

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
Facultad de Derecho – Departamento de Derecho Procesal
MÁSTER EN DERECHO PÚBLICO



LA TUTELA CIVIL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS: PROBLEMÁTICA SUBJETIVA

OTO ZONZAMAS GONZÁLEZ HERNÁNDEZ
Dirigido por Prof.^a Dra. LORENA BACHMAIER WINTER
Calificación: 9.5 (propuesto para matrícula de honor)

Madrid, junio 2013

RESUMEN

El presente trabajo trata de abordar los distintos problemas que se plantean en relación con los arts. 11 y 15 de la LEC, analizando cuestiones como: las posibilidades de actuación de las asociaciones de consumidores y usuarios, a las que el legislador pretende convertir en protagonistas de la tutela colectiva de los consumidores; qué papel ha de ocupar el Ministerio Fiscal, figura que en los últimos años ha ido ganado relevancia; el juego del aforismo *ut lite pendente, nihil innovetur* en relación con la asociación de consumidores o el grupo de afectados; o las consecuencias del incumplimiento del régimen de publicidad del art. 15.2 LEC, entre otros aspectos.

PALABRAS CLAVE

sujetos; consumidores y usuarios; capacidad; legitimación; intervención; intereses supraindividuales; derechos individuales conexos; Ministerio Fiscal; asociaciones de consumidores; *perpetuatio legitimacionis*; asistencia jurídica gratuita; tasas judiciales.

ABREVIATURAS	5
PRESENTACIÓN.....	7
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES PREVIAS.....	9
1. Breve aproximación al fenómeno de la tutela colectiva.....	9
2. Delimitaciones conceptuales.....	10
2.1. <i>Concepto de consumidor.....</i>	<i>10</i>
2.2. <i>Concepto de intereses supraindividuales y derechos individuales conexos.....</i>	<i>13</i>
3. Unos apuntes generales sobre la capacidad y legitimación de las partes.....	17
3.1. <i>Capacidad para ser parte.....</i>	<i>18</i>
3.2. <i>Capacidad procesal.....</i>	<i>19</i>
3.3. <i>Legitimación.....</i>	<i>20</i>
4. Incidencia de las nuevas tasas judiciales en el ámbito del Derecho de Consumo.....	22
CAPÍTULO II: PRINCIPALES ESPECIALIDADES DE LAS PARTES EN PROCESOS CON CONSUMIDORES Y USUARIOS.....	30
1. El consumidor individual.....	30
1.1. <i>La legitimación individual en relación con los intereses supraindividuales.....</i>	<i>32</i>
2. Las asociaciones de consumidores y usuarios.....	35
2.1. <i>La adquisición de personalidad por las asociaciones en general.....</i>	<i>35</i>
2.2. <i>Calificación como asociación de consumidores. Relevancia.....</i>	<i>37</i>
2.3. <i>Supuestos de actuación de las asociaciones de consumidores.....</i>	<i>40</i>
2.3.1. <i>En defensa de los intereses de la asociación.....</i>	<i>40</i>
2.3.2. <i>En defensa de los intereses de sus asociados.....</i>	<i>41</i>
2.3.3. <i>En defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.....</i>	<i>43</i>
2.3.3'. <i>Un ejemplo de la confusión jurisprudencial existente con ocasión de un supuesto de cláusulas suelo en contratos hipotecarios.....</i>	<i>46</i>
2.4. <i>¿Se puede sostener la perpetuatio legitimationis de las asociaciones de consumidores?.....</i>	<i>47</i>
2.5. <i>El derecho a la asistencia jurídica gratuita de las asociaciones de consumidores a la luz de la STC 217/2007: ¿una interpretación excesivamente amplia?.....</i>	<i>50</i>
3. Grupo de consumidores afectados.....	54
3.1. <i>Cuestiones sobre la capacidad para ser parte. El requisito de la mayoría.....</i>	<i>54</i>
3.2. <i>La actuación procesal de los grupos: la figura del representante.....</i>	<i>58</i>
3.3. <i>Aspectos controvertidos sobre la legitimación del grupo.....</i>	<i>59</i>
4. Otros sujetos.....	61
4.1. <i>El Ministerio Fiscal. Posibilidad de extender su legitimación.....</i>	<i>61</i>

4.2. Las entidades legalmente constituidas.....	64
4.3. Entidades comunitarias habilitadas: regulación y aplicación práctica.....	67
CAPÍTULO III: LA DILIGENCIA PRELIMINAR DEL ART. 256.1.6º LEC.....	70
1. Planteamiento de la cuestión.....	70
2. Sujetos.....	71
2.1. Órgano judicial.....	71
2.1.1. Las normas de competencia.....	71
2.1.2. Tratamiento procesal.....	73
2.1.3. Imperatividad o no del art. 257.1.II LEC.....	74
2.2. Partes.....	76
2.2.1. Solicitante.....	77
2.2.1'. Un caso controvertido: el Ministerio Fiscal como solicitante.....	79
2.2.2. Requerido.....	80
3. Cuestiones procedimentales.....	81
3.1. Inicio.....	81
3.2. Resolución del tribunal.....	83
3.3. Oposición del requerido.	84
3.4. Negativa a realizar la diligencia.....	86
CAPÍTULO IV: LA INTERVENCIÓN COMO MECANISMO DE INTEGRACIÓN.....	88
1. La intervención de terceros en los procesos.....	89
2. La intervención de los consumidores individuales según el art. 15 LEC.....	91
3. Cuestiones más controvertidas o dudosas.....	96
3.1. La distinción entre derechos individuales conexos e intereses supraindividuales y la naturaleza de la intervención de los arts. 15 y 13.1.II LEC.....	96
3.2. Repercusiones procesales derivadas de las consideraciones anteriores.....	98
3.3. La falta de comunicación previa del art. 15.2 LEC: consecuencias.....	101
3.4. La intervención de sujetos solicitantes de la asistencia jurídica gratuita y suspensión de los procesos.....	104
3.5. La intervención del Ministerio Fiscal en defensa de derechos individuales conexos.....	105
CONCLUSIONES.....	108
RELACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES ANALIZADAS.....	114
BIBLIOGRAFÍA.....	120
Libros y artículos doctrinales.....	120
Otros recursos utilizados.....	127

ABREVIATURAS

AAP	Auto Audiencia Provincial
AA. VV.	Autores Varios
AP	Audiencia Provincial
art./arts.	artículo/artículos
ATS	Auto Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCU	Consejo de Consumidores y Usuarios
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
DA	Disposición adicional
DF	Disposición final
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
Ed.	Edición, editado por
E. de M.	Exposición de Motivos
F.J.	Fundamento jurídico
JPI	Juzgado de Primera Instancia
LA	Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación
LAJG	Ley de Asistencia Jurídica Gratuita
LCD	Ley de Competencia Desleal
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil

LECA	Ley de Enjuiciamiento Civil Anterior
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LSSICE	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico
p./pp.	página/páginas
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SJPI	Sentencia Juzgado de Primera Instancia
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
vid.	véase

PRESENTACIÓN

Desde que el art. 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 enunciara una genérica protección de los “intereses colectivos” mediante la legitimación de determinados sujetos¹, mucho se ha escrito y discutido acerca de su naturaleza, así como de los mecanismos a adoptar para su efectiva protección. La plasmación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 de la tutela colectiva², circunscribiéndola al estricto ámbito de consumidores y usuarios, trajo consigo una ingente literatura jurídica sobre la materia, si bien más de diez años después de la aprobación de la nueva ley procesal civil, quedan aún numerosas cuestiones por clarificar.

Uno de los aspectos de la tutela civil de consumidores que encierra un mayor interés lo constituye el reconocimiento de legitimación a sujetos que pueden participar en un proceso colectivo, no sólo dándole inicio, sino también mediante su posterior intervención *lite pendente*.

El presente trabajo trata de abordar los distintos problemas que se plantean en relación con los arts. 11 y 15 de la LEC³, analizando cuestiones como: las posibilidades de actuación de las asociaciones de consumidores y usuarios, a las que el legislador pretende convertir en protagonistas de la tutela colectiva de los consumidores; qué papel ha de ocupar el Ministerio Fiscal, figura que en los últimos años ha ido ganado relevancia; el juego del aforismo *ut lite pendente, nihil innovetur* en relación con la asociación de consumidores o el grupo de afectados; o las consecuencias del incumplimiento del régimen de publicidad del art. 15.2 LEC, entre otros aspectos.

Para dotar de cierta coherencia interna al conjunto del trabajo, tratamos de mantener, a lo largo del mismo, la distinción entre intereses supraindividuales y derechos individuales conexos. Atender a estas realidades de forma precisa no es una cuestión caprichosa, pues van a determinar a la postre

1 Art. 7.3 LOPJ: “Los Juzgados y Tribunales protegerán los *derechos e intereses* legítimos, tanto individuales como *colectivos*, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la *legitimación* de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa o promoción”.

2 La LEC optó no por la creación de un proceso especial, sino por la introducción de “una serie de normas especiales, en los lugares oportunos” (§ VII E. de M. de la LEC).

3 Rúbrica del art. 11 LEC: “Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios”. Rúbrica del art. 15 LEC: “Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios”.

el tratamiento jurídico procesal de las facultades de actuación de cada sujeto. Al respecto, podemos anticipar cómo, de forma ilustrativa, un mismo supuesto de hecho puede llegar a ser resuelto por los tribunales con hasta cuatro argumentaciones diferentes.

De cada uno de los sujetos que pueden ser parte en procesos de consumo, hemos querido señalar las principales especialidades que presentan en sede de capacidad y legitimación. También se analiza la diligencia preliminar de concreción de consumidores afectados del art. 256.1.6º LEC, instrumento que se antoja de gran utilidad, y que veremos, no sólo sirve para conformar la capacidad del grupo de afectados. El trabajo se cierra con un capítulo dedicado a la intervención, distinguiendo cuándo procede la aplicación del régimen previsto en el art. 13 LEC y cuándo el del art. 15 LEC, haciendo referencia a algunos obstáculos que surgen en la práctica.

En varios momentos del trabajo aludimos a la asistencia jurídica gratuita, por las dudas que suscita su reconocimiento a las asociaciones de consumidores y al consumidor que interviene una vez iniciado el proceso. A su vez, hemos creído oportuno abordar la problemática relativa a la regulación de las tasas judiciales, aprobadas hace menos de un año, y su posible incidencia en el ámbito del Derecho de consumo.

CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Breve aproximación al fenómeno de la tutela colectiva.

El sector comercial y de servicios, en el que actúan los consumidores, ha dimensionado sus actividades hasta límites impensables hace no muchos años, especialmente con el despegue definitivo de las nuevas tecnologías y el comercio electrónico⁴. De toda esta amalgama de relaciones contractuales, se derivan, como no puede ser de otra manera, conflictos jurídicos que tienen como protagonistas a consumidores o usuarios que resultan afectados por haber consumido o utilizado un servicio defectuoso. Teniendo en cuenta la masificación del comercio actual, el posible efecto negativo derivado del consumo de un bien o disfrute de un servicio, no sólo va a perjudicar a un sujeto individualmente considerado, sino que puede concernir (y así será normalmente) a un conjunto o pluralidad de consumidores o usuarios.

De entrada, cada afectado individual puede acudir a los tribunales para reclamar una tutela jurisdiccional que proteja sus intereses. Sin embargo, como hemos dicho, lo habitual será que el perjuicio se extienda más allá de un solo consumidor o usuario afectado, y ello no resulta irrelevante como se verá a lo largo de las siguientes líneas.

La naturaleza de estos actos lesivos de intereses de consumidores y usuarios implica un perjuicio global de importantes dimensiones, pero que, individualmente considerado, puede no llegar a alcanzar la suficiente entidad para estimular a los afectados a recabar la tutela judicial de sus intereses⁵. En efecto, a un particular que sufre un daño por el consumo o disfrute de un bien o servicio, se le presentan esencialmente dos obstáculos, a saber: debe afrontar él mismo los costes y perjuicios derivados de acudir a un proceso en el que ni siquiera sabe si su pretensión resultará

4 Este desarrollo vertiginoso ha provocado que el legislador venga realizando modificaciones legislativas para adaptarla a estas nuevas realidades. Así, en los últimos años, se han aprobado una serie de normas, de origen comunitario en su mayoría, que tienen por objeto dotar de una mayor protección a los consumidores y usuarios. Por mencionar sólo algunas: Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE), o 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. Un estudio de las consecuencias procesales que se derivan de la LSSICE, se puede encontrar en GONZÁLEZ GRANDA, "Protección judicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico" en *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4/2007, Barcelona, octubre de 2007.

5 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, 3ª edición, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 651-652.

estimada y, además, debe tener en cuenta que las grandes empresas cuentan con equipos jurídicos especializados en estos asuntos⁶.

Todo esto ha puesto de manifiesto la conveniencia de una tutela colectiva⁷, que permita, *grosso modo*, la protección de los derechos e intereses que trascienden de la esfera individual, y que corresponden a una pluralidad de sujetos que se encuentran en una situación jurídica análoga, litigando conjuntamente y beneficiándose todos ellos de una eventual sentencia favorable⁸. Superadas antiguas concepciones individualistas acerca de la tutela jurisdiccional de las personas⁹, la LEC, teniendo en cuenta todo el fenómeno expuesto, recoge los distintos sujetos que pueden llegar a ser parte en los procesos con consumidores y usuarios.

2. Delimitaciones conceptuales.

2.1. Concepto de consumidor.

Al tratar en este trabajo aspectos relacionados con la tutela de consumidores y usuarios, resulta inevitable realizar una referencia previa al concepto de “consumidor”. La LEC, a pesar de que en varios de sus preceptos incluye ese término¹⁰, no aporta ningún elemento definitorio del mismo. Por

6 Además de estos dos motivos principales, pueden apuntarse otros; el nivel educativo de la sociedad en general, y en particular, en materia de consumo, la desconfianza de los ciudadanos en la Justicia, razones lingüísticas, etc.

7 BARONA VILAR pone de relieve “la trascendencia de lo colectivo en la protección del consumidor, y ello por cuanto campo es, el derecho de consumo, en el que se pone de manifiesto que el individuo aislado va a tener menos posibilidades de éxito en la pretensión de tutela de sus derechos, de ahí que se haga preciso aunar fuerzas para accionar, potenciándose en este sector el ejercicio de las actuaciones colectivas” (Acciones de cesación, retractación y declarativa” en *Grandes Tratados*, Ed. Aranzadi, Navarra, abril de 2000, p. 1).

8 En el Libro verde de la Comisión Europea, sobre el recurso colectivo de los consumidores, de noviembre de 2008 [COM (2008) 794 final] (ec.europa.eu/consumers/redress_cons/greenpaper_es.pdf), se fija como un objetivo primordial, uniformar los mecanismos colectivos de tutela de los consumidores dentro de la Unión Europea, con independencia del lugar de residencia del comerciante. Se busca así potenciar el mercado interior, aumentando la confianza de los consumidores en las compras transfronterizas. Sin duda existen diferencias legislativas sobre la protección de los consumidores en los distintos Estados miembros de la UE, lo que provoca percepciones heterogéneas de los consumidores al respecto. En este sentido, vid. “Special Eurobarometer nº 342 -consumer empowerment-”, de abril de 2011, donde se refleja que el 50 % de los consumidores españoles dice no sentirse amparado por las leyes específicas que les protegen, frente a otros países, con Suecia a la cabeza, donde ese índice sube hasta el 87 % (ec.europa.eu/consumers/consumer_empowerment/docs/report_eurobarometer_342_en.pdf).

9 Relacionado con esta cuestión, DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional: la persona ante la administración de justicia: derechos básicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1980.

10 Así, vid. arts. 6.1.7º, 11, 13.1, 15, 52.1.16º, 54.2, 76.2.1º, 221, 249.1.4º, 250.1.12º, 256.1.6º, 519, 711.2, 728.3 y la DF 6ª, por la que se extienden todas las referencias contenidas en la LEC sobre consumidores y usuarios, a todo adherente de condiciones generales de la contratación. La LEC, al establecer mecanismos de tutela de intereses con trascendencia colectiva, no ha querido ir más allá de la protección de los consumidores -junto a la extensión, ya referida, de todo adherente-. GUTIÉRREZ DE CABIEDES juzga esta limitación como innecesaria, pues, aunque esos intereses suelen nacer en el ámbito de las relaciones de consumo, “no es el único en el que pueden existir intereses colectivos o difusos necesitados de protección jurisdiccional en el ámbito civil”, por ejemplo, en materia

ello, tenemos que acudir a la legislación sustantiva en busca de una definición.

El texto por excelencia en materia de consumidores y usuarios es el RDL 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuyo art. 3 acoge la definición de consumidor mantenida, mucho tiempo antes, por el Derecho comunitario¹¹: “son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

Hasta la aprobación del TRLDCU, el concepto de consumidor se encontraba en la derogada Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, basado en un elemento positivo (se consideraban consumidores las personas físicas o jurídicas que adquirían, utilizaban o disfrutaban de los bienes o servicios como destinatarios finales) y otro negativo (no tenían tal consideración quienes pretendían integrar los bienes en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros)¹².

No obstante, la definición ofrecida por la LDCU conserva cierta virtualidad, pues los dos elementos principales han sido incorporados a la E. de M. del TRLDCU¹³. A continuación, debemos

ambiental (vid. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. CORDÓN MORENO y otros), Volumen I, 2ª edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011, p. 202). En parecidos términos, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 652.

11 Sin ánimo de citar todas y cada una de las Directivas comunitarias tuitivas de los intereses de consumidores y usuarios, podemos señalar que algunas de ellas han sido incluidas en la refundición operada por el legislador en el TRLDCU. Otras no, lo que para CARRASCO PERERA supone una decisión “en gran parte arbitraria” (“La defensa de los consumidores y usuarios: ámbito de aplicación y alcance de la refundición”, dentro del *Proyecto de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo*, concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, resolución de 23 de diciembre de 2011, Castilla-La Mancha). Podemos destacar que queda pendiente la transposición al ordenamiento interno de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifica la regulación existente sobre contratos negociados fuera de establecimiento mercantil y contratos a distancia. Al respecto, vid. Anteproyecto de ley, de 24 de julio de 2012, por el que se modifica el TRLDCU (msc.es/normativa/docs/Lmodificaciondefensaconsumidores.pdf). También la noción de consumidor acogida en las Directivas aparece en los Reglamentos 1215/2012, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (que sustituye al Reglamento 44/2001), y en el Reglamento 593/2008, del Parlamento y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

12 Arts. 1.2 y 3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (vigente hasta el 1 de diciembre de 2007). Por otra parte, en el ámbito autonómico, son mayoría las leyes de protección de los consumidores que mantienen el concepto de la LDCU. No obstante, algunas Comunidades Autónomas han dado pasos hacia una regulación más acorde con la del actual TRLDCU y, por tanto, con las previsiones del Derecho comunitario. En el caso de Murcia y Valencia la adaptación es completa, mientras que en Cantabria, Navarra y La Rioja, se ha optado por mezclar elementos del TRLDCU y de la LDCU.

13 “El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes o servicios como *destinatario final*, sin *incorporarlos*, ni directa ni indirectamente, en procesos de *producción, comercialización o prestación a terceros*” -la cursiva es nuestra- (§ 3 de la E. de M. del TRLDCU).

preguntarnos qué repercusión puede tener esa inclusión, descartando de antemano, su consideración como fuente del derecho¹⁴. Algunos autores que se han ocupado de este tema optan por distintas posturas: a) la E. de M. carece de cualquier eficacia¹⁵; b) la noción de consumidor establecida por la LDCU e incorporada a la E. de M., al ser más restrictiva que la del Derecho comunitario, merece ser eliminada¹⁶; c) sostener que sigue en vigor la noción ofrecida por la LDCU, porque si no, el art. 3 del TRLDCU sería nulo por exceder de los límites de la refundición¹⁷; y, d) la que nos parece más correcta, defender una interpretación integradora, empleando los términos de la E. de M. como criterio interpretativo del actual art. 3 TRLDCU, salvaguardando así toda la jurisprudencia anterior que interpretaba el art. 1 LDCU¹⁸.

Aunque hemos dicho que la definición de consumidor del art. 3 del TRLDCU es, en esencia, la mantenida en el Derecho comunitario, podemos resaltar dos diferencias relevantes. La primera es la inclusión de las personas jurídicas junto con las personas físicas. Entendemos que, en este caso, el Derecho comunitario fija unos mínimos que el legislador puede ampliar¹⁹. Ahora bien, con la nueva definición de consumidor, quedarían fuera algunas personas jurídicas que sí se entendían incluidas con la LDCU²⁰. Tampoco se contempla expresamente a las entidades sin personalidad jurídica (ej. comunidad de propietarios o comunidad de bienes), que ya veían siendo protegidas por la

Al respecto, vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: Real Decreto Legislativo 1/2007*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 90-91.

- 14 De acuerdo con la doctrina constitucional establecida ya desde la STC(Pleno), núm. 36/1981, de 12 de diciembre, se rechaza que tengan valor normativo las exposiciones de motivos de las leyes (F.J. 7º). Posteriormente, se ha pronunciado el TC en el mismo sentido y en diversas sentencias, hasta la más reciente STC (Sala Segunda), núm. 67/2011, de 16 de mayo: “*el Tribunal tiene declarado sobre la naturaliza jurídica de los preámbulos y exposiciones de las Leyes, que: sin prescribir efectos jurídicamente obligados y carecer, por ello, del valor preceptivo propio de las normas de Derecho, tienen un valor jurídicamente cualificado como pauta de interpretación de tales normas. Su destinatario es, pues, el intérprete del Derecho antes que el obligado a una conducta que, por definición, el preámbulo no puede imponer. El valor jurídico de los preámbulos se agota, por tanto, en su cualificada condición como criterio hermenéutico*” (F.J. 3º).
- 15 Vid. CÁMARA LAPUENTE, “El concepto legal de consumidor en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, núm. 1, Ed. UC3M, Madrid, marzo de 2011, p. 95.
- 16 Vid. ARNAU RAVENTÓS, “La noció de consumidor: la incorporació de les normes en matèrie de contractació amb consumidors al llibre sisé del Codi Civil de Catalunya” en *Revista Catalana de Dret Privat*, nº 9, Barcelona, 2008, pp. 13 y 20-22.
- 17 En este sentido, PARRA LÚCAN, “Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos” en *Tratado de responsabilidad civil* (coord. REGLERO CAMPOS), 4ª edición, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2008, p. 435.
- 18 Vid. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 96-97.
- 19 En los mismos términos, vid. MARÍN LÓPEZ, “El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación” en *Condiciones Generales de la Contratación y cláusulas abusivas* (dir. NIETO CAROL), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 155-156. En contra de esta interpretación, CARRASCO PERERA, *op. cit.*, p. 4.
- 20 Quedan fuera con el nuevo concepto las fundaciones y cooperativas, porque cumplen los rasgos de actuación en una actividad empresarial o profesional (CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 100). Sólo estarían incluidas las asociaciones, siempre que no lo sean de profesionales o empresarios (CAVANILLAS MÚGICA, “El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias” en *Aranzadi Civil*, nº 1, Navarra, 2008, p. 20.

jurisprudencia y por alguna normativa autonómica²¹, aunque con la interpretación integradora de la E. de M., lo siguen estando²². La segunda diferencia reseñable es el cambio del inciso “su actividad” del Derecho comunitario, por “una actividad”, lo que permite excluir cualquier acto de consumo empresarial, independientemente de si es principal o accesorio a la actividad del mismo²³.

Sin duda, con la nueva definición de consumidor del TRLDCU, se seguirán presentando problemas prácticos, especialmente cuando se trate de delimitar qué está dentro y qué fuera de “una actividad empresarial o profesional”. De nuevo hay que aprovechar los criterios ya establecidos por la jurisprudencia al interpretar el art. 1 LDCU²⁴. De esa manera, quedarían encuadrados dentro de la actividad empresarial o profesional y, por tanto, fuera de la aplicación de las normas de protección de los consumidores y usuarios del TRLDCU, supuestos muy variados: los contratos mercantiles entre empresas y profesionales; los realizados por un empresario que actúa “disfrazado” como tal cuando, en realidad, el bien se destina por completo al consumo privado²⁵; los actos que traten de garantizar una mejor organización profesional (ej. contrato de seguro o servicios de prevención de insolvencia patrimonial); así como todos aquéllos que se realicen para incorporar los bienes o servicios a procesos de producción²⁶, de comercialización²⁷ o de prestación a terceros²⁸.

2.2. Concepto de intereses supraindividuales y derechos individuales conexos.

Como primera aproximación a los dos conceptos que tratamos en este epígrafe, resulta indispensable tener en cuenta, previamente, la tradicional dicotomía entre interés individual e interés público²⁹. En el trasfondo del interés individual subyace siempre un conflicto entre

21 Así, el art. 3 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía.

22 Vid. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 97.

23 Vid. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pp. 102-103.

24 Ya pueden encontrarse resoluciones jurisdiccionales que interpretan el alcance del art. 3 TRLDCU, si bien es pronto para realizar una valoración amplia, más allá de las exclusiones apuntadas sobre personas jurídicas: SJPI de Badalona (nº 6), núm. 106/2011, de 8 de junio; SAP de Murcia (Sección 5ª), núm. 183/2011, de 16 de junio; AAP de Las Palmas (Sección 5ª), núm. 161/2011, de 20 de septiembre; SAP de Murcia (Sección 1ª), núm. 29/2013, de 15 de enero.

25 SAP de Barcelona (Sección 13ª), núm. 16/2009, de 15 de enero, sobre la compraventa de una hidrocha con hidromasaje por una sociedad mercantil.

26 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 393/2008, de 9 de mayo, F.J. 3º, sobre la no aplicación de la normativa de consumidores y usuarios a la adquisición de un tractor para la realización de labores agrícolas y ganaderas.

27 SAP de La Coruña (Sección 6ª), núm. 98/2008, de 25 de marzo, F.J. 3º, sobre la compra de una furgoneta para la realización de trabajos de la empresa.

28 AAP de Madrid (Sección 21ª), núm. 377/2008, de 10 de diciembre, sobre la adquisición por un autónomo de un teléfono móvil en una promoción para particulares con la finalidad de recibir llamadas de la empresa.

29 En aras de la sencillez y concisión, omitimos las reflexiones doctrinales acerca del significado, en general, de interés jurídico. Al respecto puede verse, DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, 3ª edición, Ed. Ramón Areces, Madrid, pp. 164-167; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La tutela jurisdiccional de los*

particulares, dos personas físicas o jurídicas³⁰, situándose en el lado radicalmente opuesto el interés público o interés general. En realidad, estos dos últimos conceptos hacen referencia al mismo fenómeno³¹. La distinta denominación se debe a que, en un caso, se pone el acento en el objeto -la afección de la comunidad en su conjunto por una actividad desarrollada por la Administración (interés general)- y, en el otro, se hace más énfasis en quién tiene encomendada su defensa -coincidiendo los autores en que sólo puede ser el Ministerio Fiscal o la Abogacía del Estado (interés público)³².

Más adelante surgieron mecanismos de acumulación de intereses individuales, pero que ni siquiera suponían la suma de conflictos individuales, sino la “plasmación acumulada de varios intereses individuales que se han reflejado procesalmente por medio de la acumulación objetivo-subjetiva de acciones”³³. Con el transcurso del tiempo, pero, sobre todo, por los cambios en la realidad social y económica que exponíamos *supra*, se comprobó que la concepción tradicional de los intereses resultaba insuficiente para acoger los casos en que la tutela se pretendía, en conjunto, por grupos de personas³⁴. Señalaba GARNICA MARTÍN que estos mecanismos tradicionales “no estaban pensados para este nuevo fenómeno: son técnicas del derecho subjetivo y responden a una visión del ordenamiento jurídico que no contempla como sujeto de derechos a grupos de individuos, sino únicamente a la persona individualmente considerada”³⁵. Es en este punto donde surge la noción de intereses supraindividuales, así como su distinción con los derechos individuales conexos³⁶.

intereses supraindividuales: colectivos y difusos, Ed. Aranzadi, Navarra, 1999, pp. 39-55.

30 Vid. MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007, p. 403.

31 En ese sentido, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La tutela...*, *op. cit.*, p. 56; MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, pp. 405-406.

32 Por todos, vid. CABAÑAS GARCÍA, *La tutela judicial del tercero: estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil*, Ed. Dijusa, Madrid, 2005.

33 Vid. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, p. 404.

34 Vid. LACUEVA BERTOLACCI, *Acción ejecutiva de consumidores y usuarios: el art. 519 LECiv*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 19; MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, p. 407; CABAÑAS GARCÍA, *op. cit.*, p. 81.

35 GARNICA MARTÍN, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. FERNÁNDEZ BALLESTEROS y otros), Vol. I, Ed. Iurgium, Barcelona, 2000, p. 161.

36 Conceptos que, aún hoy, no dejan de estar envueltos en ciertas confusiones, lo que lleva a GUTIÉRREZ DE CABIEDES a hablar de “proverbial confusión terminológica y, por ende, conceptual que ha existido en torno a esta cuestión” (*Comentarios...*, *op. cit.*, p. 196). También, GRANDE SEARA, “Capacidad y legitimación en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios” en *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje* (coord. GONZÁLEZ PILLADO), Ed. Tecnos, Madrid, 2010, p. 51. Algunos autores opinan que ya no puede decirse que estas nociones sean nuevas. Así, GIANNINI, *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, Ed. Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2007, p. 40; MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, p. 408. Probablemente, donde mejor y más clara acogida ha tenido el fenómeno de la protección de las situaciones jurídicas plurisubjetivas, es Brasil, donde la Ley 8078, de 11 de septiembre de 1990, por la que se aprueba el código de defensa del consumidor, distingue los intereses supraindividuales colectivos y difusos, de los derechos individuales homogéneos. Al respecto, vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 197-198; LACUEVA BERTOLACCI, *op. cit.*, p. 20.

Definimos el “interés supraindividual”, con GUTIÉRREZ DE CABIEDES, como “el interés legítimo compartido por una categoría o conjunto de sujetos que se encuentran en igual o similar posición jurídica con relación a un bien del que todos ellos disfrutaban simultánea y conjuntamente, de forma concurrente y no exclusiva, y respecto del cual experimentan una común necesidad [...] está constituido en realidad por un conjunto de situaciones jurídico-subjetivas, cada una de las cuales es personal, referible o imputable a sujetos concretos [...] cada uno de ellos puede instar la tutela de ese interés y, en caso de verse acogida la acción ejercida en defensa de dichos intereses, los demás cointerésados se beneficiarán de los efectos materiales de su acción y de la resolución jurisdiccional”³⁷.

Aunque el origen de los intereses supraindividuales se encuentra en un conjunto de posiciones individuales, se desarrollan en un ámbito que ni es el estrictamente privado, ni es el público³⁸, sino una especie de *tertium genus* a medio camino entre ambos³⁹.

Dentro del género del interés supraindividual, se distinguen a su vez dos especies de intereses, los colectivos y los difusos. Se ha afirmado que ambos se tratan del mismo fenómeno jurídico, con igual naturaleza y estructura⁴⁰. El criterio de distinción entre uno y otro se basa, fundamentalmente, en el grado de determinación de los sujetos que forman el colectivo⁴¹: si éstos están determinados o son determinables, estaremos ante un interés colectivo; por el contrario, si están indeterminados o resultan indeterminables, se tratará de un interés difuso⁴².

Asimismo, otro criterio que goza de aceptación entre la doctrina es la concurrencia de una

37 Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 199-200; MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, pp. 410-411; GRANDE SEARA, *op. cit.*, p. 50; BACHMAIER WINTER, “La nueva ley de enjuiciamiento civil y los daños con múltiples víctimas. Cuestiones procesales relativas a la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios por el grupo de afectados” en *Derecho del consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía*, Separata, Estudios de Derecho Judicial, 2001, p. 210. En términos diferentes, aunque alcanzando la misma conclusión, GIANNINI, *op. cit.*, p. 44.

38 Se diferencia del interés público, desde el punto de vista objetivo, en que el interés supraindividual se otorga a comunidades más pequeñas que la comunidad general. A ello hay que añadir que, subjetivamente, en el interés supraindividual se da siempre una dimensión personal, atribuible a cada sujeto del colectivo que no se da en el interés público. Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La tutela...*, *op. cit.*, pp. 85-87.

39 GUTIÉRREZ DE CABIEDES propone la denominación “interés social” (*La tutela...*, *op. cit.*, pp. 87-88). También, MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, p. 411; GRANDE SEARA, *op. cit.*, p. 51.

40 Vid. BACHMAIER WINTER, *op. cit.*, p. 208; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La tutela...*, *op. cit.*, p. 109.

41 Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 652; MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, pp. 412-414; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 201; BACHMAIER WINTER, *op. cit.*, p. 208. GIANNINI, en cambio, rechaza este criterio por no ser “seguro y eficiente” (*op. cit.*, p. 63).

42 Ejemplo de un interés supraindividual colectivo son las cláusulas abusivas de contratos hipotecarios de una determinada entidad bancaria; difuso, una campaña de publicidad engañosa.

vinculación o relación jurídica de base entre los propios sujetos del grupo, o de éstos con un tercero (interés colectivo); o la inexistencia de vinculación, remontándose la conexión a meras circunstancias fácticas (interés difuso), por ejemplo, por residir en determinado lugar o adquirir cierto producto⁴³. Lo anterior lleva a algunos autores a afirmar que el interés colectivo se caracteriza por una mayor permanencia en la existencia del interés, siendo el difuso algo coyuntural u ocasional⁴⁴. En cambio, se entienden superadas y debe rechazarse, las posturas que establecían la diferenciación basándose en si el grupo tiene un portador del interés, o en la presencia o no de algún tipo de organización de los miembros⁴⁵.

