



## **Resolución de conflictos, arbitraje de consumo, mediación y vía judicial.**

**Cristóbal Fábrega Ruiz.**

Profesor de Derecho Civil ( UJA).

Fiscal encargado de consumo. Jaén.

Secretario General de la Sección Española

Del Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación.

Coordinador General en Andalucía del Punto Neutro

De profesionales Jurídicos para la Mediación Civil y Mercantil.

Curso sobre servicio de reparaciones a domicilio.

**INSTITUTO NACIONAL DE CONSUMO**

Jaén 9, 10 y 11 de octubre de 2012.

## I.- LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA DE CONSUMO.

Si hay algo que caracteriza la práctica de los poderes públicos en los últimos tiempos es el principio pro consumatore.

La protección del consumidor constituye actualmente uno de los valores que ha de presidir las relaciones sociales y, en consecuencia, que aquéllos han de tener presente siempre, tanto en el ámbito nacional como - particularmente- comunitario. Prueba de ello son las numerosas normas y documentos de la Unión Europea (fundamentalmente, Directivas) y la doctrina seguida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a la hora de interpretar este ordenamiento jurídico comunitario, que, ante todo, pretenden salvaguardar los derechos e intereses de los consumidores.

Se trata de toda una serie de normas que, por un lado, desde un punto de vista material, esto es, regulando o reglamentando las relaciones jurídicas con consumidores y usuarios, les reconocen un gran elenco de derechos. Pero, como hace años ya apuntaba el Consejo Económico y Social en su Informe 1/1999, por propia iniciativa, sobre los derechos del consumidor y la transparencia de mercado, *“los derechos del consumidor sólo tienen sentido si, en última instancia, pueden hacerse efectivos en caso de reclamación”*.

En efecto, de nada serviría el reconocimiento al consumidor de un sinfín de derechos sustantivos si carece de medios eficaces para hacerlos valer. Y de ahí precisamente que la Unión Europea igualmente haya dedicado gran parte de sus esfuerzos a elaborar una serie de normas y documentos desde un punto de vista procesal, es decir, mejorando el acceso de los consumidores a la justicia, ya sea favoreciendo su protección judicial o articulando nuevos procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos (las conocidas como ADR: Alternative Dispute Resolution) más efectivos y eficaces, tales como la mediación o el arbitraje.

La enorme trascendencia del proceso judicial no debe, por ello, hacernos olvidar el hecho de que es sólo uno de los remedios posibles para la resolución de controversias. Existen diversos remedios posibles para la resolución de las controversias.

En el ámbito de la justicia civil y comercial, desde mediados de los años ochenta se utiliza la mediación (y otros ADR) como instrumento auxiliar y complementario de la Administración de justicia.

Esta metodología largamente experimentada en los países de tradición de Common Law ofrece una mejor respuesta a los intereses en juego que subyacen en determinados tipos de conflictos, en los que las partes implicadas necesitan mantener una relación posterior viable y requieren de una metodología interdisciplinar, en especial cuando los aspectos legales son únicamente una parte del problema.

Así existen diferentes medios de resolución de conflictos:

### **a.- La autotutela o el empleo de la fuerza.-**

Es un mecanismo de gran tradición histórica que hoy es rechazado claramente por el derecho. Por ella el conflicto se resuelve mediante la imposición coactiva de la voluntad de uno de los sujetos sobre el otro. Es la ley del más fuerte, contraria a todo sistema democrático y de igualdad del ser humano. Son evidentes los peligros de la misma y por ello se da su prohibición general.

### **b.- El consenso o la autocomposición.-**

Se trata de un mecanismo intermedio para la solución de los conflictos que se caracteriza por ser las partes en litigio quienes, bien por un sacrificio unilateral, bien por mutuo acuerdo en sus respectivas posiciones iniciales mantenidas al tiempo del planteamiento del conflicto, deciden ponerle fin.

Se acerca a la autotutela en que, en ambos casos, el conflicto es solucionado por los propios interesados, sin que altere su naturaleza la eventual intervención de un tercero limitado a aproximar a las partes – *inter partes*- para favorecer el consenso, sin que pueda imponer solución alguna lo que lo aleja de los heterocompositivos.

Dentro de ellos se pueden distinguir los unilaterales ( allanamiento del demandado y la renuncia del actor) y los bilaterales ( desistimiento del actor que exige la conformidad del demandado, y la transacción como contrato extrajudicial mediante el cual las partes interesadas en el conflicto, dando, prometiendo o reteniendo algo llegan a un acuerdo para solucionar el conflicto y ponerle fin.

Dentro de la autocomposición con la intervención del tercero existe la mediación y la conciliación.

Pero el ordenamiento jurídico exige los métodos heterocompositivos para solucionar definitivamente el conflicto por lo que las formulas autocompositivas necesitan ser homologadas judicialmente para resolver el conflicto de forma definitiva y poderse ejecutar coactivamente.

### **c.- Métodos heterocompositivos.**

En estos casos interviene un tercero imparcial que impone la solución del conflicto con una decisión de carácter vinculante. Esta persona no actúa *inter partes* como en los anteriores sino *supra partes*. Dentro de ellos podemos contemplar los siguientes:

- 1.- Las vías judiciales.
- 2.- El arbitraje.

Todos estos métodos vamos a verlos seguidamente.

## **II.- EL ARBITRAJE.**

El arbitraje, en Derecho, es una forma de resolver un litigio sin acudir a la jurisdicción ordinaria. Es una estrategia de resolución de conflictos junto a la negociación, mediación y conciliación.

Las partes, de mutuo acuerdo, deciden nombrar a un tercero independiente, denominado árbitro, y que será el encargado de resolver el conflicto. El árbitro, a su vez, se verá limitado por lo pactado entre las partes para dictar el laudo arbitral. Deberá hacerlo conforme a la legislación que hayan elegido las partes, o incluso basándose en la simple equidad, si así se ha pactado.

Cuando un arbitraje se ajusta a la legalidad, sustituye completamente a la jurisdicción ordinaria, que deberá abstenerse de conocer el litigio. Sin embargo, sí que será necesario acudir a la misma (a través de la acción ejecutiva) cuando sea necesaria la intervención de las autoridades para hacer cumplir el laudo arbitral.

Entre las ventajas del arbitraje se encuentran su celeridad, su flexibilidad y el hecho de que se pueden pactar los costes con anterioridad.

Fundamentalmente, el Arbitraje de Consumo constituye una vía alternativa reconocida de sometimiento voluntario de una cuestión determinada sin que se perjudique el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por la Constitución en el artículo 24, y representa el que, una vez elegida esta vía por las partes, ha de continuarse en la misma, y la cuestión litigiosa queda sometida a la decisión del Colegio Arbitral, sin que pueda acudir a la llamada jurisdicción judicial excepto por el procedimiento del recurso de nulidad del laudo arbitral y nunca a ningún otro proceso ordinario.

“El sistema arbitral de consumo es el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor”.

Actualmente el Arbitraje de Consumo se regula en el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, TR); y el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

En cuanto a las características fundamentales del AC, hay que destacar:

### **1) Sujetos**

Son consumidores o usuarios a efectos del AC “las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”(art. 3 TR); y empresario o profesional, “toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada”(art. 4 TR).

### **2) Objeto o materias susceptibles**

No todo conflicto es susceptible de someterse a la estudiada vía. Así, además de versar los litigios sobre “los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor” (art. 1.2 RD), es imprescindible “que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho”(art. 2.1 RD). Por otro lado, se excluyen del objeto del AC "los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquéllos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos, conforme a lo previsto en el artículo 57.1" TR (art. 2.2 RD).

Esto quiere decir que se excluye la responsabilidad civil extracontractual. Los daños exigibles a través de esta vía son, en principio, contractuales.

La cuestión de la disponibilidad de la materia llevó a la doctrina a plantearse si era posible o no someter a arbitraje pretensiones relacionadas con ámbitos o sectores del ordenamiento jurídico fuertemente regulados por normas imperativas o de *ius cogens* indisponibles para las partes (piénsese en el Derecho societario, de la competencia, en los arrendamientos, en la propiedad intelectual, etc.). Actualmente, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en su admisión con carácter general, aunque existan discrepancias sobre si tales normas imperativas deben ser respetadas por los árbitros.

### **3) Voluntariedad**

Las partes deben manifestar su voluntad de someterse a AC por expreso y de forma escrita, si bien este último requisito ha pasado a interpretarse en sentido amplio, entendiéndose cumplido cuando el convenio arbitral haya sido pactado en cualquier forma o soporte que permita tener constancia del mismo y sea susceptible de reproducción (arts. 58.1 TR y 24.1.2º RD).

### **4) Agilidad y rapidez**

Como principal manifestación de esta rapidez, conviene referirse al plazo máximo para dictar laudo que, de conformidad con el art. 49.1.1º RD, será en principio “de seis meses desde el día siguiente al inicio del procedimiento arbitral, pudiendo ser prorrogado por el órgano arbitral mediante decisión motivada, salvo acuerdo en contrario de las partes, por un período no superior a dos meses”.

### **5) Antiformalismo o “ausencia de formalidades especiales”**

Varias son las manifestaciones de esta característica, tanto generales, como la no necesaria protocolización del laudo y la no obligatoria postulación procesal, como específicas. Así, el RD contempla ciertas especialidades procedimentales, propias y coherentes con los rasgos esenciales de este específico arbitraje, dedicando su Capítulo IV a regular el “procedimiento arbitral” (arts. 33 a 50). Cabe citar, por ejemplo, el momento en que se fija el inicio del procedimiento (art. 37), el modo de designación de los árbitros (art. 39.1), la posibilidad de que el empresario reconvenga o el consumidor modifique sus pretensiones en cualquier momento durante el procedimiento hasta antes de finalizar el trámite de audiencia (art. 43), dicho trámite de audiencia en el que las partes “podrán presentar las alegaciones y pruebas que estimen precisas para hacer valer su derecho” (art. 44) o los efectos de la incomparecencia de las partes (art. 46).

## **6) Carácter vinculante, ejecutivo e irrecurrible del laudo**

En virtud del primero, lo decidido en el laudo es obligatorio para las partes; del segundo, en caso de incumplimiento, cabe acudir directamente al juez ejecutor y solicitar su cumplimiento sin necesidad de instar un juicio declarativo previo; y del tercero, no cabe interponer recurso alguno contra el laudo.

## **7) Gratuidad**

Esta característica, reconocida en el art. 41.1 RD, se traduce en que en principio el procedimiento es gratuito para ambas partes, con la salvedad de “los gastos ocasionados por las pruebas practicadas a instancia de parte”, que como regla general “serán sufragados por quien las haya propuesto y las comunes o coincidentes por mitad. Las pruebas propuestas de oficio por el órgano arbitral, serán costeadas por la junta arbitral de consumo o por la Administración de la que dependa, en función de sus disponibilidades presupuestarias” (art. 45.3.1º RD). Decimos “como regla general” porque, “en el supuesto de que el órgano arbitral aprecie en el laudo, mala fe o temeridad, podrá distribuir los gastos ocasionados por la práctica de las pruebas en distinta forma a la prevista en el párrafo anterior (art. 45.3.2º RD).

## **8) Arbitraje institucional o administrado**

Corresponde a ciertas instituciones, a saber, las juntas arbitrales de consumo la gestión del mismo (arts. 5 y 6.j) RD); juntas arbitrales de carácter permanente, que se consideran dependientes de la Administración Pública a la que están adscritas y que se han de distinguir de los concretos órganos arbitrales, designados ad hoc por el presidente de aquéllas y a quienes corresponde resolver los particulares litigios (arts. 21.1.1º y 18.1 RD).

El AC es un arbitraje administrativizado o institucional, ya que corresponde a determinadas instituciones, en concreto, a las juntas arbitrales de consumo (sean de ámbito municipal, de mancomunidad de municipios, provincial, autonómico o estatal), la gestión del mismo (arts. 5.1 y 6.j) RD), incluido, salvo en casos excepcionales, el nombramiento de los árbitros; juntas arbitrales que se consideran dependientes de la Administración Pública a la que están adscritas. Aunque verdaderamente tales instituciones (las juntas arbitrales de consumo) no encajan en ninguna de las contempladas en el art. 14 LA, ya que no son ni asociaciones o entidades sin ánimo de lucro ni corporaciones de Derecho público, partiendo de la anterior definición de arbitraje institucional, ello no es óbice para calificar este tipo de arbitraje como tal.

Téngase en cuenta que hemos hablado de arbitraje “administrativizado” y no administrativo ni de Derecho administrativo, puesto que, aunque gestionado por entes públicos, la normativa aplicable a los mismos es de Derecho común (el RD y, subsidiariamente, la LA, la LRJAP-PAD y la LAECSP).

## **9) Carácter unipersonal del órgano arbitral**

Frente a la tradicional característica del AC de ser resuelto por un colegio arbitral tripartito (integrado por un árbitro, con la condición de presidente, representante de la Administración Pública; otro, de las

asociaciones de consumidores y usuarios; y otro, de las organizaciones empresariales o profesionales), el art. 19.1 RD ha establecido la regla general de que sea un único árbitro el que conozca de los asuntos “cuando las partes así lo acuerden”(letra a) o “cuando lo acuerde el presidente de la junta arbitral de consumo, siempre que la cuantía de la controversia sea inferior a 300 euros y que la falta de complejidad del asunto así lo aconseje” (letra b). No obstante, el apartado 2 de igual precepto posibilita a las partes a “oponerse a la designación de un árbitro único, en cuyo caso se procederá a designar un colegio arbitral”.

#### **.10) Unidireccionalidad**

Sólo los consumidores o usuarios (no los empresarios o profesionales) pueden instar la puesta en marcha o activar el arbitraje de consumo (art. 57.1 TR). Ahora bien, ha de repararse que no obsta tal característica para que posteriormente el empresario o profesional decida reconvenir “en cualquier momento antes de la finalización del trámite de audiencia” (art. 41.1 RD).

#### **11) Equidad**

“El arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho” (art. 21.1 RD). Equidad no equivale a arbitrariedad, sino resolución según el leal saber y entender del órgano arbitral, con base en motivos que no necesariamente han de ser jurídicos.

Entre las distintas clasificaciones que se pueden realizar del arbitraje en general se encuentra, según el modo en que éste ha de resolverse, la que distingue entre el arbitraje de derecho y equidad. Mientras en el primer tipo los árbitros han de solventar el litigio aplicando las normas jurídicas pertinentes, como realiza todo órgano jurisdiccional, en virtud de la segunda clase aquéllos resolverán según su leal saber y entender. Pues bien, en el arbitraje de consumo rige la equidad.

#### **12) Confidencialidad**

El RD ha decidido referirse expresamente a esta característica en dos preceptos. Por un lado, en el art. 22.1, a cuyo tenor “los árbitros actuarán en el ejercicio de su función con la debida independencia, imparcialidad y confidencialidad”. Y, por otro, los redactores del RD han decidido incluirla en el mismo precepto (art. 41.2) que trata los “principios del procedimiento arbitral de consumo, señalando que “los árbitros, los mediadores, las partes y quienes presten servicio en las juntas arbitrales de consumo, están obligados a guardar confidencialidad de la información que conozcan en el curso del procedimiento arbitral”.

### III.- LA MEDIACIÓN.

Para determinados litigios la mediación ofrece soluciones más rentables, prácticas y efectivas que la metodología de controversia judicial clásica. La mediación está científicamente construida en torno a la intervención de un profesional neutral, experto en comunicación, que se limita a facilitar la racionalización de la solución del conflicto por las propias partes. No puede ser confundida con las actividades de negociación que realizan los abogados, ni con la conciliación judicial o el arbitraje, puesto que el mediador no propone, no aconseja y no decide. Aparece como una forma de resolución alternativa a la jurisdicción ( aunque, a veces no lo es, por ejemplo la mediación familiar o penal) a través de la cual las partes en conflicto llegan por sí mismas a una solución con la ayuda de un mediador, que con su formación ofrece a las partes nuevas vías de diálogo y entendimiento.

La mediación, por tanto, se desarrolla sobre **tres ejes**:

- a) la deslegalización, puesto que la ley ocupa un papel menos central en el desenvolvimiento de un dispositivo que debe favorecer la negociación y la discusión;
- b) la desjudicialización, toda vez que la solución del conflicto no pasa necesariamente por la decisión de los órganos judiciales;
- y c) la desjuridificación, ya que el derecho, como sistema cerrado de normas, no determina de forma necesaria el contenido del acuerdo restaurativo o reparatorio.

España está en la cola de los países de su entorno en el diseño de mecanismos de mediación.

La situación resulta injustificable si atendemos a los compromisos asumidos en virtud de normas comunitarias de imperativa transposición. La necesidad de abordar la introducción de estas metodologías viene impuesta por el insoportable e inadecuado nivel de judicialización de la conflictividad social. Actualmente, la reciente Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles incorpora al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Esta ley excluye la mediación en materia de consumo, sin duda porque se remite a su legislación específica.

La mediación debe distinguirse de figuras similares como lo son el arbitraje, la negociación y la conciliación. La confusión de estas tres instituciones genera muchos problemas, y conviene precisar qué función tiene cada una.

El árbitro es un juez privado, que decide externamente (heterocomposición) en derecho o en equidad, pero sin que las partes realicen ninguna función de racionalización ni tengan protagonismo en el proceso.

La negociación es un medio de evitación del pleito en el que los implicados intervienen directamente, o asistidos por sus respectivos abogados y asesores (autocomposición), pero sin que intervenga un tercero neutral, imparcial y experto en técnicas de comunicación, que es lo que distingue a la mediación de otras metodologías.



La conciliación es el intento de aproximación de posiciones que propicia el juez, con mejor voluntad que eficacia, y siempre con absoluta irregularidad, mas su fracaso histórico ha sido consecuencia de graves errores de planteamiento inicial, puesto que ni las partes pueden sincerarse ante quien después ha de juzgarlas (y, como es lógico, mostrarán ante el tribunal únicamente lo que les interese), ni el juez puede proponer soluciones sin el riesgo de prejuzgar con ligereza, comprometiendo su función social. Así se dice que se diferencia de la mediación en que, mientras que esta es espontanea, la conciliación es una forma institucionalizada dentro de la regulación procesal.

La mediación se encuentra dentro de la autocomposición, pero tiene como característica fundamental que interviene un tercero que no juzga (arbitraje), ni concilia (juez o conciliador judicial), que no negocia (abogado), sino que es un experto en comunicación y su función es la de ayudar a las partes a que racionalicen el conflicto que les enfrenta, y busquen, por ellas mismas, la solución y la recomposición del sentimiento recíproco de injusticia que originó el problema.

Frente a otros países, en España se observa un cierto retraso en la implantación de mecanismos alternativos si bien se aprecia un movimiento de alza, sobre todo en el ámbito familiar y de menores y también en materia de consumo. Aparte de las obligaciones derivadas de las Directivas Europeas también es de destacar la labor de asociaciones como el Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación creado en 2004 de cuya sección española, que empezó a operar en 2007, me honro de ser secretario general y que ha impulsado los Puntos Neutros de estudio y promoción de la mediación civil y mercantil habiéndose constituido el de Andalucía el pasado 24 de septiembre.

Mediación no es solo la intrajudicial o intraproceso que se realiza a petición o derivación de los tribunales, sino que también puede usarse como previa al proceso y para evitar este. En este campo se ubica la mediación de consumo.

En nuestro sistema occidental de protección al consumidor, los mecanismos de A D R se desarrollan:

- Desde la administraciones públicas facultadas para la defensa de los consumidores:

- § Estatal; Instituto Nacional de Consumo ( I N C ).

- § Autonómica; Consejo Andaluz de Consumo y Consejos Provinciales.

- § Local; Oficinas Municipales de Información al Consumidor ( O M I C )

- Desde las Asociaciones de consumidores:

- § FACUA, UCE, AI-Andalus.

- Desde la colaboración de ambos con los distintos sectores económicos en convenios que crean órganos y procedimientos de mediación.

