), excluyendo expresamente que esta eficacia de cosa juzgada pueda variar *secundum eventum litis*; y, por eso, me parece poco razonable la consideración de los consumidores personados como meros intervinientes adhesivos simples y el rechazo por la sentencia del pronunciamiento del art. 221.1-3º LEC.

- b) Reitero que se ha seguido un proceso para la tutela de derechos difusos (de consumidores indeterminados) sin agotar las posibilidades de tramitarlo como un proceso para la defensa de derechos colectivos (de consumidores determinados o determinables).

Con la SAP A Coruña de 23 junio 2005 (JUR 2009/203310), habría que preguntarse si la existencia de una pluralidad de afectados es sinónima de interés difuso, a los efectos de dispensar a la entidad actora de la obligación de cumplir las exigencias normativas de individualizar el grupo

y efectuar las comunicaciones que, como presupuesto de la acción, exige el art. 15.2 de la LEC. Y en el caso de responder negativamente, si no será aplicable la consecuencia prevista en la misma sentencia: "al no haberse procedido de tal forma, hemos de compartir el criterio de la sentencia apelada, en cuanto limita la legitimación de la entidad recurrente a la defensa de los intereses de los 63 asociados a los que representa, para lo que se encuentra habilitada legalmente".

Y con la SAP Sevilla, Sección 5ª, de 22 enero 2004 (AC 2004/406) habría que sostener que no es posible admitir la pretensión de tutela de intereses o derechos difusos "mientras que no se realice el esfuerzo preciso para tratar de identificar al colectivo afectado; pero aun cuando hipotéticamente tras ese esfuerzo quedaran perjudicados que no hubiesen podido ser localizados, el hecho de que no sea posible identificar exactamente o en su totalidad, o localizar, a los afectados no releva a las asociaciones de consumidores de identificar a los pertenecientes a su asociación que reúnen tal cualidad y además de comunicar previamente la demanda a todos aquellos afectados que puedan identificarse, esfuerzo que ni siquiera se ha intentado en el caso de autos".

3.3. ¿Pueden los consumidores no personados, beneficiados por la sentencia, instar la ejecución provisional de la misma para la satisfacción de su derecho individual?

- a) En principio, parece que ningún obstáculo existe para que puedan instar la ejecución provisional de la sentencia de condena a la devolución de cantidades los consumidores personados, previa la tramitación de un incidente para la liquidación de su derecho individual; aunque la consideración de los mismos como meros intervinientes adhesivos simples pueda plantear dudas al respecto.
- b) En cambio, esta posibilidad no está abierta a los consumidores no personados que han resultado beneficiados por la sentencia. En el caso resuelto por el AAP Madrid, Sección 11ª, de 19 septiembre 2005 (AC 2005/1555), la originaria asociación de usuarios bancarios, que había promovido el proceso en que se dictó posterior sentencia declarando ilegal la cláusula de redondeo al alza en los préstamos hipotecarios, pendiente el recurso de casación, había interesado el reconocimiento de dicho beneficio (instando la ejecución provisional), en representación de determinados usuarios que suscribieron tales préstamos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 519 de la LEC. Pues bien, la Sala revocó la resolución del Juzgado con este razonamiento: "admitiéndose la legitimación de la asociación para instar tal reconocimiento, por aplicación del artículo 11.1 de la LEC, no puede olvidarse que éste ha sido anudado por el legislador al ejercicio de la acción ejecutiva que dimana de la existencia de un título de tal naturaleza, que, por imperativo legal –artículo 517.2.1– y su propia esencia, exige el carácter firme de la sentencia de condena. Prueba de ello es que con el testimonio del auto dictado –que tiene carácter de título ejecutivo– los sujetos reconocidos pueden instar la ejecución, de acuerdo con el último inciso del artículo 519. En consecuencia, no puede deslindarse el