Una categoría diferente de los intereses supraindividuales la constituyen los denominados “derechos individuales conexos”⁴⁶. Se trata de contemplar de forma conjunta una pluralidad de intereses individuales, siendo algo más que la mera suma de todos ellos⁴⁷. Según MONTERO AROCA, “si como consecuencia de un mismo acto o de una serie de actos iguales imputables a una persona (física o jurídica) un número determinado de personas han sufrido un daño que puede considerarse similar, es cierto que esas varias personas podrían demandar de modo individual al causante del daño, y también lo es que podrían demandar algunas o todas de modo acumulado. A pesar de ello, concurriendo las circunstancias dichas, el ordenamiento jurídico puede prever la posibilidad de un proceso, que podemos calificar de colectivo, en el que no es preciso que todas las personas afectadas estén individualmente comparecidas”⁴⁸.

Un criterio determinante para la configuración de los derechos individuales conexos es que el “evento” que da lugar a los perjuicios cuyo resarcimiento se pretende reclamar, debe proceder de un mismo hecho o hechos idénticos⁴⁹. Destacable es que no se trata simplemente de que el número de personas afectadas con respecto al interés individual sea mayor, sino la conveniencia de que un caso

43 Vid. GIANNINI, *op. cit.*, p. 59; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 201; MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, pp. 412-414.

44 Esta postura es mantenida por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, 201; MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, pp. 412-414.

45 Refutan estas opiniones doctrinales, GIANNINI, *op. cit.*, p. 62; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La tutela...*, *op. cit.*, pp. 101-104; CABAÑAS GARCÍA, *op. cit.*, p. 82.

46 En los párrafos anteriores hemos empleado el término “intereses”. Ahora, en cambio, resulta más apropiado el uso del concepto “derechos”, pues esta categoría acoge auténticos derechos subjetivos privativos, particulares y disponibles por cada uno de los sujetos. En este sentido, vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La tutela...*, *op. cit.*, p. 111.

47 Vid. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, p. 408.

48 Vid. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, p. 409.

49 Ejemplo de ello son los daños provocados a una pluralidad de personas por el consumo de un concreto producto en malas condiciones. Este criterio de “origen común” es mantenido, entre otros, por MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, p. 409; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La tutela...*, *op. cit.*, p. 111; GIANNINI, *op. cit.*, pp. 50-53.

se tramite colectivamente o por las vías tradicionales de tutela⁵⁰.

La principal diferencia con respecto a los intereses supraindividuales viene determinada por los efectos de la acción ejercitada. Si en aquéllos decíamos que el conjunto de sujetos podía beneficiarse de una eventual resolución jurisdiccional estimatoria de las pretensiones ejercitadas por uno de ellos, en este caso, sucede todo lo contrario: la satisfacción del derecho de uno de los interesados no produce efecto en el resto⁵¹. También hemos de referir que la determinación o indeterminación de los sujetos no tiene relevancia alguna para la configuración de los derechos individuales conexos, pues su naturaleza difiere de la de los intereses colectivos o difusos⁵².

Expuesto todo lo anterior, debemos subrayar que la plasmación de estas categorías de intereses y derechos en la LEC resulta problemática, ya que la misma no realiza una distinción entre intereses supraindividuales y derechos individuales conexos en los términos que hemos descrito⁵³. Nos remitimos al capítulo segundo de este trabajo donde, al analizar individualmente cada uno de los sujetos que puede ser parte, tratamos de esclarecer a qué se refiere, en cada caso, nuestra ley procesal.

3. Unos apuntes generales sobre la capacidad y legitimación de las partes.

El concepto de parte alude a aquéllos sujetos que recaban una tutela del órgano judicial (demandantes o actores) y aquéllos frente a los cuales se solicita esa tutela (demandados)⁵⁴. Además de éstos, se pueden presentar otros sujetos que, no siendo originalmente parte en el sentido que hemos comentado, pueden llegar a serlo. Estos sujetos, denominados terceros, pueden, por su relación con el objeto del proceso, entrar en el mismo, convirtiéndose en parte a todos los efectos, es decir, ostentan los mismos derechos, obligaciones y cargas que las partes originarias⁵⁵. Antes de

50 El criterio de “conveniencia” es mantenido por MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, p. 409. Con idéntico significado, aunque con otras palabras, lo define GIANNINI: “requisito de predominio”, al que añade un segundo requisito adicional, el de “superioridad”, que implica un “balance de las perspectivas que -para una más funcional resolución del conflicto- exhiben a priori las vías clásicas de enjuiciamiento (*op. cit.*, pp. 53-57).

51 Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 201; BACHMAIER WINTER, *op. cit.*, p. 210; GIANNINI, *op. cit.*, p. 46.

52 Es la tesis mantenida por GUTIÉRREZ DE CABIEDES (*Comentarios...*, *op. cit.*, p. 202) y GIANNINI, aunque éste último reconoce, seguidamente, que el criterio de determinación de los afectados puede tener relevancia en ciertas fases de un proceso, por ejemplo, en las notificaciones a los interesados (*op. cit.*, pp. 57-58 y 63).

53 Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 201; GRANDE SEARA, *op. cit.*, p. 52; BACHMAIER WINTER, *op. cit.*, p. 209.

54 Vid. entre otros: DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pp. 133-134; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, 18ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 55; CORDÓN MORENO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Vol. I, 2ª edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 132.

55 Vid. *infra* capítulo IV.

detenemos en el análisis de cada uno de los sujetos que pueden llegar a ser parte en procesos con consumidores y usuarios, entendemos necesario exponer, al menos de forma somera, la implicación que tiene, en general, la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y la legitimación en los procesos civiles⁵⁶.

3.1. Capacidad para ser parte.

Puede ser definida como la aptitud genérica para ser sujeto de derechos y obligaciones en un proceso⁵⁷. Tiene relación con la personalidad o capacidad jurídica del CC, pero desde el punto de vista procesal, la capacidad para ser parte es aún más amplia, pues la LEC reconoce capacidad para ser parte a sujetos que no tienen personalidad jurídica *stricto sensu* (art. 6 LEC).

i) En el caso de personas físicas, la capacidad para ser parte se reconoce por el simple hecho del nacimiento y hasta el momento del fallecimiento (arts. 29 y 30 CC). Es decir, cualquier persona física, por el hecho de serlo, tiene capacidad para ser parte. La LEC recoge la capacidad para ser parte de las personas físicas, incluso la del concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables, en el art. 6.1.1º y 2º de la LEC.

ii) En otro plano estarían las personas jurídicas, que, siendo una creación del Derecho, tienen capacidad jurídica atribuida en virtud de la ley (arts. 35 y ss. del CC, en general). Dependiendo de la naturaleza pública o privada de la persona jurídica, se aplicarán las normas que correspondan y que determinan el momento en que nace su personalidad jurídica. La capacidad para ser parte de las personas jurídicas viene reconocida en el art. 6.1.3º y 8º de la LEC.

iii) Por último, existen otros sujetos, que no son personas físicas ni jurídicas, que carecen de personalidad. Sin embargo, dada su relevancia, la LEC ha optado por reconocerles capacidad para

56 Junto a ellas, suele hablarse de un cuarto presupuesto, la “capacidad de postulación”, que por razones de extensión -no de importancia- simplemente queremos dejar apuntado. Se trata de que las partes, aún teniendo capacidad para ser parte y procesal, no pueden por sí mismas realizar los actos procesales. La regla general, con algunas excepciones, exige que las partes deben valerse de un procurador que las represente y de un abogado que las asistencie técnicamente. Sobre este punto, vid. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pp. 169-188; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, *op. cit.*, pp. 99-108; GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos civiles: comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, T. I, 2ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, pp. 316-338; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 372-527.

57 Sobre el concepto de capacidad para ser parte, vid. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pp. 135-145; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, *op. cit.*, pp. 58-60; CORDÓN MORENO, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp.137-147; GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos...*, *op. cit.*, pp. 82-91; SAMANES ARA, *Las partes en el proceso civil*, Ed. La Ley, Madrid, 2000, pp. 14-31.

ser parte, en algunos casos, condicionada. Así, sin ánimo de exhaustividad, tendrían también capacidad para ser parte las masas patrimoniales como la herencia yacente y la masa concursal (art. 6.1.4º LEC), entidades sin personalidad jurídica a las que la ley les reconozca capacidad para ser parte (art. 6.1.5º LEC), los grupos de consumidores afectados (art. 6.1.7º LEC) y las sociedades irregulares (art. 6.2 LEC).

iv) Mención aparte merece el reconocimiento al Ministerio Fiscal de capacidad para ser parte (art. 6.1.6º LEC). Se trata de reconocer capacidad para ser parte sólo cuando la ley prevea la intervención del Ministerio Fiscal como parte, es, por tanto, una capacidad para ser parte relativa.

En ausencia de capacidad para ser parte, será imposible ejercitar acciones u obtener una resolución judicial frente a tal o cual sujeto, o dicho de otro modo, aquellos sujetos que carezcan de capacidad para ser parte no pueden ser demandantes ni demandados.

La capacidad para ser parte es un presupuesto procesal: las normas reguladoras son de aplicación imperativa y de valoración objetiva (la capacidad se tiene o no se tiene)⁵⁸. Por lo tanto, su tratamiento procesal es el propio de los presupuestos procesales, esto es, cabe apreciar la falta de capacidad para ser parte de oficio y a instancia de parte. El art. 9 de la LEC establece que la falta de capacidad para ser parte “podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso”. Si por el contrario, se trata de una denuncia a instancia de parte, ésta se realizará a través de excepción procesal, en la contestación a la demanda (art. 405.3 LEC) o en la vista (art. 443.2 LEC) en función del tipo de proceso, ordinario o verbal, respectivamente. Incluso, podría plantearse una cuestión incidental (arts. 387 LEC y ss.) o, informalmente, hacérselo saber al tribunal para que *en cualquier momento del proceso* declare de oficio la falta de capacidad para ser parte.

3.2. Capacidad procesal.

Es la aptitud para actuar válidamente dentro de un proceso, y correlato de la capacidad de obrar civil⁵⁹. De la misma manera que en el Derecho civil la capacidad de obrar (el ejercicio pleno de los

58 Entre otros, vid. GARBERÍ LLOBREGAT, *Capacidad, postulación y legitimación de las partes en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, p. 46.

59 Con mayor profundidad, sobre el concepto de capacidad procesal, vid. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pp. 145-149; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, *op. cit.*, pp. 60-68; CORDÓN MORENO, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 148-158; GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos...*, *op. cit.*, pp. 92-100; SAMANES ARA, *op. cit.*, pp. 31-39.

derechos civiles) se encuentra limitada en algunos casos, para el Derecho procesal, no todo sujeto que tenga capacidad para ser parte tiene capacidad procesal.

A diferencia de la capacidad para ser parte, donde los principales problemas se plantean con sujetos que no son personas físicas, en la capacidad procesal, los problemas se centran esencialmente en estos sujetos. En síntesis, tienen capacidad procesal los mayores de edad no incapacitados y los menores de edad emancipados (art. 7.1 LEC: “Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles”) y, por definición negativa, carece de ella el resto de personas físicas, que deberán ser representados o asistidos por las personas que establezca la ley (art. 7.2 y 3 LEC).

En cuanto a las personas jurídicas tienen capacidad procesal desde el momento en que se constituyen válidamente (art. 38 CC), si bien, por su propia naturaleza jurídica, deben actuar a través de un representante (necesario), según el art. 7.4 LEC, que normalmente viene señalado en los estatutos de la persona jurídica.

Para el resto de entidades que carecen de personalidad jurídica, que ya hemos visto que si tienen capacidad para ser parte, la LEC establece unas normas que resuelven cómo actúan en juicio mediante la representación por otra persona (arts. 7.5, 6 y 7 LEC).

Por lo que respecta a su tratamiento procesal, la LEC le otorga el mismo régimen que a la capacidad para ser parte, por lo que damos por reproducidas las consideraciones realizadas para ésta *ut supra*.

3.3. Legitimación.

A diferencia de la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, que son presupuestos de la validez de los actos procesales, la legitimación es un presupuesto de la *acción* (o el derecho a obtener una tutela judicial concreta). Mientras las primeras son aptitudes generales, en relación a todos los procesos, la legitimación sólo puede analizarse en relación a un proceso concreto.

Podemos definirla, con DE LA OLIVA SANTOS, como la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta

el otorgamiento, a su favor, de la concreta tutela jurisdiccional pretendida (legitimación activa) o la exigencia, respecto de él, de las consecuencias del otorgamiento de una concreta tutela jurisdiccional (legitimación pasiva)⁶⁰. Dicho de otra manera, la legitimación activa consistirá, generalmente, en ser titular de un derecho subjetivo privado, mientras que la pasiva supone ser titular de un deber u obligación. Si las partes carecen de legitimación (activa o pasiva), ello tendrá como consecuencia una sentencia absolutoria, denegatoria de la tutela judicial solicitada⁶¹.

La definición que hemos dado engloba los supuestos de *legitimación ordinaria o directa*, que consiste, precisamente, en que la legitimación la ostenta el titular del derecho o deber que fundamenta la acción. Este tipo de legitimación se encuentra recogida en el art. 10 de la LEC, que dice lo siguiente: “Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”.

No obstante, existen supuestos en los que el ordenamiento reconoce legitimación a sujetos que no son titulares del derecho subjetivo privado que fundamenta la acción. Al respecto, el citado art. 10 LEC continúa: “Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular”. En esos casos se habla de *legitimación extraordinaria o indirecta*.

Dentro de esa legitimación extraordinaria, puede distinguirse, a su vez, entre *legitimación por sustitución* y *legitimación por representación o representativa*. Por exponer la idea en pocas palabras, podemos decir que la primera de ellas se produce cuando el legitimado actúa por un derecho ajeno, en nombre propio y en interés propio (ej. acción subrogatoria), mientras que en la segunda, el legitimado actúa por un derecho ajeno, en nombre propio y en interés ajeno (ej. acción ejercitada por una asociación de consumidores en defensa de los intereses de sus asociados).

El art. 11 LEC, bajo la rúbrica “legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios”⁶², aborda qué sujetos están legitimados para ejercitar acciones en esos

60 DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 153.

61 Sin pretender entrar en discusiones doctrinales acerca de la naturaleza de la legitimación, seguimos la tesis defensora de la legitimación como presupuesto de la acción, siendo un tema de fondo, que debe resolverse en la sentencia y no un tema de forma apreciable *in limine litis*. Más en detalle, vid. por ejemplo, DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal...*, op. cit., pp. 159-163; GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos...*, op. cit., pp. 179-184.

62 La denominación parece correcta, si bien el precepto peca de descuido en su regulación: no distingue entre derechos individuales conexos e intereses supraindividuales. Si el lector se fija en las expresiones empleadas por el legislador, puede observar cómo se usan indistintamente expresiones que corresponden a figuras de distinta naturaleza jurídica. La expresión “perjudicados por un hecho dañoso” tiene su razón de ser en la defensa de derechos individuales conexos, de consumidores a los que ya se les ha producido un daño, mientras que con las expresiones “intereses colectivos” o “intereses difusos”, utilizados en la doctrina para referirse a los intereses supraindividuales, parece

casos⁶³.

4. Incidencia de las nuevas tasas judiciales en el ámbito del Derecho de Consumo.

La Ley 10/2012, de 20 de noviembre⁶⁴, modificada parcialmente por el RD-ley 3/2013, de 22 de febrero⁶⁵, dispone el abono de tasas cuando un sujeto pretende iniciar determinados procesos jurisdiccionales. Este fenómeno no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. La Ley 25/1986, de 24 de diciembre⁶⁶, derogó las tasas judiciales existentes hasta esa fecha en nuestro sistema, aunque la Ley 53/2002, de 30 de diciembre⁶⁷, volvió a introducir dicha figura.

Dada la relevancia del tema, en este trabajo no podía obviarse mencionar la última reforma sobre las tasas judiciales, teniendo en cuenta la especial incidencia de las mismas en los derechos de los consumidores y usuarios. Se podría decir que las previsiones de la Ley 10/2012, no son sino una ampliación -objetiva y subjetiva- del contenido primigenio de la Ley 53/2002. Sin ánimo de realizar un análisis de la Ley, de forma sintética, podemos reseñar que ahora las personas físicas -además de la jurídicas- aparecen como sujetos pasivos del tributo y se incrementan los supuestos que dan lugar a la exacción de las tasas -abarcando los órdenes civil, contencioso-administrativo y social-, así

estar pensando en esto último.

63 El art. 11 de la LEC dispone lo siguiente: “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 artículo 6.1.8.º 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”.

64 Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y de Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE 21-11-2012). Entre los fines que justifican la reforma, se citan expresamente en la exposición de motivos: la racionalización en el ejercicio de la potestad jurisdiccional; la mejora en la financiación del sistema judicial, en especial la asistencia jurídica gratuita; e incentivar la resolución extrajudicial de los conflictos.

65 Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de las tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita (BOE 23-02-2013).

66 Ley 25/1986, de 24 de diciembre, de supresión de las tasas judiciales (BOE 31-12-1986). En su exposición de motivos, se arguye que las tasas judiciales provocan “notables distorsiones en el funcionamiento de la Administración de Justicia”, pretendiendo, además, que “todos los ciudadanos puedan obtener justicia cualquiera que sea su situación económica o posición social”. Resulta recomendable la lectura de la rescatada obra de BENTHAM, *Una protesta contra las tasas judiciales* (edición preparada por DE LA OLIVA SANTOS), Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2013.

67 Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE 31-12-2002).

como la cuantía de las mismas -compuesta por una parte fija y una variable-.

Con las nuevas tasas se refuerza o aumenta el poder en el mercado de las grandes empresas, entidades de crédito o compañías aseguradoras. En nada les afecta la nueva reforma⁶⁸, pero, en cambio, sí les beneficia: las tasas operan como un elemento disuasorio de actuaciones judiciales, dificultando o directamente impidiendo que los consumidores les demanden o recurran y, como consecuencia de lo anterior, también están en una posición de ventaja ante una eventual negociación⁶⁹.

El establecimiento de tasas judiciales haciéndolas recaer en personas físicas, en particular, en consumidores y usuarios que pretenden ejercitar acciones judiciales en defensa de sus derechos, puede poner en riesgo la tutela de sus intereses⁷⁰. A partir del 22 de noviembre (fecha de entrada en vigor de la Ley 10/2012), las demandas presentadas en el orden jurisdiccional civil, independientemente del tipo de proceso, así como los recursos de apelación y casación, dan lugar a la exigencia de tasas⁷¹. La cantidad a pagar varía en función del tipo de proceso y de la cuantía del mismo⁷². En ningún caso se toman en consideración los recursos económicos del consumidor o usuario.

La Ley exime del pago de la tasa a los consumidores o usuarios que tengan reconocido el beneficio de la justicia gratuita⁷³. Aunque el RD-ley 3/2013, de 22 de febrero, ha establecido nuevos

68 Las personas jurídicas con gran volumen de facturación ya venían abonando tasas judiciales desde la Ley 53/2002, de 30 de diciembre (v. arts. 1, 2, 3.2 y 6), aunque con cuantías sensiblemente inferiores; además, disponen de ingentes recursos económicos para demandar o recurrir y los costes siempre los podrán repercutir entre sus clientes. Vid. DE LA OLIVA SANTOS, Blog “Por Derecho”, 3 de febrero de 2013 (andresdelaoliva.blogspot.com.es).

69 Vid. DEL CARPIO FIESTAS, “Justicia para el que pueda pagarla. Un alegato contra las tasas con ejemplos de procesos civiles de consumo” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 4, Ed. Centro de Estudios de Consumo, octubre de 2012, Castilla-La Mancha, pp. 87-98 (uclm.es/centro/cesco).

70 Así, DE LA OLIVA SANTOS habla de “monstruoso designio de poner precios prohibitivos a la Justicia, especialmente a particulares, a las personas físicas, a consumidores y a usuarios que quieran reaccionar de forma individual”, Blog “Por Derecho”, 10 de octubre de 2012. En el presente epígrafe, las referencias a consumidores y usuarios son extensibles al resto de personas físicas. Hemos creído conveniente centrarnos en aquéllas por la materia que tratamos, aunque la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, no establece diferenciación alguna.

71 Para una descripción completa, vid. art. 2 de la Ley 10/2012, donde se recogen los distintos supuestos. Ese precepto se debe poner en relación con el art. 4, que recoge algunas exenciones objetivas y subjetivas.

72 Una demanda de juicio verbal lleva aparejada una tasa fija de 150 €, mientras que para un procedimiento ordinario la misma asciende a 300 €. Esas cantidades se disparan en caso de que el consumidor pretenda interponer un recurso de apelación (800 €) o un recurso de casación (1.200 €). A todos los casos anteriores, hay que añadir una cantidad variable, resultante de aplicar sobre la cuantía del proceso, un porcentaje del 0'10 %, con un tope de 2.000 €. Es decir, la parte variable de la tasa, en caso de personas físicas, nunca puede superar los 2.000 €. Vid. art. 7.1 y 3 de la Ley 10/2012.

73 El art. 4.2.a) de la Ley 10/2012 exige tener reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita en el momento de realización del acto procesal de que se trate. En este punto se plantea un dilema, pues si un consumidor solicita el reconocimiento de ese derecho e insta un proceso para reclamar sus derechos, sin que aún se haya resuelto su concesión, la exención no será aplicable. El Secretario judicial, entonces, tendría que requerir a nuestro consumidor

criterios para el reconocimiento de justicia gratuita a personas físicas, en función del tipo de unidad familiar⁷⁴, tal modificación, en relación con las tasas judiciales, resulta insuficiente. Así lo pone de manifiesto el CGPJ, con ocasión del informe al Anteproyecto de la nueva Ley de asistencia jurídica gratuita: “Aún cuando la Exposición de Motivos se refiere a que debido al incremento de costes procesales motivado por las nuevas tasas judiciales, se ha considerado oportuno elevar los umbrales hasta ahora vigentes de forma que la cuantía a partir de la cual se considera que la capacidad económica para sufragar todos los costes del proceso es ahora más elevada, existen dudas más que razonables sobre si efectivamente se han elevado los umbrales hasta ahora vigentes para el otorgamiento de la asistencia jurídica gratuita. En primer lugar, porque el Anteproyecto se sirve como magnitud de referencia de los ingresos brutos, en lugar de los netos, que es el criterio mayoritariamente acogido en sede jurisprudencial. En segundo lugar, porque se persiste en utilizar como patrón de referencia el IPREM, siendo así que no hay obligación legal de actualizar anualmente este indicador y que de hecho no se actualiza desde 2010. En tercer lugar, porque la anunciada mejora sólo se aplicaría a determinados tipos de unidades familiares [...] Por todo lo cual, se puede dudar de que, a nivel global, el pretendido incremento de los umbrales de referencia para acceder al beneficio de justicia gratuita permita compensar las elevadas cuantías de las tasas judiciales, aun después de la reforma introducida por el Real Decreto-ley 3/2013”⁷⁵.

Las tasas abonadas *pueden* recuperarse, vía condena en costas, si el empresario demandado es condenado⁷⁶. Decimos “pueden” porque no será así en muchos casos. En primer lugar, el consumidor no recuperará el importe de la tasa cuando interponga recursos de apelación o casación frente a una resolución desfavorable, aunque éstos resulten estimados, total o parcialmente (art.

al pago de la tasa en un plazo de 10 días, precluyendo el trámite en cuestión si no realiza el pago (art. 8.2 de la Ley 10/2012). El legislador reparó en este problema e introdujo una modificación en el art. 16 LAJG, por la cual el Secretario debe decretar la suspensión del acto en tanto se resuelva el expediente de justicia gratuita. Esta solución no resulta satisfactoria. Según la doctrina de nuestro TC: “*generaría un número indeterminado de procesos suspendidos sine die por factores completamente ajenos a la mejor administración de justicia, que se acumularán en la Secretaría de los Tribunales con grave riesgo para el derecho a un proceso sin las dilaciones indebidas y sin beneficio aparente para ningún derecho o interés discernible*” (STC (Sala Primera), núm. 116/2012, de 4 de junio, F.J. 7º).

74 El art. 3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, modificado por el RD-ley 3/2013, de 22 de febrero, establece tres umbrales por debajo de los cuales una persona física tiene derecho a la justicia gratuita: a) el doble del IPREM para personas no integradas en ninguna unidad familiar; b) 2,5 veces el IPREM para personas integradas en unidades familiares con menos de cuatro miembros; y, c) el triple del IPREM si la unidad familiar es de cuatro o más miembros. El IPREM, para el año 2013, queda fijado en 532,51 euros (mensual) o 6.390,13 euros (anual), según la DA octogésima segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2013.

75 Informe del CGPJ, de 21 de marzo de 2013, al Anteproyecto de la Ley de asistencia jurídica gratuita, Madrid, p. 117 (poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes).

76 La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, introdujo, en el concepto de costas, “la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuando ésta sea preceptiva” (art. 241.1.7º LEC). La E. de M. de la Ley 10/2012 recuerda que “el vencimiento en un proceso y la condena en costas a la otra parte trasladarán el pago de la tasa a la parte demandada”. Aunque, como veremos, esta afirmación resulta inexacta.

398.2 LEC)⁷⁷. Hay que destacar que la cuantía de la tasa en estos recursos supera los 800 € y 1.200 €, respectivamente. En segundo lugar, tampoco lo hará si el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho (art. 394.1 LEC) -particularmente, podría darse la aplicación de este precepto a los numerosos asuntos de usuarios de banca afectados por participaciones preferentes o por cláusulas hipotecarias abusivas-.

Dos supuestos exentos en la Ley 10/2012 presentan una relevancia especial en materia de consumo. El primero, especialmente llamativo, viene referido a los laudos dictados por las Juntas Arbitrales de Consumo⁷⁸. En principio, a las demandas de ejecución de laudos arbitrales de consumo se les exigía una tasa de 200 €. Afortunadamente, el RD-ley 3/2013 repara en esta contradicción aparente⁷⁹ e introduce una exención por “la interposición de la demanda de ejecución de laudos dictados por las Juntas Arbitrales de Consumo” (art. 4.1.g) de la Ley 10/2012). El segundo supuesto alude a la exención prevista en la letra e) del art. 4.1 de la Ley 10/2012. En virtud de ese precepto, quedan exentas de tasa las demandas de juicio verbal en reclamación de cantidad que no superen los 2.000 €. Sin embargo, en esta previsión no tendría cabida el supuesto de una demanda interpuesta por un consumidor que ejercite una acción de reparación o sustitución de un bien frente a una compañía, pudiendo ser que la cuantía del litigio sea igual a la tasa (150 € para demandas que se tramiten por el juicio verbal)⁸⁰. Además es posible que numerosas reclamaciones de cantidad en materia de consumo excedan de ese límite cuantitativo (ej. vivienda, seguros, etc.).

Todo lo dicho hasta el momento se refiere a pretensiones ejercitadas por el consumidor de forma individual. Pero la proyección de las tasas alcanza también a otros sujetos que actúan en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios. Las asociaciones de consumidores tendrán un nuevo impedimento al ejercitar las acciones colectivas previstas por la LEC, pues, por lo general, no será inusual que la cuantía de la parte variable de la tasa llegue al límite de los 10.000 € previsto para

77 Al respecto se ha señalado que “el legislador ha acogido la doctrina de la *iusta causa litigandi*: no hay condena para el recurrente porque ha triunfado ni para el recurrido porque ostenta a su favor una decisión judicial obtenida en la instancia anterior” (HERRERO PEREZAGUA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. CORDÓN MORENO y otros), Vol. I, 2ª edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1652).

78 Las Juntas Arbitrales de Consumo son los órganos administrativos de gestión del arbitraje institucional de consumo y prestan servicios de carácter técnico, administrativo y de secretaría, tanto a las partes como a los árbitros (art. 5.1 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo).

79 La E. de M. de la Ley 10/2012 cita la promoción de la resolución alternativa de controversias entre sus fines, mientras que el art. 4.1.e), en conjunto con el art. 7.1, grava la ejecución de los títulos ejecutivos extrajudiciales. Además chocaba con uno de los principios del arbitraje de consumo, la gratuidad (art. 41.1 del Real Decreto 231/2008).

80 Vid. GONZÁLEZ CARRASCO, “Requisitos de constitucionalidad de la tasa aplicable al acceso a la administración de justicia prevista por la derogada ley 53/2002 y consecuencias en torno a la constitucionalidad de la actualmente vigente (Ley 10/2012, de 20 de noviembre)” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 4, Ed. Centro de Estudios de Consumo, octubre de 2012, Castilla-La Mancha, p. 231.

personas jurídicas⁸¹. Asimismo, las nuevas tasas representan un obstáculo adicional en caso de que los consumidores o usuarios decidan actuar como grupo de afectados⁸², en la medida en que estos entes no tienen derecho a la justicia gratuita y, por tanto, siempre deben pagar tasa. Incluso, podríamos plantearnos la cuestión, no resuelta en la Ley 10/2012, sobre qué consideración -persona física o persona jurídica- tienen las entidades sin personalidad, a efectos de determinar la parte variable de la tasa⁸³. Los únicos sujetos que quedan exentos de tasa son, como no podía ser de otra manera, el Ministerio Fiscal y el Instituto Nacional de Consumo y órganos asimilados en el ámbito autonómico o local⁸⁴.

Vertidas las reflexiones anteriores, cabe preguntarse si la imposición generalizada de tasas judiciales vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en la doble vertiente comprensiva del “derecho al proceso” y del “derecho a los recursos legalmente previstos”⁸⁵. Igualmente podría cuestionarse desde el punto de vista de los arts. 14 (derecho de igualdad), 51.3 (“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”) y 119 (“la justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”), todos ellos de la CE, labor que, entendemos, sobrepasa el ámbito del presente trabajo.

Recientemente el TC se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de diversos aspectos contemplados en la derogada Ley 53/2002, en relación con el art. 24.1 CE⁸⁶. El propio TC subraya

81 Art. 7.2 de la Ley 10/2012. Así lo refiere el escrito del Consejo de Consumidores y Usuarios, dirigido a la Defensora del Pueblo, por el que solicita a ésta la interposición de un recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley de tasas, 28 de noviembre de 2012, Madrid (consumo-ccu.es/informes.asp).

82 Sobre los problemas que envuelven a esta figura, vid. *infra* epígrafe 3 del capítulo II.

83 Podría sostenerse la no aplicación de la parte variable de la tasa a estos entes sin personalidad -también al resto de entes sin personalidad a los que la LEC reconoce capacidad para ser parte-, en virtud de la regla de prohibición de la analogía en el ámbito tributario (art. 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria).

84 Arts. 4.2.b) y c) de la Ley 10/2012, respectivamente. Profundizamos en estos sujetos en los epígrafes 4.1 y 2 del capítulo II.

85 Al respecto, vid. DE LA OLIVA SANTOS, “Proceso y derechos fundamentales” en *Derecho procesal civil. Introducción*, 3ª edición, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 417-454. La STC, núm. 20/2012, de 16 de febrero, reitera la doctrina constitucional sobre el diferente relieve constitucional que posee el derecho de acceso a la jurisdicción y el de acceso a los recursos legalmente establecidos. Así, “*el derecho a acceder a la justicia es un componente medular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el precepto constitucional y que no viene otorgado por la ley, sino que nace de la Constitución misma. Por el contrario, el derecho a acceder a los recursos legales se incorpora al derecho fundamental en la concreta configuración que reciba de cada una de las leyes de enjuiciamiento [...] no nace directamente de la Constitución [...] el control constitucional de los requisitos de admisión de los recursos legalmente establecidos es más laxo, puesto que lo que se pide en ese momento no es más que la revisión de la respuesta judicial contenida en la Sentencia de instancia previamente dictada la cual, si resuelve el fondo del asunto, ya habría satisfecho el núcleo del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva sin indefensión de todas las partes procesales*” (F.J. 5º).

86 Sobre las tasas y el derecho de acceso, vid. STC (Pleno), núm. 20/2012, de 16 de febrero; STC (Sala Primera), núm. 116/2012, de 4 de junio; STC (Sala Primera), núm. 164/2012, de 1 de octubre. Con respecto al derecho a los

las diferencias de aquella regulación⁸⁷, pero algunos de los argumentos consideramos que son igualmente extensibles a la nueva Ley de tasas. El TC considera lícito que el legislador establezca límites siempre que respeten el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, que respondan a una finalidad legítima y que exista proporción entre los medios empleados y la finalidad perseguida⁸⁸. No será así cuando se “*impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador*”. Y sigue, “*esta conclusión general -la declaración de constitucionalidad de la ley de tasas anterior- sólo podría verse modificada si se mostrase que la cuantía de las tasas establecidas son tan elevadas que impiden en la práctica el acceso a la jurisdicción o lo obstaculizan en un caso concreto en términos irrazonables*”⁸⁹.

Como apunta GONZÁLEZ CARRASCO, entendemos que de forma acertada, “llevar esta exigencia del Tribunal Constitucional a sus últimas consecuencias, obligaría a colapsar las secretarías de los juzgados mediante la necesidad de realizar un estudio de la capacidad contributiva de todo demandante cuya unidad familiar supere los límites legales de la exención de tasas por acogimiento al beneficio de la justicia gratuita”⁹⁰.

Los argumentos vertidos por el TC se apoyan en diversas resoluciones del TEDH y TJUE, que resuelven asuntos planteados como consecuencia de la existencia de tasas judiciales en otros Estados⁹¹. En el plano supraestatal, existen normas dirigidas a garantizar el derecho de acceso a la

recursos establecidos, vid. STC (Pleno), núm. 79/2012, de 17 de abril; STC (Pleno), núm. 85/2012, de 18 de abril; STC (Pleno), núm. 103/2012, de 9 de mayo; STC (Pleno), núm. 104/2012, de 10 de mayo; STC (Sala Segunda), núm. 125/2012, de 18 de junio; STC (Sala Segunda), núm. 218/2012, de 26 de noviembre.