Ya que el Consejo Andaluz de Consumo puede funcionar a través de órganos especializados de ámbito sectorial en los que delegue funciones consultivas y de mediación para lograr un tratamiento específico de las peculiaridades propias de cada sector en materia de consumo.

El procedimiento de mediación se puede esquematizar de la siguiente manera:

- Se inicia con el escrito de reclamación que contiene la solicitud de mediación.

- Se notifica al reclamado para que éste conteste en un plazo no superior a 15 días si acepta o no la mediación y acompañe prueba documental, citándosele en día y hora.

- El acto comienza con la exposición por el reclamante de la reclamación y con la fundamentación de la misma. A esto sigue la contestación y fundamentación por parte del reclamado.

- Turno de réplicas y duplicas.

- Intento por los miembros del consejo de mover al acuerdo.

- Acta de la avenencia o desavenencia.

En el ámbito municipal, la corporaciones locales por su proximidad realizan una importante tarea en materia de protección al consumidor, aunque la ley general de defensa de consumidores y usuarios no exige que las oficinas de información al consumidor sean públicas, ha sido en los ayuntamientos donde primero se establecieron estos servicios, las OMIC son oficinas públicas de titularidad municipal cuyas funciones son:

- Información y orientación al consumidor.

- Recepción y registro de quejas y reclamaciones y remisión a otros centros públicos o privados o a los organismos competentes.

- Atención, defensa y protección de los consumidores y usuarios así como tareas educativas e informadoras.

- Sirven como infraestructuras físicas y burocráticas al sistema arbitral, en muchos casos también tienen atribuidas funciones inspectoras.

Transcurridos los diez días tras la presentación de la reclamación en que el reclamado debe contestar a la misma, se procede a citar a las partes en día y hora, se reúnen en las dependencias municipales con el mediador que modera la conversación cuidando que se hable por turnos, amplíen la información, expliquen sus posiciones y se contesten, con la finalidad de reducir las discrepancias e intentar el acuerdo.

La intervención del mediador es informadora del procedimiento a seguir y de los otros existentes, cuando se logra el acuerdo se levanta acta sucinta recogiendo los términos del mismo y el plazo en que debe perfeccionarse, confirma de todas las partes y sello del Ayuntamiento.

Lo cierto es el alto número de en, situándose en torno al 85% y el elevado grado de cumplimiento de los mismos, en torno al 90%, todo ello a pesar de no ser ejecutivos, respondiendo a la teoría de los actos propios, a la mayor implicación de las partes en el acuerdo ya que son partícipes del mismo, luego estamos hablando de procedimientos eficaces para la defensa del consumidor y usuario.

Para completar esta materia nos remitimos a los dos trabajos aportados como adjuntos.

#### IV.- LA VÍA JUDICIAL.

##### 1.- Introducción: la importancia de la existencia de un procedimiento jurisdiccional de protección de los consumidores.-

Las diferentes experiencias legislativas habidas en el ámbito de la regulación de los intereses de consumidores y usuarios, muestran la necesidad de complementar tales marcos sustantivos con instrumentos adjetivos que posibiliten la intervención judicial, a modo de elemento último y garante de la eficacia de sus normas.

La historia nos muestra hasta qué punto cualquier pretensión de los legisladores ha tenido que ampararse en la fuerza coercitiva que implica la intervención del aparato jurisdiccional del estado. De esta forma el derecho que carece de mecanismos que garanticen su reconocimiento por medio de los Tribunales de Justicia termina convirtiéndose en una mera declaración programática sin virtualidad alguna para los ciudadanos. Como indicaba Robert Badinter en su Manifiesto de la Nueva Izquierda Francesa *«los derechos de los consumidores no podrán asegurarse sino por la acción de los propios consumidores; es necesario por tanto facilitarles su acceso a la justicia<sup>1</sup>»*.

En este sentido ya leíng en la primera página de ese libro maravilloso que todos los juristas debemos leer de vez en cuando titulado *“La lucha por el derecho”* dice que *“todo derecho en el mundo ha sido logrado por la lucha, todo precepto jurídico importante ha tenido primero que ser arrancado a aquellos que se resisten, y todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, presupone la disposición constante para su afirmación. El derecho no es mero pensamiento, sino fuerza viviente. Por eso lleva la justicia en una mano la balanza con la que pesa el derecho y en la otra la espada, con la que lo mantiene. La espada sin balanza es la violencia bruta, la balanza sin la espada es la impotencia del derecho. Ambas van juntas, y un estado jurídico perfecto impera sólo allá donde la fuerza con que la justicia mantiene la espada, equivale a la pericia con que maneja la balanza. Derecho es trabajo incesante, no sólo del poder del Estado, sino de todo el pueblo”*.

En este estimulante párrafo el gran romanista reflejaba como no existe derecho alguno si el mismo no puede ser exigido con fuerza coactiva a las personas o entidades que deben facilitar su ejercicio<sup>2</sup>.

Por ello, para una verdadera protección de los derechos de los consumidores es indispensable la existencia de procedimientos que permitan a estos reclamar los mismos ante un organismo neutral y dotado de la fuerza coactiva precisa para imponer a todos sus decisiones. En nuestro ordenamiento jurídico estos organismos son los Tribunales de Justicia a través de los procedimientos jurisdiccionales. Al estudio de los mismos va dirigido este modulo.

---

<sup>1</sup> Badinter, R.; *«Liberté, libertés. Réflexion du comité pour une charte de libertés animé par Robert Badinter»*, París 1976, págs. 90 y ss.

<sup>2</sup> En el campo de la lucha por el derecho objetivo este autor añadía *«resistir a la injusticia es un deber del individuo para consigo mismo, porque es un precepto de la existencia moral; es un deber para con la sociedad, porque esta resistencia no puede ser coronada con el triunfo, más que cuando es general»*. Podemos decir que la lucha por el derecho se libra no solo en el campo de la legislación, sino que es, en el más amplio sentido, una batalla cultural.

Siguiendo estos principios, el artículo 51 de la Constitución impone a los poderes públicos la obligación de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, destacando que la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos deben protegerse «*mediante procedimientos eficaces*», aludiendo así expresamente a la protección procesal del consumidor.

Es criterio unánime de la doctrina el afirmar que la protección judicial de los derechos e intereses de los consumidores, constituye uno de los elementos capitales a que debe dar solución toda política de protección al consumidor que desee alcanzar una mínima cota de eficacia.

En este sentido se manifiesta el «*Libro verde sobre acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único*», presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas en Bruselas el 16 de noviembre de 1993, que comienza con el siguiente preámbulo:

*«En un "Estado de Derecho" la legislación debe establecer por medio de normas jurídicas generales un equilibrio entre los derechos y las obligaciones de cada cual; en caso de que se lesionen los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico así creado por la violación de una de dichas normas, debe existir un procedimiento (judicial o administrativo) para "hacer justicia" al particular y, al mismo tiempo, restablecer el equilibrio de intereses creado por el legislador.*

*Si no existiera tal procedimiento o éste no fuera "accesible" a los titulares de un interés protegido por el ordenamiento jurídico, evidentemente existiría un desfase entre el marco ideado por el legislador y la realidad vivida por los ciudadanos: el problema que, de manera sintética, se resume a continuación bajo el título de "acceso a la justicia" no es sino el de dicho desfase entre Derecho y realidad.»*

Tal desfase entre derecho y realidad era el que nos encontrábamos, por ejemplo, cuando examinábamos la Ley de Crédito al Consumo (LCC) antes de la reforma operada por Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios que introdujo el artículo 20 de dicha ley<sup>3</sup>, pues todas las normas protectoras de los

---

<sup>3</sup> Este artículo establece lo siguiente: «1. Podrá ejercitarse la acción de cesación contra las conductas contrarias a la presente Ley que lesionen los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios.

2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la presente Ley y a prohibir su reiteración futura. Así mismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

3. Estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación:

a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.

consumidores que recogía la misma se convertían en papel mojado si el consumidor no tiene posibilidad real de hacer valer sus derechos o no tiene fácil accesibilidad a los tribunales de justicia para que le reconozcan tales derechos.

En consecuencia si no se ponen los medios procesales adecuados para facilitar el acceso del consumidor a la justicia y no se le facilita tal acceso, todos los derechos que en protección de los consumidores se recogen en la legislación pueden quedar en meras declaraciones de derechos sin ninguna eficacia práctica.

## **2.- Consideraciones Generales.-**

Como ya hemos visto, el artículo 51 CE establece, dentro de los principios rectores de la política social y económica, que *«los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos»*. No estamos tanto ante un derecho fundamental, como ante un criterio que debe orientar la función del legislador al diseñar los mecanismos de política económica.

Dentro de la genérica expresión *«procedimientos eficaces»* a la que alude el texto constitucional, obviamente pueden entenderse diversos tipos de procedimientos, tanto administrativos, como contractuales, arbitrales o judiciales. En esta parte del Experto vamos a centrar la atención directamente en los procedimientos judiciales que permiten el acceso del consumidor a la Administración de Justicia, a los efectos de proteger sus derechos como tal y reclamar por los daños sufridos en tal condición. Por acceso de los consumidores a la justicia se debe entender el conjunto de mecanismos que el consumidor tiene a su disposición para hacer efectivos los derechos materiales que le reconoce el ordenamiento jurídico.

---

*b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.*

*c) El Ministerio Fiscal.*

*d) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores, que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas".*

*Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.*

*Todas las entidades citadas en este artículo podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan».*

Lo primero que debemos afirmar es que para cumplir el mandato constitucional se hace necesario contar con una protección jurisdiccional eficaz de los derechos de los consumidores, que permita a éstos un acceso real y no meramente formal, pues resulta obvio que carece de sentido alguno dotar, a través de leyes materiales, de una amplia protección al consumidor y sin embargo no dotar de los adecuados mecanismos procesales a tales consumidores para la efectividad de tales derechos que le han sido reconocidos, afectando ello a derechos constitucionales básicos como la tutela judicial efectiva, reconocida en el artículo 24-1º CE.

### 3.- Los diferentes tipos de intereses de los consumidores: intereses individuales, colectivos y difusos.

En la protección procesal del consumidor no puede considerarse la existencia de un único interés que sea defendible. Al contrario dentro de dichos intereses, tal como hace el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ( LEC), podemos distinguir las siguientes clases:

1.- Existe en primer término un **interés individual del consumidor** o usuario para el ejercicio de las acciones indemnizatorias por los daños ocasionados por el consumo de un producto o la utilización de un servicio. Entiéndase bien, que la catalogación del citado interés como individual atiende a la viabilidad o procedencia de la reclamación judicial entablada aisladamente por el consumidor, pero ello no significa que el interés como tal desaparezca o esté en contradicción con el interés de otros consumidores, si bien la reclamación conjunta de varios afectados agrupa los múltiples intereses individuales traduciéndolos en un interés colectivo o de grupo.

2.- En segundo término el artículo 11-1º LEC legitima a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas para la defensa de los **intereses generales** de éstos, inscribiéndose dicha legitimación en el marco de la representación de una generalidad absolutamente indeterminada de consumidores. Esta **legitimación por representación** es distinta de la **legitimación por sustitución** que corresponde a las mismas asociaciones para la defensa de los derechos e intereses de sus asociados, así como de la genuina **legitimación institucional** para la defensa de los intereses de la asociación. A su vez, como una subcategoría de los intereses generales y bajo el prisma de los perjuicios derivados de un hecho dañoso, el artículo 11 LEC distingue los intereses colectivos y difusos de los consumidores:

A.- En relación a los **intereses difusos**, la doctrina concluye el carácter impreciso o indeterminado de este concepto, indeterminación que se proyecta en tres planos: el subjetivo, por cuanto tales intereses se refieren a colectivos poco precisos en su composición, generalmente anónimos e indeterminados; el objetivo, porque el alcance de las prestaciones debidas y la determinación del sujeto que tiene a su cargo la liberación del deber correspondiente para la satisfacción del interés no están determinados; y el formal, en cuanto la ambigüedad subjetiva y objetiva de los derechos que se agrupan en torno a los intereses difusos influyen en la posibilidad de acción también difusa o imprecisa.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil asumiendo la interrelación que existe entre los intereses colectivos y difusos -en cuanto exceden el interés individual de un sujeto-, los distingue atendiendo a la determinación -inmediata o mediata- o, a la absoluta indeterminación de los sujetos afectados, al ser éste un criterio relevante, a efectos procesales, de la extensión de la tutela judicial que pueda otorgarse en la sentencia (artículo 221-1º LEC). Así cuando los perjudicados por un hecho dañoso derivado del consumo de un bien, o de la utilización de un servicio, *«sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación»*, 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 ( artículo 11-3º LEC).

En esta materia es interesante la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla ( sección 5ª) el 22 de enero de 2004 en el caso *Opening*. Al tratar este tema la misma indica textualmente:

*« Aunque ni la Ley de Enjuiciamiento Civil ni ninguna otra dan un concepto de representatividad parece lógico que tal noción vaya unida al número de asociados que se tiene dentro del ámbito en el cual se pretende ejercer la acción, de modo que el mismo pueda considerarse como suficientemente significativo o relevante.*

*Pues bien, la acción que se ejercita en estos autos pretende producir efectos en el ámbito nacional, mientras que las asociaciones que la llevan a cabo tienen limitado su ámbito de actuación a la comunidad autónoma andaluza, por lo que sería difícil afirmar que cumplen el requisito de representatividad en el presente litigio. Tal obstáculo no puede entenderse superado por el mero hecho de que pertenezcan a una federación de asociaciones, puesto que quien ejercita la acción no es la federación, sino asociaciones de estricto ámbito autonómico. Tampoco puede entenderse correctamente resuelto este problema por la poco clara referencia que se hace en la sentencia apelada a que limita sus efectos a los alumnos que:*

*“Estén acogidos al ámbito de protección que dispensan” las entidades que formulan la demanda, porque ni determina en qué consiste ese “ámbito de protección”, ni en cualquier caso parece posible, dados los términos del artículo 222-3º, que se limiten los efectos a los consumidores de un determinado ámbito cuando se ejercita una acción que trata de comprender todos los perjuicios que ha causado una específica conducta empresarial».*

También presenta problemas el que la Ley se refiere en los apartados 2º y 3º del artículo 11 LEC a «los perjudicados por un hecho dañoso», expresión no del todo conveniente, pues, de ser interpretada literalmente, podría suponer una restricción perniciosa e innecesaria de la virtualidad de este precepto en cuanto a multitud de supuestos de perjuicios causados a consumidores por hechos distintos, aunque de contenido idéntico o similar como los realizados en serie, tan habituales, precisamente, en este ámbito del consumo.

No en vano, se ha cuestionado y negado en ocasiones que en esos supuestos exista la misma *causa petendi*, «el mismo título o causa de pedir», pues, en los casos de responsabilidad contractual, la diversidad de contratos excluye el presupuesto del «mismo título», y, en los de responsabilidad extracontractual, la misma «causa de pedir» al estar ante varios acaecimientos fácticos, desencadenados con diferencia espacial y temporal, por productos y servicios con su identidad propia.

A tal efecto, de todas formas, ha de tenerse en cuenta que la jurisprudencia ha propugnado una interpretación amplia de esta institución, señalando que no se requiere la existencia de identidad total de la misma, sino que basta con la concurrencia de una conexión causal suficiente, por lo que es admisible la acumulación siempre que al supuesto no le alcance alguna de las prohibiciones



o limitaciones del artículo 73 LEC<sup>4</sup>. Por ello, aunque hubiera sido mejor hablar de «*hechos dañosos*», si se quiere que la Ley sea funcional, debe procurarse que esta regulación no constituya un obstáculo más para acoger en este supuesto a los daños producidos, tanto por un mismo hecho o negocio, como por hechos idénticos o muy similares, repetidos en serie (o, simplemente, enmarcados en una misma actividad continuada).

B.- Por su parte, los **intereses colectivos** vendrían a ser una modalidad dentro de la categoría de los intereses difusos que es un concepto más amplio. La legitimación colectiva supone la superación de la doctrina del litisconsorcio necesario en el sentido de que cuando se pretenda en juicio la tutela de estos intereses generales, podrá actuar el representante del grupo sin que se precise la concurrencia de todas las personas interesadas en la relación jurídica.

Así pues, cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios «*cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables*», la ley confiere una legitimación plural para la defensa de los intereses colectivos a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades que legalmente se constituyan para su defensa o protección y a los grupos de afectados ( artículo 11-2º LEC).

Para poder enfocar debidamente la cuestión de la protección procesal de los intereses difusos en general en el proceso civil, en mi opinión, es indispensable partir de la necesidad de dar respuesta a algo que existía y que,

---

<sup>4</sup> **Artículo 73.-** « Admisibilidad por motivos procesales de la acumulación de acciones. Casos especiales de acumulación necesaria.

1. Para que sea admisible la acumulación de acciones será preciso:

1º Que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas. Sin embargo, a la acción que haya de sustanciarse en juicio ordinario podrá acumularse la acción que, por sí sola, se habría de ventilar, por razón de su cuantía, en juicio verbal.

2º Que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo.

3º Que la ley no prohíba la acumulación en los casos en que se ejerciten determinadas acciones en razón de su materia o por razón del tipo de juicio que se haya de seguir.

2. Cuando la demanda tenga por objeto la impugnación de acuerdos sociales se acumularán de oficio todas las que pretendan la declaración de nulidad o de anulabilidad de los acuerdos adoptados en una misma Junta o Asamblea o en una misma sesión de órgano colegiado de administración y que se presenten dentro de los cuarenta días siguientes a aquel en que se hubiera presentado la primera.

En todo caso, en los lugares donde hubiere más de un Juzgado de Primera Instancia, las demandas que se presenten con posterioridad a otra se repartirán al Juzgado al que hubiere correspondido conocer de la primera.

3. También se acumularán en una misma demanda distintas acciones cuando así lo dispongan las leyes, para casos determinados.

4. Si se hubieren acumulado varias acciones indebidamente, se requerirá al actor, antes de proceder a admitir la demanda, para que subsane el defecto en el plazo de cinco días, manteniendo las acciones cuya acumulación fuere posible. Transcurrido el término sin que se produzca la subsanación, o si se mantuviera la circunstancia de no acumulabilidad entre las acciones que se pretendieran mantener por el actor, se acordará el archivo de la demanda sin más trámites».

sin embargo, no se había tenido en cuenta. Como en tantas otras ocasiones, la posibilidad garantista de los intereses de los consumidores empieza a imponerse ante la constatación de un daño actual, perseguible por ello solamente *ex post*, y se ha ido delineando al comprobar una posición más débil de una de las partes contratantes frente a la otra. A partir de la constatación de esa necesidad, primero desde la doctrina, luego desde la jurisprudencia y, finalmente, desde la legislación, los instrumentos procesales clásicos se han visto modificados.

Y ello ha sido así porque la legitimación, según su configuración procesalista tradicional y considerada como derecho a ejercitar en el proceso el derecho de que se es titular, es un concepto que puede servir cuando se accionan derechos de los miembros de una colectividad con personalidad jurídica propia, en que el interés colectivo se forma por la agrupación de intereses que a todos los miembros pertenecen y que, por extracción, terminan configurando el interés común. Pero, en todo caso, se trata de un interés y no de varios intereses. La cuestión se complica sin embargo, en los denominados intereses difusos. Se trata, en definitiva, de analizar si las consecuencias de una acción interpuesta por uno, afecta también a los demás en su misma posición, de resolver si interpuesta una acción declarativa es posible extender los efectos incluso a los no llamados al proceso.