reconocimiento de los efectos que con él se relacionan, en concreto, la acción ejecutiva constituida, ya que si el legislador hubiera querido circunscribir esa acción exclusivamente a los efectos del reconocimiento de beneficiario, habría bastado con ubicarla en distinto lugar, esto es, en cualquiera de las fases procesales previas a la sentencia o incluso con posterioridad a la misma, pero no dentro del régimen jurídico de la ejecución forzosa. Tampoco puede servir como argumento el carácter facultativo del término empleado «podrán» instar la ejecución, por ser evidente que, de instarla estando pendiente la firmeza de la sentencia, vulneraría el citado artículo 517, afectando por ende a la más elemental seguridad jurídica precisamente por la complejidad subjetiva y objetiva de estos litigios. No escapa a la Sala que el problema por resolver es el momento procesal en el que puede reconocerse la condición de beneficiarios directos de la sentencia, en los supuestos de indeterminación de afectados que no han sido traídos inicialmente a juicio o no se han personado cuando fueron llamados. Descartado el trámite del artículo 519 por los anteriores fundamentos, efectivamente, como ya se dijo, el artículo 15.2 permite la intervención en el proceso en cualquier momento, de cualquier consumidor o usuario –per se o representado por la asociación correspondiente–, pero si estamos en el supuesto de haberse ya dictado sentencia, no se le pueden reconocer los efectos en ella determinados, sino sólo su carácter de parte personada o interviniente, con fundamento igualmente en la previsión general del artículo 13. Podría considerarse que existe una laguna legal concerniente al exclusivo reconocimiento de esos efectos, independientemente de la firmeza de esa sentencia, esto es, en el transcurso de tiempo que media desde que fue dictada hasta que adquiere firmeza, en los supuestos de recurso, pero es razonable la falta de regulación de ese mecanismo procesal, ante la incertidumbre jurídica de la confirmación o no, tanto de la acción ejercitada como de los requisitos, datos y características exigibles a los beneficiarios que se acojan a ella, de acuerdo con el artículo 221, lo que haría superflua e inútil una cualitativa y cuantitativa tramitación previa de reconocimientos a título individual o colectivo, caso de modificarse total o parcialmente los pronunciamientos de la sentencia, con una sobrecarga procesal e inseguridad jurídica que no precisan de mayor consideración. La conclusión no es otra que la facultad de personación individual o colectivamente de los afectados, en cualquier momento del procedimiento, a quienes se les puede reconocer individual y colectivamente su derecho en la sentencia dictada, si fueron parte del mismo antes de producirse dicha resolución definitiva, pero una vez dictada, para obtener la condición de beneficiarios, es necesario que esta adquiera firmeza, instando su reconocimiento y ejecución al amparo de los artículos 517, 519, 538 y ss. de la LEC.

Finalmente, no puede esgrimirse que ese reconocimiento está preordenado o justificado a fin de que sus beneficiarios puedan instar la ejecución provisional de la sentencia. En primer término, porque es evidente que el legislador distingue claramente los supuestos ordinarios de ejecución forzosa que parte de la existencia de sentencia firme y de ejecución provisional que, por definición, se produce precisamente por no haber adquirido esa cualidad la resolución, sin que ese reconocimiento de beneficiario pueda deslindarse

del ejercicio de la acción ejecutiva, como se analizó anteriormente, de acuerdo con el artículo 519. En segundo lugar, porque, para que pueda instarse la ejecución provisional al amparo del artículo 526, precisa que el demandante haya obtenido pronunciamiento a su favor, que no consta en este caso, ni puede suplirse o reconducirse a los supuestos de ejecución forzosa del artículo 519, según se ha puesto de manifiesto a lo largo de este Auto, pues en dichas acciones colectivas la Ley distingue perfectamente los supuestos de legitimación, personación y reconocimiento de efectos a los perjudicados o beneficiarios, en el momento procesal oportuno”.

En el mismo sentido dijo la SAP Madrid, Sección 12ª, de 17 mayo 2006 (JUR 2006/187882), “si hay indeterminación o difícil determinación de los afectados, su llamamiento suspende el proceso en curso, que se reanuda después; pero, a partir de este momento, no se permite la personación individual; quedando a salvo los derechos e intereses de quienes se encuentren en esta situación, por lo dispuesto los artículos 221 y 519 LEC. El primero de estos preceptos se refiere a los requisitos de la sentencia dictada en procesos de esta naturaleza, fijando las reglas para la determinación y reconocimiento de la condición de beneficiarios a los afectados. El art. 519 se inserta en las normas de la ejecución forzosa, y dispone el trámite preciso para el reconocimiento de la condición de beneficiario por la sentencia, con audiencia del condenado; y, de acuerdo con los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, se decide sobre la procedencia de expedir el auto, con lo que se puede instar la ejecución. Consecuencia de este doble efecto en el reconocimiento de la condición del beneficiario, que une a su declaración la entrega de un testimonio del auto para poder instar la ejecución, es por lo que se viene entendiendo como requisito indispensable para su obtención, que la sentencia sea firme, pues así lo exige el ejercicio de la acción ejecutiva que dimana de la sentencia, por lo dispuesto repito 517.2 1 LEC.

Podría entenderse que, conforme a la previsión general del artículo 13 LEC, tras la sentencia se admitiera la sola intervención -sin más consecuencias-, de cualquier consumidor o usuario, que no se hubiera personado hasta entonces en el juicio; pero ante la incertidumbre jurídica de la confirmación o no de la sentencia, sería añadir un trámite superfluo, e inútil si, finalmente, se modificara en todo o en parte lo decidido en aquella resolución; como se dice, “con una sobrecarga procesal e inseguridad jurídica que no precisan de mayor consideración”. Por ello, como establece en el AAP de Madrid (Sección 11ª) de 12 de marzo de 2004 “la conclusión no es otra que la facultad de personación individual o colectiva de los afectados, en cualquier momento del procedimiento, a quienes se les puede reconocer individual y colectivamente su derecho en la sentencia dictada, si fueron parte del mismo antes de producirse dicha resolución definitiva; pero, una vez dictada, para obtener la condición de beneficiarios, es necesario que ésta adquiera firmeza, instando su reconocimiento y ejecución al amparo de los artículos 517, 519, 538 y siguientes de la LEC ”; lo que, por otra parte, implica que quienes se hallen en esta situación tampoco podrán instar la ejecución provisional, pues para ello es preciso que el demandante haya obtenido un pronunciamiento a su favor, que no es el caso”.