87 La STC (Pleno), núm. 20/2012, de 16 de febrero, señala sobre las tasas previstas en la Ley 53/2002, que “*las exenciones legales conducen a que solamente queden sujetas al pago de las tasas judiciales las personas jurídicas con ánimo de lucro cuya cifra de negocios hubiere alcanzado, en el período impositivo anterior, un importe neto superior a seis millones de euros*” (F.J. 9º). Por eso, declara la norma constitucional conforme al art. 24.1 CE: “*debemos poner de manifiesto que en principio no vulnera la Constitución que una norma de rango legal someta a entidades mercantiles, con un elevado volumen de facturación, al pago de unas tasas que sirven para financiar los costes generados por la actividad jurisdiccional que conlleva juzgar las demandas que libremente deciden presentar ante los Tribunales del orden civil para defender sus derechos e intereses legítimos*” (F.J. 9º).

88 “*El derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino que es un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador. Ello implica que el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio [...] En esta regulación, la ley podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental que serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), están dirigidos a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida*” (STC (Pleno), núm. 20/2012, de 16 de febrero, F.J. 7º).

89 Vid. STC (Pleno), núm. 20/2012, de 16 de febrero, F.J. 7º y 10º, o STC (Pleno), núm. 79/2012, de 17 de abril, F.J. 5º.

90 Vid. GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, p. 230.

91 STJUE (Sala Segunda), de 22 de diciembre de 2010; STEDH (Sección 1ª), caso *Kreuz c. Polonia*, de 19 de junio de 2001; STEDH (Sección 4ª), caso *Kniat c. Polonia*, de 26 de julio de 2005; STEDH (Sección 2ª), caso *Apostol c.*

jurisdicción de cualquier persona⁹² y, aún más, a garantizar los derechos e intereses de los consumidores y usuarios⁹³. Por sistematizar, se puede decir que el TEDH -y también el TJUE por extensión⁹⁴- mantiene el mismo criterio que nuestro TC en cuanto a la imposición de tasas para acceder a la jurisdicción: *“El Tribunal (TEDH) señala una vez más que nunca ha descartado la posibilidad de que el interés de una correcta administración de justicia pudiera justificar imponer restricciones financieras al acceso de las personas a un tribunal [...] Por lo tanto, el Tribunal dispone que el requisito de pagar tasas a los tribunales civiles en relación con las reclamaciones sobre las que éstos van a decidir no puede ser considerado como una restricción del derecho de acceso a un tribunal que sea incompatible per se con el art. 6.1 del Convenio. Reitera, sin embargo, que la cantidad de las tasas judiciales a la luz de las circunstancias concretas de un caso dado, incluyendo la capacidad del demandante de pagarlas, y la fase del procedimiento en la que esta restricción ha sido impuesta, son factores importantes en la determinación de si una persona goza o no de su derecho de acceso”*⁹⁵.

Especialmente relevantes son los elementos concretos por los que el TEDH aprecia, en cada caso, si las tasas judiciales suponen una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: la capacidad del demandante para pagarlas y la fase del procedimiento en que se esté⁹⁶; la necesidad de que el pago de la tasa no impida al actor asegurar sus “necesidades básicas” o las de su familia, presentes o futuras, así como la importancia que para aquél tenga el pleito⁹⁷. De igual manera, parece que es de suma importancia que el sistema de tasas tenga un carácter “flexible”⁹⁸. Esa flexibilidad se puede determinar atendiendo a la existencia o no de un límite legal a la cuantía de la

Georgia, de 28 de noviembre de 2006; STEDH (Sección 5ª), caso *Agromodel Ood c. Bulgaria*, de 24 de septiembre de 2009; STEDH (Sección 1ª), caso *Urbanek c. Austria*, de 9 de diciembre de 2010.

92 Así, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, recoge en su art. 6.1 que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial” y en el art. 13 reconoce el derecho a un “recurso efectivo ante una instancia nacional”. Por su parte, en el ámbito específico de la Unión Europea, el mismo derecho a la tutela judicial efectiva queda plasmado en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE C-364, 18 de diciembre de 2000).

93 El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada, a 30 de marzo de 2010, resultado de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, DOUE C-83, 30 de marzo de 2010), fija como uno de los objetivos de la UE garantizar un alto nivel de protección de los intereses económicos de los consumidores, así como la salud y seguridad de los mismos (art. 169.1 en relación con el art. 114.3).

94 El TJUE hace suya la doctrina del TEDH, en aplicación del art. 52.3 de la Carta. Vid. STJUE, (Sala Segunda), de 22 de diciembre de 2010: *“Por lo que respecta a la Carta, su artículo 52, apartado 3, precisa que, en la medida en que dicha Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere este Convenio [...] también, en particular, por la jurisprudencia del TEDH”* (§ 35).

95 STEDH (Sección 1ª), caso *Kreuz c. Polonia*, de 19 de junio de 2001, §59 y 60, doctrina reiterada en sentencias posteriores ya citadas.

96 STEDH (Sección 1ª), caso *Kreuz c. Polonia*, de 19 de junio de 2001, § 60.

97 STEDH (Sección 4ª), caso *Kniat c. Polonia*, de 26 de julio de 2005, § 44 y 45.

98 STEDH (Sección 5ª), caso *Agromodel Ood c. Bulgaria*, de 24 de septiembre de 2009, § 47; STEDH (Sección 1ª), caso *Urbanek c. Austria*, de 9 de diciembre de 2010, § 56.

tasa -en España, como ya hemos dicho, la parte variable para personas físicas tiene un tope de 2.000 € y para personas jurídicas ese límite asciende a 10.000 €-; que el Juez tenga cierto margen de apreciación sobre la adecuación de la tasa a los recursos del actor; la posibilidad de solicitar la exoneración (total o parcial) del pago -en nuestro país podría reconducirse a la exención derivada del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, aunque no existe tal opción para los sujetos que no tengan justicia gratuita-; y, la continuación del proceso, independientemente de si se paga o no la tasa.

A la vista de todas las circunstancias expuestas, parece que pueden encontrarse argumentos para sostener la inconstitucionalidad de las Ley de tasas 10/2012⁹⁹, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, incluso aún después de su modificación por el RD-ley 3/2013. Hemos de tener en cuenta lo elevado de las cuantías y la “inflexibilidad” del sistema para permitir que justiciables que superen, sin excesos, los umbrales de la LAJG, puedan gozar de exenciones, al menos parciales, de esas tasas. De lo contrario, se producirán situaciones en las que, efectivamente, se impide u obstaculiza el acceso a la Justicia¹⁰⁰. En el concreto ámbito del Derecho de Consumo, resulta curioso que habiéndose establecido mecanismos de tutela para aumentar la protección de los consumidores y usuarios, se establezcan ahora nuevas trabas cuando se pretenda impetrar una tutela que proteja sus intereses. Y aunque en principio no se advierte un choque directo con la legislación estatal o europea en la materia¹⁰¹, sí podrían verse vulnerados sus derechos por la vía indirecta de impedirles el “derecho al proceso”, adquiriendo una mayor relevancia cuando de lo que se trata es de actuaciones individuales de los consumidores o usuarios.

99 Ya se han presentado y admitido a trámite tres recursos de inconstitucionalidad frente a la misma: por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso (recurso nº 973/2013) y por los Gobiernos autonómicos de Cataluña (recurso nº 995/2013) y Andalucía (recurso nº 1024/2013). Vid. BOE, de 23 de marzo de 2013.

100 De la misma opinión, DE LA OLIVA SANTOS: “Las tasas, aun rebajadas, no dejarán de tener los efectos disuasorios e incluso obstativos. Sostener lo contrario es ignorar la estrechez de recursos dinerarios en que viven la mayoría de los españoles, porque es pequeña la ampliación de la asistencia jurídica gratuita. Tampoco las nuevas tasas son proporcionales a las posibilidades económicas” (Blog “Por Derecho”, 25 de febrero de 2013).

101 El Magistrado del Juzgado de lo Social nº 1 de Benidorm, entiende que la Ley 10/2012 es contraria al Derecho Comunitario, por lo que defiende la primacía de éste sobre aquélla, inaplicando la norma interna. Los argumentos, aunque nos parecen algo forzados, se pueden encontrar en juzgadosocial1benidorm.wordpress.com (último acceso 17/04/2013). Por otra parte, la actual comisaria europea de Justicia, Viviane Reding, en respuesta a unas preguntas planteadas en el Parlamento europeo, afirma que “la Comisión llevará a cabo un seguimiento de este asunto”, aunque entiende que “el Tribunal Constitucional de España examinará la Ley 10/2012” (P-011601/2012 en europarl.europa.eu/plenary/es/parliamentary-questions.html#sidesForm).

CAPÍTULO II: PRINCIPALES ESPECIALIDADES DE LAS PARTES EN PROCESOS CON CONSUMIDORES Y USUARIOS

Efectuadas las pinceladas básicas sobre conceptos elementales del Derecho procesal¹⁰², podemos ya analizar las especialidades más relevantes que se presentan en cada uno de los sujetos que pueden llegar a ser parte en un proceso de consumo. Con la decisión de no analizar de forma detallada la capacidad y legitimación de cada uno de estos sujetos, pretendemos evitar caer en reiteraciones carentes de interés para el lector especializado; entendemos que se presentan suficientes problemas concretos en materia de consumo como para centrarnos sólo en ellos, obviando cuestiones de menor interés que pueden encontrarse en cualquier bibliografía básica.

1. El consumidor individual.

Ya hemos estudiado el nuevo concepto de consumidor y sus distintas consecuencias tras la aprobación del TRLDCU¹⁰³. Queremos reiterar que dentro del concepto de consumidor individual tienen también cabida algunos sujetos que carecen de personalidad¹⁰⁴, a los que la LEC les ha reconocido capacidad para ser parte. Así, por ejemplo, la actuación de una comunidad de propietarios, a través de su Presidente, por la incorrecta reparación de las cañerías que provocan inundaciones en las zonas comunes. Aunque el art. 3 del TRLDCU no lo contemple expresamente, en este caso, la comunidad actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial, precisamente como usuaria de los servicios de una empresa de fontanería¹⁰⁵, con lo cual, ostenta la condición de consumidor o usuario. Nótese que el Presidente de la comunidad actúa, no por una suerte de intereses de todos los propietarios, sino que lo hace en defensa de los intereses de la propia comunidad de propietarios, como afectada por un hecho dañoso¹⁰⁶. Por ello, este caso no es asimilable a la actuación del representante del grupo de afectados, del que hablaremos más adelante.

102 Vid. *supra* epígrafe tercero del capítulo I.

103 Vid. *supra* epígrafe 2.1 del capítulo I.

104 Vid. JIMÉNEZ FORTEA, *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. BARONA VILAR), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 79.

105 Lo mismo sucedería en el caso de una herencia yacente o una masa concursal, que, como consecuencia de la prestación de un servicio defectuoso, se vieran afectadas por un hecho dañoso. Esto mismo es defendido por JIMÉNEZ FORTEA, *Tutela...*, *op. cit.*, p. 79.

106 La Ley de Propiedad Horizontal reconoce esa facultad al Presidente de la comunidad de propietarios: “El presidente ostentará legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que le afecten” (art. 13.3 LPH).

Estos sujetos de los que estamos hablando, todos ellos consumidores individuales, no presentan especialidades en cuanto a la capacidad para ser parte o procesal, por lo que son de aplicación las reglas generales de la LEC que hemos descrito en el capítulo anterior.

Tampoco, en principio, se presentan especialidades en sede de legitimación. Cualquier sujeto de los que hemos definido como consumidor, puede acudir a los tribunales reclamando una tutela jurisdiccional por ver afectado su derecho o interés individual, como consecuencia del perjuicio causado por el consumo de un producto o uso de un servicio.

Puesto que actúan todos ellos como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, estamos ante supuestos de legitimación ordinaria del art. 10 LEC: “Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”. Y esta legitimación se *reitera* nuevamente en el inciso primero del art. 11.1 LEC: “Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados...”¹⁰⁷.

Debemos destacar que, respecto de la legitimación individual, tienen el mismo tratamiento los denominados derechos individuales homogéneos o conexos, puesto que son agregaciones de derechos individuales, para los que la LEC ha articulado mecanismos o vías de tutela *colectiva*, pero sin que se impida en ningún momento la pretensión individual del derecho de cada uno¹⁰⁸. Si entendemos esto así, podemos preguntarnos: ¿qué sucede en aquellos casos en que los afectados optan por instar la tutela jurisdiccional de manera individual, excluyendo los mecanismos de tutela colectiva? Podría darse eventualmente una dispersión de demandas y, por tanto, de procesos, contra un mismo empresario, pudiendo poner en riesgo la economía procesal y la armonía procesal (evitar que se dicten sentencias contradictorias)¹⁰⁹. Entendemos que este hecho, aún siendo posible teóricamente, merece alguna consideración. De entrada, la posibilidad de que los consumidores

107 Hacemos énfasis en que la previsión del inciso primero del art. 11.1 LEC, no es sino una mera reiteración de lo dispuesto en el art. 10 LEC, dado que, en cualquier caso, estamos ante vulneraciones de derechos o intereses legítimos de las personas, cuya línea roja marca el art. 24.1 de la CE. A pesar de esto, se menciona por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, la negativa de algunos a afirmar la legitimación del consumidor individual en defensa de sus derechos e intereses en el ámbito del consumo, defendiendo que se trata de algo colectivo, que sólo corresponde defender a entes o sujetos colectivos (*Comentarios..., op. cit.*, p. 206).

108 GRANDE SEARA entiende que esos derechos individuales conexos u homogéneos son derechos de titularidad individual de cada consumidor o usuario y, aunque esté justificado que se hayan articulado mecanismos procesales que permitan una tutela conjunta de todos ellos, “prevalece su carácter privativo, de modo que cada titular goza de legitimación ordinaria individual para recabar la tutela jurisdiccional de su derecho particular” (*op. cit.*, p.56).

109 MORENO CATENA se pronuncia sobre la legitimación individual en estos casos, entendiendo que debería limitarse el uso abusivo de la misma, en especial, cuando el número de afectados es muy numeroso y provoca que el empresario deba comparecer y contestar demandas en lugares dispares del Estado (AA.VV.: *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Vol. I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 119-120).

acudan a la Justicia para ejercitar sus pretensiones individualmente, encuentra obstáculos de hecho (costes, incertidumbre, etc.) que suponen una primera barrera, cuyo efecto es desviar a los consumidores hacia los mecanismos de tutela colectiva que reconoce la LEC. Relacionado con esto, y ya en términos estrictamente jurídico-procesales, la LEC contiene diferentes instituciones dirigidas a evitar sentencias contradictorias, ventilándose en un solo proceso varias pretensiones: son aplicables a estos casos las reglas de acumulación de acciones y de procesos¹¹⁰.

1.1. La legitimación individual en relación con los intereses supraindividuales.

Es el momento de plantearse si un consumidor o usuario individual puede pretender la tutela de un interés supraindividual, colectivo o difuso. Dicho de manera más práctica, ¿puede un particular acudir a los tribunales ejercitando una acción de cesación de la distribución de un producto nocivo?, ¿puede reclamar la tutela jurisdiccional por la existencia de publicidad engañosa? El art. 11 de la LEC no es claro en ese sentido y mucho se ha discutido entre la doctrina¹¹¹.

Hemos definido en otro capítulo los intereses supraindividuales como aquéllos compartidos de forma simultánea, conjunta y no exclusiva, por una categoría de sujetos, estando todos ellos en una posición jurídica igual o similar¹¹². Hemos visto, también, que los intereses supraindividuales son intereses compartidos por una pluralidad de sujetos, más o menos determinados, pero ello no quiere decir que cada uno de los sujetos que forman esa colectividad no sean titulares de un interés propio e individualizable y, por tanto, susceptible de ser tutelado¹¹³.

La legitimación individual para la tutela de intereses supraindividuales, basada en el interés, ha sido reconocida, hace ya tiempo, por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en la

110 En esencia, estas normas están contenidas en los arts. 71 a 73 y 75 a 78 de la LEC, sobre acumulación de acciones y de procesos, respectivamente. Para un estudio en profundidad, nos remitimos a la obra de GASCÓN INCHAUSTI, *La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*, Ed. La Ley, Madrid, 2000.

111 Vid. BACHARACH DE VALERA, *La acción de cesación para la represión de la competencia desleal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 131-132; MARÍN LÓPEZ, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y SALAS HERNÁNDEZ), Ed. Civitas, Madrid, 1992, p. 555. Ni siquiera podemos encontrar algún elemento indicativo sobre esta cuestión en la Exposición de Motivos de la propia LEC, que se mueve en términos ambiguos: “la presente Ley aborda la realidad de la tutela de intereses jurídicos colectivos, llevados al proceso, no ya por quien se haya visto lesionado directamente y para su individual protección...” (Exp. VII).

112 Vid *supra* epígrafe 2.2 del capítulo I.

113 Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, “La legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios” en *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva ley de enjuiciamiento civil* (coord. BARONA VILAR), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 108; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios..., op. cit.*, p. 208; GRANDE SEARA, *Resolución..., op. cit.*, p. 59.

conocida STC, de 11 de noviembre de 1991 (caso Violeta Friedman)¹¹⁴, que concedía legitimación a una mujer judía para instar la tutela jurisdiccional por vulneración del derecho al honor del pueblo judío, aun cuando las manifestaciones ofensivas no se dirigían contra ella en concreto. La idea que subyace en esta sentencia, que podemos extrapolar a nuestra cuestión en materia de consumo¹¹⁵, no es otra que la afirmación de la legitimación de un sujeto perteneciente a una colectividad, para demandar la tutela de un interés supraindividual afectado.

De igual modo se pronuncia la STS, de 25 de febrero de 1993, concediendo legitimación activa a un usuario individual para impugnar varias normas sobre corriente eléctrica. Dice esta sentencia: “*promulgada la Constitución y afirmado en el art. 24.1 sin limitación alguna, el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos [...] le basta tener interés (como lo tiene) para tener también legitimación*”¹¹⁶.

Según GUTIÉRREZ DE CABIEDES “la colectividad se refiere a la simultaneidad o concurrencia en el disfrute del bien de que se trate (condiciones de consumo, condiciones ambientales, de igualdad, de trabajo, etc.), no a una pretendida ausencia de titularidad de una situación jurídico-subjetiva material protegida (derecho subjetivo o interés legítimo) de cada uno de quienes la componen [...] Eso es lo que distingue al interés supraindividual (colectivo o difuso) del interés general y el público: del interés supraindividual emana la existencia de situaciones (protegidas y legitimantes) atribuibles a particulares, lo cual no sucede con el interés general”¹¹⁷.

Siguiendo la línea argumentativa del citado autor, el consumidor o usuario individual tendrá legitimación para solicitar la tutela jurisdiccional de sus derechos o intereses legítimos, tanto si hablamos de un derecho estrictamente individual o de derechos individuales conexos (como ya hemos visto en el epígrafe anterior), como si lo hacemos de un interés compartido con otros sujetos (intereses supraindividuales). La legitimación para la tutela de un interés supraindividual deriva de la afirmación de un interés legítimo propio, que conforma la esfera jurídica del consumidor o usuario, viéndose afectado por un acto antijurídico¹¹⁸.

114 STC (Sala Primera), núm. 214/1991, de 11 de noviembre. Vid. GRANDE SEARA, *op. cit.*, p. 59-60.

115 GRANDE SEARA, *op. cit.*, p. 60.

116 STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 25 de febrero de 1993 (F.J. 4º). Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 208.

117 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 209.

118 Esta tesis la podemos encontrar también en GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La tutela...*, *op. cit.*, p. 191; MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, p. 422; SILGUERO ESTAGNAN, “Las acciones colectivas de grupo” en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 22/2003, Pamplona, 2004. Sin embargo, aún hoy, existe doctrina que entiende lo contrario, así GONZÁLEZ GRANDA: “En el ámbito general del consumo de bienes y servicios contemplado en la LEC, la legitimación individual es operativa sólo en cuanto a los intereses propiamente individuales, impidiéndose

Por citar algunos ejemplos, un consumidor individual está legitimado para ejercitar una acción de cesación frente a la publicidad de un medicamento que induzca a error¹¹⁹, igualmente lo estaría un usuario de Internet que pretenda que cese una conducta calificable como *spamming*¹²⁰. Como se deriva de lo anterior, esa legitimación es, de nuevo, ordinaria o directa, pues el consumidor o usuario actúa en defensa de un interés propio, al igual que en el supuesto de derechos individuales conexos.

Lo mantenido hasta ahora sucede con carácter general, sin embargo tenemos que modular esta postura, en la medida en que el legislador ha optado por restringir expresamente la legitimación de los particulares para la tutela de intereses supraindividuales en determinados ámbitos. Sucede así en no pocas leyes especiales, entre las que aparecen algunas de gran relevancia: Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (art. 16); RD 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (art. 54); Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (art. 36); y, Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico (art. 21).

Por este motivo, se pueden encontrar resoluciones en las que se desestima la acción de cesación de usuarios, basada en intereses supraindividuales. Así, por ejemplo, la SAP de Alicante, de 2 de febrero de 2005¹²¹:

“La cuestión de si el actor, como usuario contratante particular del estacionamiento temporal de su vehículo en las instalaciones de la demandada ostenta legitimación para pretender la condena de ésta al cese en el cobro de tarifas por horas completas cuando se estaciona por fracciones de hora, con declaración de nulidad de la cláusula contractual que así lo establece, respecto de la generalidad de contratos suscritos y que pueda suscribir la demandada y con todos los usuarios actuales y potenciales de los distintos aparcamientos por la misma explotados [...] se concluye que dicha legitimación, cuando de la defensa de un interés difuso y plural de una colectividad de

al consumidor o usuario iniciar a título individual un proceso para defender intereses supraindividuales” (*op. cit.*, p. 14).

119 Art. 106.3.e) de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. El precepto, en particular, legitima para ejercitar una acción de cesación a “los titulares de un derecho o interés legítimo”, dentro de los supuestos del art. 106.1 de la citada Ley.

120 Art. 31.a) de la Ley 34/2002, de 11 de julio, LSSICE, en su redacción dada por el RD 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista. Antes de este Real Decreto no se contemplaba tal posibilidad.

121 SAP Alicante (Sección 6ª), núm. 44/2005, de 2 de febrero (F.J. 2º). En idénticos términos, SAP Alicante (Sección 5ª), núm. 315/2006, de 21 de septiembre (F.J. 2º).

consumidores y usuarios, como la pretendida en la demanda, queda reservada a las asociaciones y entidades jurídicas que se relacionan en el art. 16 LCGC”.

En cambio, no nos parece tan acertada la argumentación empleada por la SAP de Barcelona, de 3 de noviembre de 2003¹²², que, aunque tiene como objeto un recurso de anulación de un laudo arbitral, aborda la problemática que estamos tratando:

“Por el consumidor se pretendió que se obligara a RENFE a introducir una información específica en todos sus billetes de cercanías consistente en que se indicara que sólo servían para este tipo de trenes con exclusión de cualquier otro aunque tuviera parada en la misma población. Debe entenderse con ello que por el particular se pretende el ejercicio de una acción colectiva, en el sentido de afectar a un número indeterminado o difícil de determinar de personas, es decir, todas aquellas que usen o vayan a usar el transporte de cercanías de RENFE, con lo que está ejercitando la acción en defensa de unos intereses difusos, para la que la LEC sólo atribuye legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios”.

Por otra parte y en el sentido que venimos defendiendo, se recoge en otras leyes especiales, expresamente, la legitimación para ejercitar acciones de cesación en defensa de un interés supraindividual¹²³, por sujetos particulares que posean “interés legítimo”: Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad (art. 6.1); Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (art. 33.1); Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (art. 31.a); y, Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (art. 106.3.e)¹²⁴.

2. Las asociaciones de consumidores y usuarios.

2.1. La adquisición de personalidad por las asociaciones en general.

La adquisición de capacidad para ser parte y capacidad procesal de las asociaciones de

122 SAP Barcelona (Sección 14ª), núm. recurso 923/2002, de 3 de noviembre de 2003 (F.J. 3º). Esta sentencia de la AP no es completa, puesto que sus fundamentos se basan únicamente en lo dispuesto en la LEC, donde hemos visto que la naturaleza del interés supraindividual, no impide al particular accionar, con carácter general.

123 Así, BACHMAIER WINTER, *op. cit.*, p. 213. La autora sostiene que “a pesar de que viene rechazándose la posibilidad de que un sujeto particular ejercite una acción en defensa de los intereses supraindividuales”, lo cierto es que el legislador admite la legitimación de un particular en diversas normas.

124 Por todos, valga de ejemplo el art. 31 de la LSSICE: “Están legitimados para interponer la acción de cesación: a) Las personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo, incluidas aquéllas que pudieran verse perjudicadas por infracciones de las disposiciones contenidas en los artículos 21 y 22, entre ellas, los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que deseen proteger sus intereses comerciales legítimos o los intereses de sus clientes [...]”.

consumidores y usuarios, en cuanto que asociaciones, viene determinada por la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación (en adelante, LA)¹²⁵.

El art. 5.2 LA establece que el acta fundacional otorgará personalidad a la asociación y, sólo a efectos de publicidad, deberá inscribirse en el correspondiente registro¹²⁶. Es decir, que desde el momento en que se formaliza el acta fundacional, una asociación, que *potencialmente* podría ser una asociación de consumidores, goza de personalidad jurídica y ello tiene una implicación procesal importante: la asociación, desde ese momento, posee capacidad para ser parte y capacidad procesal, en virtud de los arts. 6.1.3º y 7.4 LEC.

Traer esta cuestión aquí no es baladí. Resulta chocante que algunos autores nieguen la capacidad jurídica de las asociaciones de consumidores, vinculando los presupuestos procesales de capacidad para ser parte y procesal, a la inscripción de las mismas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores (del que hablaremos más adelante). Según JIMENÉZ FORTEA, “la inscripción en el Registro es un requisito que afecta a la personalidad y sin el cual la asociación no existe como tal [...] Consecuentemente, si faltara este requisito no tendría capacidad para ser parte y, por ende, procesal, puesto que no es una persona jurídica”¹²⁷. A nuestro entender, se confunde la adquisición de capacidad por una asociación, en general, con la calificación de una asociación como asociación de consumidores. Las implicaciones que tienen una y otra son diferentes y, por adelantar contenido, lo segundo tiene repercusión procesal sólo desde el punto de vista de la legitimación. Dicho esto, sería conveniente que el Tribunal Supremo evite afirmaciones poco claras que provoquen confusión en este punto¹²⁸.

125 Esto responde a la exigencia constitucional que reconoce el derecho de asociación como un derecho fundamental. Vid. art. 22 CE.

126 El art. 5.2 LA dice lo siguiente: “El acuerdo de constitución, que incluirá la aprobación de los Estatutos, habrá de formalizarse mediante acta fundacional, en documento público o privado. Con el otorgamiento del acta adquirirá la asociación su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar, sin perjuicio de la necesidad de su inscripción a los efectos del artículo 10”. Ése art. 10 LA establece, en efecto, que el registro de la asociación -en el Registro Nacional de Asociaciones, dependiente del Ministerio del Interior- es a efectos de publicidad, estableciéndose como una garantía tanto para los terceros como para los propios asociados.

127 JIMENÉZ FORTEA, *Tutela...*, *op. cit.*, p. 84. El autor realiza esta disquisición estando en vigor la LDCU anterior, que podía plantear ciertos problemas en cuanto al reconocimiento de las asociaciones de consumidores como tal y que deben entenderse superados hoy en día tras la aprobación del TRLDCU. También defienden esta idea MONSALVE DEL CASTILLO y PORTILLO CABRERA, para los que el hecho de no aparecer en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores supone tanto una falta de capacidad como de legitimación de la asociación de consumidores (“Legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de las acciones colectivas en defensa del interés general” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2011, Pamplona, 2011, p. 4).

128 STS (Sala Primera, Sección 1ª), núm. 473/2010, de 15 de julio: “*El principio de perpetuación de la jurisdicción, del que es un reflejo el artículo 413.1 LEC, no es aplicable únicamente al objeto del proceso, sino también a aquellas condiciones de las partes necesarias para el ejercicio de la acción que no impliquen una extinción de su capacidad jurídica o de su capacidad procesal. La Sala interpreta que la exclusión del Registro de Asociaciones de consumidores puede reunir esta última condición*”. Aunque de una lectura liviana pudiera parecer que el Tribunal

2.2. Calificación como asociación de consumidores. Relevancia.

Fijada la naturaleza jurídica de la asociación de consumidores y usuarios, procede ahora determinar los requisitos para que pueda ser considerada como tal. El art. 11.1 LEC otorga legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios *legalmente constituidas*¹²⁹, pero no nos dice cuándo lo están. Para determinarlo debemos acudir al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹³⁰.

Del art. 23 del TRLDCU¹³¹, que aporta un concepto de asociación de consumidores y usuarios, podemos condensar los siguientes requisitos:

a) Carecer de ánimo de lucro, requisito que, en realidad, también se incluye en el art. 13.2 LA¹³².

b) Constituirse con arreglo a la LA, requisito que hemos abordado en el punto anterior y al que nos remitimos. No debe olvidarse que el cumplimiento de este requisito determina la adquisición de personalidad por la asociación.

c) Cumplir los requisitos exigidos por el TRLDCU. De entre esos requisitos, sobresale el exigido en el art. 33 TRLDCU, determinante del carácter de una asociación como asociación de consumidores: la inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, incardinado en el Instituto Nacional de Consumo. Tal es así, que la exclusión de

Supremo afirma que la exclusión del Registro implica una extinción de la capacidad de la asociación, lo cierto es que parece estar pensando, en realidad, en la aplicación de la excepción del art. 413, del que tendremos ocasión de hablar más adelante.

129 SILGUERO ESTAGNAN afirma que se les “reconoce un papel preponderante y en cierto modo excluyente, en la protección de los intereses de grupo, lo cual no resulta extraño a un modelo orgánico privado como es el caso del adoptado en España” (“Las acciones colectivas de grupo” en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 22/2003, Pamplona, 2004, p. 9).

130 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

131 El contenido del art. 23.1 TRLDCU es el siguiente: “Son asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo de lucro que, constituidas conforme a lo previsto en la legislación sobre asociaciones y reuniendo los requisitos específicos exigidos en esta norma 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 bienes o servicios determinados”.

132 Art. 13.2 LA: “Los beneficios obtenidos por las asociaciones [...] deberán destinarse, exclusivamente, al cumplimiento de sus fines, sin que quepa en ningún caso su reparto [...] ni su cesión gratuita a personas físicas o jurídicas con interés lucrativo”.

dicho Registro determina la pérdida del carácter de asociación de consumidores, sin perjuicio de que la asociación mantenga su personalidad jurídica en base a la LA (art. 35.2 TRLDCU).

d) La asociación tenga como fin, en esencia, la defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios.

Estos requisitos son los exigidos para aquellas asociaciones de consumidores que tengan carácter estatal o, lo que es lo mismo, un ámbito de actuación supraautonómico. Pero no debemos obviar que el TRLDCU hace referencia, en varios de sus preceptos, a asociaciones de consumidores constituidas con arreglo a la normativa autonómica que les resulte de aplicación. Lo cierto es que, analizando la normativa de nuestras Comunidades Autónomas, los requisitos exigidos vienen a ser un reflejo de los del TRLDCU, esto es, la inscripción en el Registro autonómico correspondiente para la adquisición del carácter de asociación de consumidores y, en consecuencia, ostentar legitimación para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores en el territorio de la Comunidad Autónoma de que se trate¹³³.

En resumen, para que una asociación de consumidores se considere válidamente constituida, en el sentido del art. 11 LEC, debe estar inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores (o en el correlativo autonómico) y, de esta manera, podrá pretender la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. Así se refleja expresamente en el art. 24.1 TRLDCU¹³⁴, al disponer que “las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a

133 La legislación autonómica en esta materia, así como el concreto precepto relativo a la inscripción, es la siguiente:

Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia (art. 14.3); Ley 1/1998, de 10 de marzo, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de las Islas Baleares (art. 24.2); Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad de Madrid (art. 24); Ley 11/1998, de 5 de diciembre, del Estatuto del Consumidor de Castilla y León (art. 14); Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura (art. 17.3); Ley 11/2002, de 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios del Principado de Asturias (art. 24); Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de Canarias (art. 21.2.a); Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía (art. 30.1.a); Ley 6/2003, de 22 de diciembre, del Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuaris del País Vasco (art. 30); Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha (art. 19.3.a); Ley 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Cantabria (art. 25.4); Ley Foral 7/2006, de 20 de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Navarra (art. 23); Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón (art. 50.2); Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña (art. 127-3.1); Ley 1/2011, de 22 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana (art. 29); Ley 2/2012, de 28 de marzo, gallega de Protección General de las Personas Consumidoras y Usuaris (art. 53.2); y, Ley 5/2013, de 12 de abril, para la defensa de los consumidores en la Comunidad Autónoma de La Rioja (art. 32.2).

134 Con la legislación anterior, cuya piedra angular era la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, existía gran discusión doctrinal y jurisprudencial entorno al requisito de la inscripción y el “beneficio” que ello conllevaba (art. 20.3 de la antigua LGDC). Esa discusión, básicamente, consistía en si la legitimación de las asociaciones podía considerarse un beneficio o no, lo que, en caso afirmativo, suponía la necesidad de inscripción para ostentar legitimación “colectiva”. Las dudas fueron despejadas completamente por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores, que sustituyó preceptos enteros

lo previsto en este título y en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios”. De no ser así, “sólo podrán representar los intereses de sus asociados o los de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores”.