La protección de los intereses difusos no afecta, en consecuencia, de forma exclusiva al concepto de legitimación. También la constatación de esta realidad-necesidad impone revisar conceptos como el derecho constitucional de acción -acceso a la jurisdicción-, tutela judicial efectiva, válida constitución de la relación jurídico-procesal, llamamiento a terceros interesados, distribución de la carga de la prueba, eficacia de la cosa juzgada frente a terceros no intervinientes en el proceso, y ejecución de sentencias. Por ello, la protección procesal de los intereses difusos, aunque su punto de partida afecte esencialmente a la legitimación, termina cuestionando la práctica totalidad de los esquemas procesales y, es más, modifica de hecho los propios principios del proceso y del procedimiento, y hasta puede que el papel del juez en el proceso civil cuando el conflicto a resolver incluye un interés que, como veremos, es, más que otra cosa, un interés público.

## 4.- Legitimación procesal.-

### a.- Legitimación procesal en los procedimientos de consumo.-

Como hemos esbozado en apartados anteriores, la nueva LEC 1/2000 de 7 de enero ha venido obligada a reflejar en su contenido esas nuevas tendencias procesalistas dirigidas a facilitar el acceso de los consumidores a la jurisdicción, una de cuyas primeras muestras es el artículo 11<sup>5</sup>, sobre el que debe manifestarse ya en un primer instante su conexión parcial con las normas en materia de capacidad del artículo 6, más concretamente con la regla contenida en el apartado 1-7<sup>6</sup>.

Con la denominación de «*legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios*», el artículo consagra en su apartado primero un principio general de reconocimiento de la función de defensa en juicio de las organizaciones de consumidores y usuarios, sobre el que cabe hacer dos apreciaciones:

1.- Su alcance general o universal, ya que no se circunscribe al conjunto de sus eventuales integrantes, sino que abarca a la totalidad de los consumidores y usuarios.

2.- La complementariedad y compatibilidad con la eventual legitimación activa que puedan ostentar individualmente los propios perjudicados.

No obstante la amplitud del artículo comentado, es preciso ponerlo en relación con cada uno de los supuestos en los que el ordenamiento reglamenta y atribuye a los consumidores y usuarios concretos derechos. Y ello porque, como sucede en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación 7/1998 de 13 de abril, muchas de esas facultades circunscriben la eventualidad de la defensa al particular consumidor, caso por ejemplo de las llamadas

---

<sup>5</sup> « 1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, 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.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, 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.

4. Asimismo, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el art. 6.1.8º estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios».

<sup>6</sup> Indica dicho apartado que « Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: (...) Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados».

acciones individuales de nulidad y de no incorporación, artículos 7 a 10 LCGC<sup>7</sup>, con lo cual aquella presunta amplitud de la norma queda limitada respecto de las acciones colectivas previstas en la misma.

Mayores problemas puede suscitar la segunda de las previsiones de este artículo 11 LEC, que amplía la eventual legitimación activa en la defensa de los derechos e intereses de los consumidores. En concreto, la primera parte de la norma supone en alguna medida una reiteración del principio general antes comentado, el del apartado primero, otorgando legitimación a asociaciones y entidades que tengan por objeto la tutela de los intereses de los perjudicados por un hecho dañoso, cuando a su vez configuren un grupo determinado o fácilmente determinable.

En lo que atañe al grupo determinado o fácilmente determinable, se plantean dudas con respecto a la cuantificación de sus posibles miembros, es decir, si cabe o no exigir un número mínimo. Ante el lógico silencio de la norma, ha de concluirse afirmando que el grupo vendrá configurado por una pluralidad de sujetos, que representen al sector de que se trate con un cierto significado y representatividad. El segundo punto a tener en cuenta es que estemos en presencia de perjudicados o afectados por un hecho dañoso, obviamente conectado con una actividad de consumo. Partiendo de esta premisa, la duda a

<sup>7</sup>

**«Artículo 7. No incorporación.**

*No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:*

*a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del art. 5.*

*b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.*

**Artículo 8. Nulidad.**

*1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.*

*2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis y disp. adic. 1ª L 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.*

**Artículo 9. Régimen aplicable.**

*1. La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.*

*2. La sentencia estimatoria, obtenido en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el art. 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del art. 1261 CC.*

**Artículo 10. Efectos.**

*1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.*

*2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 CC y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo».*

resolver tiene que ver en este caso con qué ha de entenderse por perjudicado o afectado. De los términos del precepto, la solución ha de reconducirse hacia que tales sujetos, consumidores o usuarios en sentido legal, han de padecer directamente el daño o perjuicio, el cual podrá presentar cualquiera de las modalidades admitidas por el ordenamiento. Será ésta una pura cuestión de hecho, pero que se convierte en condicionante o requisito legal para la eficacia de la propia norma. Con otras palabras, la admisibilidad del grupo como sujeto legitimado, no solo se vinculará a la prueba de su existencia como tal, sino también a la de su consideración de afectados o perjudicados por un hecho dañoso atribuible a la contraparte.

La norma ahora comentada encuentra complementación necesaria con la previsión del artículo 6-1-7<sup>o</sup> LEC, que reconoce al grupo determinado o fácilmente determinable de afectados capacidad para ser parte, siempre y cuando se constituya «*con la mayoría de los afectados*». De aquí se deduce que tal capacidad requiere de un factor cuantitativo, que en ocasiones será difícil de determinar y que, de su aplicación más o menos estricta, podrá derivarse en la práctica la inviabilidad o inaplicación de la regla por lo que proponemos una lectura no literal de la norma, interpretándola en el sentido de un grupo significado de afectados, y no como se deduce de sus términos, la mitad más uno. A modo de corolario lógico a la anterior previsión, el apartado tercero del artículo 11 LEC concluye negando capacidad legitimadora al grupo indeterminado o difícilmente indeterminable, trasladando aquélla al campo de actuación de las asociaciones de consumidores y usuarios «*que conforme a la Ley sean representativas*».

El artículo 15 LEC acoge y reglamenta la eventualidad de la **intervención** en procedimientos referidos a la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios de quienes no hubieran sido parte *ab initio* o no hubieran asumido en un primer momento su interposición. Este planteamiento es de general admisión por parte de los ordenamientos jurídicos con cierto grado de desarrollo, y busca complementar el reconocimiento de facultades —derechos subjetivos— a una pluralidad de sujetos, con cauces procesales que garanticen en última instancia sus contenidos. En ocasiones consisten en figuras tradicionales de la técnica procesalista, por ejemplo reconociendo legitimación para entablar acciones individuales, y en otras posibilitando la adhesión de aquellos sujetos a procedimientos previamente instados. A este segundo modelo pertenece precisamente la regla establecida en el artículo 15 LEC<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> «1. En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará 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.

2. Cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente la 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, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido.

El objetivo de la disposición consiste en posibilitar la adhesión de particulares consumidores y usuarios a procedimientos promovidos por asociaciones y entidades constituidas para la defensa de sus derechos e intereses. El modo por el cual se facilita esa intervención es dando publicidad a la iniciativa, de manera que los consumidores y usuarios tengan noticia del procedimiento y valoren la eventualidad de adherirse al mismo<sup>9</sup>. La invitación a consumidores y usuarios se hará publicando la «*admisión de la demanda*» en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial de los perjudicados. Debe apostarse por una interpretación amplia, en la dirección de que debe realizarse la misma en cualquier procedimiento en el que la resolución final pueda afectar directa o indirectamente a los consumidores y usuarios y a sus intereses.

De la estructura del artículo 15 LEC se extrae la posibilidad general de intervención en el ámbito del consumo, y dos especialidades en función de si lo que se trata es de defender un interés colectivo o un interés general. En realidad puede considerarse que es un llamamiento provocado general o en abstracto, ya que se intenta dar al procedimiento la publicidad suficiente para que terceros perjudicados o afectados puedan personarse en el proceso y defender sus propios derechos. A diferencia del artículo 14 LEC, en el que se regula la intervención provocada en el proceso civil, en principio la necesidad de comunicar a persona concreta la existencia del proceso no se da como tal, sino que es una publicidad abierta a cualquiera, en abstracto. De ahí que las exigencias formales que deben acompañar a la demanda sean diferentes en ambos casos, ya que mientras la demanda a que hace referencia el artículo 14 LEC requiere que se indique el nombre y dirección del tercero a llamar, en el ámbito de consumidores, por el contrario este requisito se constata de forma diversa.

---

*3. Cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que se determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. El proceso 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 (son los relativos a la determinación en la ejecución a los afectados, como luego veremos).*

*4. Quedan exceptuados de lo dispuesto en los apartados anteriores los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios ».*

<sup>9</sup> Debemos tener en cuenta el artículo 20 bis 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en relación a dichas asociaciones. Es importante destacar la eventualidad de que podrán disfrutar del beneficio de la justicia gratuita ( artículo 21-1º d de la misma Ley y Disposición adicional 2ª-2 de la Ley 1/1996 de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita).

Ya con carácter previo se dibuja en la ley una modalidad distinta de intervención en el ámbito del consumo como es la del artículo 13-1º-2 LEC. según el cual «*cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos*». Esta forma de intervención se denomina voluntaria, toda vez que cualquier tercero que tenga noticia de un proceso, por el conducto que sea, en el que se debaten intereses directos y legítimos podrá comparecer en el mismo para ocupar la posición de parte. En este sentido, no existe limitación alguna en cuanto a si debe constituirse como demandante o como demandado, ya que nada se dice al respecto. El procedimiento a seguir en este caso, así como los efectos de la intervención son idénticos a los de cualquier otra intervención voluntaria en otro ámbito distinto. En principio tampoco existe ninguna peculiaridad respecto al tipo de proceso que se inste.

**Con carácter previo y desde el punto de vista del actor, es preciso determinar antes de la presentación de una demanda, si nos encontramos ante el supuesto de defensa del interés colectivo, o si por el contrario el litigio se inicia como consecuencia de la defensa de un interés difuso.** Dependiendo de la consideración inicial, los requisitos procedimentales serán diferentes y el demandante tendrá que realizar algunas actividades previas que pueden tener repercusiones en orden a la admisión de la demanda.

El artículo 15-1º LEC recoge la exigencia de que se publique en un medio de comunicación la admisión de la demanda. Aquí no se distingue el tipo de interés que se pretende en la demanda, ni el tipo de acción que se ejercita, por lo que se entiende con carácter general una necesidad de publicidad para que cualquier tercero perjudicado por un hecho dañoso tenga la oportunidad de unirse al grupo de los demandantes. El único presupuesto que debe concurrir para la publicación en los medios de comunicación consiste en que el proceso debe haber sido instado por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por grupos de afectados. Como ya se ha dicho, no se distingue el tipo de interés o acción que se ejercita, si bien cabe excluir de este régimen aquellos procesos iniciados por uno solo de los perjudicados, o también por un grupo de perjudicados pero sin que se hayan constituido como tal grupo de afectados, es decir, cuando se trata simplemente de una pluralidad de partes demandantes o un litisconsorcio voluntario. En este caso será de aplicación el régimen general de intervención voluntaria o provocada del artículo 13-1º LEC.

Este llamamiento es una obligación que tiene el órgano judicial, quien en el mismo momento de admitir la demanda, ordenará la publicación en el medio correspondiente en función de la difusión territorial del mismo y de la extensión de la lesión objeto de litigio. Los gastos que derivan de tal publicación debe asumírselos la actora con independencia de la posterior condena en costas que pueda producirse en la sentencia. La inserción de la admisión en un medio de comunicación no está dentro del contenido material de la asistencia jurídica gratuita, ya que ésta se prevé para la inserción preceptiva de anuncios en diarios oficiales, no en medios de comunicación. Habrá que estar, por tanto, a la condena en costas y posterior tasación.

Además, si el actor considera que el procedimiento afecta a un grupo de perjudicados determinados o fácilmente determinables, entonces deberá comunicar «*previamente la presentación de la demanda a todos los*

*interesados*» (nº 2 del artículo 15 LEC ). Estaríamos en presencia de un proceso para la defensa de intereses colectivos, donde puede individualizarse cada uno de los intereses afectados. Por su parte, si los perjudicados no están determinados o son de difícil determinación, debe realizarse un llamamiento que suspenderá el proceso durante un período máximo de dos meses (nº 3 del artículo 15 LEC ).

Como contrapartida a esa suspensión, la Ley establece una preclusión absoluta de la posibilidad de personación posterior de ningún perjudicado para la defensa por sí mismo de su derecho, que no se permite una vez expirado el plazo fijado. La legitimidad constitucional de esta opción del legislador se basa en la publicidad previamente realizada, y depende de la efectiva posibilidad que haya tenido el perjudicado de comparecer en el plazo señalado, en relación a su vez con las necesidades de no alteración y no dilación indebida del proceso. Y por lo demás, podrá salvarse la finalidad pretendida con esa personación, en la práctica, mediante el otorgamiento de la representación a una de las entidades que estén actuando en el proceso. No obstante, no se cierra la posibilidad de que el perjudicado ausente del proceso pueda beneficiarse de los efectos positivos de la sentencia para su posición jurídica, con base en las reglas dispuestas en el artículo 221 LEC, y en virtud del mecanismo establecido en el artículo 519 LEC.

Si se aprecia la existencia de unos perjudicados determinados, el actor tiene la carga procesal de comunicar a cada uno de ellos la presentación de la demanda. Dos son las cuestiones que se extraen a su vez, ya que no tiene porqué conocer cuántos ni quiénes son los perjudicados, y además la ley no es del todo precisa al señalar el momento exacto en el que debe producirse la comunicación.

Para el primer problema el legislador ya previó tal circunstancia y reguló las **diligencias preliminares**, entre las cuales figura aquella que tiene por finalidad determinar los integrantes de un grupo que resulten afectados por un hecho derivado del consumo (artículo 256-1-6º LEC). Según este precepto, quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores puede solicitar una diligencia al órgano judicial con el fin de determinar los integrantes del grupo de afectados cuando no lo estén y sea posible la determinación<sup>10</sup>. Cuando se exige al demandante comunicar la presentación de la demanda a todos los interesados, indirectamente se le está exigiendo el conocimiento individualizado de los mismos. Por ello, esta diligencia preliminar, que en principio resulta ser una posibilidad procesal de cualquier parte que va a comenzar un proceso en defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, se torna una carga procesal cuando hay un grupo de dañados que no están determinados pero que pueden

---

<sup>10</sup> **Artículo 256-1-6º.-** «Por 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».



determinarse fácilmente. No hacer uso de la misma puede considerarse como un supuesto de inadmisión de la demanda. La solicitud para que se lleve a cabo esta diligencia se presentará ante el tribunal que sea competente para conocer posteriormente del fondo, sin que en ese momento previo a la presentación de la demanda pueda denunciarse la falta de competencia territorial a instancia de parte (artículo 257 LEC).

El Auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 18 de enero de 2006 señala que la distinción legal entre la determinación o la indeterminación de los perjudicados debe ser interpretada subjetivamente por el órgano judicial a la luz de los datos con los que cuenta. Ahora bien, la interpretación que dan las Audiencias en los pocos casos que se llevan hasta la fecha no es en absoluto uniforme. Existen Audiencias que realizan una interpretación del concepto de facilidad de forma más restrictiva, exigiendo que el actor despliegue todos los medios a su alcance para encontrar, en los instantes previos al proceso, a todos los perjudicados o integrantes del grupo de afectados, sin que sea aceptable cualquier omisión. Para ello afirman que la dificultad ha de referirse al grado de posibilidad de identificar a los afectados, no al trabajo que ello conlleve. Por su parte, en el lado inverso se encuentran aquellos que consideran que esa misma laboriosidad supone ya de antemano cierta dificultad (AAP Madrid de 19 de mayo de 2005). Entendemos que no se debe realizar una interpretación tan generosa que suponga que al mínimo obstáculo el actor deba considerar que se encuentra en el ámbito de protección de un interés difuso, sino que debe desplegar una actividad proporcional a su capacidad de difusión y representación, y a las características del daño. Por otro lado, tampoco debe exigirse un hallazgo certero y completo de cada uno de los individuos que componen el grupo de perjudicados, ya que no tendría sentido el llamamiento que con carácter suspensivo prevé el artículo 15-1º y 3º LEC. El legislador considera que debe reconocerse la incapacidad de llegar a todos y por ello consiente que terceros puedan personarse con posterioridad.

Cabe preguntarse hasta qué punto puede depender del resultado de la diligencia preliminar de búsqueda y determinación de perjudicados la calificación de un interés como de colectivo o de difuso. Llegado el supuesto en que no apareciera nadie como usuario afectado, podríamos afirmar la existencia de una imposibilidad en la determinación de los mismos que sea determinante en la consideración del proceso como de defensa del interés difuso. Así pues, el actor no tendría la obligación inicial de haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados, lo cual podría justificar la publicación posterior de la admisión de la demanda y la suspensión del proceso en aplicación del artículo 15-3º LEC.

El otro problema se deriva de la redacción del precepto, ya que señala que la comunicación debe realizarse «*previamente*», pero no se concreta exactamente el momento a que antecede. Parece claro que el contenido de la comunicación es la presentación de la demanda, con lo que ésta ya debería haberse presentado, con independencia de que se haya admitido aún o no. Ahora bien, en ese trámite de admisión el órgano judicial debe comprobar que se ha efectuado correctamente la comunicación, de tal modo que se deberán acompañar con la demanda los documentos que acrediten que la misma se ha realizado. De ahí cabe entender que lo que se comunica no es la misma presentación de la demanda, sino la intención de demandar, dejando para más

adelante la publicación judicial de la admisión de la demanda con el fin de que otros perjudicados tengan la posibilidad de personarse (artículo 15-1º LEC ). Parece que existe una duplicidad en el trámite de la publicación o llamamiento; uno inicial del demandante que anuncia su intención de demandar en el futuro, y otra posterior del órgano judicial en aplicación del apartado 1 que regula con carácter general la obligación del juez de publicar la admisión de la demanda.

Además es carga del demandante presentar una lista completa de todos aquellos que puedan resultar efectivamente dañados, sin que pueda entenderse cumplido el trámite si sólo se puso en contacto con algunos, pero no con la totalidad. Como puede pensarse inmediatamente, el control sobre ese conocimiento previo es algo que escaparía tanto al órgano judicial como a la parte demandada, quien podría plantear una excepción por falta de algún presupuesto procesal. Entendemos que el requisito procesal queda perfectamente cumplido con la comunicación a los que de forma más o menos sencilla se ha tenido acceso. En todo caso, el órgano judicial debe valorar la diligencia empleada, para lo cual tomará en consideración algunos elementos como la accesibilidad a listados, localización de afectados, e incluso el empleo o no de la diligencia preliminar del artículo 256-1-6º LEC (SAP de Madrid de 29 enero 2002).

Los efectos de una deficiente comunicación o llamamiento inicial no puede llevar aparejada la consideración del interés defendido como difuso, dada la dificultad en la determinación de los perjudicados. El juez deberá valorar si el actor ha desplegado todos los medios necesarios, entre ellos está la petición de las diligencias preliminares correspondientes para encontrar o determinar a los perjudicados. Por ello debe otorgar un plazo de subsanación en el caso en que estime que no se ha cumplido correctamente el requisito de la comunicación previa. Ahora ya no se trataría de comunicar la intención de demandar, sino la misma existencia de un proceso pendiente (SAP Sevilla de 22 enero 2004).

En el caso de instarse un **proceso para la tutela de intereses difusos**, las exigencias procedimentales del actor son menores. Con la presentación de la demanda únicamente se debe acreditar esta circunstancia, la cual se deducirá de los hechos y/o fundamentos jurídicos. En este caso la Ley sólo establece la obligación para el órgano judicial de proceder a la publicación de la admisión de la demanda, una vez comprobado que no se trata de un proceso en el que los afectados son determinables o están determinados, además de comprobar los presupuestos procesales que con carácter general se prevén para cualquier demanda.

En lo que ahora nos afecta, la diferencia entre ambos tipos de procesos reside en la suspensión del curso del procedimiento cuando se trata de defender un interés difuso, así como el establecimiento de un plazo preclusivo para que terceros se personen. Uno de los presupuestos necesarios consiste en el otorgamiento en exclusiva de la legitimación para demandar a las asociaciones de consumidores y usuarios cuando sean representativas. Quedan fuera de esta posibilidad los grupos de afectados a que hace referencia el artículo 15-1º LEC y también los particulares afectados. Nos encontramos pues ante un proceso en el que concurre un interés genérico y homogéneo, en el que *«la identificación personal y la idea de perjuicio patrimonial están muy diluidos»* (SAP Madrid de 29 enero 2002). Pero lo que

inicialmente nace como interés difuso, puede convertirse en interés particular o colectivo si se personan los terceros que son llamados.

Por ello, instada por una asociación representativa la tutela de un interés difuso, realizado el llamamiento judicial con resultado positivo, los terceros que se personan intervienen desde la admisión de la demanda. Sobre las posibilidades procesales que tiene el interviniente desde ese instante, debemos entender que el acceso al proceso se realiza en calidad de demandante, y no como demandado. La interpretación se efectúa a partir de la referencia constante al consumidor que realiza el precepto. No cabría pues una personación de tercero consumidor defendiendo los intereses del demandado, pero se plantea una cuestión en relación con la naturaleza jurídica del interviniente del artículo 15-3º LEC.

Así, pues, el artículo 11-3º LEC establece la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean «representativas», cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, para demandar la defensa de estos intereses difusos.

Ahora bien, la LEC no establece qué se entiende por representativa. Sobre esta materia se manifiesta la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (sección 3ª), de 31-07-2006 que indica:

*« Para ver que entiende la Ley por asociación representativa, la doctrina se remite al artículo 5 y siguientes del Real Decreto 825/1990 de 22 de junio ( en su redacción actual dada por Real Decreto 1203/2002 de 20 de noviembre) sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones, de tal forma que de su texto se desprende que las asociaciones representativas son aquellas integradas en el denominado " Consejo de Consumidores y Usuarios" regulado en dicho Real Decreto que estaba previsto ya en el artículo 22-5º de la Ley 26/1984 de 19 de julio General de Consumidores y Usuarios. Por lo que del juego de los artículos citados y el artículo 20-3º de la Ley 26/1984 se desprende que para que una asociación de consumidores y usuarios tenga la consideración de representativa debe, entre otras condiciones, estar inscrita en el Libro Registro del Ministerio de Sanidad y Consumo y pertenecer la Consejo de Consumidores y Usuarios.*

*En el acto de la audiencia previa, AUSBANC CONSUMO acreditó que al tiempo de formular la demanda ostentaba el carácter representativo, al estar inscrita no solo en el Registro del Ministerio del Interior y, desde el 9 de julio de 2002, en el libro Registro que se lleva en el Ministerio de Sanidad y Consumo, así como el Acuerdo de la Comisión de Valoración del Instituto Nacional de Consumo de fecha 19 de enero de 2004 por el que se seleccionó entre las Asociaciones de Consumidores, mas representativas, para formar parte del Consejo de Consumidores y Usuarios , con el puesto 12 a AUSBANC.*

*En el acto del juicio, con carácter previo y al amparo de lo dispuesto en el artículo 286 de la LEC, la parte demandada recurrente aportó copia del Acuerdo del Instituto Nacional de Consumo de fecha 6 de octubre de 2005 que excluye a AUSBANC del Registro de Asociaciones de Consumidores por haber realizado publicidad comercial o no meramente informativa, en contra de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 26/1984 General para la Defensa de*

Consumidores y Usuarios y que suponen la exclusión de AUSBANC del Registro del Ministerio de Sanidad y Consumo y en consecuencia la imposibilidad de formar parte del Consejo de Consumidores y Usuarios y, por ende de la imposibilidad de tener la condición de representativa a la que se refiere el artículo 113º de la LEC.

La excepción de falta de legitimación activa de AUSBANC CONSUMO debe ser desestimada, dado que aunque el Acuerdo administrativo de fecha 6 de octubre de 2005 del Instituto Nacional de Consumo es ejecutivo (artículo 94 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), todavía no es firme, además que dicho cambio o innovación subjetiva en nada afecta a la resolución de la pretensión formulada en la demanda iniciadora del presente juicio, al ser de fecha posterior a la de interposición de ésta ( 2 de julio de 2004), por lo que resulta aplicable el artículo 413 de la LEC (“Influencia del cambio de circunstancias en la sentencia sobre el fondo. Satisfacción extraprocesal. Pérdida de interés legítimo”) y dispone: “.1. 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.

2. Cuando, según lo previsto en el apartado anterior, las pretensiones hayan quedado privadas de interés legítimo, se estará a lo dispuesto en el art. 22.”

De otro lado, cierto sector doctrinal sostiene que al ejercicio de la acción para la defensa de los intereses difusos del artículo 11-3º de la LEC no puede ser oponible la limitación administrativa establecida por el juego de los artículos 5, 16 y 18 del Real Decreto 825/1990 de 22 de junio sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios por medio de sus asociaciones , de un lado porque no puede privarse de legitimación a las asociaciones en virtud de los requisitos establecidos por una norma de rango inferior a la LEC, de otro porque el incumplimiento de alguno de los requisitos del artículo 21 de la LGDCU inhabilita a la asociación para obtener los beneficios reconocidos en esa Ley, pero no para el ejercicio de un derecho constitucional , garantizado por el artículo 31 de la Constitución como es la defensa de los intereses de consumidores y usuarios frente a terceros y en tercer lugar porque el primer contenido del derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales es el acceso a la jurisdicción que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, por lo que no es una limitación razonable ni proporcionada a dicho derecho fundamental la previa inscripción en un registro especial y la pertenencia a un Consejo consultivo.

El Tribunal Constitucional ha señalado con reiteración que el legislador puede limitar el acceso a la jurisdicción, pero que las normas por las que lo haga deben ser de carácter legal y no reglamentario y, además, deben ser interpretadas restrictivamente. En este sentido, la STC 15/1989, de 26 de enero (Fundamento Jurídico IV in fine) se manifestó en el sentido de otorgar

*legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de los intereses colectivos y difusos en los casos contemplados en la norma, sin restricciones a todas las asociaciones de consumidores y usuarios que se encuentren legalmente constituidas».*

Una vez visto el concepto de representatividad, debemos continuar indicando que la LEC no señala nada sobre que actos procesales puede realizar el tercero desde la personación. El artículo 15-3º sólo prohíbe la intervención posterior a la reanudación del plazo previsto de dos meses, pero se reconoce la actuación de aquellos que acudieron al llamamiento. Éstos ocuparán la posición de litisconsortes voluntarios, si bien tendrán que realizar aquellas actuaciones encaminadas a defender un interés individual, dejando al margen el interés general y difuso del cual se encarga la asociación. Muy próxima se encuentra la figura de la intervención adhesiva simple según la cual entra en el proceso un tercero que afirma la titularidad de otra relación jurídica diferente de la principal, de tal modo que de ésta última dependerá la suya. La demanda ya se ha presentado y no existe ninguna posibilidad de incorporar otra pretensión, aunque sí tendrá la oportunidad de realizar otro tipo de alegaciones durante el proceso.

El precepto establece la obligación de dar publicidad a un proceso, sin que los hipotéticos terceros que aparezcan tengan la obligación de comparecer; e incluso podemos afirmar que la no personación no tendrá ninguna consecuencia a la vista de los efectos de la sentencia en el ámbito de consumidores y usuarios. El llamamiento del artículo 15-3º LEC se justifica en atención al principio de economía procesal, por el cual debería ser innecesario instarse otros procedimientos simultáneos en base al mismo hecho que provocó el daño. También se esgrimen razones de seguridad jurídica, ya que se evita la sustanciación de procesos sobre el mismo hecho que puedan dar lugar a sentencias contradictorias. Además, tras la reanudación del plazo de dos meses máximo para la personación de terceros perjudicados, se impide la intervención, si bien las posibilidades de reclamación y protección de los derechos de otros afectados no disminuyen. El ordenamiento no cierra la puerta a la reclamación ya que tanto la institución de la cosa juzgada, como la regulación de la ejecución forzosa en materia de consumidores vienen a reconocer esta tutela judicial incluso cuando no se ha sido parte en el proceso declarativo.

Por último, hay que señalar que el apartado 4º del artículo 15 LEC excluye expresamente la obligación de dar publicidad a los procesos en que se ejercita una acción de cesación para la defensa de intereses colectivos e intereses difusos de los consumidores y usuarios. En relación con el mismo, no constituye un presupuesto procesal la publicación de la admisión de la demanda ni la comunicación previa. De este modo, el particular que se vea afectado podrá acudir al proceso en defensa de sus propios intereses y derechos. Las razones que justifican esta exclusión se encuentran en la propia pretensión, ya que la acción de cesación no puede afectar a los derechos individuales de los consumidores y usuarios. Por tanto, no se ejercitarán pretensiones indemnizatorias ni se exige la intervención de los afectados (SAP Sevilla de 22 enero 2004). La excepción en materia de cesación sólo se aplicará cuando la acción se ejercite sola, si bien, cuando se ha producido una

acumulación de acciones, para el resto se procederá a dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 15 LEC (AAP Girona de 18 enero 2006).

Efectuado el llamamiento el consumidor o usuario perjudicado podrá intervenir en el proceso, y de acuerdo con el artículo 13-3º LEC, el interviniente será parte a todos los efectos, pudiendo defender las pretensiones de su litisconsorte o las que propiamente formule, siempre que tenga oportunidad procesal para ello y con independencia de que aquél renuncie, se allane, desista o se aparte. Entendemos que esta facultad de adhesión solo podrá hacerse hasta el momento procesal oportuno, que no podrá superar el de la proposición de prueba.

En el caso de que el grupo de consumidores y usuarios perjudicados sea indeterminado o de difícil determinación, la norma no parece supeditar la presentación-admisión de la demanda al hecho mismo del llamamiento. Efectuado éste, se afirma que el proceso se suspenderá por un plazo que no podrá superar los dos meses, cuya concreción se hará por el órgano judicial atendiendo a las circunstancias o complejidad del asunto y a la dificultad de determinación y localización de los perjudicados. Otra novedad es la relativa a que la personación deberá realizarse durante ese período de suspensión, ya que transcurrido el mismo no se admitirá personación individual, dejando al margen las previsiones de los artículos 221 y 519 de la LEC.

#### **b.- La legitimación procesal activa de las asociaciones de consumidores y usuarios.-**

En este punto interesa destacar lo que casi es una obviedad que afecta a todo el sistema: el individuo aisladamente considerado no puede ser la vía procesal para la defensa de los intereses legítimos de los consumidores y usuarios. La persona puede lograr el restablecimiento del orden jurídico perturbado en su caso, pero jamás puede generalizar el resultado del restablecimiento. Ni siquiera con una legislación procesal amplia en materia de intereses colectivos y difusos, los efectos del proceso pueden afectar, accionados individualmente, más que a quien ejercitó la pretensión. Por ello, las asociaciones de consumidores y usuarios adquieren así, por propia esencia, una importancia fundamental en el ordenamiento jurídico español.

Esta constatación y el propio contenido del artículo 24-1º de la Constitución, en cuanto consagra el derecho de tutela efectiva y de acceso a la justicia, van a condicionar nuestras posiciones al respecto.

El primer problema que se plantea en relación a la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios, proviene del propio artículo 20 ( hoy 20 bis tras la reforma operada por ley 44/2006 de 29 de diciembre de *mejora de la protección de consumidores y usuarios*) de la LGDCU, combinado con el Real Decreto 825/90 de 22 de junio ( en su redacción actual dada por Real Decreto 1203/2002 de 20 de noviembre), con el art. 24-1º de la Constitución, y con la interpretación efectuada en general por el Tribunal Constitucional en cuanto al derecho de acceso a la jurisdicción.

Efectivamente, el artículo 20 bis de la LGDCU, tras declarar, en su párrafo primero, que:

*« Son asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo lucro que, constituidas conforme a lo previsto en la legislación sobre asociaciones, y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta Ley y sus normas de desarrollo y, en su caso, en la legislación autonómica que les resulte de aplicación, tengan como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, incluyendo su información, formación y educación, bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados. También son asociaciones de consumidores y usuarios las entidades constituidas por consumidores con arreglo a la legislación de cooperativas, que respeten los requisitos básicos exigidos en esta Ley y entre cuyos fines figure, necesariamente, la educación y formación de sus socios, y estén obligadas a constituir un fondo con tal objeto, según su legislación específica».*

Añade en el tercero que *« las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este capítulo son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los consumidores y usuarios»,* y que *« las asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en esta Ley o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, sólo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores».*

Esto se completa con lo establecido en la Disposición adicional tercera de la LGDCU, tras la Ley 39/2002, que, al hablar de las acciones de cesación establece»:

*« 1. A falta de normativa sectorial específica, frente a las conductas de empresarios o profesionales contrarias a la presente Ley que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios podrá ejercitarse la acción de cesación.*

*2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.*

*3. La legitimación para el ejercicio de esta acción se regirá por lo dispuesto en el artículo 11, apartados 2 y 3, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*

*Asimismo estarán legitimados para el ejercicio de esta acción:*

*a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.*

*b) El Ministerio Fiscal».*

Como suele ocurrir tan frecuentemente, el desarrollo reglamentario ha complicado un poco más las cosas, al diferenciar a las asociaciones y cooperativas inscritas y a las que además estén representadas en el Consejo de Consumidores y Usuarios, restringiendo la capacidad de acción a las primeras que únicamente podrán ejercitar las acciones en defensa de sus miembros y de la propia asociación, mientras que las segundas, además,

podrán ejercitar las típicas acciones colectivas. Para terminar de aclarar el panorama los registros de las Comunidades Autónomas introducen un nuevo condicionamiento añadido.

Así la Ley andaluza 13/2003 de 17 de diciembre de protección del consumidor establece en su artículo 30 al hablar de las condiciones para el acceso a beneficios de las asociaciones de consumidores<sup>11</sup> exige el cumplimiento de las siguientes condiciones:

« a) *Figurar inscrita en el Registro Público de Asociaciones y Organizaciones de Consumidores y Usuarios de Andalucía.*

*b) Aplicar los medios de fomento y ayuda que se les otorgue para tal fin a la exclusiva defensa de los consumidores.*

*c) Tener un funcionamiento democrático en todo lo relacionado con la toma de decisiones, elección de los órganos directivos y elaboración de los programas de actividades.*

*d) Cumplir los requisitos que reglamentariamente se establezcan para cada tipo de beneficios, teniendo en cuenta, entre otros, criterios de implantación territorial, número de asociados y programas de actividades a desarrollar.*

*2. No podrán disfrutar de los beneficios a los que alude el apartado anterior, en los términos que reglamentariamente se determine, las organizaciones o asociaciones de consumidores que incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro, perciban ayudas o subvenciones de empresas o agrupaciones de empresas suministradoras de bienes o servicios a los consumidores, o efectúen publicidad no exclusivamente informativa de dichos bienes o servicios».*

Y el artículo 31 de la Ley andaluza establece como derecho de las organizaciones o asociaciones de consumidores y usuarios el de « *ejercer las correspondientes acciones judiciales y extrajudiciales en defensa de los socios, de la asociación y de los intereses colectivos de los consumidores en general, de conformidad con la legislación aplicable*».

Se sigue así una línea general a la que establece el Real Decreto 825/1990 citado que en su artículo 2 dispone

« *1. Para poder gozar de cualquier beneficio que otorgue la Ley, disposiciones que la desarrollan y complementarias, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios deberán figurar inscritas en el Libro de Registro que se llevará en el Ministerio de Sanidad y Consumo, a través del Instituto Nacional del Consumo*».

Y, para dejar aun más clara la cuestión, el artículo 16-1º establece que:

---

<sup>11</sup> O a las entidades constituidas en Andalucía exclusivamente por consumidores con arreglo a la Ley de Cooperativas Andaluzas (LAN 1999\146) que reúnan las siguientes condiciones:  
a) Incluir dentro de su objeto social, en los Estatutos, la defensa, asistencia, información, educación y formación de sus miembros como consumidores.  
b) Formar un fondo social integrado por las aportaciones de los socios y por el 15%, como mínimo, de los excedentes netos de cada ejercicio económico, destinado exclusivamente a la defensa, información, educación y formación de los socios, en materias relacionadas con el consumo.



*«Las Asociaciones y Cooperativas de Consumidores y Usuarios, inscritas en Libro Registro del Ministerio de Sanidad y Consumo, podrán representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, o de la asociación o cooperativa, en lo referente a los derechos e intereses reconocidos en el artículo 2 de la Ley. Cuando tales acciones, se realicen ante los Tribunales de Justicia, en defensa de los derechos a que se refiere el artículo 2-2º de la Ley, dichas Asociaciones y Cooperativas gozarán del beneficio de justicia gratuita».*

Termina añadiendo el artículo 18 del Decreto que

*« Las Asociaciones, Federaciones, Confederaciones y Cooperativas representadas en el Consejo de Consumidores y Usuarios, además de disfrutar de los beneficios a los que se refieren los artículos 16 y 17 precedentes, podrán:*

*1. Ejercer las correspondientes acciones en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios, dentro del ámbito territorial y funcional propio de la Asociación. En el caso de que tales acciones se ejerzan ante los Tribunales de Justicia en defensa de los derechos a que se refiere el art. 2.2 de la Ley, dichas Asociaciones gozarán del beneficio de justicia gratuita.*

*2. Iniciar aquellos procedimientos administrativos o procesos judiciales que afecten a los intereses generales de los consumidores, o intervenir en ellos, dentro de su ámbito territorial, en los términos previstos por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley General de Publicidad, y demás normas que reconozcan la legitimación de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios. También en este caso, y con las mismas condiciones que establece la Ley, las Asociaciones podrán disfrutar de justicia gratuita».*

El RD limita así la posibilidad de intervenir en nombre de los consumidores en general y en defensa de sus intereses difusos a las asociaciones integradas en el Consejo de Consumidores y Usuarios que se consideran como las más representativas. Es posible que no exista otra forma coherente de actuar que la de potenciar la seriedad y organización de las asociaciones, máxime con la trascendencia que puede tener el ejercicio de una acción colectiva. El problema radica en si, por esta vía, es posible restringir el derecho constitucional de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva, a la vista de que, por vía reglamentaria, y considerando que el ejercicio de acciones en defensa de los intereses generales de los consumidores es un beneficio que la ley otorga a determinadas asociaciones, se pretende limitar el ejercicio del derecho de acción judicial del resto.

No existe cuestión alguna respecto de las asociaciones que estén inscritas y además representadas en el Consejo de Consumidores y Usuarios. Otra cosa son las acciones ejercitables, pero todas las reconocidas en el ordenamiento, sin excepción, alcanzarían a este tipo de asociaciones, sin que por ello existiera duda alguna respecto de su legitimación procesal.

La cuestión se plantea respecto de las asociaciones no representadas en el Consejo, en cuanto a las acciones colectivas, y a las ni siquiera inscritas, respecto de todas las acciones. La restricción del RD ha sido criticada por la

doctrina, que entendía que un precepto reglamentario no podía limitar un derecho por encima de las disposiciones legales y constitucionales.

También el Tribunal Constitucional en su sentencia, ya citada, 15/1989 de 26 de enero, tras establecer que las normas por las que el legislador puede limitar el acceso a la jurisdicción deben tener carácter legal, no reglamentario, e interpretarse restrictivamente otorga legitimación a todas las asociaciones de consumidores y usuarios que se encuentren legalmente constituidas para la defensa de los intereses colectivos y difusos en los casos contemplados en la norma.

Como hemos visto, actualmente, la Ley de mejora 44/2006 establece el nuevo artículo 20 bis-3º que indica:

*« Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este capítulo son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los consumidores y usuarios.*

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

Visto lo anterior podemos decir que las asociaciones tienen, pues, legitimación para varios tipos de acciones:

#### 1.- Acciones en defensa de los asociados.-

Nos encontramos ante un típico supuesto de legitimación por sustitución, asimilable a los supuestos de representación voluntaria -por el hecho de afiliación- y que se caracteriza por atribuir la titularidad del derecho de acción a quien no es titular, estrictamente, del derecho subjetivo o interés por el que se litiga.