Antes de entrar a analizar las distintas posibilidades de actuación de las asociaciones de consumidores, debemos detenernos en una cuestión que aún hoy se discute entre la doctrina. Algunos autores sostienen que las cooperativas de consumidores y usuarios¹³⁵ son entidades legalmente constituidas¹³⁶, en lugar de asociaciones de consumidores. Esta calificación es relevante, en la medida en que determina su legitimación, pues en caso de ser consideradas entidades legalmente constituidas, sólo podrían actuar en el supuesto del art. 11.2 LEC.

Somos de la opinión de que las cooperativas de consumidores tienen la consideración y las mismas posibilidades de actuación que las asociaciones de consumidores y usuarios¹³⁷. Dos son los argumentos que nos permiten mantener esta argumentación: el segundo párrafo del art. 23.1 TRLDCE dice que “también son asociaciones de consumidores y usuarios las entidades constituidas con arreglo a la legislación de cooperativas, que respeten los requisitos básicos exigidos en esta norma”. Pero es que, además, en el segundo párrafo del art. 24.1 TRLDCE, se excluye de la legitimación para la defensa de los intereses generales de los consumidores a las cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en esa Ley. Por tanto, el tratamiento jurídico-procesal de las cooperativas de consumidores no puede ser otro que el de las asociaciones de consumidores en sentido estricto, siendo de aplicación la exigencia de inscripción en el Registro de asociaciones de consumidores correspondiente, para poder actuar en defensa de los derechos e intereses de los mismos.

de la LGDC, obligando a las asociaciones de consumidores a inscribirse en el Registro del Instituto Nacional de Consumo, para poder actuar en defensa de los derechos e intereses de los consumidores.

135 El art. 88 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas, aporta la definición de cooperativa de consumidores: “Son cooperativas de consumidores y usuarios aquellas que tienen por objeto el suministro de bienes y servicios adquiridos a terceros o producidos por sí mismas, para uso o consumo de los socios y de quienes con ellos conviven, así como la educación, formación y defensa de los derechos de sus socios en particular y de los consumidores y usuarios en general. Pueden ser socios de estas cooperativas, las personas físicas y las entidades u organizaciones que tengan el carácter de destinatarios finales”.

136 Así, BUSTO LAGO (“Pluralidad de consumidores afectados: legitimación activa” en *Grandes Tratados*, Editorial Aranzadi, septiembre de 2008, p. 6), CARRASCO PERERA (“¿Acciones de clase en el proceso civil? (con GONZÁLEZ CARRASCO)” en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2001, Pamplona, 2001, p. 4).

137 Seguimos aquí a GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, op. cit., p. 210; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *La tutela jurisdiccional civil de los intereses de consumidores y usuarios*, Ed. Edisofer, Madrid, 2005, p. 64.

2.3. Supuestos de actuación de las asociaciones de consumidores.

El art. 11 LEC establece que “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”. De este enunciado podemos deducir varias situaciones legitimantes, diferentes en su tipología.

2.3.1. En defensa de los intereses de la asociación.

Este caso no se trata de una legitimación extraordinaria de la asociación en defensa de intereses “colectivos”. Por el contrario, estamos ante un supuesto de legitimación ordinaria o directa, del art. 10 LEC, en la que la propia asociación es titular del derecho que fundamenta la acción. Ese derecho o interés de la asociación puede ser muy diverso: incumplimiento de contrato, defectos en la prestación de servicios, reclamaciones de cantidad, etc., pero siempre la asociación tiene un interés directo en la relación que da lugar al conflicto.

Partiendo de lo anterior y, al ser un caso de legitimación ordinaria, no es necesario que la asociación aparezca en el Registro de Asociaciones de Consumidores, porque hemos visto que lo que determina su capacidad para ser parte y procesal es la válida constitución con arreglo a la LA. En ese sentido, el segundo párrafo del art. 24.1 TRLDCEU dispone que “las asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en este título 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”.

Sin embargo, el hecho de que una asociación de consumidores no esté inscrita en el Registro, puede conllevar la pérdida de legitimación para actuar en defensa de ciertos intereses que, en caso contrario, si poseería. Sobre este supuesto y, con ocasión de la STS, de 5 de febrero de 2008¹³⁸:

“si el único interés que mueve a la recurrente a impugnar el RD 894/2005, como se ha dicho, es el de remover determinados requisitos que éste establece para formar parte del Consejo de Consumidores y Usuarios (CCU) y que la asociación recurrente no cumple y lograr, si es posible, la vuelta a la situación anterior en la que AUSBANC

138 STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 5 de febrero de 2008, F.J. 2º. En el supuesto de hecho de esta sentencia, una asociación de consumidores pretendía la impugnación del Real Decreto del Consejo de Consumidores (RD 894/2005, de 22 de julio, por el que se regula el Consejo de Consumidores y Usuarios), por considerar que determinados requisitos exigidos para pertenecer al citado Consejo de Consumidores eran contrarios a Derecho.

había sido designada para elegir vocales para el CCU, este interés no puede verse satisfecho con la anulación del RD impugnado puesto que, al haber sido excluida recientemente del Registro de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, la Asociación recurrente en ningún caso puede formar parte del CCU”.

Resulta claro que si para formar parte del CCU uno de los presupuestos es ser una asociación de consumidores inscrita en el Registro de Asociaciones de Consumidores (art. 3.1 RD del CCU), y dicho presupuesto no se cumple, ningún interés directo puede tener esa asociación en relación con la regulación del CCU.

2.3.2. En defensa de los intereses de sus asociados.

Partimos de la consideración de que se trata de un caso en el que está en juego la defensa de un derecho o interés individual y privativo de un asociado o de varios¹³⁹. A este supuesto se extiende lo dicho para el caso de actuaciones en defensa de los intereses de la asociación, acerca de la no necesidad de inscripción de la asociación en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores (art. 24.1 TRLDCU, segundo párrafo).

Queda descartado, de entrada, que se trate de un caso de legitimación ordinaria, pues la asociación no litiga en defensa de un derecho propio. La dificultad estriba en determinar cuál es el carácter con que litiga la asociación. Existe, especialmente en este punto, una discusión doctrinal muy variada y, por ende, controvertida¹⁴⁰.

Algún autor defiende que se trata de un supuesto de acción directa de la asociación¹⁴¹. Con diferentes matices se califica también de legitimación extraordinaria por sustitución¹⁴². En la jurisprudencia podemos encontrar, de forma expresa, argumentos que permiten desechar esta última posibilidad. Así se deduce de la STC, de 12 de septiembre de 2005¹⁴³:

139 Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 213.

140 Entre otros, vid. CORDÓN MORENO, “De nuevo sobre la legitimación” en *Revista de derecho procesal*, núm. 1, 1997; SILGUERO ESTAGNAN, *op. cit.*; GRANDE SEARA, *op. cit.*; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*; MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*; JIMÉNEZ FORTEA, *Tutela...*, *op. cit.*

141 Vid. CORDÓN MORENO, “De nuevo...”, *op. cit.*, p. 77-80.

142 SILGUERO ESTAGNAN, *op. cit.*, p. 10. Como ya hemos expuesto en el epígrafe 3.3 del capítulo I, la legitimación extraordinaria por sustitución parte de una actuación en nombre e interés propio, pero por un derecho ajeno. Entendemos que esta tesis debe desecharse, pues la actuación en estos casos es siempre en interés ajeno (de lo asociados).

143 STC (Sala Primera), núm. 219/2005, de 12 de septiembre, F.J. 2º. Más reciente, reiterando esta doctrina constitucional, la STC (Sala Segunda), núm. 131/2009, de 1 de junio: “*las asociaciones de consumidores y usuarios están legitimadas [...] para representar y defender los derechos e intereses de sus asociados como intereses distintos de los de la propia asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios*” (F.J. 4º).

“Supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva negarles legitimación (a las asociaciones) en los supuestos de actuación en representación y defensa de intereses concretos de sus asociados con base en que no defienden intereses propios sino de terceros”.

Otros autores, de forma mayoritaria, entienden que es un caso no de legitimación, sino de representación (algunos la califican de “representación institucional”). Esta última tesis puede resumirse, con GRANDE SEARA, entendiendo que “cuando la asociación litiga en defensa de los derechos individuales y privativos de sus asociados lo hace como representante voluntario de éstos. Si bien, es cierto que se trata de un supuesto particular de representación, pues, salvo manifestación expresa en sentido contrario de los asociados, la asociación resulta apoderada por la ley, en atención al acto de afiliación; es decir, se trata de una representación conferida tácitamente”¹⁴⁴. La consecuencia principal de este planteamiento, al ser un caso de representación, es que la asociación de consumidores no llega a ser parte en el proceso, sino que lo son aquellos asociados a los que representa.

Consideramos más acertada la postura del profesor DE LA OLIVA SANTOS, quien entiende que la asociación actúa en estos casos con legitimación extraordinaria representativa o por representación¹⁴⁵. En efecto, se trata de hacer valer en juicio un derecho ajeno y en interés ajeno, pero en nombre propio, siendo así que la parte es la propia asociación de consumidores y no sus asociados a los que “representa”. El problema, a nuestro juicio, parte de la dicción literal de los preceptos que tratan esta cuestión (arts. 11 LEC y 24.1 y 37.c) TRLDCU), en los que el uso ambiguo de los términos legitimación y representación, puede llevar a interpretaciones extremadamente rigurosas.

Si la asociación de consumidores ostenta legitimación para actuar en nombre propio como venimos defendiendo, no es necesario que recabe ningún tipo de consentimiento de los asociados como defiende la “tesis de la representación” (ni siquiera de forma tácita). Ahora bien, esos asociados afectados sí deben tener conocimiento del proceso. Si se estima que el supuesto de hecho por el que una asociación actúa en defensa de alguno de sus asociados, es asimilable, salvando las

144 Vid. GRANDE SEARA, *op. cit.*, p. 65. Otros autores que apoyan esta tesis, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 214-215; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 58; MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, p. 425; JIMÉNEZ FORTEA, *Tutela...*, *op. cit.*, p. 80. Estos dos últimos autores añaden a la representación el calificativo de “institucional”.

145 Vid. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pp. 158-159.

dimensiones del interés protegido¹⁴⁶, a lo previsto en el art. 11.2 LEC, resultará de aplicación, por analogía, las normas de publicidad e intervención del art. 15 LEC¹⁴⁷. Así lo entendemos y lo entiende nuestro Tribunal Supremo¹⁴⁸, de manera que el asociado afectado, al tener conocimiento del proceso, tendrá dos opciones: podrá hacer valer sus pretensiones individualmente, o bien dejar la defensa de su derecho en manos de la asociación.

Esta legitimación de las asociaciones de consumidores en defensa de los derechos de sus asociados, ha de predicarse sobre cualquiera de los órdenes jurisdiccionales¹⁴⁹. El límite siempre vendrá determinado por la condición del sujeto como consumidor o usuario. Al respecto, la ya citada STC, de 12 de septiembre de 2005¹⁵⁰:

“esta legitimación para actuar en defensa de los intereses de carácter personal de los afiliados puede quedar limitada, por el propio ámbito objetivo de la normativa en que está prevista, a que dichos intereses lo sean en su condición de consumidores y usuarios. Y, por último, que no cabe negar dicha condición cuando por la naturaleza de la controversia de fondo suscitada se evidencie de una manera clara y suficiente que repercute, directamente o por condicionar de manera relevante su comportamiento y decisiones, en los intereses como consumidores y usuarios de los particulares afectados”.

2.3.3. En defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

Existe una amplia literatura jurídica acerca de la legitimación de las asociaciones de consumidores sobre este punto. Es relativamente pacífico en la doctrina considerar que se trata de una legitimación extraordinaria por representación¹⁵¹. Sin embargo, nos encontramos con conceptos (tutela colectiva, intereses generales, supraindividuales, etc.) que se utilizan de manera equívoca, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. No se trata de una disquisición doctrinal, al

146 En un caso, se pretende la tutela de un interés individual y privativo, de uno o varios socios (art. 11.1 LEC), mientras que en otro, se persigue la protección de derechos individuales conexos de tipo colectivo (art. 11.2 LEC).

147 Vid. *infra* capítulo IV.

148 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 1079/2006, de 3 de noviembre: “*hoy el artículo 11.1 de la LEC, faculta a las asociaciones de consumidores a defender, además de sus propios derechos e intereses y los generales de los consumidores y usuarios, los de sus asociados. Legitimación por representación que deja a salvo la individual de los propios perjudicados y que facultaba a la Asociación de consumidores demandante para defender en el proceso unos derechos individuales homogéneos de las consumidores en ella agrupadas*” (F.J. 3º).

149 Algunos ejemplos que se pueden encontrar en la jurisprudencia van desde una acción ejercitada por una asociación de consumidores cuyo objeto era la impugnación de una liquidación tributaria por inaplicación de una exención por adquisición de vivienda habitual, hasta la acción frente a una convocatoria de ayudas públicas para la adquisición de vivienda. Vid. respectivamente, STC (Sala Segunda), núm. 73/2004, de 22 de abril y STC (Sala Segunda), núm. 131/2009, de 1 de junio.

150 STC (Sala Primera), núm. 219/2005, de 12 de septiembre, F.J. 2º.

151 Entre otros, vid. GONZÁLEZ CANO, *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 147.

contrario, este caos terminológico puede conducir y conduce en la práctica, a soluciones jurídicas divergentes. Lo anterior nos lleva a detectar problemas en el encaje del tipo de tutela pretendida por las asociaciones con los distintos supuestos previstos en el art. 11 LEC. Esto último es lo que tratamos de explicar, de forma sistemática, en las siguientes líneas.

El art. 11 LEC contiene, a parte de los distintos sujetos legitimados para defender los derechos de los consumidores y, sin diferenciarlos expresamente, intereses de distinta naturaleza. Debemos tener en cuenta, al respecto, lo comentado sobre la distinción entre derechos individuales conexos e intereses supraindividuales y, a su vez, dentro de esta última categoría, la separación entre interés colectivo e interés difuso¹⁵².

La referencia a “intereses generales de los consumidores y usuarios” del art. 11.1 LEC -en el mismo sentido, el art. 24.1 TRLDCU- debe entenderse realizada a los denominados intereses supraindividuales¹⁵³. Así, puede afirmarse que, cuando una asociación ejercita una acción de cesación (supuesto prototípico de defensa de un interés supraindividual), es el art. 11.1 LEC el que permite sostener su legitimación. Esto tiene dos consecuencias muy importantes en la práctica: a) en ningún caso puede exigirse que la asociación de consumidores sea representativa en el sentido del art. 11.3 LEC (ni siquiera cuando ejercita una acción de cesación en defensa de intereses difusos¹⁵⁴) y, b) no se aplican las normas de publicidad del art. 15 LEC, precisamente porque el art. 15.4 LEC excluye dichas normas cuando se ejercita una acción de cesación, tanto si es por intereses colectivos como si es por difusos.

Si el art. 11.1 LEC se refiere a los intereses supraindividuales, los apartados 2 y 3 del mismo precepto acogen supuestos de derechos individuales conexos (así lo indica la referencia “perjudicados por un hecho dañoso” de la LEC)¹⁵⁵, para los que la asociación aparece legitimada, distinguiéndose, en este caso sí, cuándo la asociación defiende una suerte de “intereses colectivos” (los perjudicados están determinados o son fácilmente determinables) y cuándo “intereses difusos” (éstos son indeterminados o difícilmente determinables), arts. 11.2 y 3 LEC, respectivamente¹⁵⁶. Si

152 Para no reiterar lo ya expuesto, vid. *supra* epígrafe 2.2 del capítulo I.

153 Algunos autores se han pronunciado en este sentido: DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 58; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 215-218; GRANDE SEARA, *op. cit.*, p. 69.

154 La SAP de León (Sección 1ª), núm. 88/2012, de 2 de marzo, F.J. 2º, constituye un ejemplo claro de lo que decimos. La AP aplica el art. 11.3 LEC, al considerar que en el caso hay un juego intereses difusos, cuando, en realidad, estamos ante un supuesto claro de acción de cesación, que debería sostenerse con base en el art. 11.1 LEC, sin exigir representatividad de la asociación. Además, en el caso concreto, la calificación de los intereses como difusos es errónea, siendo, en realidad, colectivos.

155 Vid. BACHMAIER WINTER, *op. cit.*, pp. 213-214.

156 Hablamos aquí de derechos individuales conexos, “colectivos” o “difusos”, cuando en realidad está distinción sólo

para los intereses supraindividuales hemos dicho que la acción típica es la de cesación, en este caso lo es la resarcitoria o indemnizatoria. A lo anterior, cabe precisar, en relación con los derechos individuales conexos en los que los perjudicados no son determinables, para los que las asociaciones de consumidores están legitimadas en exclusiva, que la LEC les exige cumplir un requisito adicional: ser representativas conforme a la Ley. Esa representatividad se concreta en el art. 24.2 TRLDCU, que establece como representativas las integradas en el Consejo de Consumidores y Usuarios¹⁵⁷.

Cuando el hecho dañoso no tenga dimensión estatal, por afectar fundamentalmente al ámbito de una Comunidad Autónoma, la determinación del carácter de asociaciones representativas se realizará según la normativa autonómica correspondiente. Algunos ejemplos sobre esto: en Cataluña, para que una asociación de consumidores tenga el carácter de representativa, tiene que haber sido reconocida como tal por la Agencia Catalana de Consumo, en base, entre otros, a criterios de implantación territorial y número de socios; en la Comunidad Valenciana, se les exige que “figuren inscritas en el Registro Público de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana y tengan ámbito autonómico o provincial”¹⁵⁸.

Dicho todo esto, una asociación de consumidores puede actuar en defensa de intereses supraindividuales (art. 11.1 LEC) y de derechos individuales conexos (arts. 11.2 y 3 LEC), por separado, pero también puede ejercitar acciones conjuntamente en defensa de ambos derechos o intereses, es decir, se ejercita una acción de cesación y, a la vez, una acción resarcitoria¹⁵⁹. Esto tiene un incidencia directa en el tipo de procedimiento, dado que no resultará aplicable la regla del art. 250.1.12º LEC (procedencia del juicio verbal por razón de la materia cuando se ejercita una acción de cesación) y, además, siempre será necesario el cumplimiento de las normas de publicidad del art.

tiene su razón de ser en los supuestos de intereses supraindividuales (GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 202).

157 Art. 24.2 TRLDCU: “A efectos de lo previsto en el artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tendrán la consideración legal de asociaciones de consumidores y usuarios representativas las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica”. En el año 2013, forman parte del CCU las siguientes asociaciones: ADICAE, ASGECO, AUC, CEACCU, CECU, FACUA, FUCI, HISPACOOOP, OCU, UCE y UNAE.

158 Art. 127-7.1 de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, y el art. 30.4.2º de la Ley 1/2011, de 22 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de los consumidores y usuarios de la Comunidad Valenciana.

159 Así, la SAP de Barcelona (Sección 16ª), núm. 159/2010, de 22 de marzo, F.J. 2º; y la SAP de Sevilla (Sección 5ª), núm. 33/2004, de 22 de enero, F.J. 2º y 5º. Aunque, en estos dos casos, las asociaciones de consumidores no ejercitan, en sentido propio, una acción de cesación y otra resarcitoria. El tribunal se pronuncia sobre esta posibilidad, *obiter dicta*, debido a la confusión existente entre la calificación jurídica de la acción pretendida en la demanda y la que en realidad se está ejercitando.

15 LEC.

2.3.3'. Un ejemplo de la confusión jurisprudencial existente con ocasión de un supuesto de cláusulas suelo en contratos hipotecarios.

Hemos comentado que existen numerosos problemas de interpretación en la legitimación de las asociaciones de consumidores en defensa de los derechos e intereses de los consumidores. Vamos a ejemplificarlo partiendo de un mismo supuesto de hecho, que ha sido resuelto por varios tribunales de hasta cuatro maneras diferentes. Los hechos que dan origen a las demandas son idénticos: existencia de cláusulas (presuntamente abusivas) incorporadas a contratos de préstamo hipotecario¹⁶⁰. Las asociaciones de consumidores en todos estos casos ejercitan una acción de cesación, sin embargo, en cada caso el tribunal aplica un apartado distinto del art. 11 LEC.

Estos problemas interpretativos se derivan de no tener en cuenta, a la hora de aplicar un precepto u otro, la distinción entre intereses supraindividuales y derechos individuales conexos. En la SAP de León, de 2 de marzo de 2012¹⁶¹, se considera el supuesto de hecho comentado como de intereses difusos y se exige que la asociación de consumidores sea representativa, en aplicación del art. 11.3 LEC. No es ésta la interpretación que realiza el Tribunal Supremo, quien, con mayor acierto y en una resolución anterior (STS de 29 de diciembre de 2010)¹⁶², entiende que la acción de cesación de cláusulas suelo es un caso de intereses colectivos, siendo de aplicación el art. 11.2 LEC, pero sin afinar completamente en cuanto a la naturaleza de los intereses en juego. Tampoco faltan las posturas alternativas, que optan por la aplicación preferente de los preceptos del TRLDCU en lugar de los de la LEC. En ese sentido, la SAP de Barcelona, de 13 de julio de 2005¹⁶³, ofrece otra solución, consistente en aplicar la norma especial frente a la general:

160 Las cláusulas a las que se hace referencia han adquirido notoriedad sobre todo en los últimos tiempos. Son las conocidas como “cláusulas suelo”, por las que se establece un tipo de interés mínimo, de modo que si de la actualización del interés variable y su diferencial, resulta un tipo de interés inferior al mínimo, se aplica aquél.

161 SAP de León (Sección 1ª), núm. 88/2012, de 2 de marzo, F.J. 2º.

162 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 861/2010, de 29 de diciembre, F.J. 2º. Afirma el TS que “*la nota distintiva de la determinabilidad resulta de que la cláusula discutida hace referencia a contratos de préstamo a interés variable celebrados por la entidad bancaria demandada, y produce perplejidad que la misma, mediante sus sistema informático, no pudiera determinar plenamente los afectados. Y por otro lado, carece de consistencia alguna la pretensión de la recurrente de que se califique la acción como difusa por el hecho de tratarse de una acción de cesación, pues por mucho que pueda trascender -indirectamente- al mercado, lo cierto es que los consumidores o usuarios interesados son fácilmente determinables*” (F.J. 2º).

163 SAP de Barcelona (Sección 15ª), núm. 351/2005, de 13 de julio, F.J. 5º. De acuerdo con esta tesis, resulta de aplicación el art. 16.3 de la LCGC, en relación, actualmente, con el art. 54 TRLDCU (que sustituye al art. 10.ter de la LDCU). No nos parece del todo correcta porque trata de forzar los conceptos, para evitar la exigencia de representatividad del art. 11.3 LEC. La aplicación del art. 11.1 LEC para estos casos, conllevará que nunca se exija la representatividad en las acciones de cesación por cláusulas abusivas.

“En materia de legitimación para el ejercicio de la acción de cesación de condiciones generales de la contratación, existe normal sectorial específica, cual es el art. 16.3 LCGC [...] ese precepto, estimamos, es de directa y preferente aplicación respecto de la norma general contenida en el art. 11 LEC [...] De modo que si existe norma sectorial específica que incluye disposición especial de legitimación, debe ésta prevalecer sobre la previsión general de la LEC. Aunque es cierto que, por coherencia del sistema, no debiera admitirse una discordancia que condujera a solución distinta de aplicar una u otra norma”.

Resulta meridiano que lo que se ejercita es una acción de cesación, que tiene como base un interés supraindividual y de tipo colectivo, lo que, según nuestro criterio debe llevar a la aplicación del art. 11.1 LEC, en los términos que ya hemos comentado¹⁶⁴. Hasta aquí, las dudas que plantean los intereses supraindividuales en la jurisprudencia, pero también sucede a la inversa, es decir, una situación de derechos individuales conexos (afectados ya perjudicados), es calificada como de “interés general”, aplicándose el art. 11.1 LEC, en lugar de los apartados 2 y 3, que son los apropiados para estos supuestos¹⁶⁵.

2.4. ¿Se puede sostener la *perpetuatio legitimationis* de las asociaciones de consumidores?

El art. 413 LEC¹⁶⁶ encierra una regla de *perpetuatio legitimationis*¹⁶⁷, que resulta aplicable a la legitimación de las partes. Pero no debe pasarse por alto que el propio art. 413 LEC contiene una

164 La resolución que mejor se adecúa a lo dicho es la SJPI, nº 1 de Cáceres, de 18 de octubre de 2011.

165 En el caso concreto, se ejercitaba una acción resarcitoria por parte de una asociación de consumidores, frente a una compañía telefónica de móviles, debido a los daños ocasionados a multitud de usuarios como consecuencia de un corte del suministro de la señal. Vid. SAP de Madrid (Sección 11ª), núm. 21/2007, de 30 de enero.

166 El art. 413 LEC, cuya rúbrica es “Influencia del cambio de circunstancias en la sentencia sobre el fondo. Satisfacción extraprocesal. Pérdida de interés legítimo”, dispone lo siguiente: “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 reconvencción, excepto si la innovación privare definitivamente de interés legítimo las pretensiones que se hubieran deducido en la demanda o en la reconvencción, por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa. 2. Cuando, según lo previsto en el apartado anterior, las pretensiones hayan quedado privadas de interés legítimo, se estará a lo dispuesto en el artículo 22”.

167 Uno de los diversos efectos de la litispendencia es la denominada *perpetuatio legitimationis*. Este aforismo hace referencia a que quienes estaban legitimados en el momento de interponer la demanda, mantienen, como regla, su legitimación a lo largo de todo el proceso, sin perjuicio de los cambios que pudieran producirse. Vid. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, pp. 285-286; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, *op. cit.*, p. 200. La STS (Sala de lo Civil, Sección Única), núm. 676/2003, de 7 de julio, es bastante ilustrativa acerca de su fundamento: “se produce la llamada *perpetuatio legitimationis*, con efecto retroactivo al día de la presentación de dicho escrito, con la finalidad de que en la sentencia se decida acerca de la situación jurídica controvertida, tal y como la misma se hallaba en la fecha indicada” (F.J. 3º). Y el ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 22 de mayo de 2007, completa lo anterior: “de manera que este principio sólo se ve alterado de forma colateral, es decir, por posibles crisis provocadas por circunstancias que conlleven un cambio en la persona del demandante o demandado, como son los supuestos de sucesión procesal, pérdida de la capacidad o transmisión del objeto litigioso” (F.J. Único). Sobre otro de los efectos de la litispendencia, asimilable a éste, vid. CHOZAS ALONSO, *La perpetuatio iurisdictionis, un efecto procesal de la litispendencia*, Ed. Comares, Granada, 1995.

excepción muy relevante. Si esa circunstancia que se produce, de forma sobrevenida y pendiente el proceso, determina una pérdida del interés legítimo en la obtención de la tutela judicial, el proceso debe terminar.

En este epígrafe vamos a analizar la eficacia de la *perpetuatio legitimationis* desde la óptica, estrictamente, de las asociaciones de consumidores. Ya hemos visto que, para que una asociación de consumidores pueda instar en juicio la defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios, tanto si se trata de intereses supraindividuales como de derechos individuales conexos, es preceptivo que se encuentre inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y, además, en el caso concreto de derechos individuales conexos con consumidores indeterminados o de difícil determinación, forme parte del Consejo de Consumidores y Usuarios.

Si en el transcurso del proceso pierde la condición de asociación de consumidores (por exclusión del Registro) o, en su caso, el carácter de representativa (por quedar fuera del CCU), pierde la legitimación que le otorga el art. 11 LEC. La discrepancia doctrinal y jurisprudencial se produce al valorar las consecuencias de esa pérdida de legitimación *lite pendente*: ¿Subsiste el interés legítimo y se aplica la regla de la *perpetuatio legitimationis* del art. 413 LEC? ¿o, por el contrario, la pérdida de legitimación implica también la pérdida del interés legítimo y se debe poner fin al proceso en aplicación de la excepción prevista en el mismo art. 413 y proceder conforme al art. 22 LEC?

Algunos autores son partidarios de la segunda opción¹⁶⁸. Esta tesis, en esencia, defiende que la pérdida de la condición de asociación de consumidores, o su carácter de representativa, determina que las pretensiones ejercitadas en la demanda queden privadas de interés legítimo. GASCÓN INCHAUSTI entiende que “como regla, la pérdida sobrevenida de legitimación conducirá a una desaparición sobrevenida del interés, a no ser que tenga lugar la sucesión procesal a favor de otro sujeto que mantenga el ejercicio de la acción”¹⁶⁹. También podemos encontrar ejemplos en la jurisprudencia que siguen esta línea argumentativa, por ejemplo, en la SAP de León, de 2 de marzo de 2012¹⁷⁰:

168 GASCÓN INCHAUSTI, “Acción colectiva de los usuarios frente a la entidad concesionaria de una autopista como consecuencia de las retenciones provocadas por una nevada (algunas consideraciones a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010)” en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6/2011, Pamplona, 2011. En la misma dirección, MONSALVE DEL CASTILLO y PORTILLO CABRERA, *op. cit.*, p. 4.

169 Vid. GASCÓN INCHAUSTI, *Acción colectiva...*, *op. cit.*, pp. 6-7.

170 SAP de León (Sección 1ª), núm. 88/2012, de 2 de marzo, F.J. 2º. Sin embargo, debemos señalar que esas consideraciones que realiza el Tribunal, no eran necesarias para la resolución del caso, pues la asociación de consumidores, no cumplía los requisitos para poseer la legitimación del art. 11 LEC, ni antes de presentar la

“Al tratarse de una legitimación de interés general se atribuye de modo restrictivo conforme a las disposiciones legales, pero la legitimación tiene carácter dinámico y ha de mantenerse para hacer valer la acción: si la legitimación se pierde en el curso del proceso éste ha de terminar (artículo 22.1 y 413.1, inciso segundo, de la LEC)”.

Incluso, se puede inferir esa doctrina jurisprudencial en la STS de 15 de julio de 2010¹⁷¹:

“El principio de perpetuación de la jurisdicción, del que es un reflejo el artículo 413.1 LEC, no es aplicable únicamente al objeto del proceso, sino también a aquellas condiciones de las partes necesarias para el ejercicio de la acción que no impliquen una extinción de la capacidad jurídica o de su capacidad procesal. La Sala interpreta que la exclusión del Registro de Asociaciones de consumidores puede reunir esta última condición”.

Sin embargo, también puede sostenerse la subsistencia del interés legítimo y, de forma congruente, la aplicación de la *perpetuatio legitimationis*. Nuestra argumentación parte de la disociación de los conceptos de legitimación e interés legítimo¹⁷². Se puede tener legitimación y no tener interés legítimo y viceversa, tener interés legítimo y no tener legitimación. Esto resulta patente, especialmente, en los casos de legitimación extraordinaria como la de las asociaciones de consumidores, que es una legitimación de creación legal o política legislativa. Las asociaciones de consumidores y usuarios, cuando actúan en defensa de los derechos e intereses de los consumidores, ostentan legitimación porque se la reconoce la ley.

Debemos decir que, cuando la LEC otorga legitimación extraordinaria a las asociaciones de consumidores, la base para el reconocimiento de esa legitimación no es un interés privado¹⁷³, sino un interés social¹⁷⁴, que no deja de existir aún cuando se pierda la legitimación del art. 11 LEC. Ese

demanda ni antes de su admisión.

171 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 473/2010, de 15 de julio, F.J. 2º. Parece que el Tribunal Supremo, de una manera más bien imprecisa, equipara la legitimación de las asociaciones de consumidores con la capacidad, de ahí que la exclusión del Registro determine la inaplicación del art. 413 LEC, o de forma más correcta, la aplicación de la excepción del art. 413 LEC.

172 Vid. DE LA OLIVA, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 164. El autor sostiene, al tratar el interés legítimo, que “tampoco parece inoportuna la proximidad al tema de la legitimación, aunque la relación entre estos elementos en absoluto suponga identidad”. También la SAP de Málaga (Sección 6ª), núm. 603/2006, de 16 de noviembre: “*esta tesis no puede tener acogida, por cuanto, en primer lugar, se están confundiendo interés legítimo con legitimación, entrándose así en un círculo vicioso, de tal forma que el carece de legitimación no tiene interés legítimo y el que carece de interés legítimo no tiene legitimación*” (F.J. 2º).

173 A pesar de que la base del reconocimiento de legitimación no es un interés privado, ello no quiere decir que la asociación no sea portadora de un interés legítimo directo, cual es la defensa de los intereses de los consumidores, finalidad estatutaria prevista en los arts. 23 y 37.1.c) TRLDCU. En ese sentido GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 216. A diferencia del interés social, entendemos que ese interés propio de la asociación sí se pierde al perder la legitimación. Sobre la concurrencia de interés legítimo propio de la asociación y de los consumidores, GRANDE SEARA, *op. cit.*, p. 70.

174 MONTERO AROCA considera que cuando el legislador otorga legitimación extraordinaria, lo hace para una mejor

interés social (o, si se quiere, ajeno) de los consumidores, se mantiene, aunque la asociación pierda su legitimación. Por tanto, la referencia del segundo inciso del art. 413 LEC no puede aplicarse cuando una asociación de consumidores es excluida del Registro o queda fuera del CCU; al contrario, se debe aplicar la regla de la *perpetuatio legitimationis* del art. 413 LEC, continuando el proceso y pronunciándose la sentencia sobre el fondo del asunto, sin tener en cuenta la pérdida de legitimación de la asociación.