La principal característica de esta legitimación por sustitución es que la asociación no ejercita derechos generales de los consumidores o usuarios, sino que se limita a ejercitar acciones individuales en un mismo proceso en un supuesto de acumulación, con una única diferenciación: la no necesidad de otorgamiento de apoderamiento expreso para ello ni para el ejercicio de una acción única -un sólo consumidor asociado perjudicado- o de varias acciones en un solo proceso acumulables por la identidad sustancial de la pretensión.

Surge entonces la pregunta de si, no obstante, es preciso contar con la autorización del consumidor. A mi juicio la legitimación por sustitución requiere, en cualquier caso, una disposición legal taxativa o, como en este caso, que quede claro que el asociado encuentra el orden jurídico perturbado en lo que a él se refiere. Es evidente que el principio dispositivo del proceso, unido a la característica de este tipo de acciones, obliga a que, por mucho que la asociación quiera, sea el perjudicado quien decida accionar. Además existe un último y poderoso argumento cual es la no extensión de la producción de efectos de cosa juzgada más que a los intervinientes -sustituidos- en el proceso y no al resto, por más que éstos estén asociados en la demandante, lo que prueba que no les afecta la sentencia favorable ni la desfavorable.

## 2.- Acciones en defensa de la asociación.-

Ninguna especialidad tienen estas acciones merecedora de atención. La asociación, como cualquiera otra persona jurídica, acciona en defensa de sus propios intereses. Aquí la asociación no ejercita acciones de sus asociados individualmente, ni los intereses generales de los consumidores y usuarios, sino como cualquier otra corporación los suyos propios.

## 3.- Acciones en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios.-

La inexistencia de las llamadas « *acciones de clase* » del ordenamiento anglosajón en nuestro derecho, reduce considerablemente el acceso colectivo a la justicia civil de los consumidores. Mientras no pueda ejercitarse una acción colectiva que pueda producir -estimada- el resarcimiento de los daños y perjuicios a todos los consumidores, hayan estado o no presentes o representados por una asociación en el pleito, no existirá una protección de los intereses difusos. Es evidente que las pretensiones meramente declarativas y derivadas de la legislación especial afectan al colectivo de consumidores abstractamente considerado. Pero mientras que la acción de uno o varios - implicados normalmente en la lucha por la defensa de los consumidores- no pueda extenderse a quienes no forman parte de este movimiento, incluyendo el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, nuestro ordenamiento seguirá estando limitado al respecto.

La introducción del artículo 11-3º LEC sobre legitimación de las asociaciones para litigar en el caso de los intereses difuso que ya hemos contemplado anteriormente, persigue proteger un interés homogéneo o difuso, en cuanto pertenece a la sociedad o es de interés general (artículo 11-3º y 221 LEC). Con posterioridad podrá pasar a ser individualizado según aparezcan sujetos afectados concretos (artículos antes citados y 519 LEC) o se ejerciten pretensiones normalmente de índole económica en otros procesos ulteriores y sobre la base de la declaración jurisdiccional derivadas, por ejemplo, de una acción de cesación.

Estas asociaciones de consumidores y usuarios del artículo 11-3º constituidas de acuerdo con lo dispuesto en la LGDCU ( artículo 20 bis-3º), tienen atribuidos claros poderes destinados a proteger ese interés general, pudiendo incoar no solo procesos civiles, sino también administrativos y penales.

Con esta regulación la LEC parece haber establecido un sistema intermedio entre las *class actions* del Derecho anglosajón y las restrictivas posibilidades que presenta el sistema continental. Para compatibilizar la indeterminación del número de afectados con la legitimación de estas asociaciones por intereses difusos, la LEC creemos que ha admitido como posible la solicitud por éstas de una pretensión de condena a una indemnización genérica, concretable en fase de ejecución a partir de los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago o instar a la ejecución, señalados en la sentencia (artículo 221-1º segundo párrafo).

Con ello, la asociación pide indemnización económica por el interés general dañado y sólo repercutirá a favor de los miembros que se vean afectados y que se personen a partir de los artículos 15-3º, 221 y 519 LEC.

De esta forma son dos las posibles vías de estimación cuantitativa de la pretensión: por un lado, puede que la asociación pida una cantidad determinada por los criterios que considere oportunos en el caso concreto, por otro, puede que pida una condena a cantidad genérica, solo concretable en virtud de las personas que luego aparezcan.

En conclusión, se defiende un interés general que se traducirá en una pretensión meramente declarativa de ilicitud de una determinada actividad, acompañada de una condena al pago de una indemnización a favor de esos intereses generales afectados, que se irán concretando durante el proceso o que lo harán con posterioridad, lo que obligará en todo caso al Juez a que fije los datos o características que pueden dar lugar a esa indemnización.

### **c) Legitimación pasiva.-**

La legitimación pasiva se encuentra directamente relacionada con el objeto sobre el que versee el proceso. En puridad, legitimado pasivo será aquel causante del perjuicio que se pretende cesar, rectificar o indemnizar.

Normalmente será un empresario cuya actividad comercial puede ser perjudicial para los consumidores y usuarios de un servicio.

## 5.- Cuestiones relativas a la competencia en los procedimientos de consumo.-

No cabe duda de que las cuestiones relativas a los consumidores y usuarios ( con excepción a las constitutivas de infracción penal en las que no vamos a entrar) deben ser resueltas por la jurisdicción civil ( artículo 22-4º LOPJ) y, en cuanto a la competencia objetiva se refiere, por los Juzgados de 1ª instancia ( artículo 85-1º LOPJ).

De forma general, la determinación del órgano competente por razón del territorio para conocer de un concreto litigio del orden jurisdiccional civil viene atribuida a la libre disposición de las partes ejercitada por medio del denominado fuero convencional. Ahora bien, no es menos cierto que la tendencia legislativa en los últimos tiempos ha supuesto la paulatina restricción de las facultades dispositivas en la fijación del juez territorialmente competente y la correlativa atribución al juez de facultades de apreciación *ex officio* de su propia competencia.

Así el legislador, en determinadas relaciones jurídicas sustantivas en las que presumía un desequilibrio entre las partes ha venido restringiendo la eficacia de los pactos sobre el fuero. Esta tendencia iniciada en la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, se ha visto confirmada por la Ley de 17 de julio de 1965, de venta de bienes muebles a plazos, la Ley de 8 de octubre de 1980 sobre contrato de seguro, la Ley de 23 de marzo de 1995, de crédito al consumo, o la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

A todo ello debe añadirse la LGDCU, al proclamar que toda cláusula o estipulación general contenida en un contrato concertado con cualquiera de éstos debe cumplir los requisitos de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, lo que, entre otras cosas, excluye las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen, de manera desproporcionada o no equitativa, al consumidor o usuario, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de aquéllos. De la misma manera, también debemos referirnos a la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, y su transposición al ordenamiento español realizada por la Ley 7/1998, a partir de la que debe reputarse abusiva, sin duda alguna en Derecho de consumo español, toda cláusula que contenga *«la previsión de pactos de sumisión expresa a juez o tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación, o aquel en que se encuentre el bien si fuera inmueble»*.

Vemos, de esta manera, como el legislador, desde antiguo, ha venido restringiendo la posibilidad de que las partes, voluntariamente, determinen el tribunal territorialmente competente ante el riesgo de extralimitación contractual en perjuicio de la parte más débil en el negocio jurídico, con la consiguiente restricción de las facultades dispositivas y el establecimiento de normas imperativas para la determinación de la competencia territorial. Pero puede apreciarse también, como el legislador ha suprimido la práctica totalidad de las normas sobre competencia territorial contenidas en leyes especiales, para integrarlas, como fueros legales imperativos, en su propio articulado, poniendo fin al caótico entramado procesal que en dichos textos se preveía.

De esta manera el artículo 54-2º LEC, que afecta a los contratos celebrados con consumidores y usuarios, dispone que *«no será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios»*.

Con esta norma se supera la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo dando cobertura legal a su última interpretación más proteccionista y acorde con la normativa europea que indica, claramente, la necesidad de no atender a aquellos supuestos de sumisión expresa cuando vayan en un claro perjuicio del contratante más débil. En efecto, si una sociedad o empresa tiene implantación de ámbito nacional o supranacional para poder desarrollar su actividad mercantil, está obligada a tener la misma implantación a nivel jurídico, esto es, a la hora de contratar no puede obligar a sus clientes a una sumisión que les pudiera hacer litigar en lugar diferente al que contempla de forma genérica la ley ritual, ya que ello supondría una clara ventaja para la entidad mercantil y el consiguiente perjuicio para el consumidor o usuario de sus servicios.

Como hemos tenido ocasión de comentar, el artículo 54-2º LEC priva de validez la sumisión expresa en contratos de adhesión, que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios, pero lo que se está prohibiendo por este precepto es la sumisión expresa, es decir, la pactada por los interesados designando con precisión la circunscripción a cuyos tribunales se sometieren, no así la tácita, y ello en la medida en que lo que se pretende evitar es que la sumisión a un determinado tribunal haya sido predispuesta por una parte e impuesta a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarla, hacer contraofertas ni modificarla, sino simplemente aceptar o no, manteniéndose la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato), pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente).

Al privarse de validez la sumisión expresa en este tipo de contratos o negocios jurídicos y permitirse el sometimiento a un determinado tribunal tácitamente, a falta de ésta, resulta necesario determinar qué concreto órgano judicial va a configurarse como competente territorialmente para conocer de los posibles litigios que se deriven de tales relaciones jurídicas, partiendo de que, en defecto de sumisión expresa o tácita, la competencia vendrá determinada por las reglas legales atributivas de la competencia territorial previstas por los artículos 50 a 52 LEC, y teniendo en cuenta, además, que en determinados supuestos, como establece el propio artículo 54-1º LEC, no será posible ni tan siquiera determinar la competencia territorial mediante sumisión tácita por venir fijada ésta por normas de carácter imperativo, como ocurre en los procesos en los que se ejercite la acción de cesación en defensa de intereses, colectivos o difusos, de consumidores y usuarios (artículo 52-1-16.º LEC<sup>12</sup>).

---

<sup>12</sup> « En los procesos en los que se ejercite la acción de cesación en defensa de los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios, será competente el Tribunal del lugar donde el demandado tenga un establecimiento, y, a falta de éste, el de su domicilio; si careciere de domicilio en territorio español, el del lugar del domicilio del actor».

Si lo que se suscita es un litigio sobre una materia a la que no es de aplicación ninguna de las reglas legales imperativas del artículo 52 LEC y, como ya manifestamos, no siendo posible sumisión expresa en los contratos celebrados con consumidores y usuarios, a falta de sumisión tácita, presupuesto necesario del que ha de partirse en este caso, serán de aplicación los fueros legales generales que prevén los artículos 50 y 51 LEC que disponen:

*«Artículo 50. Fuero general de las personas físicas.-*

*1. Salvo que la Ley disponga otra cosa, la competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio del demandado y si no lo tuviere en el territorio nacional, será Juez competente el de su residencia en dicho territorio.*

*2. Quienes no tuvieren domicilio ni residencia en España podrán ser demandados en el lugar en que se encuentren dentro del territorio nacional o en el de su última residencia en éste y, si tampoco pudiera determinarse así la competencia, en el lugar del domicilio del actor.*

*3. Los empresarios y profesionales, en los litigios derivados de su actividad empresarial o profesional, también podrán ser demandados en el lugar donde se desarrolle dicha actividad y, si tuvieren establecimientos a su cargo en diferentes lugares, en cualquiera de ellos a elección del actor».*

*« Artículo 51. Fuero general de las personas jurídicas y de los entes sin personalidad.-*

*1. Salvo que la Ley disponga otra cosa, las personas jurídicas serán demandadas en el lugar de su domicilio.*

*También podrán ser demandadas en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad».*

No existirá ninguna posibilidad de sumisión tácita cuando nos encontremos ante alguna de las materias a las que se refieren las diversas reglas del artículo 52-1 LEC, en tanto en cuanto pueda suscitarse en la materia de la que versan un litigio en el que intervengan consumidores o usuarios. Así podemos destacar:

- En materia de derechos reales sobre bienes inmuebles.- Litigios posibles respecto de contratos celebrados con consumidores y usuarios que tengan por objeto la adquisición de una vivienda o cualquier otro bien inmueble, en cuyo caso la competencia territorial vendrá atribuida *«al tribunal del lugar donde esté sita la cosa litigiosa y, cuando la acción real se ejercite sobre varias cosas inmuebles o sobre una sola que esté situada en diferentes circunscripciones, será tribunal competente el de cualquiera de éstas, a elección del demandante».*

- En materia de arrendamientos de inmuebles y desahucios.- No se puede negar que el arrendatario es un consumidor. En este caso, se atribuye la competencia territorial al tribunal del lugar en el que se encuentra la finca, sin que en este supuesto, al contrario de lo que ocurría en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles, se resuelva sobre el supuesto en que la finca arrendada se encuentra situada en diversas circunscripciones, debiendo

entender, al igual que allí, que el actor podrá elegir entre los jueces y tribunales de las diversas circunscripciones sobre las que se sitúe.

- En materia de competencia desleal.- En estos será competente *«el tribunal del lugar en que el demandado tenga su establecimiento y, a falta de este, su domicilio o lugar de residencia, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal, o donde se produzcan sus efectos, a elección del demandante»*.

- En materia de patentes y marcas.- En los litigios en esta, será competente *«el tribunal que señale la legislación especial sobre la materia»*, según dispone el artículo 52-1-13.º LEC, legislación especial que se concreta en la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, y en la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas. Esta última establece, en su artículo 40, que *«las normas contenidas en el Título XIII de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, serán de aplicación en todo aquello que no sea incompatible con la propia naturaleza de las marcas»*, estableciendo el artículo 125-2º de la Ley de Patentes (precepto contenido en su Título XIII), que *«será competente para conocer de los litigios que puedan surgir al amparo de la presente ley, el Juez de Primera Instancia de la ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente al domicilio del demandado, pudiendo ser designado uno, con carácter permanente, donde hubiere varios, por el órgano judicial competente»*.

Puede apreciarse como el legislador, en este caso, no ha resuelto definitivamente la determinación de la competencia territorial para aquellos supuestos en los que el demandado carece de domicilio en España, siendo lógico que, en tal caso, se esté a lo establecido por los artículos 50 y 51 LEC.

- En materia de condiciones generales de la contratación.- En este supuesto, *«será competente el tribunal del domicilio del demandante, teniendo en cuenta, que si se ejercitan las acciones declarativas, de cesación o de retractación, será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, el de su domicilio o, si careciera de éste en el territorio español, el del lugar en que se hubiera realizado la adhesión»*.

- Excepciones del artículo 52-2 LEC: seguros, ventas a plazos y prestación de servicios.- Si el litigio lo fuera en materia de seguros, ventas a plazos de bienes muebles corporales y contratos destinados a su financiación, así como en materia de contratos de prestación de servicios o relativos a bienes muebles cuya celebración hubiera sido precedida de oferta pública y no resultara de aplicación ninguna de las normas del artículo 52-1º LEC, tampoco sería posible determinar la competencia territorial por sumisión expresa o tácita, por venir determinada ésta, en dichos supuestos, mediante una norma de carácter imperativo prevista por el artículo 52-2º LEC, norma que atribuye la competencia territorial *« al tribunal del domicilio del asegurado, comprador o prestatario o el tribunal del domicilio de quien hubiere aceptado la oferta, respectivamente»*.

- Materias que deban tramitarse por juicio verbal.- El artículo 54-1º LEC imposibilita también toda modalidad de sumisión, como medio de determinación de la competencia territorial, en los asuntos que deban decidirse por juicio verbal, como veremos en la pregunta siguiente.

- Otras excepciones previstas por la ley.- Por último, el artículo 54-1º LEC se refiere a la imposibilidad de determinar la competencia territorial por sumisión



expresa o tácita respecto de todos aquellos supuestos en los que la propia LEC o cualquier otro texto legal atribuya expresamente carácter imperativo. Así, si bien no es posible encontrar supuestos en los que textos legales diversos de la LEC atribuyan carácter imperativo a las normas de determinación de la competencia territorial, por haber sido derogadas todas por la propia LEC, sí encontramos en esta última determinados supuestos, ya reflejados en un momento anterior, que pueden resultar de relevancia cuando de consumidores y usuarios se trate. Nos estamos refiriendo, concretamente, al proceso monitorio y al juicio cambiario.

Así, es posible que, en la celebración de un contrato, un consumidor o usuario disponga a su favor de una deuda dineraria, vencida y exigible, como consecuencia del suministro de un bien o de la prestación de un servicio cuyo precio haya sido abonado por éste sin haber obtenido contraprestación alguna o que, al contrario, prestado el servicio o suministrado el bien, el consumidor o usuario no proceda a abonar su precio.

En tales supuestos, bien el prestador o bien el consumidor o usuario, si la deuda no excede de treinta mil euros, siempre que la misma pueda acreditarse por medio de alguna de las formas previstas por el artículo 812 LEC, podrá instar procedimiento monitorio, en cuyo caso, será competente territorialmente, en exclusiva, el *«Juez de Primera Instancia del domicilio o residencia del deudor, si no fueren conocidos, el del lugar en que el deudor pudiera ser hallado a efectos del requerimiento de pago por el tribunal (...)»*.

De la misma manera, es posible que el pago de la compra de un bien o de la prestación de un servicio se satisfaga por medio de la entrega de cheque, pagaré o letra de cambio y, en consecuencia, que sea posible instar la celebración de juicio cambiario. En tal supuesto, y como determina el artículo 820 LEC, corresponderá conocer al *«Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado»*, y *«si el tenedor del título demandare a varios deudores cuya obligación surge del mismo título, será competente el domicilio de cualquiera de ellos, quienes podrán comparecer en juicio mediante representación independiente»*.

Para terminar una anotación sobre la competencia funcional, ya que, si bien en la mayor parte de los casos esta se ubicará en la jurisdicción civil ordinaria ( Juzgados de 1ª instancia) en algunos deberemos tener en cuenta la actual existencia de los Juzgados de lo Mercantil.

Así el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a estos *« las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado»*, así como, *«las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad»* y, por último, *« las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia»*.

Por lo que, en estos casos, los competentes serán los Juzgados de lo Mercantil.

## **6.- Procedimiento a seguir.-**

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil simplifica el número de procesos, regulando dos procesos declarativos, el ordinario y el verbal, de manera que el ejercicio individual por el consumidor de los derechos que las diferentes leyes sustantivas le reconocen, se ejercerán de acuerdo con las normas generales lo que implica que deberá interponerse la correspondiente demanda por el declarativo que corresponda en función de la cuantía del interés económico del proceso (artículo 248) o bien a través del juicio ordinario en los supuestos específicos de demandas sobre competencia desleal, publicidad o condiciones generales de contratación (artículo 249-1,4º y 5º LEC), dado que la Ley de Enjuiciamiento Civil ha derogado las previsiones procesales de las citadas leyes especiales, unificando de esta forma la tramitación dentro del ámbito objetivo único de la ley procesal.

Por el contrario, se tramitarán por juicio verbal las que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios ( artículo 250-1-12º LEC).

No obstante, la generalidad de los procesos de consumidores, por la propia cuantía del interés económico se conocerá ante los tribunales a través del juicio verbal. El mismo tiene un trámite rápido y muy sencillo, pudiendo ser interpuesto por el propio consumidor sin necesidad de Abogado y Procurador en todos aquellos casos en los que la reclamación sea inferior a 900 €. Dicho proceso además podrá formular el consumidor su demanda en unos impresos normalizados que se encuentran en los Decanatos de los Juzgados, siempre que su reclamación sea inferior a los citados 900 €, tal como indica el artículo 437-2º LEC, facilitando de esta forma el acceso del consumidor a la justicia, al recoger tales impresos el contenido necesario para la admisión a trámite de la demanda planteada.