Tampoco faltan resoluciones jurisdiccionales que mantengan esta postura¹⁷⁵, aunque con nula o exigua argumentación. De entre ellas destacamos la STS, de 30 de mayo de 2011¹⁷⁶, que, aunque perteneciente al orden contencioso-administrativo, expone los argumentos tomando la LEC como referencia:

“El interés legitimador para el acceso al proceso [...] debe existir, no sólo en el momento inicial, sino además mantenerse durante todo el proceso hasta el momento de su terminación por sentencia firme [...] ello sin perjuicio de las limitaciones o matizaciones que, atendidas las circunstancias del caso concreto, fuere preciso introducir, por ejemplo en caso de que la pérdida de la legitimación fuere ocasionada por dilaciones indebidas del órgano judicial en la tramitación del proceso, o cuando la legitimación no opere propiamente tanto sobre la defensa de un interés personal del legitimado”.

2.5. El derecho a la asistencia jurídica gratuita de las asociaciones de consumidores a la luz de la STC 217/2007: ¿una interpretación excesivamente amplia?

Las asociaciones de consumidores tienen reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita en la DA 2ª de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita¹⁷⁷. La cuestión que se ha planteado ante el TC es la delimitación de tal derecho, toda vez que la DA 2ª de la LAJG se remite al art. 2.2 de la Ley de General para la Defensa de los Consumidores de 1984 (LDCU), actualmente derogada.

El supuesto de hecho de la STC 217/2007 es el siguiente¹⁷⁸: el TC resuelve un recurso de

defensa de los intereses sociales, a través de la actuación de la asociación como parte (*Derecho jurisdiccional...*, *op. cit.*, pp. 80-81).

175 Así, SAP de Barcelona (Sección 18ª), de 31 de mayo de 2002, F.J. 2º; SAP de Burgos (Sección 3ª), núm. 347/2006, de 31 de julio, F.J. 1º.

176 STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 30 de mayo de 2011, F.J. 4º.

177 Vid. BACHMAIER WINTER, *La asistencia jurídica gratuita*, Ed. Comares, 2ª edición, Granada, 1999; GUTIÉRREZ ZARZA, *La asistencia jurídica gratuita en el proceso civil*, Ed. Colex, Madrid, 1998; MARTÍN CONTRERAS, *El derecho a la asistencia jurídica gratuita*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009.

178 STC (Sala Primera), núm. 217/2007, de 8 de octubre.

amparo promovido por una asociación de consumidores frente a un auto de un Juzgado de Primera Instancia que confirma la denegación del derecho a la asistencia jurídica gratuita de la asociación de consumidores. El debate se centra en si una asociación de consumidores, que actúa en defensa de los intereses de uno de sus asociados, puede tener el derecho a la asistencia jurídica gratuita reconocido en la DA 2ª de la LAJG.

En primer lugar, es preceptivo determinar el marco legal que sostiene el derecho a la justicia gratuita de las asociaciones de consumidores. El art. 119 CE reconoce, como límite infranqueable, el derecho a la asistencia jurídica gratuita de aquellos que acrediten insuficiencia de recursos para litigar. A partir de ahí, el derecho es de configuración legal, siendo el legislador el encargado de determinar su extensión y contenido. La ley que regula el derecho a la asistencia jurídica gratuita en nuestro ordenamiento es la LAJG, cuya DA 2ª establece que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2, la Cruz Roja Española tendrá reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos para litigar. Igual derecho asistirá a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, en los términos previstos en el artículo 2.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”.

Por tanto, la LAJG nos remite a una Ley que se encuentra derogada por el TRLDCU (segundo punto de la disposición derogatoria única). Al haber sido derogada la LDCU por el TRLDCU, a éste debemos acudir en primer término. Pero, curiosamente, el TRLDCU no contiene criterio alguno que nos pueda ayudar. La única referencia del TRLDCU es la contenida en el art. 37.d) (al tratar los derechos de las asociaciones de consumidores): “disfrutar del derecho de asistencia jurídica gratuita en la forma prevista en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita”. Es decir, que la LAJG nos remite al TRLDCU y, éste, a la LAJG. Para resolver este dilema, entendemos que la única posibilidad que queda es defender una suerte de ultraactividad de la LDCU, al menos en lo que se refiere a los arts. 20.1 y 2.2. Sostener lo contrario, conllevaría, de facto, a negar el derecho a las asociaciones de consumidores, pues nunca quedaría determinado en qué casos tienen tal derecho y tampoco puede pregonarse que lo posean en todo caso, como vamos a tratar de justificar.

El art. 20.1 LDCU (al menos en el texto vigente hasta el 31 de diciembre de 2006¹⁷⁹) disponía que las asociaciones de consumidores podían “representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de

¹⁷⁹ A partir de esa fecha entra en vigor la modificación de la LDCU, operada por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que cambia el contenido del art. 20, asemejándolo a las disposiciones del actual TRLDCU, en el sentido y con las limitaciones ya indicadas sobre la cuestión que nos ocupa.

los consumidores y usuarios, y *disfrutarán del beneficio de justicia gratuita* en los casos a que se refiere el artículo 2.2”. Esos casos a los que se refiere el art. 2.2 LDCU serían aquéllos que guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado¹⁸⁰.

Fijado el marco legal, nos ocupamos ahora de analizar los argumentos y el sentido de la resolución del TC. Entiende este tribunal que, tanto la resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, como el auto del JPI, “*ponen de manifiesto una injustificada restricción de los términos en los que la disposición adicional segunda de la LAJG, en relación con los arts. 2.2 y 20.1 LDCU, reconocen a las asociaciones de consumidores y usuarios inscritas y registradas [...] se desprende una inequívoca opción del legislador a favor del reconocimiento del beneficio de justicia gratuita a las asociaciones de consumidores legalmente inscritas y registradas, tanto si se trata del ejercicio de acciones colectivas como si se trata de ejercer acciones individuales [...] el tenor de las prescripciones legales no permite, por tanto, un entendimiento restrictivo del reconocimiento del beneficio de justicia gratuita a las asociaciones de consumidores*” (F.J. 4º).

En consecuencia, de acuerdo con la doctrina del TC, las asociaciones de consumidores tienen derecho a la justicia gratuita, tanto si actúan en defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, como si actúan en defensa de los intereses de uno de sus asociados, siempre que el asunto tenga relación con algunos de los productos o servicios de uso o consumo común. El TC apoya su argumentación en que del tenor literal de las disposiciones legales aplicables no se deriva ninguna restricción del derecho de las asociaciones a la asistencia jurídica gratuita. Ahora bien, la conclusión final a la que se llega bien podría ser diferente.

Si observamos la Exposición de Motivos de la LAJG, la finalidad de la institución es evitar situaciones de indefensión, que impidan a los justiciables el acceso a los tribunales¹⁸¹. Si eso es así, sería incorrecto y contrario al espíritu de la Ley, afirmar que existe una *inequívoca opción del*

180 Para determinar qué se entiende por esos conceptos indeterminados hay que acudir al RD 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado. El artículo único de este RD dispone que “a los efectos previstos en los artículos 2.2 y 20.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y disposición adicional segunda de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en todo caso, tendrán la consideración de productos o servicios de uso o consumo común ordinario y generalizado los que se detallan en el anexo I del presente Real Decreto”. En el anexo I se contiene un catálogo amplio de productos alimenticios, no alimenticios y de servicios, que podrían dar lugar al reconocimiento del derecho a la justicia gratuita.

181 El expositivo segundo de la Exposición de Motivos de la LAJG, dice que ésta tiene por objeto “regular un sistema de justicia gratuita que permita a los ciudadanos que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, proveerse de los profesionales necesarios para acceder a la tutela judicial efectiva y ver adecuadamente defendidos sus derechos e intereses legítimos [...] La finalidad es, por tanto, garantizar el acceso a la Justicia en condiciones de igualdad a todos los ciudadanos”.

legislador a favor de reconocer la justicia gratuita a las asociaciones: el reconocimiento indiscriminado a las asociaciones del derecho a justicia gratuita, tanto si actúan en defensa de los derechos e intereses de los consumidores, como si lo hacen en defensa de los intereses de un asociado, conduce al efecto contrario del querido por el legislador; se produciría, en no pocos casos, un abuso de esta vía asociativa, mediante la que los consumidores obtendrían el beneficio de la justicia gratuita. A nuestro juicio, esto implica un abuso de derecho, contrario a los principios de igualdad y buena fe. Y es que la DA 2ª de la LAJG no exige insuficiencia de recursos cuando reconoce el derecho a las asociaciones de consumidores, con lo que, en principio, podrían verse beneficiados sujetos que no tengan necesidad de justicia gratuita.

Además, no existiría riesgo de indefensión o quebranto de la tutela judicial efectiva en el caso de aquellos consumidores que efectivamente carezcan de recursos necesarios para litigar. Estos consumidores siempre tendrían la opción abierta a instar la tutela en su propio nombre, pudiendo solicitar la justicia gratuita por los cauces comunes de la LAJG.

A modo de conclusión, el derecho de las asociaciones de consumidores a la justicia gratuita sólo abarca aquellos supuestos en los que éstas ejerciten acciones en defensa de los derechos e intereses de los consumidores (tanto de intereses supraindividuales como de derechos individuales conexos). Pero, en ningún caso, cuando la asociación ejercite acciones en defensa de uno de sus asociados, ni tampoco cuando ejercite acciones en defensa de sus propios intereses.

La postura que aquí defendemos, será, salvo grandes cambios, la recogida por la nueva Ley de Asistencia Jurídica Gratuita¹⁸². El art. 2.1.c) del Anteproyecto de la LAJG reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a “las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico, legalmente constituidas e inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios, *exclusivamente* en los términos previstos en el artículo 24 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”. Esa remisión del Anteproyecto sólo puede entenderse en el sentido de que el derecho corresponderá a las asociaciones únicamente cuando actúen *en nombre y representación de los intereses generales de consumidores y usuarios* (art. 24 TRLDCU). Además, el nuevo texto presenta otra novedad relevante: se exigirá siempre acreditación de la insuficiencia de recursos para litigar a las asociaciones de consumidores (art. 2.1)¹⁸³, frente a la ley actual que no establece tal requisito.

182 Anteproyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, del Ministerio de Justicia, 10 de enero 2013.

183 El art. 3 del Anteproyecto fija el criterio para determinar la insuficiencia de recursos en estos casos: “Se reconocerá el derecho de asistencia jurídica gratuita a las personas jurídicas mencionadas en el apartado c) del apartado 1 del

3. Grupo de consumidores afectados.

Por grupo de afectados podemos entender, con GUTIÉRREZ DE CABIEDES, una “pluralidad o conjunto de sujetos, sin personalidad jurídica independiente -es decir, un ente sin personalidad- reunido en torno a un interés común y solidario de los mismos”¹⁸⁴. La LEC reconoce a los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso capacidad para ser parte (art. 6.1.7º) y legitimación (art. 11.2), planteándose en ambas instituciones del Derecho procesal cuestiones dignas de ser comentadas.

Para que a un grupo de afectados se le reconozca capacidad para ser parte, debe cumplir todos los requisitos exigidos en el art. 6.1.7º LEC¹⁸⁵: a) estar formado por un grupo de consumidores o usuarios; b) esos consumidores o usuarios se han de ver afectados por un hecho dañoso derivado del consumo de un bien o el uso de un servicio; c) el colectivo de afectados esté determinado o sea fácilmente determinable ; d) el grupo se constituya -se forme- con la mayoría de los afectados¹⁸⁶.

3.1. Cuestiones sobre la capacidad para ser parte. El requisito de la mayoría.

Antes de pasar a analizar los problemas que, en concreto, plantea el conflictivo requisito de la mayoría, hemos de hacer referencia previamente a una problemática que tiene su reflejo en la jurisprudencia¹⁸⁷. ¿Tiene el grupo de afectados una capacidad para ser parte relativa? O lo que es lo mismo, ¿puede el grupo de afectados ser demandado o reconvenido? Gran parte de la doctrina entiende que el grupo de afectados puede ocupar tanto la posición activa como la pasiva¹⁸⁸. Algún

artículo anterior, cuando careciendo de patrimonio suficiente el resultado contable de la entidad en cómputo anual fuese inferior a la cantidad equivalente al triple del indicador público de renta de efectos múltiples”.

184 GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 228-229. La STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal), núm. 16/1996, de 4 de noviembre, apuntaba que en la categoría de grupo de afectados se incluye “cualquier conjunto de personas determinadas o identificables que, poseyendo intereses comunes o convergentes, atiende a su consecución mediante una organización básica o elemental y una actuación conjunta y solidaria de sus miembros” (F.J. 4º). El concepto de grupo ofrecido por el TSJ de Navarra ha sido acogido por la jurisprudencia posterior, entre otras, SAP de Madrid (Sección 14ª), núm. 492/2003, de 10 de septiembre (F.J. 3º). Más reciente, en el mismo sentido, SAP de Barcelona (Sección 17ª), núm. 214/2006, de 28 de abril (F.J. 2º).

185 El art. 6.1 LEC dispone lo siguiente: “Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles: [...] 7º 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”.

186 Por todos, GRANDE SEARA, *op. cit.*, p. 80; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, pp. 93-94.

187 SAP de La Coruña (Sección 5ª), núm. 262/2012, de 23 de mayo y AAP de Madrid (Sección 21ª), núm. 105/2010, de 13 de abril.

188 Vid. GONZÁLEZ CANO, “El interés colectivo en materia de consumo: tipología, capacidad y legitimación” en

autor pone el acento en que del primer inciso del art. 6.1 LEC “se desprende claramente que los grupos podrán demandar y ser demandados”¹⁸⁹. SILGUERO ESTAGNAN funda su postura en el principio de igualdad, basándose también en la relación entre la legitimación y la capacidad para ser parte, pues “el reconocimiento de la capacidad para ser parte de los sujetos legitimados por el art. 11 LEC, sin matización posterior a sus posibilidades de actuación procesal, debe llevarnos a defender su legitimación pasiva y, por consiguiente, la posibilidad de ser demandados o reconvenidos en el proceso. En suma, su legitimación pasiva deriva del reconocimiento para ser parte, debiendo actuar la igualdad de armas entre las partes, tanto a favor como en contra del grupo”¹⁹⁰.

Sin embargo, parece más acertado, sin obviar los argumentos anteriores, lo mantenido por otros autores que convienen en que el grupo de afectados sólo puede ocupar la posición activa en un proceso¹⁹¹. La expresión “para demandar en juicio” empleada en el inciso final del art. 6.1.7º LEC, hace pensar que los grupos sólo pueden ocupar la posición activa¹⁹². Pero más allá de entrar en disquisiciones sobre el articulado de la LEC, debe subrayarse el fin perseguido por el legislador a la hora de reconocer capacidad para ser parte a los grupos, que no es otro que proteger a los consumidores y usuarios y facilitar su acceso a la jurisdicción¹⁹³.

Volviendo al requisito por el que se exige que el grupo se constituya con la mayoría, ¿cuál es su fundamento? Todos los autores convienen en que, debido al carácter transitorio del grupo¹⁹⁴, es necesario establecer ciertas cautelas que eviten riesgos relacionados con comportamientos

Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso (dir. ARIZA COLMENAREJO), Ed. Reus, Madrid, 2009, pp. 100 y 102; SILGUERO ESTAGNAN, *op. cit.*, p. 11; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 92; GRANDE SEARA, *op. cit.*, pp. 81-82.

189 Vid. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 92.

190 Vid. SILGUERO ESTAGNAN, *op. cit.*, p. 11.

191 Vid. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 144; GIMENO SENDRA, *Derecho procesal civil. I. El proceso de declaración. Parte general*, 2ª edición, Ed. Colex, Madrid, 2007, p. 119; BACHMAIER WINTER, *La nueva ley...*, *op. cit.*, pp. 228-229; SAMANES ARA, *op. cit.*, p. 20.

192 Vid. SAMANES ARA, *op. cit.*, p. 20.

193 Vid. BACHMAIER WINTER, *La nueva ley...*, *op. cit.*, p. 229. La autora, además, pone de relieve la diferencia existente con el sistema de las *class actions* estadounidenses. En EE.UU., el grupo -la clase- puede demandar y ser demandado. Y cita otra diferencia fundamental con aquel sistema, las *class actions* tienen carácter subsidiario, “sólo se admite la actuación del grupo como tal cuando, por el elevado número de sus componentes, su defensa no puede articularse a través de la acumulación de acciones. Pero, si el grupo es pequeño, en principio el sistema prefiere evitar las complejidades procesales derivadas de la legitimación del grupo y remitir la defensa conjunta de los diversos sujetos a los cauces tradicionales de acumulación de acciones. Será el Juez quien decida, atendiendo a criterios de oportunidad y proporcionalidad y, con un amplio margen discrecional, acerca de la admisibilidad de la *class action*” (*op. cit.*, p. 227). Un tratamiento completo sobre el sistema de las *class actions* se puede encontrar en LÓPEZ SÁNCHEZ, *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Ed. Comares, Granada, 2011.

194 El grupo de afectados surge, sin lugar a dudas, a partir de un hecho dañoso concreto -nunca antes- y, tras la resolución del conflicto, su existencia carecería de razón de ser. Vid. GONZÁLEZ CANO, *El interés colectivo...*, *op. cit.*, p. 99.

fraudulentos o demandas injustificadas que provoquen abusos a empresarios¹⁹⁵. La exigencia de la mayoría responde también a una dosis adecuada de seguridad jurídica, en su acepción de evitar resoluciones contradictorias, lo que podría suceder si se permitiera que varios grupos de afectados por el mismo hecho dañoso inicien procesos distintos¹⁹⁶.

La LEC no dice cuándo un grupo está formado por la mayoría, pero la doctrina es unánime: esa mayoría se conseguirá siempre que concurra la mitad más uno de todos los afectados¹⁹⁷. Para acreditarlo, será necesario aportar con la presentación de la demanda una relación nominal de todos los afectados, señalando cuáles de ellos pretenden conforman el grupo¹⁹⁸. MONTERO AROCA se muestra contrario a la exigencia de este requisito por considerarlo incorrecto, puesto que tener o no capacidad “no puede hacerse depender de la mayoría o minoría de afectados que quieran integrar el grupo”¹⁹⁹. También se muestra crítico y partidario de flexibilizarlo GIMENO SENDRA: “dicho requisito es desproporcionado, por lo que debería requerirse a un número suficiente de afectados para poder considerar que el grupo no lo integra una minoría y que actúa en representación de los demás perjudicados, máxime cuando el art. 15 LEC exige la publicidad de estos procedimientos y les permite a todos los afectados intervenir en el proceso”²⁰⁰. Lo que si está claro, en cuanto al tratamiento procesal, es que el tribunal no puede inadmitir *in limine litis* la demanda por este motivo²⁰¹.

Suscita también dudas cómo saber *a priori* el número de afectados que hay cuando éstos, no estando determinados, sean determinables²⁰². Para estos casos precisamente se ha regulado la diligencia preliminar de concreción de afectados del art. 256.1.6º LEC²⁰³, mediante la cual se podrá

195 Entre otros, vid. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 95; JIMÉNEZ FORTEA, *op. cit.*, p. 88.

196 Vid. GONZÁLEZ CANO, *El interés colectivo...*, *op. cit.*, p. 101. Evidentemente existe la posibilidad de acumular los procesos, pero es probable que debido a la dispersión geográfica de los afectados no sea tan fácil -sobre todo una acumulación de oficio-. Por ello, JIMÉNEZ FORTEA afirma que “mecanismos procesales como la acumulación, se mostrarían ineficaces en estos casos” (*op. cit.*, p. 88).

197 Sería lo mismo hablar de mayoría simple. Vid. GRANDE SEARA, *op. cit.*, p. 81; BACHMAIER WINTER, *La nueva ley...*, *op. cit.*, p. 229; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 94; GONZÁLEZ CANO, *El interés colectivo...*, *op. cit.*, p. 102; JIMÉNEZ FORTEA, *op. cit.*, p. 89.

198 El consentimiento de los afectados que deseen formar parte del grupo debe constar expresamente. Vid. SAMANES ARA, *op. cit.*, pp. 20-21; GRANDE SEARA, *op. cit.*, p. 81; BACHMAIER WINTER, *La nueva ley...*, *op. cit.*, p. 230; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 95; JIMÉNEZ FORTEA, *op. cit.*, p. 90.

199 Vid. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, p. 431.

200 Vid. GIMENO SENDRA, *op. cit.*, p. 110.

201 Vid. BACHMAIER WINTER, *La nueva ley...*, *op. cit.*, p. 232 ; GONZÁLEZ CANO, *El interés colectivo...*, *op. cit.*, pp. 103-104. La falta de cumplimiento del requisito de la mayoría se podrá poner de manifiesto por el demandado, por lo general, en la audiencia previa (debido a que la cuantía de estos proceso superará el criterio legal de los 6.000 €), o ser apreciado de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso (art. 9 LEC).

202 Vid. CARRASCO PERERA, *¿Acciones de clase...*, *op. cit.*, p. 7.

203 GIMENO SENDRA considera que para estos casos “parece aconsejable, con carácter previo a la interposición de la demanda, solicitar la práctica de la diligencia preliminar contemplada en el art. 256.1.6º” (*op. cit.*, p. 109). A la citada diligencia preliminar dedicamos *infra* el capítulo III del presente trabajo.

determinar las personas que se hayan visto perjudicadas. GONZÁLEZ CANO entiende que en este supuesto el control del requisito de la mayoría deberá realizarse sobre los afectados determinados hasta ese momento²⁰⁴. Esta posición resulta coherente si se tiene en cuenta que más adelante podrían aparecer otros perjudicados no tenidos en cuenta inicialmente²⁰⁵.

Relacionado directamente con la cuestión anterior, se discute si puede apreciarse la falta de capacidad para ser parte de un grupo de forma sobrevenida, una vez iniciado el proceso, por la pérdida de la mayoría exigida²⁰⁶. Ésta pérdida se podría producir en dos sentidos: por la salida del grupo de alguno de los afectados que ya lo conformaban, o por la aparición de nuevos afectados, resultando insuficiente la mayoría inicialmente fijada. Un sector doctrinal entiende que se debe poner fin al proceso mediante auto, porque supondría una utilización fraudulenta de la figura del grupo mayoritariamente constituido²⁰⁷. Pero parecen más acertados los argumentos de los autores que defienden el mantenimiento de la capacidad del grupo²⁰⁸, con base en el aforismo *ut lite pendente, nihil innovetur* (art. 413 LEC)²⁰⁹, evitando así cualquier actuación del demandado tendente a separar del grupo mayoritario a algunos de los afectados, y porque el art. 6.1.7º LEC circunscribe el requisito de la mayoría al momento de interposición de la demanda. Estas consideraciones son válidas, sin duda, para el supuesto de que la mayoría se pierda por la salida de algún componente del grupo, pero entendemos que deber ser matizadas cuando de lo que se trata es de la pérdida de la mayoría por aparición de nuevos afectados. En este segundo caso, a los argumentos anteriores habría que añadir la exigencia de que se haya acudido previamente a la diligencia preliminar del art. 256.1.6º LEC, de tal manera que el desconocimiento de la existencia de esos afectados no pueda imputarse al grupo actuante²¹⁰.

204 Vid. GONZÁLEZ CANO, *El interés colectivo...*, *op. cit.*, p. 103.

205 MARÍN LÓPEZ resalta que “lo que inicialmente es una mayoría de afectados puede dejar de serlo si aparecen nuevas personas perjudicadas por el hecho dañoso no tenidas en cuenta para el cómputo inicial de esa mayoría” (*Las acciones...*, *op. cit.*, p. 7).

206 Vid. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, pp. 96-97; JIMÉNEZ FORTEA, *op. cit.*, pp. 91-92; GONZÁLEZ CANO, *El interés colectivo...*, *op. cit.*, p. 105; BUSTO LAGO, *op. cit.*, p. 3; CARRASCO PERERA, *¿Acciones de clase...*, *op. cit.*, pp. 7-8.

207 Vid. GONZÁLEZ CANO, *El interés colectivo...*, *op. cit.*, p. 105; JIMÉNEZ FORTEA, *op. cit.*, p. 92; BUSTO LAGO, *op. cit.*, p. 3.

208 Vid. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, pp. 96-97. A la misma conclusión llega CARRASCO PERERA, pero a través de otra interpretación y con diferente repercusión procesal: “es obvio que los demandantes deben poder continuar el proceso como afectados que son, a modo de acumulación subjetiva de sus pretensiones, pero no puede entenderse que la cosa juzgada se extienda en este caso a los no litigantes” (*¿Acciones de clase...*, *op. cit.*, p. 8).

209 Según DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ este brocardo “viene a significar que la sentencia debe dictarse atendiendo al estado fáctico existente en el momento de la interposición de la demanda y sin tener en cuenta las alteraciones sufridas por aquél durante la sustanciación del proceso [...] Su sentido hay que buscarlo en impedir que las partes (sobre todo, la demandada) o terceras personas realicen, de forma maliciosa, actos tendentes a frustrar la efectividad de la eventual futura sentencia estimatoria de la demanda, mediante un cambio de la realidad, física o jurídica, no ya porque ese cambio suponga una satisfacción extraprocesal del actor, sino porque, de ser tenida en cuenta, obligaría a éste a formular una nueva demanda” (*op. cit.*, pp. 285-286).

210 Parece que esta idea subyace en la postura mantenida por GONZÁLEZ CANO, en cuanto a que el control de la

Imaginemos ahora que el grupo no logra integrar a la mayoría de los afectados, ¿podría considerarse una unión sin personalidad y actuar como tal²¹¹? Esta idea debe rechazarse porque ambas figuras responden a fundamentos diferentes y además supondría “una burla a la autoexclusión voluntaria de los afectados”²¹². La única vía que tendría expedita el malogrado grupo sería su actuación como persona jurídica, constituyéndose en asociación -de afectados-, cuya consideración legal entra dentro del concepto de “entidad legalmente constituida”, figura a la que hacemos referencia más adelante²¹³.

3.2. La actuación procesal de los grupos: la figura del representante.

Como el grupo es un ente sin personalidad, la única cuestión que se plantea en relación con su capacidad procesal, es cómo actúa en juicio mediante la representación (necesaria) por una persona física²¹⁴. El art. 7.7 LEC se ocupa de la representación diciendo que por los grupos de afectados “comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros”. Este precepto, pensado para los sujetos previstos en el art. 6.2 LEC (sociedades irregulares, comunidades de bienes, etc.), que operan en el tráfico jurídico relacionándose con terceros, da lugar a problemas en cuanto a su aplicación respecto de los grupos²¹⁵. Y es que, precisamente, lo que distingue a los grupos de afectados de esos otros “entes sin personalidad”, es su inexistencia previa al hecho dañoso, o dicho de otra manera, el grupo nace a partir del hecho por el que los consumidores o usuarios resultan afectados y no antes, por lo que no pueden existir personas que previamente hayan actuado en nombre del grupo frente a terceros²¹⁶.

No obstante, para tratar de darle cierto contenido a lo previsto en el artículo, se ha argumentado

mayoría se debe realizar sobre los afectados determinados en el momento de la presentación de la demanda (*El interés colectivo...*, *op. cit.*, p. 103).

211 Vid. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 97.

212 Vid. GONZÁLEZ CANO, *El interés colectivo...*, *op. cit.*, p. 101. JIMÉNEZ FORTEA va más allá y entiende que en ese caso se podría apreciar mala fe e imponer una multa según el art. 247 LEC (*op. cit.*, p. 89). Sin embargo, una cosa es que el grupo no pueda accionar como unión sin personalidad y otra que no pueda ser demandado con tal carácter. En otras palabras, el grupo podrá ser demandado como unión sin personalidad, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones (art. 6.2 LEC). Al respecto, vid. AAP de Madrid (Sección 21ª), núm. 105/2010, de 13 de abril, F.J. 3º, donde se discute la capacidad para ser parte de una comunidad de usuarios de un aparcamiento.

213 Vid. *infra* epígrafe 4.2. de este mismo capítulo.

214 Vid. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pp. 145-146.

215 Norma que, en palabras de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “no resulta coherente con lo anteriormente previsto en el artículo 6, ni tampoco aplicable de forma pacífica [...] La Ley cuando establece ese apartado está pensando, sobre todo, en los entes que operan en el tráfico jurídico, y que, además suelen figurar precisamente en el lado contrario de la relación procesal” (*Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 232-233).

216 Vid. SAMANES ARA, *op. cit.*, p. 39; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 98.

que las actuaciones previas al proceso, llevadas a cabo por uno de los componentes del grupo, como solicitar la diligencia preliminar del art. 256.1.6º LEC o la comunicación personal del art. 15 LEC, pueden ser consideradas actuaciones en nombre del grupo frente a terceros, lo que valdría para instituir a ese miembro del grupo como representante tácito del mismo²¹⁷. Sin embargo, esta postura implica una serie de problemas que lleva a otros autores a rechazarla de forma categórica²¹⁸: 1) supone una vulneración del principio de seguridad jurídica, en concreto para el demandado²¹⁹; 2) no debe olvidarse que el art. 264.2º LEC exige que con la demanda se presenten los documentos que acrediten la representación²²⁰. Si la representación es de hecho, ningún documento se podrá presentar.

Por lo tanto, entendemos que la única vía válida es la representación expresa, conferida mediante pacto de los integrantes del grupo formado por la mayoría, en un documento público o privado²²¹. GONZÁLEZ CANO defiende la modificación del precepto, en el sentido de exigir “un pacto expreso en el que los afectados determinados designen nominalmente al representante del grupo”²²². De esa manera, se evitaría la posibilidad de que los demandados planteen excepciones, no ya por la falta de capacidad para ser parte de los grupos, sino por la representación con la que los mismos actúan en el proceso²²³.

3.3. Aspectos controvertidos sobre la legitimación del grupo.

En lo atinente a la legitimación del grupo, algunos autores consideran que la naturaleza de la misma sólo puede ser ordinaria, aunque plural²²⁴. La base para sostener este argumento es que el

217 Vid. GRANDE SEARA, *op. cit.*, p. 83; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 233.

218 Así, BACHMAIER WINTER, *La nueva ley...*, *op. cit.*, p. 237 ; GONZÁLEZ CANO, *El interés colectivo...*, *op. cit.*, p. 117; SAMANES ARA, *op. cit.*, p. 40.

219 SAMANES ARA apunta que esa inseguridad es manifiesta, ya que el demandado “no tendría certeza sobre la identidad del demandante o demandantes, que es algo que, por otra parte, le garantiza el art. 399.1 de la LEC” (*op. cit.*, p. 40). En el mismo sentido, BACHMAIER WINTER, *La nueva ley...*, *op. cit.*, p. 237.

220 Vid. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Volumen I, 2ª edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1283; SAMANES ARA, *op. cit.*, p. 40. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA opta por una solución intermedia, en función de quién es el representante del grupo: si es uno de los afectados que forma parte del grupo, entiende que no es necesario acreditar la representación, pero sí es un tercero ajeno al grupo sí (*op. cit.*, p. 98).

221 En ese sentido, vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 233; GRANDE SEARA, *op. cit.*, p. 83; GONZÁLEZ CANO, *El interés colectivo...*, *op. cit.*, p. 118 ; BACHMAIER WINTER, *La nueva ley...*, *op. cit.*, pp. 237-238.

222 GONZÁLEZ CANO, *El interés colectivo...*, *op. cit.*, p. 118.

223 Vid. GRANDE SEARA, *op. cit.*, p. 83.

224 Son de este parecer, DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 65; MARTÍNEZ GARCÍA, “La legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios” en *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva ley de enjuiciamiento civil* (coord. BARONA VILAR), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 110; GRANDE SEARA, *op. cit.*, pp. 84-85.

grupo no es el auténtico legitimado, sino que lo son cada uno de los sujetos que conforman el grupo, que acuden al mecanismo de la representación para facilitar su derecho de acceso²²⁵. Ello lleva a concluir de forma irremediable que el grupo no es la parte en el proceso, sino que lo son los propios afectados²²⁶.

Frente a este sector de la doctrina, se afirma por otros autores -postura que compartimos- que la legitimación de los grupos de afectados es extraordinaria²²⁷. DE LA OLIVA SANTOS va incluso más allá y afirma que se trata de un caso de “legitimación representativa”²²⁸ y que, a diferencia de la postura anterior, “cabe sostener que, pese a la integración del grupo por miembros y pese a ser relevante la identidad, la condición y el número de esos miembros, no deja de ser cierto que, desde el principio, el grupo es la parte y quien actúa como parte”²²⁹.

Aún sobre la legitimación se puede plantear otro interrogante. ¿Cuáles son los intereses que puede portar el grupo de afectados? A pesar de que exista doctrina en sentido contrario²³⁰, hemos defendido que el art. 11.2 LEC acoge un supuesto de derechos individuales conexos²³¹, por lo que a éstos debe quedar limitada la actuación del grupo²³². Sin embargo, la LSSICE reconoce legitimación al grupo de afectados para ejercitar acciones de cesación (en defensa de intereses supraindividuales)²³³, pero esa ampliación de la legitimación del grupo de afectados debe entenderse

225 En palabras de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “no es el grupo el ente legitimado que haya de gozar de capacidad para ser parte, ni quien como tal insta la tutela, compareciendo por medio de un órgano o representante que integre su capacidad de actuación procesal. Lo son cada uno de los particulares afectados [...] De ahí que ni siquiera de esa constitución con la mitad más uno de los miembros sea posible derivar (aunque el legislador lo diga en un precepto) que el grupo sea el legitimado y con capacidad para ser parte; ello podría, en todo caso, ser un indicio de representación (tácita, en caso de no ser expresa) de unos perjudicados por otros” (*Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 230-231). DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA considera que “en realidad, nos encontramos ante un supuesto de litisconsorcio activo voluntario, pero que la ley, dado que el número de personas que pueden encontrarse en la posición de demandante puede ser numeroso y entorpecer más que facilitar la agilidad del proceso, permite que ejercite la acción el grupo en si mismo considerado a través de un representante” (*op. cit.*, pp. 65-66).