Señala la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su apartado VII que no se ha creado «un proceso o procedimiento especial» para la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios, aunque sí normas especiales en «los lugares oportunos».

De esta forma el proceso para la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios no escapa a esa finalidad unificadora y simplificadora perseguida por el legislador, y quizás por ello sus especialidades aparecen dispersas en la LEC. Una labor de «rastreo» a lo largo de la misma permite encontrar los preceptos que regulan las diferentes especialidades de este proceso: capacidad para ser parte (artículo 6-7º), comparecencia en juicio (artículo 7-7º), legitimación (artículo 11), publicidad e intervención (artículo 15), acumulación de procesos (artículo 78-4º), contenido de la sentencia (artículo 221), efectos de la sentencia (artículo 222-3º) y determinación en fase de ejecución de los concretos consumidores y usuarios beneficiados por la sentencia (artículo 519). A ello ha de añadirse la Disposición Final Sexta, en virtud de la cual la normativa prevista para consumidores y usuarios se aplica también a los adherentes de condiciones generales de la contratación, y la referencia a las asociaciones de consumidores y usuarios se hace extensiva

también a las entidades legitimadas en el artículo 16 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Ante el amplio número de especialidades previstas en relación con la tutela de los consumidores y usuarios, la primera cuestión que cabe plantearse es si, más que ante un proceso declarativo ordinario con especialidades, nos encontramos ante un verdadero proceso especial. En segundo término, es preciso preguntarse si, atendiendo igualmente a la incidencia de esas especialidades, no hubiera sido más apropiado agruparlas todas en un capítulo específico para la tutela de los consumidores y usuarios.

a) **¿ Estamos ante un verdadero procedimiento especial?.-** En cuanto a la primera cuestión, ha de advertirse que la calificación de un proceso como especial no depende necesariamente del mayor o menor número de especialidades procesales que incluya el legislador en su tramitación. No siempre resulta sencillo determinar cuándo estamos ante un proceso especial o simplemente ante un proceso con especialidades, pues no hay expresos criterios legales para ello, y la doctrina tampoco se ha pronunciado al respecto de manera unánime. Podría decirse que, en última instancia, calificar a un proceso como especial u ordinario con especialidades depende del significado que se dé o se quiera dar a esos conceptos.

Si aplicamos el criterio asumido por gran parte de la doctrina, estaríamos ante un proceso especial cuando la adecuación de procedimiento viene determinada por razón de la materia, mientras que el proceso ordinario -con o sin especialidades- sería *«aquel creado para resolver, no materias específicas, sino cualquier tipo de materia litigiosa»*. Por tanto, si no existe una norma que determine la atribución de procedimiento por razón de la materia, estaremos ante un proceso ordinario, con o sin especialidades, cuyo cauce procesal quedará fijado en función de la cuantía.

Ni en el artículo 249 LEC (ámbito del juicio ordinario) ni en el artículo 250 (ámbito del juicio verbal) se alude a la tutela de los consumidores y usuarios, por lo que, en ausencia de regla específica, si aplicamos el criterio recién mencionado podemos calificar los procesos de consumidores y usuarios como proceso declarativo ordinario con especialidades, cuyo procedimiento adecuado se fijará en función de la cuantía.

Siguiendo ese mismo criterio, sin embargo, estaríamos ante un proceso especial cuando el proceso instado para la defensa colectiva de los consumidores y usuarios verse sobre condiciones generales de la contratación, siendo aplicables las mismas especialidades, en la medida en que para esta materia sí hay una norma específica que indica que la tramitación que corresponde en todo caso, y con independencia de cuál sea la cuantía, es la del juicio ordinario (artículo 249-1-5º LEC).

Al margen de las consideraciones anteriores, si nos atenemos a la terminología utilizada por la LEC 1/2000, en la cual el término de proceso *«especial»* se reserva para aquellos procesos en los que no rige -o no rige plenamente- el principio dispositivo (procesos en materia de capacidad, filiación, matrimoniales, etc...) llegamos a una conclusión diversa: que todos los procesos en materia de tutela colectiva de consumidores y usuarios, se refieran

o no a condiciones generales de la contratación, han de ser considerados como procesos declarativos ordinarios con especialidades.

b) **¿ Debieron agruparse todas las especialidades en un solo capítulo?.-** Por lo que se refiere a la sistemática legal en materia de tutela de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, como ya se ha señalado, el legislador opta por aludir a sus especialidades en cada uno de los «*lugares oportunos*». A la vista de las múltiples especialidades que van apareciendo a lo largo del articulado de la LEC, inevitablemente el intérprete se plantea si no hubiese sido más conveniente agrupar esa normativa dispersa en un mismo capítulo, para dar una visión completa del proceso en materia de consumidores y usuarios.

A mi entender, la opción de la LEC vigente de no incluir un apartado o un capítulo específico que reúna todas las especialidades en materia de tutela del Derecho de consumo es tan válida como su contraria. No existe una pauta preestablecida que exija una sistemática legal concreta, y es plenamente admisible que el legislador haya preferido no resaltar las especialidades procesales de estos procesos, sino hacer referencia a ellas al regular cada una de las instituciones procesales.

No obstante lo anterior, es también cierto que la sistemática legal debe tender a facilitar la aplicación de la ley. Y, sin duda, la adoptada por el legislador poco ayuda en la búsqueda de la norma aplicable, pues obliga a realizar una incómoda labor de «reconstrucción» de este proceso. Quizás esa dispersión obedece al deseo de no crear un «proceso especial», tal y como se señala en la Exposición de Motivos. Pero, como ya se ha visto más arriba, el carácter ordinario o especial de un proceso no depende de la ubicación sistemática de sus normas, por lo que, en aras de la comodidad y de la racionalización, tal vez hubiese sido preferible una unificación sistemática de este tipo de procesos, que habría evitado a los aplicadores de la LEC la continua labor de «reconstrucción» procesal.

Es en esta determinación del procedimiento adecuado por razón de la materia donde debe situarse la novedad introducida por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, texto legal por el que se adiciona un punto 12.º al apartado 1 del artículo 250 LEC, según el cual, las demandas que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, deberán tramitarse por juicio verbal y, en consecuencia, resultando aplicable la prohibición contenida por el artículo 54-1º LEC respecto de la determinación de la competencia territorial por sumisión expresa o tácita. Para tales supuestos, la propia Ley 39/2002 ha introducido un punto 16.º en el artículo 52-1º LEC, conforme al cual, «*en los procesos en los que se ejercite la acción de cesación en defensa de los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios, será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga un establecimiento y, a falta de éste, el de su domicilio; si careciere de domicilio en territorio español, el del lugar del domicilio del actor*».

Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que el ejercicio de la acción de cesación en defensa de intereses colectivos o difusos de consumidores y

usuarios, es posible en materia de competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual, publicidad y condiciones generales de la contratación. Así, para el conocimiento de todas estas materias, siempre que la reclamación no verse exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad o no se ejercite acción de cesación, el procedimiento adecuado será el juicio ordinario y, en consecuencia, no quedarán sujetas a la prohibición de sumisión que afecta a las materias que deben tramitarse por juicio verbal, salvo que, como ocurre en materia de competencia desleal, patentes, marcas y condiciones generales de la contratación, se encuentren contenidas en las reglas 1.º y 4.º a 15.º del artículo 52-1 LEC, puesto que, en este último supuesto, tampoco será posible determinar la competencia territorial por voluntad de las partes tal como ya hemos contemplado.

Pero, además, conforme determina el artículo 250-2º LEC, si el litigio no tiene por objeto ninguna de las materia señaladas en su primer apartado, entrará en juego el criterio de la cuantía a los efectos de determinar el procedimiento adecuado, decidiéndose por el juicio ordinario «*las demandas cuya cuantía exceda de tres mil euros y aquéllas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo*» (artículo 249-2º LEC) y, por juicio verbal, «*las demandas cuya cuantía no exceda de quinientas mil pesetas*» (artículo 250-2º LEC). Así, la cuantía de tres mil euros servirá de límite, puesto que por encima será procedente el juicio ordinario y, por debajo, el verbal.

En consecuencia, es posible que, en materia de competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual, publicidad y condiciones generales de la contratación, ejercitada exclusivamente una pretensión de reclamación de cantidad, la cuantía del procedimiento (determinada, conforme a lo dispuesto por el artículo 251-1ª LEC, por la reclamada) sea inferior a tres mil euros, en cuyo caso resultará procedente para su tramitación el juicio verbal y aplicable, en consecuencia, la prohibición de sumisión expresa o tácita como modalidad de determinación de la competencia territorial contenida por el artículo 54-1º LEC *in fine*, aunque a pesar de tales afirmaciones, debemos tener en cuenta que, aunque la cuantía fuera superior a tres mil euros y, en consecuencia, procedente el juicio ordinario, también en este caso las demandas formuladas en materia de competencia desleal, patentes, marcas y condiciones generales de la contratación, encontrarían la prohibición del artículo 54-1º LEC, respecto de las reglas 1.ª y 4.ª a 15.ª del artículo 52-1 LEC.

Atendiendo a la peculiaridad de las acciones colectivas aludidas en esos preceptos, resulta plenamente acertado que el procedimiento adecuado se determine al margen del criterio de la cuantía. Y ello porque con esa previsión legal se contribuye a dotar de eficacia al proceso: de un lado se evitan posibles impugnaciones de la inadecuación de procedimiento, y de otro lado se ahorra al actor la engorrosa tarea de valorar el interés económico en juego. Teniendo en cuenta que en este tipo de procesos colectivos no se debate la existencia de una relación jurídica concreta (aunque pueda tener repercusiones en una diversidad de contratos individuales y en el proceso colectivo puedan intervenir los diferentes consumidores afectados), ni se ejercita -como regla general- una pretensión pecuniaria individualizada, la siempre difícil tarea de cuantificar la demanda deviene en estos casos imposible.

En lo que hace referencia a la valoración de la cuantía, digamos que no existe para el ámbito de los procesos plurisubjetivos en materia de derechos de consumidores y usuarios una regla de cuantificación específica, pues el criterio depende de si estamos ante una pluralidad de objetos o si las pretensiones de cada uno de los consumidores o usuarios demandantes son coincidentes. Para determinar la cuantía serán de aplicación expresamente las reglas 1ª, 2ª, 6ª y 7ª del artículo 252 LEC. Este artículo establece las siguientes reglas:

*«1ª.- Cuando en la demanda se acumulen varias acciones principales, que no provengan de un mismo título, la cuantía de la demanda vendrá determinada por la cuantía de la acción de mayor valor. Idéntico criterio se seguirá para el caso de que las acciones estén acumuladas de forma eventual.*

*2ª.- Si las acciones acumuladas provienen del mismo título o con la acción principal se piden accesoriamente intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumuladas. Pero si el importe de cualquiera de las acciones no fuera cierto y líquido, sólo se tomará en cuenta el valor de las acciones cuyo importe si lo fuera.*

*Para la fijación del valor no se tomarán en cuenta los frutos, intereses o rentas por correr, sino sólo los vencidos. Tampoco se tomará en cuenta la petición de condena en costas. (...)*

*6ª. La concurrencia de varios demandantes o de varios demandados en una misma demanda en nada afectará a la determinación de la cuantía, cuando la petición sea la misma para todos ellos. Lo mismo ocurrirá cuando los demandantes o demandados lo sean en virtud de vínculos de solidaridad.*

*7ª. Cuando la pluralidad de partes determine también la pluralidad de las acciones afirmadas, la cuantía se determinará según las reglas de determinación de la cuantía que se contienen en este artículo.»*

Naturalmente, la cuantía del proceso en materia de consumidores y usuarios dependerá de cuál sea la acción que se ejercita y lo que se pida. De ordinario, sin embargo, puede afirmarse que en la práctica la propia dificultad de valorar el interés económico en los procesos de consumidores y usuarios nos conducirá al juicio ordinario. Esto sucederá especialmente cuando se trate de la tutela de los intereses difusos, y en la demanda no se incluya una pretensión de condena concreta: por ejemplo, que se solicite la retirada del mercado de un medicamento lesivo para la salud. Conforme a los artículos 249-2º y 253-3º LEC, de carecer el objeto del proceso de interés económico o de resultar imposible calcularlo *«ni siquiera de modo relativo»*, la demanda se sustanciará por los cauces del juicio ordinario.

No obstante, a la vista de las normas contenidas en el artículo 252 LEC conviene precisar si es posible que estas demandas colectivas lleguen a tramitarse a través del cauce del juicio verbal.

Si partimos de lo dispuesto en la regla sexta del artículo 252 LEC, en los supuestos en que una pluralidad de consumidores y usuarios se ven afectados por un mismo hecho lesivo, si *«la petición es la misma para todos ellos»*, el hecho de que exista en el proceso una pluralidad de sujetos (ya sea como demandantes o como demandados), no incidirá en la cuantía del proceso. Ha de destacarse que para la aplicación de esta regla no es suficiente con que el

*petitum* de los diferentes consumidores y usuarios (o asociaciones o entidades legitimadas) sea coincidente, sino que este precepto contempla el supuesto de litisconsorcio necesario, es decir, la regla se aplica cuando esas peticiones se basen en el mismo título y el pronunciamiento sea inescindible. También se aplicará a aquellos casos en que, a pesar de estar legitimada una pluralidad de sujetos, el objeto del proceso es único, pues el hecho de que actúe una pluralidad de legitimados no afecta al interés económico del proceso (ejemplo, la exigencia de incluir en las cajetillas de tabaco determinadas advertencias, para cuya acción pueden estar legitimadas y representadas en el proceso diversas asociaciones).

Cuando una pluralidad de consumidores y usuarios se haya visto afectada por un mismo «hecho dañoso», y junto al grupo o junto a la asociación se constituyen en parte diferentes consumidores afectados por el hecho lesivo, considero que será de aplicación lo previsto en la regla séptima, pues en ese caso «*la pluralidad de partes determina la pluralidad de acciones*». Cuando no estamos ante la defensa colectiva de un interés supraindividual, sino ante la defensa de un interés plurisubjetivo, para el cual, en principio, tendría legitimación individual cada uno de los consumidores (por ejemplo, en el supuesto de una pluralidad de afectados por la transfusión de sangre contaminada en el ámbito de la sanidad pública), la pluralidad subjetiva implica también una pluralidad objetiva de acciones; de manera que para cuantificar la demanda serán de aplicación las reglas primera y segunda de ese mismo precepto.

Surge entonces una nueva cuestión: si el hecho de que una pluralidad de consumidores o usuarios se haya visto afectada por un mismo hecho lesivo -en igual o diversa medida- permite afirmar que las acciones de cada uno de los consumidores o usuarios afectados «*provienen del mismo título*». Es importante precisar la respuesta, pues de ella depende la regla de cuantificación que ha de aplicarse: se sumará la cuantía de cada una de las acciones si se considera que provienen del mismo título (artículo 252-2<sup>a</sup>); mientras que la cuantía quedará determinada por la acción de mayor valor en caso de que las diversas acciones no procedan del mismo título (artículo 252-1<sup>a</sup>).

Para responder adecuadamente a esa cuestión, conviene recordar que el término «título» siempre se ha entendido como equivalente a la *causa petendi*, la razón o fundamento de la pretensión que se ejercita, la cual se define como la situación de hecho jurídicamente relevante sobre la que se funda la tutela solicitada. En este sentido, el conjunto de hechos que fundamentan la pretensión de cada uno de los sujetos afectados, a pesar de que presenten importantes analogías, similitudes y elementos de conexión, no constituye una identidad fáctica: el hecho histórico que funda la pretensión indemnizatoria de cada uno de los consumidores afectados es diferente, aunque exista identidad en el hecho que los originó. De ahí que, en puridad de términos, en un proceso colectivo instado para la defensa de intereses plurisubjetivos -que corresponden individualmente a cada uno de esos sujetos-, si actúa una pluralidad de partes, sería de aplicación el artículo 252-2<sup>a</sup> LEC: la cuantía del proceso vendría determinada por la acción de mayor valor.

De exigirse en sentido estricto la «identidad de título», podría llegar a darse la paradójica circunstancia de que en un proceso en el que, por ejemplo, 200

consumidores solicitaran una indemnización de 600 € cada uno por los daños que les ocasionó el consumo de un determinado producto alimenticio, se sustanciara a través del juicio verbal. En la medida en que la ingesta de ese producto y la producción de los daños no se integran en la misma causa de pedir, la valoración económica del proceso se fijaría en función de la acción de más valor (esos 600 €). Lo cual generaría la indeseable consecuencia de que un proceso con un indudable interés económico sería sustanciado a través del juicio verbal, e incluso sin la intervención preceptiva de abogado y procurador. Sin duda, sería mucho más conforme con el derecho de defensa de las partes que, a efectos de la determinación del procedimiento y de la intervención de abogado y procurador, el criterio de valoración aplicable fuera el del artículo 252-1º LEC -suma del valor de las diversas acciones-, si bien esto podría tener consecuencias no deseadas en relación con la tasación de las costas.

En lo que hace referencia a la acumulación objetiva podemos reflejar lo expuesto en la sentencia de 28 de julio de 2003 del Juzgado de 1ª instancia número uno de los de Córdoba en el llamado caso *Gas Natural* que hoy se encuentra pendiente de recurso de casación:

*« Comenzando por la alegación de la parte demandada relativa a la supuestamente indebida acumulación de acciones, porque considera que el juicio verbal es sólo adecuado para el ejercicio de la acción de cesación, pero no para la reclamación de devolución de las cantidades indebidamente cobradas, debe tenerse en cuenta que el párrafo segundo del artículo 12-2º de la Ley de Condiciones Generales de Contratación establece que “ a la acción de cesación podrá acumularse, como accesorio, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia”. Como consecuencia de ello, y partiendo de la base de que nos encontramos ante un supuesto de determinación del tipo de juicio por la materia ( artículo 250-12º LEC) y no por la cuantía, la acumulación de una acción que la propia ley califica como accesorio no puede impedir que se decida el conjunto de la pretensión en un solo juicio, pues de hacerlo así, se contravendría, o bien la voluntad legal de utilizar el juicio verbal, o bien la posibilidad también legal de acumular, aun de modo accesorio, ambas pretensiones. Es decir, si el legislador ha configurado expresamente el juicio verbal como el adecuado para este tipo de reclamaciones, debe considerarse que todas las pretensiones relacionadas con la acción de cesación debe ventilarse en este juicio, siendo aplicable lo previsto en el artículo 438-3-1ª LEC, conforme al cual, en este tipo de procedimientos procederá la acumulación de acciones basadas en unos mismos hechos, siempre que proceda en todo caso el juicio verbal ( procedencia del juicio verbal que, en este caso, y después de la entrada en vigor de la Ley 39/2002 se produce ex lege)».*

En cuanto a **la intervención de abogado y procurador** en estos procesos debemos atenernos a lo dispuesto en los artículos 23 y 31 LEC, en los que se sienta la regla general de que su intervención es preceptiva siempre, salvo que expresamente se diga lo contrario.

En relación con los juicios declarativos ordinarios, la excepción principal es la contenida en los artículos 23-2-1º y 31-2-1º LEC, que con idéntica



redacción establecen que se exceptúa la intervención preceptiva de procurador y abogado, respectivamente, en:

*«1º Los juicios verbales cuya cuantía no exceda de novecientos euros y la petición inicial de los procedimientos monitorios, conforme a lo previsto en esta Ley».*

De la lectura de este precepto, cuya redacción podía desde luego haber sido más precisa, puede concluirse que sólo se exige de la preceptiva intervención de abogado y procurador en los casos en que la tramitación del juicio verbal viene determinada por razón de la cuantía y ésta no supera los 900 €. En definitiva, el criterio utilizado para cuantificar la demanda, con las dificultades que ello entraña, será el que permita calificar de preceptiva o facultativa la intervención de abogado y procurador en los procesos en materia de tutela de consumidores y usuarios (salvo, claro está, los que se enmarcan en el ámbito del artículo 249-1-4º y 5º LEC).

En los procesos de consumo se producen también importantes problemas en **la práctica de la prueba y en la carga de la misma**.

En el proceso civil rige el principio de aportación de parte y las facultades judiciales quedan muy limitadas a la hora de poder intervenir en la prueba a practicar, hasta el punto que en los juicios verbales no es admisible la práctica de diligencias finales que puedan suplir omisiones probatorias. Es cierto que la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que se acuda al acto del juicio verbal con las pruebas de las que intente valerse la parte que asista, pero ello, por más advertencias que se hagan en la citación a juicio al consumidor, normalmente no suele ocurrir, y aun cuando comparezca con ellas en ocasiones no sabe como debe actuar en el juicio.

Es común que con la demanda (por falta de advertencia o por desconfianza) no se aporten los documentos originales (facturas, albaranes, contratos) en los que se funde la reclamación y se aparezca con ellos en el acto del juicio, con la consiguiente impugnación por el demandado. El consumidor desconoce los efectos de la impugnación de los documentos que aporta e incluso las posibilidades de impugnación de los documentos aportados de contrario. Si se solicita el interrogatorio de parte, no puede exigirse al consumidor en ningún caso que la práctica de dicho interrogatorio se ajuste a las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se desconoce la fuerza de la prueba testifical y surgen los mismos problemas a la hora de interrogar al propio testigo. No siempre se traen al juicio todos los documentos necesarios e incluso a veces no se aportan los propios objetos del servicio o compra defectuosos. La práctica de las periciales es muy costosa y es desconocido habitualmente por el consumidor individual cuando puede solicitar la misma. Todas estas cuestiones, junto con los propios principios del proceso civil ya señalados, no cabe duda alguna que dificultan el proceso, no sólo para el consumidor sino también para la defensa del demandado, creando una situación de inseguridad en la que el juez tiene poco margen de maniobra. Esto hace que la asistencia profesional se transforme en imprescindible, si bien la no necesidad de la misma en determinados casos como ya hemos visto, impide el acceso a la justicia gratuita del consumidor con los problemas que ello comporta. Por ello, resulta conveniente la organización por las asociaciones de consumidores de asesorías jurídicas que faciliten asistencia

letrada a los consumidores y usuarios, a lo que debe unirse una cierta actitud antiformalista del juzgador en el margen que las leyes le permitan.

En cuanto a la carga de la prueba esta produce efectos en dos momentos distintos y con referencia a diferentes sujetos:

1º.- Con relación al tribunal sirve para que en el momento de dictar sentencia y ante un hecho no probado, decida cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de esa falta de prueba.

2º.- Respecto de las partes la doctrina sirve, en la fase probatoria del proceso, para que sepan quién debe probar un hecho.

El artículo 217-2º y 3º LEC nos dice lo que es la regla de la carga de la prueba en su enunciación general. La asumen, para los hechos constitutivos, el demandante y demandado reconviniente y para los impeditivos, extintivos o excluyentes, el demandado y el actor reconvenido.

Pero enseguida, en concreto en el apartado 4 de ese mismo artículo 217, se establece una norma específica para los procesos sobre competencia desleal y publicidad ilícita, que va a afectar de lleno a las pretensiones de consumo. En ellos: *«corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente»*.

Se opera así una verdadera inversión de la carga de la prueba, puesto que la falta de prueba de los hechos constitutivos que describe la norma, afectará negativamente a la parte demandada y no a la demandante, como sería preceptivo en aplicación de la regla general. Obsérvese como este apartado del artículo 217 LEC supone una especificación del criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria, en virtud del cual se pone de manifiesto que es necesario distribuir la carga de la prueba atendiendo, no tanto a una serie de principios teóricos o a la posición que se ocupa en el proceso, cuanto a criterios prácticos y en concreto, a la proximidad real de las partes a las fuentes de prueba. Este mismo criterio es el que utiliza la ley, implícitamente, al distribuir con carácter general la carga de la prueba entre las partes en los apartados 2º y 3º del artículo 217 LEC, pero es que además lo reitera explícitamente en el apartado 6 del mismo artículo: *«Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio»*.

Por su parte el apartado 5º del artículo 217 LEC dispone que *«las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes»*.

El último apartado referido viene a poner de manifiesto el criterio de *lex specialis*: la ley podrá variar, para casos concretos, la norma legal general de carga de la prueba. Esto sucede por ejemplo en el artículo 26 de la Ley, 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios ( LGDCU). Según el mismo *«las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, determinantes de daños o perjuicios a los mismos, darán lugar a la responsabilidad de aquéllos, a menos que conste o se acredite*

*que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad».*

Aquí tenemos una inversión de la carga de la prueba para un caso concreto no recogido en la norma legal general. Serán los productores, importadores y suministradores de productos o servicios determinantes de daños o perjuicios a los consumidores o usuarios los que tendrán que probar que han cumplido debidamente las exigencias y requisitos y los cuidados y diligencias requeridos. Si para el demandado es más fácil realizar contraprueba (la que le exige el artículo 24 LGDCU), que para el demandante probar el hecho constitutivo (en este caso sería: el correcto consumo o uso, el daño causado, el nexo causal y la culpa), a él debe de incumbir la carga de la prueba.

A veces, el camino iniciado hasta llegar a la inversión de la carga de la prueba puede terminar en la responsabilidad objetiva por el daño causado, a menos que el demandado pruebe el uso incorrecto del producto o servicio por el consumidor. Tal es el caso del artículo 28 LGDCU para determinados productos y en todo caso para los alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos de motor y juguetes y productos dirigidos a los niños.

La inversión de la carga de la prueba podrá venir de la mano de la ley, pero no de otra manera. Esto es, no cabrán pactos que alteren la carga de la prueba. Dado que esas normas tienen <naturaleza procesal, pues se dirigen al tribunal como destinatario y sólo se aplican en el proceso, no están sujetas a la disposición de las partes, por lo que no caben reglas convencionales sobre carga de la prueba.

## **8.- Problemas relativos a la ejecución de sentencia.-**

En los procesos de consumo existe un evidente interés público, pues tales procesos vienen a garantizar al consumidor sus derechos como tal y la propia Constitución en su artículo 51º eleva su protección a la categoría de principio rector de la política económica y social. Sin embargo no se puede exigir al consumidor que sea un conocedor de las leyes y de los complicados mecanismos de ejecución que la nueva regulación contiene, y ello con independencia de que efectivamente se lleve a cabo una simplificación con respecto a la situación anterior.

Los problemas más comunes que un consumidor se puede encontrar derivan precisamente del desconocimiento de los trámites de la ejecución, pudiéndose destacar:

- a.- No existen, a diferencia de las demandas, impresos normalizados para la demanda ejecutiva.
- b.- El auto despachando ejecución exige la designación de bienes para su embargo, y tales bienes pueden ser desconocidos por el consumidor o ser más costosa su búsqueda a través de los registros públicos que el propio importe de lo reclamado.
- c.- Tras el embargo, el impulso de la ejecución sólo se dará a instancia de la parte ejecutante, en este caso el consumidor, sin que el tribunal pueda llevar a cabo actuación alguna de oficio para dicho impulso.
- d.- Los costes que se vayan desarrollando en la ejecución son a cargo del ejecutante (peritaciones, publicaciones, etc.).

Como se puede apreciar se han establecido una serie de problemas, los principales pero obviamente no los únicos, con los que se va a encontrar el consumidor ante la ejecución de la sentencia firme obtenida a su favor en la defensa de sus derechos individuales como consumidor, que pueden hacer inútil el esfuerzo realizado para acceder a la justicia.

Por ello el artículo 221 LEC establece una serie de reglas a las que estarán sujetas las sentencias dictadas en los procesos promovidos por asociaciones de consumidores. En concreto:

1ª.- 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.

En el ordinal primero se establece la regla general de que la sentencia debe designar nominalmente, de forma individualizada, en principio -si pueden ser determinados- cuáles son los concretos consumidores y usuarios que quedan incluidos en lo dispuesto y ordenado en el fallo: es decir, cuáles son los sujetos en beneficio de los cuales el demandado deberá realizar la prestación a que viene obligado por la sentencia.

Cuando esa determinación individual no sea posible, se dispone en el párrafo segundo de este ordinal primero que 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. Es decir, se dicta una sentencia de responsabilidad y de condena «abierta» no sólo dineraria, adviértase), habiendo de determinarse, en vía de ejecución, quiénes son los concretos consumidores que pueden exigir aquello a lo que el demandado ha sido condenado (lo cual habrán de hacer de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 519 LEC, con el que este último párrafo ha de ponerse en conexión y del que nos ocuparemos mas adelante).

Es decir, por ejemplo, que tipo de consumidores o usuarios pueden obtener la reparación de un defecto de su equipo informático o de su instalación de gas; o quienes pueden obtener la devolución del sobreprecio de un servicio no prestado como fue contratado. A mi juicio, no debe fijarse o cuantificarse una cantidad de «condena global a tanto alzado», pues no existiría causa ni justificación para ello (pudiendo ello además dar lugar luego a la existencia de cantidades sobrantes o remanente no reclamado, que la asociación actora no tendría legitimación ni título para adjudicarse ni repartir o adjudicar para otros fines)<sup>13</sup>, aunque sí puedan efectuarse embargos preventivos por cantidades estimadas proporcionadas y necesarias para garantizar la efectividad de la tutela de los derechos lesionados.

2ª.- 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 surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

Se refiere esta regla a la modulación en cada caso de los límites subjetivos de la cosa juzgada (y más concretamente de sus efectos *ultra partes*) de las sentencias declarativas de ilicitud de una conducta o cláusula contractual. Debe advertirse que tiene especial aplicabilidad a las acciones ejercitadas en materia de condiciones generales de la contratación. Y más cabe referirla a quienes no hayan sido parte pasiva, que parte activa (pues a éstos se refiere la regla anterior y el artículo 519, así como, sobre todo ahora, el artículo 222-3º LEC).

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

Y, a su vez, resulta esencial, para integrar el régimen de eficacia de la sentencia previsto en este artículo 221 LEC, tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 222-3º de acuerdo con el cual la cosa juzgada afectará (además de a las partes del proceso y a otros sujetos que menciona), a «*los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley*».

El último eslabón o elemento incluido en la LEC/2000 para facilitar el acceso a la justicia y la tutela efectiva de los derechos de los consumidores y

---

<sup>13</sup> Parece que la previsión normativa no permite admitir el fenómeno de la *fluid recovery* («resarcimiento fluido»), típica de las *class actions*, mediante el cual el tribunal sentenciador puede, cuando en función del número de afectados resulte absolutamente imposible llevar a cabo su determinación, asignar el remanente indemnizatorio resultante no reclamado a fines diversos ya sea en favor de entidades de perjudicados o adoptando en su caso medidas alternativas a las meramente resarcitorias.

usuarios se encuentra en el artículo 519 LEC que regula la llamada **acción ejecutiva de los consumidores**.

En él se dispone que *«cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221, no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena»*.

Se instaura en este precepto un mecanismo consistente en un incidente, insertado en el seno de la ejecución, pero de naturaleza y contenido declarativo, en el que un consumidor o usuario particular puede acreditar que se encuentra en la situación (datos, características y requisitos) que ha sido establecida y descrita en la sentencia, para poder instar la aplicación en su beneficio de lo dispuesto en ella.

El expediente tiene por objeto -genéricamente- determinar si los concretos consumidores que comparezcan tienen derecho a beneficiarse de la condena abierta establecida en el fallo de la sentencia obtenida por la asociación (acción ejecutiva); y -con mayor precisión- acreditar, por cada uno de los reclamantes, que se encuentra en la situación fáctica (y jurídica, por tanto) que es presupuesto de la aplicación de los efectos jurídicos reconocidos y ordenados en la sentencia, en los términos que posteriormente exponemos.

Ha de conectarse este precepto con las sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios en que se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica. En tal caso deben en principio determinarse individualmente en la sentencia los consumidores beneficiados por la condena; pero cuando tal determinación no resulte posible, se permite la comparecencia del particular consumidor afectado en sede de ejecución con el objeto descrito. A este supuesto se refiere el artículo 519 LEC que estamos comentando.

De ello se deriva que este instrumento devenga inaplicable a los grupos de afectados, en el supuesto de que se haya actuado (esto es, comparecido como parte demandante en el proceso declarativo).

Sobre la tramitación de este mecanismo nada dice la Ley, lo cual provoca la existencia de lagunas en torno a no pocas cuestiones referidas a su concreto funcionamiento.

Tan sólo puede deducirse de su contenido que la competencia funcional para conocer y resolver sobre esta cuestión correspondiente -como es natural- al juez que conoció del proceso declarativo instado por la asociación y dictó la sentencia.

Uno de los fundamentales interrogantes que surgen es el tocante al tiempo en que puede ejercerse la facultad reconocida en este precepto de instar la ejecución individual. A tal efecto, creemos ha de dejarse claro que deberá existir un momento inicial y un momento final. En cuanto al momento *a quo*, deberá tenerse en cuenta el plazo general de espera de 20 días establecido en el artículo 548, que estimamos de aplicación a este caso. Eso sí, no deberá de esperarse a que haya instado *«colectivamente»* la ejecución la asociación

actora. Y respecto al término final o momento *ad quem*, habrá de tenerse en cuenta tanto el plazo general de caducidad de cinco años siguientes a la firmeza (después del cual no podrá instarse ninguna ejecución según el artículo 518 LEC) y, desde luego, el plazo de prescripción sustantiva del derecho reclamado.

Tampoco especifica ni dispone norma alguna este precepto en cuanto a la articulación procedimental en que se plasme la necesaria contradicción que previene en el mismo, aunque lo recomendable es que se fijara por el tribunal una comparecencia o vista, siguiendo la estructura de las vistas del juicio verbal: es decir, el tribunal podría desarrollar una sucinta fase de admisión de la petición, traslado a las partes, citación a una comparecencia (para alegaciones y acreditación o prueba) y resolución.

Una vez más, la LEC no ha contemplado ni modulado, en esta materia, los distintos supuestos jurídicos que pueden darse (esencialmente el de si los afectados se encuentran en una idéntica situación jurídica o no), supuestos que habrán de recibir un diferente tratamiento, por lo que se hace necesario precisarlos. Así, en términos esenciales:

- Si se trata de un caso en el que todos los afectados se encuentran en idéntica situación jurídica, habrá debido recaer un pronunciamiento único y homogéneo en la sentencia, aunque abierto e indeterminado (así, por ejemplo, si una compañía telefónica o eléctrica ha cobrado indebidamente una cantidad de más en todas las facturas emitidas en un determinado período). Y cada uno de los reclamantes deberá proceder a la acreditación de que se encuentra en la situación fáctica a la que se refiere la sentencia y que es presupuesto de la aplicación de los efectos jurídicos en ella reconocidos u ordenados.

- Si, por el contrario, la posición -y por ende las peticiones- de los afectados por la ilícita actividad dañosa del demandado no son idénticas u homogéneas en su estructura, por tratarse de daños plurales derivados de un mismo evento o de un acto realizado en serie (*verbi gracia* el caso de los perjudicados por el consumo de un alimento contaminado o por el uso de un servicio sanitario defectuoso), se hace precisa la consideración de circunstancias fácticas y jurídicas individualizadas de cada uno de los perjudicados. En tal caso, cada uno de ellos deberá, proceder a la alegación y prueba de los hechos fundamentadores de sus pretensiones (la efectividad de la lesión o daño sufrido, su cuantía, así como la relación de causalidad con el hecho que fue objeto de enjuiciamiento y resolución en la sentencia, principalmente).

Ello permitirá que, en ambos casos, el demandado pueda hacer valer sus medios de defensa contra cada uno de los presuntos perjudicados por el daño causado por él ( así podrá negar la producción del daño en un reclamante concreto o la causación por él, u oponer su exención de responsabilidad en caso de culpa exclusiva de la víctima), por lo que se preservaría la observancia de las debidas garantías procesales y, entre ellas, principalmente el principio de audiencia y contradicción.

En la **resolución, mediante auto** (que estimamos conveniente que se entienda susceptible de apelación -y en tal caso- de ejecución provisional), deberá especificarse con claridad y precisión cuál es la concreta prestación debida a quien comparece en ejecución, que no sólo puede ser dineraria. Lo dispuesto en él será el objeto de la ejecución individual. Y con testimonio del

mismo, en caso de ser estimatorio, el o los sujetos reconocidos podrán obtener el cumplimiento o ejecución forzosa de su derecho.

Digamos, para terminar este apartado que, el artículo 519 LEC supone proteger los intereses difusamente afectantes a la clase de usuarios y consumidores e implica el reconocimiento de las acciones de clase en el ordenamiento jurídico español.

Sobre la problemática que presenta la ejecución en estas acciones no me resisto a recoger unas reflexiones **de Fernando Santos Urbaneja, Fiscal de Consumo de Córdoba** y uno de los adelantados en esta materia.