226 Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 233.

227 Vid. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pp. 158-159; MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, p. 431; CARRASCO PERERA, *¿Acciones de clase...*, *op. cit.*, p. 7.

228 Entiende el autor que cuando el grupo actúa en defensa de los derechos e intereses de sus miembros -los consumidores o usuarios afectados-, su legitimación es indirecta y representativa, porque el grupo no actúa en interés propio, sino en interés de esos consumidores afectados (DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pp. 158-159).

229 Vid. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pp. 144. En el mismo sentido, GRANDE SEARA, *op. cit.*, p. 80.

230 Varios autores entienden que la legitimación conferida a los grupos de afectados abarca la defensa tanto de derechos individuales conexos como de intereses supraindividuales. Apoyan esta idea DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 93; SILGUERO ESTAGNAN, *op. cit.*, p. 9; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 229-230; GRANDE SEARA, *op. cit.*, pp. 84-86.

231 Véase el epígrafe 2.3.3 del presente capítulo.

232 Vid. GIMENO SENDRA, *op. cit.*, pp. 109-110; GONZÁLEZ CANO, *El interés colectivo...*, *op. cit.*, pp. 96-97.

233 El art. 31.b) LSSICE reconoce legitimación para la interposición de acciones de cesación, frente a conductas que vulneren lo dispuesto en esa Ley, a “los grupos de consumidores o usuarios afectados, en los casos y condiciones previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Ese último inciso permite afirmar que el grupo de afectados que

como excepcional²³⁴, e incluso, para algún autor, indebida²³⁵.

En definitiva, las sensaciones que deja entre algunos autores la figura de los grupos de afectados no pueden calificarse de positivas. GUTIÉRREZ DE CABIEDES critica con dureza su regulación: “entre *espejismos* y regulaciones *aporéticas* [...] todo hace pensar que los grupos van a continuar siendo, como tal ente procesal, si no una entelequia, sí un fenómeno que no va a gozar de excesivo predicamento práctico y aplicación legal”²³⁶. Si se observan los sucesos más recientes -y relevantes- acaecidos en nuestro país en los que se han visto afectados numerosos consumidores o usuarios, puede advertirse que de ellos no han surgido grupos, sino asociaciones creadas *ad hoc* por los propios afectados²³⁷. Al mismo tiempo, tampoco puede desconocerse la labor de captación e integración de esos afectados por parte de las grandes asociaciones de consumidores y usuarios²³⁸. Todo conduce, como afirma MONTERO AROCA, a que en la práctica el papel de los grupos de afectados sea meramente testimonial cuando no imperceptible²³⁹.

4. Otros sujetos.

4.1. El Ministerio Fiscal. Posibilidad de extender su legitimación.

El art. 11.4 LEC reconoce legitimación al Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios. Esta posibilidad, permitir que el Ministerio Fiscal inste la defensa de los intereses supraindividuales, en base a un

pretenda interponer una acción de cesación debe cumplir los requisitos relativos al reconocimiento de su capacidad para ser parte establecidos en la LEC. En ese sentido, vid. GONZÁLEZ GRANDA, *op. cit.*, pp. 16-17.

234 Es excepcional puesto que la ampliación de la legitimación de los grupos de afectados respecto a lo previsto en la LEC, no se extiende al resto de leyes sectoriales en las que también se regulan acciones de cesación (entre otras, TRLDCU, LCD o LCGC).

235 Vid. GONZÁLEZ CANO, *El interés colectivo...*, *op. cit.*, p. 96.

236 Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 234.

237 Entre otros muchos podemos destacar los siguientes casos: Asociación de afectados Fórum filatélico (afectadosforum.com); Asociación de afectados por la multipropiedad ACAMA (afectadosmultipropiedad.com); Asociación de afectados por las preferentes de Bankia (apacbank.es); Asociación de usuarios afectados por permutas y derivados financieros (asucepedefin.com); Asociación de afectados del vuelo JK5022-Spanair (avjk5022.com).

238 A modo de ejemplo, la asociación ADICAE trata de agrupar, por casos, a consumidores y usuarios que se hayan visto perjudicados. Entre esos casos podemos destacar el de las cláusulas suelo y las preferentes. Una lista completa se puede encontrar en: colectivos.adicae.net.

239 Según MONTERO AROCA “en los supuestos examinados en la práctica no se ha descubierto esta actuación de grupos. Incluso cuando el hecho ha afectado a un número no grande de personas, éstas han procedido inmediatamente a la constitución de una persona jurídica, de una asociación [...] Cuando las personas afectadas por el hecho dañoso han sido varios millares se ha procedido a la creación de varias asociaciones, complicando aún más, si cabe, las cosas” (*De la legitimación...*, *op. cit.*, pp. 431-432).

pretendido interés social (distinto del interés público)²⁴⁰, ya se venía defendiendo por la doctrina²⁴¹, hasta que finalmente se introduce en el ordenamiento en el apartado cuarto del art. 11 LEC²⁴².

Estando legalmente limitada la actuación del Ministerio Fiscal a la defensa de los intereses supraindividuales²⁴³, podemos plantearnos hoy la posibilidad de extender esa legitimación para la defensa de derechos individuales conexos (arts. 11.2 y 3 LEC), mediante el ejercicio de acciones resarcitorias²⁴⁴. El Consejo Fiscal ha informado en sentido positivo²⁴⁵: “resulta difícil de justificar que la legitimación del Ministerio Fiscal esté limitada, conforme prevé el artículo 11.4 de la LEC, al ejercicio de la acción de cesación, siendo por lo demás indiscutible que el interés público puede verse comprometido en el marco de cualesquiera otras acciones colectivas, sin que la iniciativa del

240 La habilitación del Ministerio Fiscal para la defensa del interés social, se deriva del art. 124.1 CE (procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social) y del art. 3.6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (le encomienda la defensa del interés social). En estos casos se puede dudar del carácter de la legitimación por la que actúa el Ministerio Fiscal. Algunos autores como MONTERO AROCA (*De la legitimación...*, *op. cit.*, pp. 436-437) o DE LA OLIVA SANTOS (*Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 159), entienden que es legitimación extraordinaria representativa; otros, como GUTIÉRREZ DE CABIEDES, opinan que está más cerca de la legitimación ordinaria o directa, que se desprende de su “peculiar posición y función institucional”, en especial la de procurar el interés social (*La tutela...*, *op. cit.*, p. 224). Compartimos la primera de las posturas, por cuanto la segunda, pensada para el orden penal, es inaplicable a un sistema privado basado en derechos subjetivos.

241 Sobre la justificación para admitir la legitimación del Ministerio Fiscal en defensa de intereses supraindividuales, ya se pronunciaba GUTIÉRREZ DE CABIEDES, entendiendo que se trata de “procurar la satisfacción del *interés social* -dada la relevancia social y, en ocasiones, pública que el conflicto puede tener, así como las eventuales infracciones de la legalidad, e incluso, lesiones de derechos fundamentales que tal conflicto pudiera plantear- (*La tutela...*, *op. cit.*, p. 224). Más recientemente y, con uso del mismo término, interés social, DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, pp. 36-37 y 67.

242 Introducido 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. Esas Directivas son: 97/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa; 98/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, que modifica la Directiva 87/102/CEE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros en materia de crédito al consumo; 98/27/CE, del parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. Muy crítico con la reforma, MONTERO AROCA, “dijimos antes que esta atribución no venía impuesta por ninguna norma comunitaria y es absurda, salvo desde determinada perspectiva totalitaria de las relaciones económicas”. Entiende el autor que la Directiva 27/1998 no imponía que se legitimara en España al Ministerio Fiscal y, además de eso, la propia Directiva establecía como objeto de la acción de cesación el buen funcionamiento del mercado interior. En palabras de MONTERO AROCA, “En España el Ministerio Fiscal no tiene competencia alguna que pueda afectar al mercado, ni interior, ni exterior”. Y sigue, “si el legislador entiende que una materia está determinada por la concurrencia del interés público puede legitimar al Fiscal, el cual en todo caso debe ser parte en el proceso, pero carece de sentido que ese Fiscal, que puede demandar, si no demanda él no sea, necesariamente, parte en el proceso” (*De la legitimación...*, *op. cit.*, pp. 436-437 y 447)

243 Vid. AAP de La Coruña (Sección 3ª), núm. 18/2013, de 15 de febrero, F.J. 2º.

244 Como afirma la Circular 2/2010, de la Fiscalía General del Estado, de 19 de noviembre, acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios, “existen serias dificultades interpretativas a la hora de considerar que el Ministerio Fiscal resulte legitimado en la Ley de Enjuiciamiento Civil para ejercitar acciones colectivas distintas a la de cesación, particularmente la de resarcimiento de daños a que se refiere el artículo 11 de la LEC” (p. 18). El enlace a la Circular 2/2010 se encuentra en la bibliografía del presente trabajo.

245 Informe del Consejo Fiscal, de 3 de mayo de 2010, sobre el anteproyecto de Ley de contratos de crédito al consumo, Madrid, p. 21. Puede consultarse el enlace al Informe en la bibliografía de este trabajo.

Fiscal en su defensa pueda aparecer condicionada a que una asociación de consumidores tome la iniciativa ejercitando la acción en los supuestos, por ejemplo, a que se refiere el artículo 11.3 del mismo texto legal. Es por ello que, sin perjuicio de mantener la legitimación de las asociaciones en los términos ya previstos, en cuanto a la del Ministerio Fiscal se refiere, debería modificarse el artículo 11, incluyendo un ordinal con el siguiente tenor: [*El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios*]”.

Si al final se acogiera esa propuesta, no sería un caso inédito en nuestro ordenamiento, ya que el art. 16.6 LCGC en relación con el art. 12.2 de la misma Ley, otorga legitimación al Ministerio Fiscal para interponer, junto a las acciones de cesación, acciones accesorias de indemnización y de devolución de cantidades²⁴⁶. Y esas dos últimas acciones son las que permiten la defensa de derechos individuales conexos. Además, en los últimos tiempos, existe una tendencia en otros ordenamientos, consistente en reconocer al Ministerio Fiscal como legitimado para el ejercicio de acciones en defensa de derechos individuales conexos²⁴⁷. Por tanto, nos posicionamos a favor de que tal planteamiento sea una realidad, por supuesto, siempre que sea en concurrencia con otros sujetos (asociaciones, grupos de afectados, etc.), nunca de manera excluyente.

También el Ministerio Fiscal puede llegar a ser parte, no mediante la interposición del escrito que da origen al proceso, sino a través del mecanismo de la intervención, por lo que nos remitimos al capítulo siguiente, donde tratamos, en concreto, las distintas posibilidades de actuación del Ministerio Fiscal en procesos ya iniciados por otros sujetos.

Lo cierto es que, en la práctica, el papel desempeñado por el Ministerio Fiscal en esta materia, ha ganado protagonismo. Como expone la propia Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2012²⁴⁸, la actuación del Ministerio Fiscal en materia de consumidores “ha tenido una importante expansión”. Así, durante el año 2011, el Ministerio Fiscal interpuso dos demandas ejercitando sendas acciones de cesación frente a dos empresas multinacionales (Telefónica y Gas Natural)²⁴⁹.

246 Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 227.

247 Véase el Código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica, aprobado en octubre de 2004, en el seno del Instituto Ibero-americano de Derecho Procesal. Además de lo dispuesto en el propio Código, su exposición de motivos realiza un recorrido por la legislación de diversos países iberoamericanos, donde se contempla esta posibilidad, especialmente en Brasil. Vid. GIDI y FERRER MAC-GREGOR, *Código modelo de procesos colectivos, un diálogo iberoamericano*, Ed. Porrúa, México D.F., 2008.

248 Memoria de la Fiscalía General del Estado, enero de 2012, Madrid, p. 404. En la bibliografía hemos incluido el enlace completo correspondiente a la Memoria de 2012.

249 Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado ya citada, se ejercita una acción de cesación ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santander, frente a Telefónica, por la existencia de cláusulas abusivas que implican un cobro por el servicio de identificación de llamadas. La acción presentada contra Gas Natural ante el Juzgado de lo Mercantil nº1 de Córdoba, tiene por objeto cláusulas que establecen un canon por el servicio de instalación.

Además, ha intervenido en diversos procesos relacionados con cláusulas bancarias abusivas e, incluso, la Fiscalía de Sevilla ha recurrido en casación la nulidad de “cláusulas suelo” de la entidad bancaria BBVA²⁵⁰.

4.2. Las entidades legalmente constituidas.

Junto a las asociaciones de consumidores y a los grupos de afectados, el art. 11.2 LEC atribuye legitimación para la defensa de los derechos individuales conexos, de tipo colectivo (“cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén determinados o sean fácilmente determinables”), a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos. Nótese que el legislador no ha querido legitimarlas para la defensa de intereses supraindividuales, ni para derechos individuales conexos difusos. Circunscribe su legitimación a los intereses colectivos protegidos en el art. 11.2 LEC, que son derechos individuales conexos.

La cuestión que se plantea aquí es determinar cuáles son esas entidades legalmente constituidas a las que se refiere la LEC. Tenemos que partir de una idea que, a pesar de su obviedad, es muy relevante. Nuestro legislador ha querido distinguir las entidades legalmente constituidas de las asociaciones de consumidores y usuarios, así como del grupo de afectados. Una postura contraria evidenciaría un absurdo, por reiteración.

Se ha defendido por algunos autores que en el concepto de “entidades legalmente constituidas” pueden entrar las cooperativas de consumidores²⁵¹. Sin embargo, creemos que este planteamiento no puede ser compartido, en la medida en que hemos visto, *supra*, como el TRLDCU (arts. 23 y 24) considera a las cooperativas de consumidores como asociaciones de consumidores, dispensándole a

250 El escrito por el que se anuncia el recurso de casación, interpuesto frente a la SAP de Sevilla (Sección 5ª), de 7 de octubre de 2011, justifica la actuación del Ministerio Fiscal. Entiende el Fiscal que “no sólo se ha organizado un enorme revuelo mediático en torno a las llamadas cláusulas suelo y cláusulas techo, sino que en este aspecto las contradicciones existentes entre los diversos órganos jurisdiccionales son notorias [...] La sentencia impugnada ha aplicado (mal o indebidamente a nuestro juicio, o más bien dejado de aplicar en debida forma) normas (TRLDCU) que no llevan más de cinco años en vigor, sin que exista doctrina jurisprudencial sobre normas anteriores de igual o similar contenido [...] Los pleitos en curso sobre el tema son numerosos y nada más deseable que el TS se pronuncie sobre esta materia para acabar con la inseguridad jurídica generada”. El texto se puede encontrar en: ausbanc.es/PDF/Documentos/Documento_50.pdf.

251 Afirma MARÍN LÓPEZ que “el principal problema que plantean estas “entidades” es el de su identificación, pues no resulta nada fácil saber a qué tipo de realidad se refiere el legislador con semejante término. La tramitación parlamentaria de la LEC no arroja ninguna luz sobre este extremo. Lo más verosímil es que se refiera a las cooperativas de consumidores y usuarios” (“Las acciones de clase en el derecho español” en *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3/2001, Barcelona, julio de 2001, p. 8). También, BUSTO LAGO, *op. cit.*, p. 6.

ambas figuras un tratamiento homogéneo²⁵². Tampoco podemos compartir la inclusión en este concepto del Ministerio Fiscal, que cuenta con una habilitación propia y expresa en el art. 11.4 LEC, actualmente restringida, como hemos comentado, a la defensa de intereses supraindividuales.

Otros autores incluyen en el concepto de entidades legalmente constituidas al Instituto Nacional de Consumo y otros órganos asimilados en el ámbito autonómico o local²⁵³. Es más, incluso se ha extendido esa legitimación a la defensa de derechos individuales conexos de tipo difuso del art. 11.3 LEC²⁵⁴. Como ha dicho MONTERO AROCA, admitir “la legitimación de los órganos públicos para instar la tutela de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, sin la existencia de una norma de rango de ley y expresa”, provocaría un cambio en el juego de las relaciones entre la sociedad y el estado, pues “se estaría disponiendo que, no ya los intereses públicos, sino también los intereses colectivos, podrían ejercitarse por el poder político, con los riesgos que ello implica”²⁵⁵. Además de este argumento, existe otro más poderoso, que nos permite excluir al INC del art. 11.2 LEC. Entre las funciones del INC, recogidas en la Carta de Servicios 2011-2014 de este órgano²⁵⁶, destaca “la preparación de acciones judiciales en defensa de los intereses generales de los consumidores, de conformidad con lo previsto en la legislación vigente”. La referencia “intereses generales” debe reconducirse al concepto de intereses supraindividuales, en el sentido que hemos venido defendiendo en las páginas precedentes. Así se deriva también de la legislación vigente, que legitima expresamente al INC para el ejercicio de acciones de cesación, tanto el art. 54.1.a) TRLDCEU, como el art. 16.4 LCGC. Partiendo de esa base, no es erróneo afirmar que si el legislador quisiera facultar al INC para la defensa de derechos individuales conexos, tendría que hacerlo de forma expresa.

Otro supuesto que también resulta controvertido es el de las asociaciones de consumidores

252 Vid. epígrafe 2.2 del presente capítulo, donde exponemos todos los argumentos.

253 Entre otros, DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 64-65; GRANDE SEARA, *op. cit.*, p. 77; o, BUSTO LAGO, *op. cit.*, p. 6. Los argumentos de estos autores se reducen a que el INC es un órgano con personalidad jurídica propia y, entre sus fines, está la protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

254 Vid. MONTÓN GARCÍA, “Legitimación de asociaciones y entidades para la defensa de intereses de consumidores y usuarios. Significación y consecuencias de los conceptos “estar legalmente constituidas” y “ser representativas conforme a la ley”, en *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Ed. La Ley, núm. 2, 2005, pp. 1490-1498. Rescatamos el siguiente párrafo que recoge la idea esencial, que no compartimos, de la autora: “Todo esto que se dice de las asociaciones privadas se puede trasponer perfectamente al Instituto Nacional de Consumo porque reúne los tres requisitos exigidos, y uno de ellos, precisamente al que parece dársele mayor énfasis: el de su representatividad, con un matiz esencialmente intenso, porque: ¿qué mayor representatividad puede exigirse a una entidad que tiene carácter público, que depende de un Ministerio y que desarrolla sus funciones a nivel nacional? ¿quién puede defender mejor los intereses de los ciudadanos que un ente público, creado con dinero de todos y formando parte de la Administración Central del Estado, precisamente con esa finalidad?”.

255 Vid. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, p. 429.

256 Carta de Servicios del Instituto Nacional de Consumo 2011-2014, de la Presidencia del Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2011. El texto de la Carta se puede encontrar en: consumo-inc.gob.es/queeselinc/pdf/carta.pdf.

afectados, creadas *ad hoc*, una vez se ha producido el hecho dañoso. Algunos autores sí las incluyen dentro de las entidades legalmente constituidas²⁵⁷. Sin embargo, otros optan excluirlas²⁵⁸. El argumento para rechazar la inclusión de esas asociaciones *ad hoc*, se basa en que, en la medida en que poseen personalidad jurídica propia y tienen por objeto la protección de los derechos e intereses de consumidores o usuarios, quedarían encuadradas en el concepto de asociaciones de consumidores. Esa postura negadora (sostenida, entendemos, con la legislación anterior), no puede, hoy, obviar el hecho de que hasta que una asociación no se inscribe en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores, carece de la consideración legal de asociación de consumidores. Por lo tanto, las asociaciones de afectados no pueden quedar englobadas en el concepto de asociaciones de consumidores. Tenemos que entender, entonces, que estas asociaciones de afectados, creadas, *ex post facto*, para la defensa de los derechos individuales conexos y que no son asociaciones de consumidores, pueden tener la consideración de entidades legalmente constituidas a efectos del art. 11.2 LEC. Todo ello sin necesidad de que tengan que inscribirse en el Registro, bastando que tengan personalidad jurídica según las normas de la Ley de Asociaciones.

Sí existe unanimidad entre la doctrina a la hora de calificar como entidades legalmente constituidas, a aquellas entidades que tienen un objeto más amplio que la mera protección de los intereses de consumidores. Dicho de otra manera, se trata de entidades preexistentes al hecho dañoso, cuyo objeto directo y principal no es la defensa y protección de los derechos e intereses de los consumidores, pero que indirectamente pueden servir a ese fin²⁵⁹. Ejemplos de ello lo constituyen las asociaciones de padres de alumnos, de vecinos, de comerciantes de un barrio, etc. Según JIMÉNEZ FORTEA, el requisito objetivo de defensa o protección de los consumidores del art. 11.2 LEC, “podría inducir a pensar que estas entidades han de tener como único fin dicha protección. Si bien habrá casos en que esto ocurra, no sería posible con base a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE restringir el acceso a una entidad que tuviera además otros fines”²⁶⁰.

En resumen, somos de la opinión de que en el concepto de entidades legalmente constituidas del art. 11.2 LEC, sólo caben los dos últimos supuestos a los que hemos hecho referencia: las asociaciones de afectados creadas *ad hoc* y las entidades con un objeto más amplio, pero que

257 Vid. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, p. 430; JIMÉNEZ FORTEA, *Tutela...*, *op. cit.*, p. 86.

258 Algunos autores que sostienen esa interpretación, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 224; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 64; GRANDE SEARA, *op. cit.*, pp. 76-77, acogiendo la tesis de los dos autores anteriores.

259 Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 223; MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, p. 430; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 65; GRANDE SEARA, *op. cit.*, p. 77.

260 Vid. JIMÉNEZ FORTEA, *Tutela...*, *op. cit.*, p. 86.

indirectamente pueden representar los intereses de los consumidores.

4.3. Entidades comunitarias habilitadas: regulación y aplicación práctica.

El art. 11.4 LEC incluye, junto al Ministerio Fiscal, otro sujeto legitimado: las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria para el ejercicio de acciones de cesación, tanto por intereses colectivos como difusos, pero siempre intereses supraindividuales. El art. 6.1.8º LEC reconoce capacidad para ser parte a estos sujetos, previsión que se nos antoja innecesaria, en cuanto que personas jurídicas, les vendría reconocida por el apartado 3º del precitado artículo. Además, en diversas leyes especiales también se les reconoce legitimación para ejercitar acciones de cesación²⁶¹.

La previsión de esta figura en la LEC y en otras normas, responde a las exigencias comunitarias creadas a raíz de la Directiva 98/27/CE, sobre acciones de cesación en materia de protección de los consumidores, actualmente derogada por la Directiva 2009/22/CE, sobre la misma materia²⁶². Se trata de otorgar legitimación en España a entidades de países miembros de la Unión Europea para ejercitar acciones de cesación en nuestro país²⁶³.

El art. 3 de la Directiva 2009/22/CE establece qué son las entidades habilitadas, así como la posible naturaleza de las mismas: “se entenderá por entidad habilitada cualquier organismo u organización, correctamente constituido con arreglo a la legislación de un Estado miembro, que posea un interés legítimo en hacer que se respeten las disposiciones contempladas en el artículo 1 (diversas Directivas relacionadas con la protección de los consumidores)”. Esas entidades pueden ser de naturaleza pública (“uno o más organismos públicos independientes encargados de la protección de los consumidores”) o privada (“organizaciones cuya finalidad consista en la protección de los intereses de consumidores”). En España, el art. 55 TRLDCU establece un

261 En general, se encarga de ello el art. 54.1.d) TRLDCU. Más específico, por materia, los arts. 16.7 LCGC y 33.3.c) de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal.

262 Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. Mediante 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, se adiciona el apartado 8º del art. 6.1 y el 4º del art. 11 de la LEC. Recientemente se ha aprobado la Directiva 2009/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, que deroga la Directiva 98/27/CE, aunque, en realidad, se trata de una mera actualización de los anexos.

263 A modo de ejemplo, que una entidad habilitada de Francia pueda ejercitar una acción de cesación en España, frente a conductas ilícitas de un comerciante español en operaciones con consumidores y usuarios domiciliados en Francia. El tribunal español ante el que se presenta la acción de cesación debe conocer del caso sin poder cuestionar la capacidad jurídica (capacidad para ser parte) de la entidad habilitada.

procedimiento doble para que las entidades españolas puedan ser consideradas entidades habilitadas, en función de la naturaleza pública o privada de la entidad²⁶⁴.

Las entidades comunitarias habilitadas aparecen en una lista que se actualiza periódicamente en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 4.3 de la Directiva), de tal manera que “las autoridades judiciales o administrativas aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad jurídica de la entidad habilitada, sin perjuicio de su derecho de examinar si la finalidad de la entidad habilitada justifica que ejercite acciones en un caso concreto”. Esa disposición, que corresponde al art. 4.1 de la Directiva, es acogida también en nuestra legislación, concretamente en el art. 54.1 TRLDCU. La referencia “sin perjuicio de su derecho a examinar si la finalidad de la entidad habilitada justifica que ejercite acciones en un caso concreto”, debe entenderse realizada a la legitimación. Ello se puede deducir poniendo en relación los arts. 3 y 4.1 de la Directiva. Según MONTERO AROCA, “se trata de que una cosa es la capacidad para ser parte, que España se limita a asumir respecto de las entidades incluidas en la lista europea, y otra la legitimación, puesto que ésta depende no sólo de ser una entidad legalmente constituida, sino que su razón de ser, esto es, su objeto social, sea la defensa de los consumidores y usuarios, bien en general, bien en relación con productos o servicios”²⁶⁵. Sin embargo, atendiendo a nuestra legislación procesal, entendemos que los tribunales españoles no pueden inadmitir demandas en las que se ejercite (aunque sea en apariencia) una acción de cesación. En todo caso, la cuestión de si la finalidad de la entidad le habilita a ejercitar la acción de cesación, debe resolverse en la sentencia.

La última actualización de la lista, con fecha de 22 de marzo de 2013²⁶⁶, incluye un total de 318 entidades, pero el número y características varía mucho de un Estado miembro a otro. Así, existen Estados miembros que han designado una única entidad (caso de Irlanda, Países Bajos o Suecia), mientras que otros como Alemania o Grecia, han designado más de 70 entidades. Por parte española, están incluidas como entidades comunitarias habilitadas: el Instituto Nacional de

²⁶⁴ Cuando se trata del INC u órganos asimilados en el ámbito autonómico o local, el órgano debe solicitar su inclusión en la lista de entidades habilitadas al Ministerio de Justicia, que es el encargado de notificarlo a la Comisión (art. 55.1 TRDLCU). En el caso de asociaciones de consumidores, además de la exigencia de que formen parte del Consejo de Consumidores, el procedimiento es algo más complejo: tienen que solicitarlo al INC, que lo remitirá al Ministerio de Justicia para que lo notifique a la Comisión (art. 55.2 TRLDCU). Entiende BUSTO LAGO que la asociación debe ser incorporada a dicha lista, sin que el INC ni el Ministerio de Justicia tengan margen discrecional de apreciación, tratándose de un acto reglado y debido (*op. cit.*, pp. 7-8). Añadimos que única y exclusivamente procederá la denegación por el INC cuando la asociación no cumpla el requisito de formar parte del Consejo de Consumidores.

²⁶⁵ Vid. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, p. 438.

²⁶⁶ Comunicación de la CE sobre lo dispuesto en el art. 4.3 de la Directiva 2009/22/CE, publicada el 22 de marzo de 2013, en el DOUE. La lista completa en español se puede consultar en: eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2013:084:SOM:ES:HTML. La última actualización no presenta novedades significativas respecto de la lista anterior, publicada el 31 de marzo de 2012 en el DOUE.

Consumo, 17 órganos asimilados de ámbito autonómico (correspondientes a cada una de las Comunidades Autónomas), así como la práctica totalidad de las asociaciones de consumidores representadas en el Consejo de Consumidores²⁶⁷.

Aunque la idea parece buena, no ha tenido el éxito que cabría esperar. Según un informe de la Comisión de 2012²⁶⁸, sólo se han presentado setenta acciones de cesación transfronterizas por medio de entidades habilitadas, de las cuales, casi un 30 % corresponde a asociaciones de consumidores alemanas. Las causas del escaso uso de esta vía, opinamos, pueden reducirse a dos: el primero, los altos costes derivados del ejercicio de una acción de cesación transfronteriza, a lo que hay que añadir la barrera lingüística o las dificultades para acceder a datos en el extranjero; el segundo motivo, se deriva de la existencia de otro instrumento europeo, el Reglamento 2006/2004, sobre cooperación en materia de protección de los consumidores, que establece vías de solución análogas y menos complejas²⁶⁹. Estos motivos han provocado que, en la práctica, la entidad habilitada por un Estado miembro ejercite la acción de cesación en ese mismo Estado miembro, lo que garantiza, a su vez, un mejor conocimiento del Derecho sustantivo y procesal aplicable en el proceso.

267 Según la lista a la que hemos hecho referencia, España cuenta con un total de 28 entidades habilitadas (pp. 23-26). Encabeza el “ranking” Alemania con 76 entidades (pp. 5-13) y Grecia con 71 (pp. 14-23). Entre los Estados que sólo han designado una única entidad, Irlanda (p. 13), Países Bajos (p. 36) o Suecia (p. 43), entre otros.

268 Informe, de 6 de noviembre de 2012, de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores [COM(2012) 635 final].

269 Véase, en particular, el art. 8 del Reglamento nº 2006/2004, de 27 de octubre de 2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores. Especialmente interesante resulta lo dispuesto en el apartado 3 de ese precepto: “La autoridad requerida podrá también cumplir sus obligaciones [...] encargando a un organismo con interés legítimo en la cesación o prohibición de las infracciones intracomunitarias [...] que tome todas las medidas de aplicación necesarias que le permita la legislación nacional para proceder a la cesación o prohibición”.

CAPÍTULO III: LA DILIGENCIA PRELIMINAR DEL ART. 256.1.6º LEC

1. Planteamiento de la cuestión.

El recurso a las diligencias preliminares está pensado para aquellos casos en que la información necesaria para preparar el proceso está en manos ajenas al futuro demandante, oponiéndose esas terceras personas a facilitársela²⁷⁰. No es objeto de este trabajo realizar un análisis completo sobre las diligencias preliminares, pero, en la materia que nos ocupa, se presenta de manera patente la justificación de la existencia de las mismas, y es que el art. 6.1.7º LEC exige al grupo de afectados, en lo referente al reconocimiento de capacidad para ser parte, que los individuos estén determinados o sean fácilmente determinables y que ese grupo esté constituido con la mayoría de afectados. De esta manera, el consumidor o usuario afectado por un hecho dañoso que quiera accionar con el conjunto de afectados tiene que averiguar dos cosas: 1º) si existen otros consumidores o usuarios afectados por el mismo hecho dañoso y, 2º) si esos afectados desean constituir un grupo para iniciar un proceso.

Como lo normal será que la información sobre la identidad y el número de consumidores o usuarios afectados por el hecho dañoso concreto no la pueda obtener el interesado por sí mismo, el art. 256.1.6º LEC contempla una diligencia preliminar específica dirigida a concretar los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables²⁷¹. Si el tribunal acuerda la práctica de esta diligencia preliminar (siempre que se den los presupuestos exigidos con carácter general para toda diligencia preliminar: necesidad, idoneidad, relevancia y caución²⁷²), el solicitante podrá conocer quiénes son los consumidores o usuarios afectados por el mismo hecho dañoso y podrá entonces intentar conformar un grupo de afectados con la mayoría.

Pero además, esta diligencia incide también en la legitimación, en tanto en cuanto sirve para

270 Según BANACLOCHE PALAO “las diligencias preliminares se instan para obtener información acerca de algún aspecto relevante para un posible proceso posterior, sin cuyo conocimiento dicho proceso podría configurarse de manera errónea o perjudicial para quien solicita tal información” (*Las diligencias preliminares*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 29).

271 Un ejemplo en que el interesado no podría obtener por sí mismo la identidad y el número de afectados, sería el supuesto de cancelación de un viaje combinado. Para ello, es necesario que la agencia de viajes facilite una lista de los sujetos que contrataron ese servicio.

272 Para un estudio más exhaustivo de los presupuestos de las diligencias preliminares vid. BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, *op. cit.*, pp. 44-59.

determinar si estamos ante un grupo cuyos componentes son fácilmente determinables o son indeterminados o de difícil determinación, lo que condiciona la legitimación del grupo de afectados (art. 11.2 LEC)²⁷³, que según hemos visto, sólo puede actuar en caso de derechos individuales conexos en que los consumidores estén determinados o sean fácilmente determinables²⁷⁴.

Decíamos anteriormente que lo normal es que los datos de otros afectados no pueda obtenerlos el interesado por sí mismo, pero ello no quiere decir que lo contrario sea imposible. Pensemos en un caso en que varios usuarios de una sala de cine resultan intoxicados por la comida o bebida que en ella se sirve y, uno de ellos actuara con prontitud y elaborara una lista con la identidad de todos los asistentes a esa sesión. Ello haría innecesario la diligencia preliminar del art. 256.1.6º LEC, pues todos los afectados ya estarían determinados. Este ejemplo nos sirve para poner de manifiesto que la diligencia de la que estamos hablando no es obligatoria en todo caso, es decir, su solicitud no es un presupuesto para que el grupo de afectados cumpla los requisitos exigidos por la LEC.

Asimismo, hay que tener en cuenta el trámite del art. 15.2 LEC, que exige al demandante o demandantes haber comunicado a todos los consumidores o usuarios afectados su propósito de presentar la demanda y, *a posteriori*, de oficio, el tribunal debe realizar un llamamiento al proceso ya iniciado a aquellos consumidores o usuarios afectados²⁷⁵. Con ello se garantiza que los afectados que no hayan querido conformar el grupo puedan intervenir en el proceso defendiendo sus derechos individualmente, así como la participación de los consumidores cuando el proceso es iniciado por una asociación o entidad legalmente constituida.