*“ A los diez años de entrada en vigor de la Ley 39/2002 que otorgaba legitimación para el ejercicio de acciones colectivas en defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios, solo cabe reconocer que, lejos de haber sido un eficaz instrumento de defensa y protección de aquéllos, como se pensaba, han devenido en un clamoroso fracaso, sobre todo en lo tocante a la ejecución de las sentencias condenatorias que se han conseguido.*

#### 1.- EN EUROPA

*En Europa la constatación del fracaso llevó a la elaboración del denominado “Libro Verde de las Acciones Colectivas”, en el que se hace un inventario de los hechos y razones que determinaron la ineficacia de este instrumento.*

*Seguidamente se dictó una nueva Directiva en la materia (2009/22 de 23 de Abril) que lo único que hace es alentar a la interposición de acciones colectivas, incluso de ámbito comunitario, respecto de prácticas abusivas transfronterizas, que afectan a varios Estados.*

*Resulta verdaderamente admirable que, constatado el fracaso de las acciones colectivas en el ámbito territorial de los Estados, se pretenda ahora, sin dotar de ningún instrumento, alentar a la interposición de acciones que afecten a millones de ciudadanos de distintos Estados.*

*Así, en cualquiera de los colapsados Juzgados de lo Mercantil de España se podría instar una demanda colectiva que afectase a 300.000 millones de usuarios.*

*Es como querer trasladar el Titanic en una bicicleta (...)*

#### SOMBRAS Y LUCES

*Cuando me preguntan cómo va el tema de las acciones colectivas, suelo contestar que “razonablemente mal”.*

*Digo “razonablemente mal” porque era previsible que la práctica hiciese aflorar las dificultades de manejo de este tipo de acciones con la legislación actualmente vigente y los medios actualmente existentes.*

*La experiencia acumulada debe servir para detectar “las trampas del sistema” y así, tener oportunidad de corregirlas para lo cual sería preciso un importante impulso y voluntad política.*



## 1.- LAS SOMBRAS

### 1-1 En lo tocante a la legislación

*La legislación en materia de acciones colectivas es insuficiente, dispersa y fragmentaria.*

*Aunque la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, contenía previsiones relativas al ejercicio de acciones de consumo, en modo alguno contemplaba el ejercicio de “acciones-masa” que afectasen a cientos de miles de consumidores.*

*Donde la insuficiencia se convierte en inexistencia es en la fase de ejecución efectiva de las condenas conseguidas, extremo éste completamente huérfano de regulación, lo que explica las graves dificultades que se han encontrado en esta fase y que están entorpeciendo severamente la efectividad de las sentencias, lo que supone una burla para los consumidores y un desaire para la Administración de Justicia, que no consigue ejecutar las sentencias dictadas en este ámbito.*

*Ello supone una vulneración flagrante del Art. 51 de la Constitución así como un estímulo para que las Empresas incumplidoras persistan en sus abusivas conductas.*

*Adelanto ahora que es preciso un común esfuerzo del poder ejecutivo, legislativo y judicial para poner fin a este estado de cosas.*

### 1-2 En lo tocante a los órganos judiciales

*Es conocida la sobrecarga de trabajo que soportan los Juzgados. Apenas da tiempo a leer los asuntos.*

*En este contexto, la llegada al Juzgado de un procedimiento con cientos de miles de afectados, genera un sentimiento cercano al pánico.*

*Antes de la creación de los Juzgados de lo Mercantil, cuando la competencia objetiva para el conocimiento de estos asuntos correspondía inequívocamente a los Juzgados de 1ª Instancia, se detectaba en algunos jueces una tendencia al “escapismo” (abstenciones, concurso de traslados, etc...)*

*Con la creación de los Juzgados de lo Mercantil y la atribución de competencias en este ámbito en base a lo establecido en el Art. 86 Ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se suscitaron y aún se plantean, innumerables cuestiones de competencia en orden a determinar el órgano a quien corresponde tramitar estas acciones*

*Para orientar la cuestión, el Consejo General del Poder Judicial publicó en 2007 un libro titulado “Delimitación y competencia de los Juzgados de 1ª Instancia frente a los Juzgados de lo Mercantil”.*

### 1-3 En lo tocante al proceso, su duración y costes

*Este punto es tratado ampliamente en el denominado “Libro Verde de las Acciones Colectivas” (Comisión de las Comunidades Europeas –Bruselas 27- Noviembre-2008).*

*Dice este documento:*

*Existen barreras que impiden de facto a los consumidores europeos obtener una compensación adecuada.*

*Estas barreras son, en concreto,*

*\* Los procedimientos complejos y prolongados*

*“Los procedimientos son tan complejos y prolongados que los consumidores pueden encontrarse inmersos en una situación sin certeza alguna sobre si su caso se resolverá de forma satisfactoria ni cuándo”*

*\* Las costas elevadas*

*Las elevadas costas y el riesgo que supone una acción judicial hace que a los consumidores no les traiga cuenta pagar costas judiciales, honorarios de abogados y expertos que pueden superar la supuesta indemnización.*

*Uno de cada cinco consumidores europeos no llevaría un caso ante los tribunales por una cantidad inferior a 1 000 EUR.*

*La mitad de las personas consultadas declaran que renunciarían a acudir a la Justicia por cantidades inferiores a los 200 EUR.*

*1-4 En lo tocante a las Empresas*

*a) Se ha detectado un gran facilidad de acceso e influencia en los responsables políticos.*

*Se percibe que se da curso con prontitud a las peticiones de las grandes Empresas, lo cual no ocurre en la misma medida con las demandas de los consumidores.*

*b) Se advierte también su influencia en determinados medios de comunicación, proclives a difundir determinadas informaciones y a ocultar otras.*

*Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios también cuentan con sus instrumentos de información y difusión, pero son menos potentes.*

*c) Algunas grandes Empresas cuentan con Departamentos destinados al análisis de productos en los que concurre una doble cualidad:*

*\* Exacerbar la rentabilidad.*

*\* Impedir o dificultar al máximo la respuesta o defensa que se pudiera hacer a ese producto.*

*Dentro de estas prácticas se pueden citar:*

*1.- Realizar un pequeño grupo de prácticas o contratos, con impecable cumplimiento de la ley, para oponer en caso de reclamación colectiva.*

*Los Juzgados no deben caer en esta trampa.*

*Si se quiere tener una idea cabal de cómo se han hecho las cosas, es preciso seleccionar al azar, un par de cientos de casos.*

*2.- Aplicar distintas tarifas a mismos supuestos, sin explicación aparente.*

*En mi trabajo titulado “La Constitución amenazada por el Mercado” (19 – Junio – 2011), cuento que en una reunión sobre protección de los derechos de*

los consumidores en la que se encontraban algunos representantes de la Banca, les descerrajé sin contemplaciones la siguiente pregunta:

*¿En vuestro vocabulario se encuentra la palabra “abuso”?*

*Se quedaron desconcertados, no sabían que responder.*

*Finalmente dijeron que no, que su pretensión era ganar dinero, cuanto más mejor.*

*Les dije que el Derecho sí contempla la palabra “abuso” y mi función era reivindicar el Derecho y combatir las prácticas que lo vulneran.*

*d) Este tipo de Empresas cuentan con afamados despachos de Abogados dedicados a poner todo tipo de objeciones a las peticiones realizadas y a interponer continuados recursos para bloquear o entorpecer la tramitación de estos procedimientos.*

*En la fase de ejecución de las sentencias a las que han sido condenados esto no resulta difícil ante la ausencia de previsión legal.*

*Pero aún, cuando se trata de cosas obvias, estas Empresas cuentan con reputados expertos dispuestos a afirmar sin rubor que el río Ebro pasa por Madrid.*

*Otro de los argumentos constantemente utilizado es la invocación de la protección de la intimidad y de los datos de sus clientes para negar la entrega de la documentación necesaria para impulsar este tipo de acciones y que solo obra en su poder o entregar la información en soportes intratables.*

*A este respecto, en el Caso Gas Natural, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba en Auto de fecha 10 de Junio de 2010, señala en su FUNDAMENTO JURÍDICO SEGUNDO:*

*“Esgrimiendo la apelante GAS NATURAL ANDALUCÍA S.A. como motivo de su recurso una vulneración del derecho a la intimidad personal de sus clientes proclamado en el artículo 18 de la Constitución Española y regulado en la Ley 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, lo que en realidad pretende, so pretexto de erigirse en paladín y unilateral defensora del derecho a la intimidad de aquéllos, es demorar el cumplimiento de la obligación reconocida en sentencia firme, de devolución a esos clientes, de las cantidades indebidamente cobradas por cláusulas abusivas de los contratos.*

*Paradójica defensa cuando precisamente se ponen toda clase de trabas para que esos mismos “defendidos” puedan percibir cuando antes las cantidades indebidamente satisfechas a la recurrente, siendo el último de los impedimentos el entregar en soporte informático la documentación presentada y de la que, por poseer la facilidad probatoria, es ella, la recurrente, la que está en condiciones de procurar a los efectos de facilitar la ejecución”*

*1-5 En lo tocante a otros legitimados*

*a) Instituciones u organismos públicos*

*Entre los legitimados públicos se ha mostrado activo el Ministerio Fiscal. No así el Instituto Nacional de Consumo quien, salvo prueba en contrario, no*

ha instado acción colectiva alguna en defensa de los intereses de consumidores y usuarios.

*Igualmente desconozco iniciativas procesales de órganos competentes de las Comunidades Autónomas.*

*En cuanto a la Administración Local, es destacar en este sentido la labor realizada por el Ayuntamiento de Córdoba y su Servicio Municipal de Consumo, participando activamente en los procesos colectivos interpuestos contra la Empresa GAS NATURAL ANDALUCÍA S.A.*

## 2.- LAS LUCES

### 2-1 La experiencia adquirida

*Quizás lo mejor de todo sea la experiencia adquirida estos años en los procesos en que se ha intervenido. En general hemos padecido las insuficiencias de todo tipo pero sabemos donde están “las trampas del sistema”, los puntos fuertes y los débiles de las Empresas infractoras.*

*Esto nos coloca en buenas condiciones para indicar los cambios legislativos precisos para, al menos equilibrar, la posición de las empresas y de los consumidores en los procesos lo cual conlleva el establecimiento de medidas de “discriminación positiva” a favor del consumidor.*

### 2-2 Doctrina de los Tribunales

*En acciones colectivas las resoluciones con las que se cuenta provienen de Juzgados de 1ª Instancia, de lo Mercantil y de algunas Audiencias Provinciales.*

*Las del Tribunal Supremo se refieren, en su mayor parte, a acciones individuales.*

*No todas las Sentencias, por distintos motivos, dan la razón a los consumidores pero ya se puede percibir un incipiente cuerpo de doctrina sobre el que afianzar la defensa de este colectivo.*

### 2-3 Interés de la Universidad

*Las acciones colectivas han despertado el interés de la Universidad, principalmente de los departamentos de Derecho Mercantil, en cuyo seno se han elaborado algunas tesis doctorales y se está trabajando en otras.*

### 2-4 Interés de la sociedad

*Si se repara en ello, nos daremos cuenta que una buena parte de nuestras conversaciones tienen que ver con temas de consumo.*

*Los ciudadanos se sienten frecuentemente víctimas de abusos e indefensos e impotentes cuando reclaman. Por ello suscitan mucho interés las iniciativas de las Instituciones y Organismos que reclaman por ellos.*

*2-5 Reformas en la Ley de Enjuiciamiento Civil en orden a aumentar la intervención del Ministerio Fiscal en estos procesos.*

*La respuesta positiva del Ministerio Fiscal ante la legitimación concedida por la Ley 39/2002 de 28 de Octubre ha llevado al legislador a otorgarle más capacidad de actuación.*

*Tuvo extraordinaria relevancia la Ley 29/2009 de 30 de Diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, cuya Disposición Adicional Primera, introduce un nuevo párrafo en el Art. 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los siguientes términos:*

*«El Ministerio Fiscal será parte en estos procesos cuando el interés social lo justifique. El tribunal que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación.»*

*En virtud de esta facultad legal el Ministerio Fiscal se ha personado hasta la fecha en más de veinte procedimientos de consumo”.*

## **9.- La intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos judiciales de consumo.-**

El Ministerio Fiscal nace en la historia de España como un instrumento corrector de desigualdades. La consolidación del Estado Social supuso un paso más de dicha evolución política, influyendo en las tareas o misiones del Ministerio Fiscal. A partir de este momento, el Fiscal debe también asumir, como una parte esencial más de su cometido, la defensa del interés social, aun cuando quizá sea uno de los aspectos que haya pasado más desapercibido de cuantos constituyen el núcleo de las funciones que pueden y deben esperarse del Ministerio Público.

El examen del artículo 124 de la Constitución revela que no son otras las funciones que hoy la Constitución encomienda en esencia al Ministerio Fiscal. Dispone el párrafo primero que *«el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social»*.

Por último, se encomienda al Fiscal la defensa del interés público y del interés social. La sentencia del Tribunal Constitucional 33/1982 de 8 de junio consideró la acción protectora de la seguridad de los consumidores como una cuestión comprendida dentro del concepto de orden e interés público.

Por ello, podemos decir que la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios forma parte, indudablemente, de las tareas que, al Ministerio Fiscal, otorga la Constitución de 1978.

Desde el primer momento, quedo claro que en el ámbito de la protección penal de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, éstos pueden esperar mucho de la labor del Ministerio Fiscal. En nuestro ordenamiento la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos de los consumidores queda garantizada en términos generales cuando los ataques que se producen a los mismos son dignos del reproche penal (delitos contra la salud pública, fraudes alimentarios y otras figuras delictivas análogas, notoriamente insuficientes para albergar la cobertura penal que los derechos de los consumidores y usuarios reclama), así como cuando se trata de ataques a los derechos a la salud y a la seguridad de los consumidores de naturaleza no criminal. Esta intervención no es algo novedoso sino que la alternativa de atribuir para la defensa de los intereses difusos de los consumidores, de forma exclusiva o no, a una especie de defensor público es tradicional en el debate en estas materias. Como ya hemos visto, el Ministerio Fiscal es el órgano idóneo para asumir este papel en nuestro derecho.

Pero esto no estuvo tan claro en el campo civil donde no se dio un claro desarrollo de esta misión del Ministerio Fiscal.

Digamos que estas misiones del Ministerio Fiscal aparecen concretadas en su Estatuto Orgánico. Así, el artículo 3-6º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal ordena al Fiscal que tome parte en defensa de la legalidad y del interés público y social en los procesos relativos al estado civil y en los demás procesos que establezca la Ley. Es decir, el Estatuto ha dejado la vía

abierta para que las leyes que desarrollen los principios rectores de la política social y económica puedan reclamar su intervención cuando las circunstancias de la realidad social así lo aconsejen. Del mismo modo, el apartado noveno de este artículo 3 obliga al Fiscal a velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y al interés social. En teoría, por tanto, resulta suficientemente clara la misión del Ministerio Fiscal relacionada con la defensa del interés social.

La intervención del Ministerio Fiscal en la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios no ha de pretender en ningún caso sustituir ni eclipsar la actuación de las Asociaciones de Consumidores, cuyo papel preponderante y esencial debe ser potenciado en un futuro como el mecanismo más idóneo para hacer valer tales derechos. En este sentido se han manifestado desde luego las Decisiones de la Comisión de las Comunidades Europeas, desde la importantísima de 25 de septiembre de 1973, que creó el Comité Consultivo de los Consumidores, pasando por la de 23 de junio de 1986, hasta otras más recientes, considerando imprescindible que la actuación de las Asociaciones de Consumidores se vea apoyada, en los casos en que proceda, por el soporte o por la acción del Ministerio Fiscal ante los Tribunales de Justicia.

Es necesario analizar cuál es la forma de actuación del Ministerio Público en estos casos, y debe comenzarse afirmando que la actividad del Ministerio Fiscal se desarrolla necesariamente y de forma natural dentro del campo del proceso. No se concibe una actividad del Ministerio Fiscal que sea extraprocesal. La función del Fiscal se desempeña reclamando de los órganos jurisdiccionales el acto de tutela jurídica, o demandando como dice el artículo 24 de la Constitución, la tutela judicial efectiva de los derechos y valores cuya defensa encomiendan al Ministerio Fiscal la Constitución, el Estatuto Orgánico o las leyes ordinarias. Dicho en los términos del artículo 124 de la Constitución, «*promoviendo la acción de la Justicia*» en defensa de aquellos bienes jurídicos cuya tutela tiene atribuida.

En el proceso civil, en el contencioso-administrativo y en el proceso social o laboral, la actividad del Ministerio Fiscal, está limitada y sujeta a la existencia de una concreta autorización legal; en definitiva, a que la Ley en cada caso reclame expresamente la intervención del Ministerio Fiscal para el tipo de proceso de que se trate, a través del mecanismo procesal de la legitimación.

El ámbito de protección que el artículo 51-1º de la Constitución encomienda a la Ley de los Consumidores viene concretado de forma específica a tres aspectos fundamentales: la salud, la seguridad y los intereses legítimos de naturaleza económica que correspondan a los consumidores y usuarios. La expresión «legítimos intereses económicos de los consumidores» debe interpretarse, a mi juicio, con un sentido netamente social y en íntima conexión, desde luego, con los postulados del artículo 1 de la Constitución; y debe concebirse como una forma de corrección de las desigualdades que de hecho se produzcan en nuestro sistema económico inspirado en la economía de mercado, desigualdades que un Estado social no puede renunciar a corregir en ningún momento. Así se deduce además del artículo 9-2º de la misma Constitución, que impone a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se

integra sean reales y efectivas en la vida social y también en la vida económica.

En nuestro actual sistema procesal, el Ministerio Fiscal defiende los valores o derechos del artículo 51 de la Constitución de forma claramente desigual.

Así, cuando se lesione cualquiera de los derechos de los consumidores (sea la salud, la seguridad o sus legítimos intereses económicos) mediante la realización de conductas que revistan caracteres de infracción penal, no cabe duda de que el Ministerio Fiscal está legitimado para intervenir en defensa de los derechos de los consumidores ejercitando la acción penal y la acción civil dimanante del delito o falta.

Sin embargo, cuando se trata de ataques a tales bienes de otra naturaleza, no penal, el Ministerio Fiscal sólo tendrá intervención en la defensa de los derechos de los consumidores si se ven comprometidos el derecho a la salud, en la medida en que se vea afectado en su consideración como derecho fundamental en el artículo 15 CE o, en iguales términos, el derecho a la seguridad de los consumidores (artículo 17 de la Constitución), aun cuando los ataques a tal bien sean en este campo difícilmente imaginables.

Mas si se trata de la defensa de los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios, no queda más remedio que concluir que la falta de normas procesales expresas que autoricen la intervención del Ministerio Fiscal, pese a la declaración constitucional del artículo 124 y del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que le encomiendan la defensa del interés social, el Fiscal se ve obligado a mantenerse al margen de una cuestión que sin duda le afecta y que por exigencias de la realidad social debe reclamarse como parte del contenido de las funciones constitucionales que el Ministerio Fiscal tiene encomendadas.

Por ello, la existencia en estas leyes de una legitimación expresa del Ministerio Fiscal para impugnar las cláusulas abusivas es de vital importancia para la realización de la labor del mismo en los términos indicados.

Fue el artículo 16-6º de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998 quien primero reconoció legitimación al Ministerio Fiscal, como muestra de la creciente dificultad a la hora de diferenciar entre intereses colectivos y generales, tradicionalmente encomendados a órganos administrativos.

Posteriormente se incluye también la legitimación del Ministerio Fiscal en las acciones de cesación de cláusulas abusivas las siguientes leyes relativas a los consumidores:

- Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 26/1984 ( artículo 10 *ter* 3 c y disposición adicional 3ª-3 c).
- Ley General de Publicidad 34/1988 ( artículo 29-3º c).
- Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo 23/2003 ( artículo 12-2º c).



Cuando se planteó la legitimación del Fiscal en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación se discutió el problema de que Fiscal era el que podía actuar en la materia. El problema se encontraba en que, dado que la sentencia tendría efectos generales, si debía ser el Fiscal General del Estado el que debía hacerlo o podría hacerlo cualquier Fiscal. Hoy parece pacífica la posibilidad de legitimación de cualquier miembro del Ministerio Fiscal.

Como ejemplo de todo lo dicho, se encuentra la demanda presentada por la Fiscalía de Córdoba contra Gas Natural, y estimada, primero por el Juzgado de 1ª instancia número 1 de Córdoba y, luego por su Audiencia Provincial, encontrándose actualmente pendiente de recurso de casación. En dicha demanda se impugnaban las cláusulas de los contratos de Gas Natural por las que la empresa cobraba 60 euros por el alta y donde se obligaba al usuario a que realizara a través de esta empresa el mantenimiento de las instalaciones receptoras comunes del gas del edificio por el que se cobraban al usuario 24 euros al año, y que, al no estar autorizadas y reguladas administrativamente, se consideran abusivas. La sentencia obliga a la empresa a devolver lo ilegalmente cobrado. Tengamos en cuenta que, a nuestro entender, estas sentencias se extienden a todos los usuarios ( máxime al haber demandado en nombre de todos el Ministerio Fiscal) y, por lo tanto, todos pueden exigir la ejecución de la misma cuando sea firme. Hoy es el día en que la sentencia condenatoria aún no ha podido ejecutarse, al estar el proceso bloqueado por múltiples incidentes y recursos.

Más recientemente se han interpuesto por el Ministerio Fiscal otras demandas en ejercicio de acción colectiva al amparo del Art. 11-4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ha sido frecuente su personación en procedimientos entablados por otros legitimados, tal y como permite el Art. 15 I in fine, introducido por la Ley 29/2009 de 30 de Diciembre por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad, para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

También hemos de destacar aquí la acción colectiva a favor de 1623 afectados que ha presentado la Fiscalía de Galicia contra NovaCaixaGalicia por el caso de las acciones preferentes, situación que se está valorando en otros lugares de España. De hecho el Fiscal General del Estado ha ordenado a todas las Fiscalías Territoriales dar prioridad a las investigaciones por estos casos, incluso dotando de refuerzo en los casos que sea necesario. Se ha decidido, de momento y con carácter general, por la vía civil en las reclamaciones al considerarla más eficaz para lograr el resarcimiento a los afectados.

La última noticia que tenemos es que el Juzgado si bien ha admitido a trámite la acción colectiva de la Fiscalía por las clausulas abusivas, la ha rechazado en el caso de la acción de nulidad de los contratos por entender que el Fiscal está habilitado para la acción de cesación de las clausulas abusivas pero no para el ejercicio como demandante de cualquier otra acción colectiva distinta. La Fiscalía ha anunciado recurso de apelación contra esta decisión. Como vemos la cuestión de la habilitación legal expresa sigue estando vigente. La vista del juicio está prevista para el 20 de diciembre.