2. Sujetos.

2.1. Órgano judicial.

2.1.1. Las normas de competencia.

La LEC utiliza dos criterios para fijar la competencia de los tribunales, en orden a conocer de la solicitud de una diligencia preliminar, establecidos ambos en el art. 257.1 LEC. En el párrafo

273 Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 259.

274 Vid. *supra* epígrafe 3.3 del capítulo II.

275 Así, según GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, la existencia de esta diligencia “se muestra coherente con la obligación que, para estos procesos, pesa sobre el demandante o demandados de comunicar a todos los afectados la presentación de la demanda” (*Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1259). En relación con este tema v. *infra* capítulo IV.

primero se opta por una norma de competencia objetiva y territorial (“domicilio de la persona que, en su caso, hubiera de declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones que se acordaran para preparar el juicio”), mientras que en el segundo párrafo, el legislador cambia el criterio estableciendo una suerte de norma de competencia funcional. En lo que a nosotros nos interesa, resulta de aplicación ésta última, puesto que la diligencia preliminar del art. 256.1.6º LEC queda incluida expresamente en ese segundo párrafo: “en los casos de los números 6º, 7º, 8º y 9º del apartado 1 del artículo anterior, será competente el tribunal ante el que haya de presentarse la demanda determinada” (art. 257.1 LEC).

La regla especial del art. 257.1 LEC, segundo párrafo, obliga a realizar una doble operación para determinar el tribunal competente, ya que será “el tribunal ante el que haya de presentarse la demanda” (Juzgado de Primera Instancia o Juzgado de lo Mercantil dependiendo del caso concreto). A través de las normas de competencia objetiva y territorial²⁷⁶, ha de determinarse cuál es el tribunal competente para conocer de la demanda y, ya de manera automática, quedaría fijado el tribunal competente para conocer de la solicitud de diligencia preliminar de concreción de los consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso.

Existe discusión doctrinal acerca del tratamiento diferenciado dispensado por el art. 257 LEC sobre la competencia para conocer de la solicitud de una diligencia preliminar de concreción de consumidores afectados²⁷⁷. Hay posturas que entienden injustificado dicho tratamiento, pues de lo que se trata es de facilitar la realización de la diligencia y obtener la información necesaria para el proceso que se pretende preparar, y la mejor vía para ello es atribuir la competencia al tribunal más cercano al sujeto requerido (como efectivamente hace la LEC en el primer párrafo del precepto mencionado)²⁷⁸. Además de esto, podría producirse la paradoja de tener que recurrir al auxilio

276 Estas normas están contenidas en los arts. 45 LEC y 85.1, 86 ter LOPJ (competencia objetiva) y arts. 50, 51, 52 y 54 LEC (competencia territorial). Hay que destacar que en la redacción originaria de la LEC se hacía referencia a los Juzgados de Primera Instancia como únicos competentes para conocer de las diligencias preliminares, como por otra parte no podía ser de otra manera, puesto que no existían los Juzgados de lo Mercantil. Hasta pasados unos años desde la creación de éstos, no se produjo la modificación del art. 257 (mediante la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios), que recoge expresamente la competencia de dichos juzgados. Un estudio monográfico sobre aspectos competenciales en la materia, lo podemos encontrar en HERRERO PEREZAGUA, *Jurisdicción y competencia en materia de consumidores*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007. El autor realiza un análisis completo, abarcando competencia internacional, nacional y arbitraje.

277 Al respecto, entre otros, BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, *op. cit.*, pp. 110-113; GONZÁLEZ CANO, *El interés colectivo...*, *op. cit.*, p. 107; BARONA VILAR, *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 160; GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 1264-1268; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 482.

278 En contra de un tratamiento diferenciado, BANACLOCHE PALAO, quien entiende que se evitaría toda esta

judicial, cuando de la aplicación de la norma de competencia funcional resulte competente un tribunal donde no tenga el domicilio la persona requerida para cualquier actuación relacionada con la diligencia preliminar²⁷⁹.

Dicho esto, entendemos más acertada la postura que entiende justificada esa diferenciación en la norma competencial. Primero, porque existe la posibilidad de que haya varios sujetos requeridos, y la regla general del art. 257.1 LEC podría conducirnos a que fueran varios los tribunales competentes con el consiguiente problema de indeterminación. Segundo, porque el art. 256.1.6º LEC concede al tribunal un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a las medidas a adoptar para concretar a los consumidores afectados. Si esa discrecionalidad no se da en el resto de diligencias, ello podría justificar, de alguna manera, la coincidencia del tribunal que acuerda y practica la diligencia, con el tribunal que conoce posteriormente del proceso principal²⁸⁰.

2.1.2. Tratamiento procesal.

Por lo que se refiere al tratamiento procesal de la falta de competencia del tribunal, en las diligencias preliminares no se admite la declinatoria. En este sentido, el inciso primero del art. 257.2 LEC, se muestra rotundo: “No se admitirá declinatoria en las diligencias preliminares”. Ello quiere decir que no es posible denunciar a instancia de parte la falta de competencia del tribunal. El motivo de que el legislador haya prohibido la denuncia a instancia de parte se debe a que estamos ante un incidente previo a un proceso que se pretende iniciar y, suprimiendo la posibilidad de declinatoria, se evita que se planteen cuestiones de competencia en este momento, que conllevarían no sólo que se difiera en el tiempo el incidente de diligencias preliminares, sino también el propio proceso posterior.

Será el Juez quien comprobará de oficio su competencia (de cualquier tipo, objetiva y territorial,

problemática si se acudiera a la aplicación analógica de la regla general del art. 53.2 LEC (*Las diligencias...*, *op. cit.*, pp. 110-113).

279 Para aclarar este argumento, imaginemos un caso en que el tribunal competente para conocer de la diligencia preliminar ha quedado determinado como consecuencia de la aplicación del fuero del domicilio del demandado. Supongamos que ese tribunal esté situado en Galicia. El sujeto requerido por la diligencia (que no tiene por qué ser el futuro demandado) puede tener su domicilio en Canarias. En ese caso, el tribunal competente es el tribunal de Galicia, pero en orden a la distancia y a las dificultades de desplazamiento, lo lógico sería que ese tribunal recurriera al auxilio judicial del tribunal de Canarias. El apoyo legal de tal razonamiento lo encontramos en el art. 169.4 LEC, segundo párrafo (sobre auxilio judicial).

280 En semejantes términos, BARONA VILAR, *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 160, y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 482. Esta postura también encuentra acogida en alguna resolución judicial, como el Auto de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Andalucía (Sección 1ª), núm. 19/2007 (F.J. 1º).

y cabe entender que también la jurisdicción). Continúa el art. 257.2 LEC: “el Juez al que se soliciten revisará de oficio su competencia y si entendiéndose que no le corresponde conocer de la solicitud, se abstendrá de conocer indicando al solicitante el Juzgado de Primera Instancia al que debe acudir”²⁸¹. Al respecto hay que realizar una serie de precisiones:

a) Si el tribunal entiende que es competente, continuará con los trámites previstos en el art. 258 y ss. LEC.

b) Si entiende que no es competente, deberá abstenerse de conocer. En este caso, y dado que el art. 257.2 LEC no dice nada al respecto, deben aplicarse las reglas generales previstas en los arts. 38, 48.3 y 58 LEC (para falta de jurisdicción, competencia objetiva y territorial imperativa, respectivamente), que básicamente disponen que debe darse audiencia al Ministerio Fiscal y a las partes antes de resolver²⁸². Además de esa audiencia, el precepto exige al Juez que indique el tribunal que crea es competente, debiendo el interesado acudir ante él con una nueva solicitud de la diligencia preliminar.

c) Puede suceder que ese segundo tribunal entienda que tampoco es competente para conocer de la diligencia preliminar, planteándose entonces un conflicto negativo de competencia. En ese caso, la resolución del conflicto se encomienda al tribunal inmediato superior común, de acuerdo con lo previsto en el art. 60 LEC.

2.1.3. Imperatividad o no del art. 257.1.II LEC.

Una última cuestión que nos podemos plantear en relación con este tema, es si la norma del segundo párrafo del art. 257 LEC, es imperativa o por el contrario tiene carácter dispositivo. La LEC no se pronuncia de forma expresa en dicho precepto y tampoco pueden ser considerada imperativa según el art. 54.1 LEC²⁸³.

281 Parece que el legislador ha olvidado introducir aquí la figura de los Juzgados de lo Mercantil, de la misma manera que se introdujo en el apartado uno del mismo artículo (al respecto véase la nota a pie de página nº 276). Sin duda, el tribunal puede indicar al solicitante que resulta competente un Juzgado de lo Mercantil.

282 Aquí puede plantearse la cuestión acerca de qué se entiende por “parte” a los efectos de que sean citadas para esa audiencia. Es indudable que el solicitante de la diligencia preliminar debe ser oído. En cambio, entendemos que no debe dársele audiencia al sujeto requerido. En primer lugar, por aplicación extensiva del art. 58 LEC, que dice que se dará audiencia sólo a las “partes personadas”. Y segundo, más importante aún, porque las diligencias preliminares se adoptan *inaudita altera parte*, sin perjuicio del trámite de oposición posterior, para evitar que el requerido tenga conocimiento de las actuaciones y pueda frustrar la efectividad de la diligencia preliminar.

283 Son imperativas, según el art. 54.1 LEC, las reglas establecidas en los números 1º y 4º a 15º del apartado 1 y el apartado 2 del art. 52 LEC, y aquellas que la LEC u otra norma les atribuya expresamente carácter imperativo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el art. 54.2 LEC prohíbe la sumisión expresa en los contratos celebrados con consumidores o usuarios, y que no es admisible la declinatoria en las diligencias preliminares (con lo cual el requerido no puede en ningún caso someterse de manera tácita *ex art. 56 LEC*), unido todo ello al deber del tribunal ante el que se presenta una solicitud de diligencia preliminar de controlar de oficio su competencia (previsión que responde a la indisponibilidad típica de las normas de competencia objetiva y de competencia territorial cuando ésta es imperativa), nos puede llevar a la conclusión de que la norma del art. 257 LEC recoge un fuero de competencia imperativo.

Sin embargo, la competencia del “tribunal ante el que haya de presentarse la demanda determinada” parece que puede venir atribuida por normas de competencia territorial de carácter dispositivo, sustituible por la voluntad, en este caso, del solicitante de la diligencia preliminar²⁸⁴. No será así cuando la Ley expresamente establezca un fuero de competencia territorial imperativo para la presentación de la demanda (casos, por ejemplo, del art. 52.1.12ª y 14ª, o 52.2, en relación con el art. 54.1 ambos de la LEC).

Este planteamiento nos lleva a preguntarnos qué sucede cuando estamos ante un caso en que la competencia para conocer de la demanda posterior viene atribuida por normas dispositivas y, haciendo uso de la facultad recogida en la LEC, el solicitante opta por un fuero distinto al que correspondería legalmente. O dicho de otro modo, qué sucede cuando la competencia del tribunal que debe conocer de la demanda posterior es alterada por voluntad del solicitante. El tribunal, ante tal dilema, puede optar por dos posibilidades: abstenerse por no ser competente, o declararse competente. Como afirma GARCÍANDÍA GONZÁLEZ: “En efecto, si el tribunal se abstiene de conocer -por entender que tan sólo el Juez a quien una regla legal atribuye el conocimiento de la demanda es el competente para acordar esta diligencia- se estaría negando al futuro demandante, no sólo la facultad de elegir dónde solicitar la medida preparatoria, sino también -por efecto de la sumisión tácita al lugar en el que pide la diligencia (art. 56.1ª LEC)²⁸⁵- la facultad de elegir dónde

284 A favor, GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 1266-1268; HERRERO PEREZAGUA, *op. cit.*, p. 175. En contra, BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, *op. cit.*, pp. 114-115.

285 Algunos autores sostienen que se produce un caso de sumisión tácita por parte del solicitante de la diligencia preliminar *ex art. 56.1º LEC* con respecto al eventual proceso que pueda iniciarse *a posteriori*. En ese sentido, BANACLOCHE PALAO (*Las diligencias...*, *op. cit.*, p. 109), GARCÍANDÍA GONZÁLEZ (*Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1268) y GONZÁLEZ CANO (*La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 129-131). En ningún caso podría entenderse sometido tácitamente al requerido. Sólo lo estará, según el art. 56.2 LEC, cuando, presentada la demanda, realice cualquier actuación que no sea proponer en tiempo y forma la declinatoria y, en el momento procesal del que estamos hablando, aún no existe demanda, ni tan siquiera la posibilidad de que el requerido pueda alegar la falta de competencia del tribunal por medio de declinatoria.

interpone la demanda²⁸⁶.

Debemos entender que lo más acertado es que el tribunal asuma la competencia y continúe con el procedimiento, porque de lo contrario se estaría vulnerando lo dispuesto en el art. 59 LEC, según el cual, cuando la competencia venga fijada en virtud de normas dispositivas, la falta de competencia territorial solamente podrá ser apreciada cuando se hubiera propuesto la declinatoria en tiempo y forma (cosa que no está permitido en las diligencias preliminares). Pero también resulta indudable que esta solución plantea a su vez otro problema, y es que el solicitante decidirá en muchos casos (no cuando las normas de competencia territorial sean imperativas) el tribunal ante el que solicitar la diligencia preliminar, resultando superflua la previsión del control de oficio de la competencia (art. 257 LEC). Toda esta problemática viene de lejos, ya que la diligencia preliminar específica de concreción de consumidores y usuarios fue introducida vía enmienda durante el trámite parlamentario de la LEC²⁸⁷, con lo que no se tuvo en cuenta en el texto definitivo la modificación que debía haberse realizado en el art. 257 LEC. Esta modificación, *lege ferenda*, podría consistir en impedir al solicitante acudir a un fuero distinto de los previstos legalmente cuando se pida alguna de las diligencias preliminares previstas en el párrafo segundo del art. 257.1 LEC, entre las que está la de concreción de consumidores o usuarios afectados.

2.2. Partes.

Una vez que sabemos qué tribunal es el competente para conocer de la solicitud de la diligencia preliminar, tenemos que analizar quiénes son los otros sujetos que intervienen en este incidente. Por un lado, quién inicia el procedimiento, y por otro, el sujeto frente a quien se solicita la diligencia preliminar. Los denominamos solicitante y requerido respectivamente, para evitar caer en incorrecciones terminológicas. No se puede hablar con propiedad de demandante o demandado porque aún no se ha iniciado un proceso en sentido estricto, ni tan siquiera de futuro demandante o futuro demandado, porque puede que no coincidan las partes intervinientes en la diligencia preliminar con las que acaben siéndolo efectivamente en el proceso. En este último caso, pensemos en el consumidor afectado que solicita la diligencia, pero quien actúa finalmente como demandante en el proceso posterior es el grupo de afectados ya conformado²⁸⁸.

286 Vid. GARCIANDÍA GONZÁLEZ, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1266. En términos muy similares a los del anterior autor, HERRERO PEREZAGUA, *op. cit.*, p. 151.

287 Vid. GONZÁLEZ CANO, *El interés colectivo...*, *op. cit.*, p. 106 y GARCIANDÍA GONZÁLEZ, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1266.

288 Otro supuesto ilustrativo nos lo aporta GARCIANDÍA GONZÁLEZ, quien afirma que “conviene tener en cuenta

2.2.1. Solicitante.

El art. 256.1.6º LEC señala que está legitimado para solicitar la diligencia preliminar “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”. El problema estriba en determinar quiénes pueden iniciar ese proceso y valerse de la diligencia preliminar de concreción de consumidores o usuarios afectados;

1º) Los consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso pueden, a título individual -lo que no quiere decir que sea para tutelar intereses individuales- solicitar la diligencia para conocer el número y la identidad del resto de afectados, y así poder constituir el grupo. El consumidor sólo debe acreditar ante el tribunal su condición de afectado por el hecho dañoso, no pudiendo exigírsele en este momento que acredite que la actuación la realiza en nombre del grupo, de hecho o en virtud de pactos (art. 7.7 LEC). Resulta obvio si tenemos en cuenta que de lo que se trata es de determinar al resto de consumidores afectados²⁸⁹.

2º) La posibilidad de que el resto de sujetos legitimados para actuar en defensa de intereses colectivos pueda solicitar esta diligencia plantea más problemas²⁹⁰. Del tenor literal del art. 256.1.6º LEC podría concluirse que el legislador sólo previó esta diligencia para que los grupos de afectados pudieran cumplir los presupuestos exigidos en la propia Ley, entablando correctamente la relación jurídico-procesal²⁹¹. Sin embargo, nosotros creemos que este precepto requiere una interpretación

que el destinatario de las diligencias preliminares no siempre ha de coincidir con el futuro demandado, y así, esto ocurrirá con cierta frecuencia, por ejemplo, en los casos en que un consumidor solicite la diligencia para determinar a los integrantes de un grupo de afectados, y lo haga frente al suministrador que hubo intervenido en la venta directa, y no frente al fabricante, que es a quien pretende demandar en el posterior proceso” (*Comentarios..., op. cit.*, p. 1268).

289 Por el contrario, GONZÁLEZ CANO entiende que el solicitante sólo puede ser “el representante del grupo, es decir, el que actúe en su nombre frente a terceros”. Y sigue: “Probablemente, y dado que la propia solicitud de diligencia pretende la concreción de los miembros del grupo, resulte que dicha representación no esté otorgada, ni expresa ni tácitamente [...], y que el solicitante no pueda acreditar esa condición o incluso la pierda después” (*La tutela..., op. cit.*, p. 131). No podemos compartir como regla general lo que en la práctica será una excepción. Lo habitual será que no exista un mínimo de afectados determinado para poder hablar de grupo, y mucho menos de representación del mismo. Sin embargo, podría darse el caso de que, ante un determinado hecho dañoso, exista un alto porcentaje de afectados ya determinados, y que hayan decidido otorgar a alguno de ellos la representación del grupo (de forma expresa o tácita). Pero aun así, ni siquiera podríamos decir que se le exige a ese representante la acreditación de tal condición, a diferencia de lo que defiende la autora citada.

290 El art. 11.2 LEC otorga legitimación para la tutela de intereses colectivos, además del grupo de afectados, a las asociaciones de consumidores y usuarios, y a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la protección de éstos. El art. 11.4 LEC también reconoce legitimación al Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas conforme a la normativa europea para el ejercicio de la acción de cesación, pero no creemos que puedan ser solicitantes de la diligencia preliminar, como se explicará más adelante.

291 Ésta es la idea que defiende BARONA VILAR, al entender que “no se trata, sin embargo, de solicitar esta diligencia preliminar en cualquier supuesto en que se pretenda la tutela de los intereses de consumidores, sino tan

más amplia, dando cabida al resto de sujetos legitimados *ex art. 11.2 LEC* para la tutela de lo que denominados derechos individuales conexos, no restringiéndolo sólo a los casos en que un grupo de afectados pretenda demandar, y ello por los siguientes motivos:

i) A pesar de que el art. 256.1.6º LEC haga referencia a “grupo de afectados”, hay que entender *grupo de afectados* en sentido amplio, puesto que, aunque quien actúe sea otro de los sujetos legitimados (p. ej. una asociación de consumidores), sigue habiendo un grupo de afectados cuya tutela se pretende.

ii) Si el art. 221.1.1ª LEC establece que la sentencia determinará individualmente los consumidores y usuarios que hayan de entenderse beneficiados por la condena, parece lógico, de acuerdo con el principio de economía procesal, que una asociación de consumidores pueda determinar al inicio del proceso quienes son los sujetos que pueden ser identificados como beneficiarios por la sentencia.

iii) No hay que olvidar que el art. 15.2 LEC obliga al demandante a comunicar previamente su propósito de presentar la demanda a todos los interesados, cuando éstos estén determinados o sean fácilmente determinables. No sólo debe cumplir lo preceptuado el grupo de afectados que pretende demandar, sino también el resto de sujetos a los que la ley reconoce legitimación *ex art. 11.2 LEC*, y el mecanismo mediante el cual las asociaciones de consumidores o las entidades legalmente constituidas pueden conocer quiénes son los interesados y proceder a comunicar su propósito de presentar la demanda, es la diligencia preliminar del art. 256.1.6º LEC.

En definitiva, la diligencia del art. 256.1.6º LEC permite concretar a los consumidores y usuarios afectados por un hecho dañoso, tanto cuando quien vaya a iniciar el proceso sea un grupo de afectados (para cumplir el presupuesto de capacidad para ser parte del art. 6.1.7º LEC), como en aquellos casos en que la demanda se pretende presentar por el resto de sujetos legitimados (para cumplir el requisito del art. 15.2 LEC)²⁹².

solo cuando se trata de conformar la capacidad del grupo de consumidores o usuarios afectados [...] para dar cumplimiento a los requisitos de capacidad que se configuran en el artículo 6.1.7º LEC” (*Tutela...*, *op. cit.*, p. 148).

292 En este sentido, ÁLVAREZ ALARCÓN entiende que “la diligencia sirve también para dar cumplimiento a lo preceptuado en el art. 15.2 LEC [...] La relación de afectados será difícil de obtener en muchas ocasiones sin la oportuna intervención judicial, que es lo que se persigue por esta diligencia” (*Derecho procesal civil*, T. I, Ed. Tórculo, Santiago de Compostela, 2007, p. 166).

2.2.1'. Un caso controvertido: el Ministerio Fiscal como solicitante.

Hemos concluido que puede hacer uso de esta diligencia tanto el afectado individual, para concretar el grupo de afectados, como las asociaciones de consumidores y entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de los derechos de los consumidores, para cumplir el requisito de comunicación previa de la demanda a todos los afectados.

En este punto nos cuestionamos si existe la posibilidad de que el Ministerio Fiscal actúe como solicitante de esta diligencia, cuestión que, al parecer, no está del todo clara. La Circular 2/2010²⁹³, de la Fiscalía General del Estado, entiende que “no existe inconveniente legal para que el Fiscal, cuando esté legitimado para el ejercicio de la acción, solicite la incoación del procedimiento de diligencias preliminares [...] pudiendo ser éste un cauce útil para preparar el juicio mediante la recopilación y el estudio del material probatorio necesario para presentar la demanda posterior”. Sin embargo, la Circular no ofrece argumentos que sostengan tal postura, simplemente se limita a apuntar tal posibilidad.

¿Cabe realizar una interpretación extensiva en el sentido que defiende el Ministerio Fiscal? Para ello debemos analizar el art. 256.1.6º LEC, en relación con las facultades de actuación del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos. ¿Qué procesos puede iniciar el Ministerio Fiscal en esta materia? Partiendo del art. 11.4 LEC, el Ministerio Fiscal (y las entidades habilitadas del art. 6.1.8º LEC) está legitimado en exclusiva para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores o usuarios. Pero también se prevé que pueda intervenir en procesos iniciados por asociaciones de consumidores o grupos de afectados, cuando el interés social lo justifique (art. 15.1.II LEC).

El art. 256.1.6º LEC está pensado para procesos en que se ejercitan acciones resarcitorias. Esta idea la extraemos realizando una interpretación sistemática del citado precepto, junto a los arts. 11.2 y 15.2 LEC (con los que está íntimamente vinculado), que hacen referencia al “hecho dañoso” frente al cual se pretende la tutela de los derechos individuales conexos. Queda claro, por lo antes expuesto, que el Ministerio Fiscal no puede iniciar un proceso de estas características, sino, a lo sumo, intervenir en uno ya iniciado. Por tanto, no se cumple la previsión del art. 256.1.6º LEC en cuanto a la legitimación exigida.

²⁹³ Circular 2/2010, de la Fiscalía General del Estado, de 19 de noviembre, acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios, p. 20.

Otro de los criterios que nos permitiría sostener la legitimación del Ministerio Fiscal para solicitar la diligencia, basado en la obligación de comunicar previamente a todos los afectados el propósito de presentar la demanda, tampoco se cumple (el art. 15.4 LEC es claro en ese sentido). Por ello, no se entiende a qué se refiere en concreto la Circular 2/2010, de 19 de noviembre, cuando afirma que la diligencia del art. 256.1.6º LEC puede ser útil para obtener una información *necesaria*. No puede ser necesaria porque no responde a ninguna de las finalidades para las que se prevé la diligencia.

De todo lo expuesto, creemos acertado sostener que, en tanto no se modifique la legitimación actual otorgada por el art. 11.4 LEC, el Ministerio Fiscal -y por extensión las entidades habilitadas a las que se refiere el art. 6.1.8º LEC- carece de legitimación para solicitar la diligencia de concreción de afectados.

2.2.2. Requerido.

Tampoco dice el art. 256.1.6º LEC quién debe ser el sujeto requerido en este tipo de diligencias. Sólo menciona que “el tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo [...] incluyendo el requerimiento al *demandado* (sic) para que colabore en dicha determinación”.

Podemos pensar en un principio que el requerido será el futuro demandado, pero ya sabemos que no siempre coincide la figura del requerido con el futuro demandado. Por tanto el requerimiento al *demandado* (futuro demandado) no parece preceptivo en todo caso, pudiendo ser el requerido un sujeto distinto que tenga en su poder la información necesaria para determinar los consumidores o usuarios afectados²⁹⁴.

Incluso podría suceder que a raíz de las actuaciones, el tribunal entendiera que otro sujeto está en mejor posición que el requerido para facilitar los datos, pudiendo ordenarle judicialmente su colaboración. Este argumento encuentra su apoyo en el art. 261.5ª LEC, del que se puede colegir que puede ser citada y requerida “cualquier otra persona que pudiera colaborar en la determinación de los integrantes del grupo” distinta de la inicialmente requerida.

²⁹⁴ Vid. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1261; GONZÁLEZ CANO, *El interés colectivo...*, *op. cit.*, p. 114.

3. Cuestiones procedimentales.

3.1. Inicio.

El procedimiento de diligencias preliminares se inicia mediante una *solicitud* (art. 256.2 LEC), por lo que sólo cabe que se inicie a instancia de parte. La Ley no lo dice de forma expresa pero esa solicitud debe realizarse en forma escrita, porque el art. 258.1 LEC establece que se resolverá “en los cinco días siguientes a su presentación”, lo que necesariamente requiere una presentación escrita²⁹⁵.

En cuanto al contenido de la solicitud, vamos a analizarlo siguiendo los elementos tradicionales que conforman el objeto de los procesos civiles: sujetos, causa de pedir y *petitum*. La solicitud debe identificar con claridad al solicitante y al requerido de la forma más completa posible. Debemos recordar aquí que no siempre coincidirá el requerido con el que pueda ser futuro demandado. Junto a los sujetos debe expresarse la causa de pedir, es decir, los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la solicitud. A ello se refiere expresamente el art. 256.2 LEC: “En la solicitud de diligencias preliminares se expresarán sus fundamentos, con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiera preparar”, e indirectamente el art. 256.1.6º LEC cuando dice que “el tribunal adoptará las medidas [...] conforme a los datos suministrados por el solicitante”²⁹⁶. Por tanto, es el solicitante quien debe alegar los hechos y además justificar que se cumplen todos los presupuestos procesales y materiales para que el tribunal conceda la diligencia²⁹⁷. A modo de síntesis, los presupuestos procesales se entenderán cumplidos si el tribunal resulta competente y las partes tienen capacidad para con la diligencia solicitada, mientras que los materiales consistirán en que la diligencia sea adecuada a la finalidad perseguida y que concurra justa causa e interés legítimo (en definitiva, que resulte justificada); además de ofrecer caución para responder tanto de los gastos

295 Vid. BANACLOCHE PALAO, *Las diligencias...*, *op. cit.*, pp. 149-150.

296 Según BANACLOCHE PALAO, “esto supone que lo primero que hay que exponer son los hechos que conducen a solicitar la diligencia preliminar [...] Una vez expuestos los hechos que explican por qué se acude al tribunal a pedir la realización de la diligencia preliminar, hay que justificar a continuación en el escrito de solicitud que se cumplen los presupuestos y requisitos exigidos por la ley para poder conceder dicha diligencia” (*Las diligencias...*, *op. cit.*, pp. 149-150).

297 No es infrecuente encontrar en la jurisprudencia casos en que el tribunal inadmite de oficio la solicitud debido a que el solicitante no ha realizado una argumentación suficiente de sus fundamentos. Por todas, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª), núm. 78/2010, de 21 de mayo: “De todo ello se infiere que en el momento actual la asociación de usuarios carece de una idea mínimamente estructurada en relación con el contenido del litigio que podría llegar a emprender al no disponer de una adecuada información en torno a los datos de hecho que habrían de dar forma a las virtuales acciones [...] Insuficiencias las descritas que, en definitiva, han impedido a la asociación de usuarios cumplimentar adecuadamente el requisito legal ya aludido y que consiste en proporcionar al juzgado una referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiera preparar” (F.J. 1º).

que ocasione la práctica de la diligencia al requerido, como de los daños y perjuicios que se le pudieran causar (art. 258.1 LEC en relación con el art. 256.3 LEC).

A nuestro juicio, la caución merece un comentario más extenso. En primer lugar, en caso de que la diligencia tenga como finalidad conformar un grupo de afectados, la persona encargada de prestarla será el consumidor o usuario afectado que pretenda formar el grupo (ya que éste no estará todavía constituido). Esto plantea a su vez dos problemas de diferente entidad: a) cómo revierte la caución prestada por el afectado al grupo, lo que necesariamente se resolverá en la relación interna entre el consumidor que la presta y el grupo (si éste definitivamente se llegara a formar) y, b) la exigencia de caución al afectado individual puede suponer un óbice para la efectiva conformación del grupo de afectados, porque aquél no se arriesgará a prestar caución sin saber los resultados que deparará la realización de la diligencia²⁹⁸. En segundo lugar, merece destacar la previsión del art. 262.2 LEC en relación con el art. 256.3 LEC, por la cual, si una vez aplicada la caución quedare remanente, éste se le devolverá al solicitante transcurrido un mes desde la realización de la diligencia, salvo que no se presentare la demanda en dicho plazo, *sin justificación suficiente* a juicio del tribunal. Este último inciso del art. 256.3 LEC nos permite afirmar que la no presentación de la demanda no tiene necesariamente por qué conllevar la pérdida del remanente de la caución, pues el resultado de la diligencia puede ser infructuoso (no lográndose determinar a los consumidores o usuarios afectados) o que el solicitante no logre constituir el grupo con la mayoría de afectados. En esos casos, el tribunal debe entender que concurre justificación suficiente para no interponer la demanda, devolviendo el remanente de la caución al solicitante²⁹⁹.

Por último, la solicitud debe contener lo que se pide al tribunal (el *petitum*), que en nuestro caso será la realización de la diligencia preliminar prevista en el art. 256.1.6º LEC. Con ello no queremos decir que el solicitante deba establecer en la solicitud la concreta medida que tenga que realizarse³⁰⁰,

298 Como afirma DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, la incertidumbre sobre el resultado de la diligencia “redunda en que, pese a que el legislador pretende facilitar la legitimación de los grupos, las complicaciones a la hora de ponerla en práctica se suceden”, el particular afectado no se arriesgará a prestarla sin saber a ciencia cierta los resultados que se obtendrán (*La tutela jurisdiccional civil de los intereses de consumidores y usuarios*, Ed. Edisofer, Madrid, 2005, p. 105).

299 De igual opinión, BARONA VILAR, *Tutela...*, *op. cit.*, p. 167 y GONZÁLEZ CANO, *El interés colectivo...*, *op. cit.*, p. 111.

300 Aunque es perfectamente posible, y en la práctica así sucede, que el solicitante indique la medida en concreto que quiere que se lleve a cabo. Si el tribunal considera que cumple todos los presupuestos puede acordar la misma medida que pidió el solicitante, pudiendo incluir aclaraciones que no supongan una modificación sustancial del objeto procesal, para evitar incurrir en incongruencia *extra petitum* (STC, núm. 96/2012, de 7 de mayo, F.J. 5º), u otras que “aunque no sean exactamente las solicitadas, sean homogéneas o similares” (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 480). Por otra parte, estamos de acuerdo con la precisión realizada por BARONA VILAR en cuanto a que la diligencia de concreción de afectados aminora la exigencia general de establecer por el solicitante cómo y dónde debe realizarse la diligencia, ya que el propio artículo 256.1.6º establece que “a tal efecto el tribunal

sino indicar la diligencia positiva que solicita de entre las previstas en el art. 256.1 LEC.

3.2. Resolución del tribunal.

Una vez presentada la solicitud y recibida por el tribunal, lo primero que debe hacer éste es comprobar que se cumplen los presupuestos procesales, empezando por controlar de oficio su competencia, de acuerdo con el mandato del art. 257.2 LEC, y siguiendo por la capacidad de las partes. A continuación, ya puede entrar a valorar si concurren o no los presupuestos materiales, o lo que es lo mismo, entrar en el fondo de la solicitud. Para ello, debe tener en cuenta:

1º) La necesidad de la diligencia, en el sentido de que el solicitante no puede por sí mismo concretar al conjunto de afectados por el hecho dañoso³⁰¹.

2º) Su relevancia, en la medida en que sin ella no se configuraría correctamente el proceso posterior, dejando sin efecto la capacidad para ser parte del grupo de afectados o, en el caso de una asociación de consumidores o entidad legalmente constituida, impidiendo cumplir el trámite del art. 15.2 LEC.

3º) Que la diligencia es idónea para el fin pretendido y la menos lesiva para los intereses del requerido (sin perjuicio de que el tribunal pueda acordar una medida menos lesiva cuando sea procedente).

4º) El ofrecimiento de caución para responder de los gastos que conlleve la diligencia para el requerido, así como de los daños y perjuicios.

5º) Que la diligencia que se solicita encaja en la prevista por el art. 256.1.6º LEC.

El tribunal dictará auto en el que resolverá todas las cuestiones, sin oír al sujeto frente al que se ha solicitado la diligencia. Si el tribunal acuerda la realización de la diligencia, el auto debe contener una explicación razonada de los motivos por los que se acuerda³⁰², las medidas en concreto

adoptará las medidas oportunas [...] conforme a los datos facilitados por el solicitante” (*Tutela...*, *op. cit.*, p. 162).

301 En el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), núm. 112/2004, de 23 de abril, se discute la necesidad o no de una diligencia de concreción de consumidores afectados, habiéndose dejado sin efecto la acordada tras el trámite de oposición, por entenderse que las medidas “no resultan adecuadas ni concurre justa causa en tanto la demandante pudo obtener los datos que pide por otros medios”. La AP Madrid refleja la “imposibilidad o dificultad grave cuando menos para el demandante potencial de obtener los datos que solicita” como motivo para estimar el recurso.

302 En caso de que la diligencia acordada pueda entrar en conflicto con algún derecho fundamental, el auto debe contener una motivación reforzada. Así se entiende en la STC (Sala Primera), núm. 96/2012, de 7 de mayo, a la luz de una solicitud de diligencia preliminar del art. 256.1.6º LEC instada por una asociación de usuarios frente a una entidad bancaria, por la que se solicitaban los datos personales de aquellos clientes que hubieran suscrito determinados productos financieros. Entiende el TC que “una solicitud de diligencia preliminar consistente en

que deben practicarse (que quedan a discreción del tribunal en virtud del propio art. 256.1.6º LEC), la cuantía de la caución y las razones que han llevado a fijar esa concreta cantidad (art. 258.1 LEC), la carga que pesa sobre el solicitante de prestar esa cantidad en tres días desde la notificación del auto (art. 258.3 LEC), y el apercibimiento al requerido de que en caso de no atender el requerimiento o no de no formular oposición, se pueden adoptar las medidas que sean necesarias (art. 261.5ª LEC).

3.3. Oposición del requerido.

La LEC prevé en su art. 260 un incidente por el que el requerido puede oponerse a la realización de la diligencia una vez acordada. Debemos distinguir desde este momento el trámite de oposición, que tiene como finalidad denunciar la inexistencia de alguno de los presupuestos (procesales o materiales) que habilitan la concesión de la diligencia, de la mera negativa por el requerido a llevar a cabo la diligencia acordada.

El procedimiento del trámite de oposición es sencillo. En los cinco días siguientes a aquel en que el requerido reciba la notificación de la diligencia acordada, podrá poner de manifiesto su oposición y, en ese caso, se citará a las partes a una vista que seguirá los trámites del juicio verbal. En esa vista se realizarán las alegaciones de una y otra parte (acompañando pruebas, en su caso) y, finalmente, el tribunal resolverá, estimando o desestimando la oposición; si se desestima, la diligencia podrá practicarse, si se estima, la diligencia acordada quedará sin efecto.

De entre los motivos que pueden alegarse en la oposición, hemos dicho ya que pueden ser tanto procesales como materiales. Lo habitual en la práctica es que la oposición esté fundada en motivos materiales o de fondo, entre los que están la falta de legitimación pasiva, que la diligencia solicitada no sea idónea, necesaria o relevante, o simplemente que existan medidas menos gravosas para los intereses del requerido. Respecto de los motivos de oposición procesales, debemos plantearnos si es posible en este momento poner de manifiesto la falta de jurisdicción o competencia del tribunal, habida cuenta de que el art. 257.2 LEC obliga al tribunal a realizar un control de oficio de su

requerir a una entidad bancaria la entrega de datos personales de sus clientes, sin el previo consentimiento de éstos, para su posterior entrega a una asociación de consumidores que pretende iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, implica un claro límite en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, y en consecuencia, no es suficiente la existencia de una genérica habilitación legal, sino que dicha medida ha de adoptarse mediante resolución especialmente motivada, exteriorizando los elementos de juicio en los que se basa la resolución, de forma que las razones fácticas y jurídicas queden perfectamente expuestas, y además debe someterse a un estricto juicio de proporcionalidad” (F.J. 11º)

competencia, a la vez que prohíbe la posibilidad de impugnarla mediante declinatoria.

Parece que la doctrina se inclina por entender que en el trámite de oposición, el requerido puede plantear la falta de jurisdicción y competencia objetiva del tribunal. Ello es así porque, tanto en uno como en otro caso, las actuaciones estarían afectadas de nulidad de pleno derecho o absoluta (art. 225.1º LEC), pudiendo plantearse este vicio en cualquier momento del procedimiento y siempre antes de que recaiga resolución (art. 227.2 LEC). Sin embargo, no está tan claro que pueda plantearse la falta de competencia territorial del órgano judicial. De acuerdo con la postura que hemos mantenido en cuanto a la competencia para conocer de una solicitud de diligencias preliminares de concreción de consumidores o usuarios afectados, “el tribunal ante el que se haya de presentar la demanda determinada” puede venir fijado por normas de competencia imperativas o dispositivas. En este último caso no es posible que el requerido plantee la falta de competencia territorial del tribunal, porque el art. 59 LEC es claro en ese sentido, al disponer que cuando la competencia territorial venga fijada por normas dispositivas, la falta de competencia sólo puede apreciarse mediante declinatoria (posibilidad que está vedada en las diligencias preliminares como ya hemos visto). En caso de que la competencia venga fijada por una norma imperativa, entendemos que tampoco es posible denunciarlo en el trámite de oposición, ya que esa falta no genera nulidad de pleno derecho, siendo el tribunal el encargado de apreciar su falta de competencia territorial en el momento de admisión de la solicitud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 257.2 LEC³⁰³.

En la práctica, y en relación con nuestra diligencia de concreción de consumidores afectados, los motivos que se alegan con más asiduidad en la oposición se basan, por un lado, en la falta de encaje de la diligencia solicitada con la prevista en el art. 256.1.6º LEC y, por otro, en la falta de fundamentación suficiente de la diligencia³⁰⁴.

El primero de estos motivos, la falta de encaje en la diligencia prevista en el art. 256.1.6º LEC, puede concretarse en la difícil determinación o indeterminabilidad de los afectados, dado que la diligencia del art. 256.1.6º LEC está prevista para cuando los afectados “no estando determinados,

303 Vid. BANACLOCHE PALAO (*Las diligencias...*, *op. cit.*, p. 180) y GARCIANDÍA GONZÁLEZ (*Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1265), entre otros autores, admiten sin reservas que se puede plantear la falta de jurisdicción y de competencia objetiva en el trámite de oposición. Pero estos autores difieren en cuanto a si es posible denunciar la falta de competencia territorial en este momento procesal, entendiéndolo el primero que no es posible, por los motivos que hemos referido, mientras el segundo mantiene una postura afirmativa siempre que la competencia venga determinada por normas imperativas.

304 Así se desprende de las resoluciones jurisdiccionales más recientes, todas ellas de Audiencias Provinciales, que pasamos a desglosar, por razones sistemáticas, en los siguientes párrafos.

sean fácilmente determinables”. Así, el AAP de Barcelona de 31-05-2011³⁰⁵:

“Resulta claro que no es suficiente que exista efectiva posibilidad de identificar a los consumidores del producto o servicio que ostenten aquella condición sino que es preciso que tal identificación pueda lograrse fácilmente [...] Incluso Vodafone no dispone de los datos de forma directa pues, dada la movilidad inherente al servicio de telefonía móvil, no han de coincidir necesariamente aquéllos con los clientes con domicilio de facturación en la zona en que se produjo la incidencia”.

Dentro de este misma causa de oposición encuentra acomodo también otra práctica cuya intencionalidad que podríamos tildar de fraudulenta. Sobre ello se pronuncia el AAP de Madrid de 08-07-2010³⁰⁶:

“La entidad apelante no pretende la colaboración de Citibank S.A. para la determinación de aquellas personas que contrataron el producto denominada Bono Semestre X 5 con capital 100%, para lo cual si cabría apreciar la existencia de justa causa e interés legítimo, sino que lo que pretende es que el banco requerido, a propia costa, transmita a sus clientes un texto preparado por la solicitante, en el que les informe de su intención de promover una demanda en relación al citado producto financiero, y se les invita a personarse e intervenir en el proceso a través de AUSBANC, con la advertencia de que para adherirse a la demanda deberán ponerse en contacto a través de un número de teléfono o una dirección de correo electrónico. En definitiva pretenda utilizar a la entidad requerida como transmisor de propaganda de la propia asociación y publicitar sus servicios”.

En cuanto al otro motivo de oposición, la falta de fundamentación suficiente, debemos apuntar que aparece en aquellos casos en que el solicitante enumera varias acciones que eventualmente podría ejercitar. El AAP de Madrid de 01-06-2010³⁰⁷ resuelve en el siguiente sentido:

“Asumimos la decisión de instancia de estimar que resulta insuficiente en el supuesto la inconcreta referencia a acciones de cesación, nulidad por abusivas, nulidad contractual y reclamación de daños y perjuicios, pues es sin duda exigible una mayor concreción sobre la pretensión y el objeto del proceso”.

3.4. Negativa a realizar la diligencia.

El requerido tiene que colaborar en la práctica de la diligencia acordada, teniendo siempre en

305 Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª), núm. 135/2011, de 31 de mayo (F.J. 5º). El mismo motivo lo podemos encontrar también en el Auto AP de Girona (Sección 1ª), núm. 11/2011, de 31 de enero (F.J. 2º).

306 Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª), núm. 212/2010, de 8 de julio (F.J. 4º).

307 Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª), núm. 125/2010, de 1 de junio (F.J. 4º). En parecidos términos, AAP de Madrid (Sección 28ª), núm. 13/2011, de 4 de febrero (F.J. 2º y 3º).

cuenta que puede oponerse en el plazo que hemos visto. Si se acuerda la diligencia y el requerido no se opone, o la oposición resulta desestimada, tiene la *obligación* de atender el requerimiento y cumplir la medida que se hubiera impuesto³⁰⁸.

En el caso de que el requerido se opusiera a la realización de la medida (p. ej. no entregando el listado de los pasajeros de un vuelo), el art. 261 LEC faculta al tribunal a adoptar una serie de medidas ejecutivas dirigidas a que se cumpla la diligencia, mediante resolución que adoptará la forma de auto³⁰⁹.

De entre las distintas medidas previstas, nos interesa destacar lo previsto en el art. 261.5ª LEC, correlato del art. 256.1.6º LEC. Como el art. 256.1.6º LEC no especifica las medidas que pueden adoptarse por el tribunal, el art. 261.5ª LEC tampoco establece de forma exacta todas las consecuencias que puede conllevar la negativa a llevarla a cabo: “Tratándose de las diligencias previstas en el artículo 256.1.6º, ante la negativa del requerido o de cualquier otra persona que pudiera colaborar en la determinación de los integrantes del grupo, el tribunal ordenará que se acuerden las medidas de intervención necesarias, incluida la de entrada y registro, para encontrar los documentos o datos precisos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiera incurrir por desobediencia a la autoridad judicial”.

Podemos extraer tres posibles consecuencias en caso de que el requerido (“o cualquier otra persona que pudiera colaborar” dice el precepto -un tercero-, que de cualquier manera también debe ser requerido para que pueda colaborar) se niegue a llevar a cabo la diligencia:

a) De forma genérica, sin precisar cuáles son, el artículo dice que pueden adoptarse las *medidas de intervención necesarias*. Esto implica que el tribunal no sólo va a poder emitir un nuevo requerimiento para que el requerido entregue los datos necesarios, sino que también podría acudir a entidades públicas para recabarlos o a la publicidad a través de Internet.

308 Compartimos la opinión de BANACLOCHE PALAO en que “estamos ante una obligación procesal, y no simplemente ante una carga, porque la ley prevé sanciones específicas contra el sujeto que se niega a colaborar en la realización de la diligencia” (*Las diligencias...*, *op. cit.*, p. 192).

309 En la redacción original de la LEC, la resolución prevista para estas medidas ejecutivas era la providencia. Nos parece más acertada la nueva regulación (introducida por la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios), no sólo porque el auto debe estar motivado en todo caso (a diferencia de la providencia, v. art. 208 LEC), sino también porque responde mejor a lo previsto en el nuevo texto, del que se desprende que las medidas ejecutivas no se adoptan de forma automática, debiendo el tribunal realizar una ponderación de los intereses en juego y acordarlas “cuando resulte proporcionado” (art. 261 LEC).

b) De forma específica, se prevé la entrada y registro en los lugares en los que el tribunal tenga indicios de que se encuentran los documentos o datos necesarios para la identificación de los afectados. Esta previsión fue objeto en su momento muchas críticas, tanto doctrinales como jurisprudenciales, derivadas de su posible inconstitucionalidad³¹⁰. Fundamentalmente el debate se centraba en si la posible afectación de un derecho fundamental, la inviolabilidad del domicilio, recogido en el art. 18.2 CE, era compatible con que dicha entrada y registro se acordara mediante providencia. Al ya estar previsto el auto como medio por el que el tribunal acuerda esta medida coercitiva, entendemos que no tiene sentido seguir planteando la cuestión. Eso sí, el auto que acuerde la entrada en un domicilio debe seguir cumpliendo la doctrina del TC sobre las limitaciones que pueden sufrir los derechos fundamentales; que se adopte mediante resolución judicial especialmente motivada y que sea idónea, necesaria y proporcionada³¹¹.

c) Responsabilidad penal por un delito de desobediencia a la autoridad judicial, según los tipos delictivos previstos en los arts. 410 y 556 CP, cuando el sujeto activo del hecho se trate de un funcionario público o autoridad, o de un particular respectivamente³¹².

310 Vid. LORCA NAVARRETE (*La regulación de las diligencias preliminares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Una regulación inconstitucional*, Diario La Ley, 22 de septiembre de 2002), MORENO CATENA (*Derecho procesal civil. Parte general*, 4ª edición, Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 174), BARONA VILAR (*Tutela...*, *op. cit.*, pp. 183-184), entre otros, y planteándose por el Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Barcelona la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5090-2002 (publicado en el BOE 07-04-2003). Ésta ha sido resuelta por la STC (Pleno), núm. 222/2012, de 27 de noviembre, aunque el TC no llega a entrar en el fondo del asunto por la concurrencia de varios defectos procesales en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (en particular, vid. F.J. 5º).

311 Entre otras, SSTC, núm. 207/1996, de 16 de diciembre (F.J. 4º) y núm. 25/2005, de 14 de febrero (F.J. 6º).

312 Según DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA “es ésta una medida más coherente con lo que se pretende averiguar, que revela la intención del legislador de proteger ampliamente el sector de los consumidores y usuarios” (*La tutela jurisdiccional...*, *op. cit.*, p. 104).

CAPÍTULO IV: LA INTERVENCIÓN COMO MECANISMO DE INTEGRACIÓN

Un trabajo cuyo objeto principal es el análisis de los sujetos que pueden ser partícipes en procesos de consumo, exige, con el fin de agotar todas las posibilidades de actuación de dichos sujetos, contemplar la figura de la “intervención procesal”. Este capítulo lo hemos estructurado teniendo en cuenta la sistemática de la LEC: primero se precisa en qué consiste la intervención, con algunas referencias a su regulación en los arts. 13 y 14 LEC, para, a partir de ahí, centrarnos en el art. 15 LEC cuya rúbrica es “publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios”. Para finalizar, el epígrafe de mayor enjundia, donde tratamos de dilucidar algunos de los aspectos más discutidos o no resueltos de la intervención en procesos de consumo.

1. La intervención de terceros en los procesos.

La intervención procesal comprende, según DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “todos aquellos casos en que a personas que no eran inicialmente demandantes ni demandadas en un proceso se les permite intervenir en él”³¹³. Se trata, por tanto, de la participación de un sujeto ajeno a un proceso que ya está pendiente³¹⁴, adquiriendo la condición de parte a todos los efectos³¹⁵. Ese sujeto que inicialmente no forma parte del proceso, ni en la parte activa ni en la pasiva, tiene la consideración de “tercero”. Ahora bien, aunque en sentido amplio cualquier persona puede ser tercero, sólo nos interesa el concepto de tercero que posee un interés jurídicamente relevante y protegido en el resultado del proceso³¹⁶, y es que no puede desconocerse que la sentencia que se dicte puede llegar a tener efectos directos o indirectos en la esfera jurídica de ciertos terceros.

Siguiendo a la mayoría de la doctrina³¹⁷, se puede categorizar la intervención procesal: a)

313 Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 213. También, entre otros, MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, *op. cit.*, p. 90; GONZÁLEZ PILLADO, *La intervención de terceros en el proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 27.

314 Esas dos notas, ajenedad respecto del proceso y pendencia del mismo, las pone de manifiesto GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos...*, *op. cit.*, p. 204.

315 Por todos, SAMANES ARA, *op. cit.*, p. 136.

316 Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 213; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 261. Sobre las distintas situaciones o posiciones de un tercero frente a un proceso, vid. MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, pp. 260-261; GONZÁLEZ PILLADO, *La intervención voluntaria...*, *op. cit.*, pp. 19-25.

317 Vid., entre otros, MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, pp. 262-263; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pp. 214-215; GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos...*, *op. cit.*, pp. 204-205;

atendiendo al sujeto que toma la iniciativa que da lugar a la intervención, o b) teniendo en cuenta la situación jurídica legitimante del tercero que interviene. Respecto de la primera categoría, se distingue entre intervención *voluntaria*, que se produce cuando el tercero entra en el proceso por su propia y espontánea decisión, y *provocada*, si la iniciativa de la intervención la toma alguna de las partes originarias (demandante o demandado) o el propio tribunal.

En cuanto a la clasificación que toma como base la naturaleza de la situación que legitima para intervenir, se habla de intervención *principal* o de intervención *adhesiva*, dependiendo, respectivamente, de que el tercero sostenga una pretensión distinta de la mantenida por el demandante o demandado o la tutela solicitada sea análoga a la pedida por alguna de las partes. Aún dentro de ésta última, se distingue a su vez la intervención adhesiva *litisconsorcial* y la *simple*. Se da el primer supuesto cuando el tercero es titular de la relación jurídica subyacente al proceso o de un interés legítimo igual que el que legitima al actor, afectándole directamente la eficacia de la sentencia que se dicte. Por contra, será adhesiva simple si el tercero no es titular de la relación jurídica discutida en el proceso, pero sí lo es de otra relación jurídica que guarda una relación de dependencia con la anterior, de tal manera que la sentencia puede tener efectos indirectos o reflejos en su esfera jurídica.

Se muestra coincidente la doctrina mayoritaria al afirmar que la intervención provocada a instancia del tribunal no encuentra reflejo en nuestra legislación. El caso más parecido es la integración de la litis por la falta del debido litisconsorcio necesario³¹⁸, aunque no se trata propiamente de un supuesto de intervención. De la misma forma, se niega la existencia de la intervención principal, puesto que comporta más inconvenientes que ventajas y, en cualquier caso, el tercero siempre podrá presentar una demanda frente a los dos litigantes y solicitar a posteriori la acumulación de procesos³¹⁹.

El art. 13 LEC regula lo que hemos denominada intervención voluntaria. Sin embargo, la doctrina no se pone de acuerdo en cuanto a si el citado precepto contempla conjuntamente los supuestos de intervención adhesiva litisconsorcial y simple, manteniendo la distinción de las facultades de actuación del interviniente en cada supuesto -lo que parece más correcto- (en

GONZÁLEZ PILLADO, *La intervención voluntaria...*, op. cit., pp. 27-30; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, op. cit., pp. 262-264.

318 Al respecto, vid. art. 420 LEC y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 215; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional...*, op. cit., p. 93; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, op. cit., p. 280.

319 Especialmente, MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, op. cit., pp. 263-266; GONZÁLEZ PILLADO, *La intervención voluntaria...*, op. cit., pp. 146-155.

particular, poderes de disposición sobre el objeto del proceso)³²⁰, o realiza un tratamiento unitario prescindiendo de cualquier diferencia entre una y otra figura³²¹. El art. 14 LEC contempla los supuestos de intervención provocada, según ésta se produzca a instancia del demandante (art. 14.1 LEC) o del demandado (art. 14.2 LEC).

Obviamos la regulación relativa al procedimiento y efectos de la intervención, puesto que el modesto objeto de este epígrafe es fijar unas ideas generales como punto de apoyo para el desarrollo de la específica intervención de consumidores y usuarios³²².

2. La intervención de los consumidores individuales según el art. 15 LEC.

El art. 15 LEC se ocupa de la intervención de los consumidores y usuarios en aquellos procesos iniciados por alguno de los sujetos legitimados *ex art. 11 LEC*³²³. Conviene recordar que el propio art. 11 LEC salva la legitimación de los consumidores y usuarios para defender sus derechos e intereses individualmente³²⁴. Ahora bien, teniendo en cuenta que la sentencia dictada en un proceso promovido por una asociación de consumidores u otro ente va a extender su eficacia frente a todos los miembros del colectivo de afectados (art. 222.3.I *in fine* LEC)³²⁵, es conveniente articular un mecanismo que permita a los consumidores intervenir en dichos procesos para sostener *sus* derechos o intereses legítimos³²⁶.

320 A favor de esta posición, MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, *op. cit.*, pp. 267-268; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, pp. 216-217; SAMANES ARA, *op. cit.*, pp. 134-135; GONZÁLEZ PILLADO, "Intervención de terceros en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios" en *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje* (coord. GONZÁLEZ PILLADO), Ed. Tecnos, Madrid, 2010, pp. 91-92.

321 Vid. GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos...*, *op. cit.*, p. 206; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 276.

322 Para un tratamiento más extenso sobre esa regulación y los problemas que se plantean puede consultarse cualquiera de la bibliografía citada en este epígrafe.

323 Brevemente podemos señalar aquí que la referencia del art. 15 LEC se ha de entender realizada a las asociaciones o cooperativas de consumidores, grupos de afectados y entidades legalmente constituidas, sujetos todos ellos que hemos tratado ampliamente en el capítulo II, al que nos remitimos. Por contra, no comprende el citado artículo al Ministerio Fiscal ni a las entidades comunitarias habilitadas, por los motivos que comentaremos más adelante.

324 Vid. epígrafe 1 del capítulo II.

325 Si bien es cierto que la identidad subjetiva de la cosa juzgada exige una "identidad fáctica" y una "identidad jurídica" -las mismas personas y la misma calidad jurídica de las partes en los dos procesos-, no es menos cierto que existen algunos supuestos en que ese doble requisito se atenúa o elimina, en el sentido de que basta la identidad jurídica sin la identidad física. Esto es lo que permite explicar la extensión de la cosa juzgada a quienes, sin haber litigado materialmente en el proceso anterior, están vinculados a tales litigantes (GUASP y ARAGONESES, *Derecho procesal civil. Introducción y parte general*, T. I, 7ª edición, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 583). Sobre el particular, vid., entre otros, PLANCHADELL GARGALLO, "La intervención de los consumidores afectados en los procesos colectivos" en *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca: liber amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños* (coord. GÓMEZ COLOMER y otros), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 764; GONZÁLEZ PILLADO, *Intervención de terceros...*, *op. cit.*, p. 105.

326 La elaboración de este mecanismo intentar salvaguardar, en la medida de lo posible, el principio de audiencia y el derecho de defensa de los consumidores. Sobre ello, vid. BACHAMAHER WINTER, *La nueva ley...*, *op. cit.*, p. 238;

El sistema configurado por la LEC pasa por dar publicidad de la existencia del “proceso colectivo” para que, si los consumidores lo estiman oportuno, puedan intervenir. Esa publicidad se concreta en un llamamiento obligatorio consistente en la publicación de la admisión de la demanda en medios de comunicación (art. 15.1 LEC). Tras la modificación operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, el encargado de realizar ese llamamiento es, inequívocamente, el Secretario judicial, superándose así las dudas doctrinales arrastradas durante años³²⁷. Aunque la publicación debe realizarla de oficio el Secretario judicial, los gastos que genere corren a cargo del demandante o demandantes³²⁸. Esto último implica dos cosas: 1) representa un obstáculo económico de importantes dimensiones, al que ahora se añade el de la tasa judicial correspondiente. El actor sólo va a poder recuperar ambos importes si se condena en costas al empresario demandado³²⁹. 2) Perjudica al demandante diligente en beneficio de otros sujetos que se incorporen posteriormente al proceso sin tener que afrontar ese coste³³⁰.

Respecto a dónde debe realizarse el llamamiento, la LEC utiliza el concepto amplio de “medios de comunicación”. Por tanto, es posible entender que se puede realizar en cualquier medio escrito u oral: periódicos, radios, televisión o internet³³¹. El objetivo perseguido es siempre que los perjudicados tengan el mayor grado de conocimiento de la existencia del proceso³³², por eso será el

PLANCHADELL GARGALLO, *op. cit.*, p. 765.

327 Algunos autores entendían que esa obligación correspondía al demandante; otros, al tribunal; y un tercer grupo que incumbía, indistintamente, a ambos, puesto que la Ley no decía nada al respecto. Vid. SAMANES ARA, *op. cit.*, p. 153; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 112; OROMÍ VALL-LLOVERA, *Intervención voluntaria de terceros en el proceso civil: facultades procesales del interviniente*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 110-111. Ya tras la reforma, en el sentido que hemos comentado, PLANCHADELL GARGALLO, *op. cit.*, p. 767.

328 Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 299; OROMÍ VALL-LLOVERA, *op. cit.*, p. 110; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 112; GONZÁLEZ CANO, *La tutela...*, *op. cit.*, p. 191; PLANCHADELL GARGALLO, *op. cit.*, p. 767.

329 Arts. 241.1.2º y 7º LEC. Este caso no está cubierto por la asistencia jurídica gratuita porque el contenido material del derecho sólo contempla la publicación en “periódicos oficiales” (art. 6.4 LAJG). Frente a esto, se ha propuesto la modificación del art. 6.4 LAJG, suprimiendo la referencia “oficiales” o incluyendo en el mismo la expresión “diarios no oficiales” (vid. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 112; GONZÁLEZ CANO, *La tutela...*, *op. cit.*, 190). Además, hay que tener en cuenta que en el Anteproyecto de la nueva LAJG se exige a las asociaciones de consumidores acreditar insuficiencia de recursos para litigar (art. 2.1.c) del Anteproyecto). Por lo anterior, parece más adecuado defender que los costes del llamamiento del art. 15.1 LEC sean asumidos, total o parcialmente, por el Estado, mediante la creación de un fondo económico para la protección de los derechos e intereses de consumidores y usuarios (vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 299-300).

330 Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 299.

331 Vid. PASCUAL SERRATS, “La intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios” en *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. BARONA VILAR), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 134; OROMÍ VALL-LLOVERA, *op. cit.*, p. 112; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 290; BACHMAIER WINTER, *La nueva ley...*, *op. cit.*, p. 244.

332 Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 655; PLANCHADELL GARGALLO, *op. cit.*, pp. 766-767.

Secretario judicial quien decidirá, en cada caso, en cuantos medios de comunicación se publicará y durante cuanto tiempo, ponderando la intensidad de la publicidad y el coste económico de la misma³³³.

El citado objetivo también preside el ámbito territorial que debe abarcar la publicidad, que igualmente será determinado por el Secretario judicial atendiendo a las circunstancias del caso concreto³³⁴. La LEC sí exige que los medios de comunicación elegidos deben tener “difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses” (art. 15.1 LEC). Según GONZÁLEZ PILLADO, “lo lógico será entender que la entidad demandante fije en la demanda el territorio concreto por el cual se ha extendido la lesión; sin embargo, este hecho debe ser apreciado por el Secretario, de tal forma que será él quien lo determine *prima facie*”³³⁵.

Por último, en cuanto al contenido en sí de la publicidad, lo razonable es que contenga el anuncio de la admisión de la demanda, la identificación de los sujetos, objeto y *petitum*, las posibilidades que tiene el tercero consumidor y, en el caso particular del art. 15.3 LEC, el plazo que tienen para solicitar su intervención³³⁶.

Si el art. 15.1 LEC fija una regla general para la intervención de los consumidores, los arts. 15.2 y 3 LEC establecen algunas diferencias fundadas en si los consumidores o usuarios están determinados o son fácilmente determinables (art. 15.2 LEC), o éstos son indeterminados o de difícil determinación (art. 15.3 LEC), en la línea de lo previsto por los arts. 11.2 y 3 LEC.

El art. 15.2 LEC instaura la obligación del demandante de comunicar a todos los afectados su intención de presentar la demanda³³⁷. Una vez presentada, se realizará el llamamiento al que alude el art. 15.1 LEC, momento a partir del cual cualquier consumidor o usuario afectado puede solicitar

333 En este sentido, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 298-299. Vid., a modo de ejemplo, AJPI de Madrid (nº 17), de 18 de noviembre de 2002, donde se ordena la publicación de la admisión de la demanda en dos periódicos de ámbito nacional y en la radio pública estatal.

334 Vid. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 113; BACHAMAIER WINTER, *La nueva ley...*, *op. cit.*, p. 244.

335 Vid. GONZÁLEZ PILLADO, *Intervención de terceros...*, *op. cit.*, p. 109. Señala DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ que, aunque la publicidad debe hacerse en un medio de comunicación en el ámbito territorial donde se hayan producido las lesiones, nada impide que si, por ejemplo, el hecho dañoso abarca un conjunto de territorios del Estado, no pueda hacerse el llamamiento a través de medios de comunicación locales (*Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 655). Y al contrario, si el hecho dañoso está localizado en una determinada región, la publicidad podrá realizarse a través de medios de comunicación “estatales”.

336 Vid. GONZÁLEZ PILLADO, *Intervención de terceros...*, *op. cit.*, p. 109; PLANCHADELL GARGALLO, *op. cit.*, pp. 766-767; SAMANES ARA, *op. cit.*, p. 155.

337 Sobre este punto vid. *infra* epígrafe 3.3 del presente capítulo, donde realizamos algunas consideraciones de forma más extensa.

su intervención en el proceso, sin ningún límite temporal, salvo el propio de toda intervención³³⁸.

El art. 15.3 LEC prescinde de la obligación de comunicación personal a los interesados -lo cual es lógico si se tiene en cuenta que en este caso los consumidores ni están ni pueden ser determinados-. En su lugar, impone que el llamamiento suspende automáticamente el proceso: el plazo de suspensión lo determinará el Secretario judicial y puede variar dependiendo de las circunstancias o complejidad del caso y de las dificultades de determinación y localización de los perjudicados³³⁹, sin que en ningún caso pueda exceder de dos meses³⁴⁰. Durante ese tiempo, los consumidores deben solicitar la intervención si están interesados en sostener su derecho de forma individual. Finalizado el plazo, el proceso continuará con todos aquellos que hayan solicitado la intervención, pero no se admitirán nuevas solicitudes *a posteriori*. No obstante lo anterior, los perjudicados no personados podrán valerse de la regla prevista en el art. 221.1.1ª LEC, en relación con el mecanismo del art. 519 LEC³⁴¹. Si la sentencia no enumera a todos los perjudicados de forma individual, éstos podrán instar el incidente del art. 519 LEC, por el cual el tribunal determinará mediante auto si, según los datos y requisitos contenidos en la sentencia de condena, se les reconoce como beneficiarios de la misma, pudiendo exigir el pago que corresponda³⁴².

Con estos precedentes, se puede concluir que, salvando el preceptivo y común llamamiento del art. 15.1 LEC, las diferencias procedimentales entre el art. 15.2 y 3 LEC son notables³⁴³. Mientras que en el art. 15.2 LEC el llamamiento no provoca la suspensión del proceso en ningún caso, en el art. 15.3 LEC ese efecto se produce *ipso iure*. Pero más relevante que lo anterior, resulta la regla preclusiva prevista cuando los consumidores son indeterminados o de difícil determinación: éstos no podrán intervenir en el proceso transcurrido el plazo previsto en el llamamiento. El fundamento

338 Señala la doctrina que la posibilidad de intervenir en un proceso coincide en el tiempo con la litispendencia. Así, los terceros pueden incorporarse a un proceso mientras se encuentre pendiente, en cualquier momento, tanto en primera instancia como en fases posteriores, y siempre antes de que la resolución que ponga fin al mismo devenga firme. Vid. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 217; MONTERO AROCA, *De la legitimación...*, op. cit., pp. 282-283; GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos...*, op. cit., 204.

339 SAMANES ARA considera justificado que la determinación del plazo se subordine a la complejidad del hecho, pues “la dificultad y el tiempo que suele precisarse para preparar una estrategia procesal adecuada suele estar en función de la complejidad del hecho”. Sin embargo, considera irrelevante que se haga depender de las dificultades de determinación o localización de los perjudicados, “ya que nadie va a intentar localizarlos ni determinarlos” (op. cit., p. 155).

340 Según PLANCHADELL GARGALLO, en caso de que el llamamiento se publique en varios medios y en distintas fechas, se tendrá en cuenta la de la última publicación a efectos de cómputo del plazo (op. cit., p. 779).

341 Un amplio estudio sobre la naturaleza y procedimiento del art. 519 LEC, se puede encontrar en LACUEVA BERTOLACCI, *Acción ejecutiva de consumidores y usuarios: el art. 519 LECiv*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

342 Vid. GONZÁLEZ PILLADO, *Intervención de terceros...*, op. cit., p. 113; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, op. cit., p. 302; PLANCHADELL GARGALLO, op. cit., p. 779.

343 Por todos, SAMANES ARA, op. cit., pp. 153-155; GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos...*, op. cit., p. 218.

de la regla del art. 15.3 LEC es evitar interrupciones del proceso, más o menos continuas, por las personaciones extemporáneas de los consumidores³⁴⁴.

Algunos autores encuentran motivos para criticar esta justificación de la regulación legal³⁴⁵. En primer lugar, el argumento de evitar el “goteo” de intervenciones choca con el diferente e injustificado tratamiento que la Ley brinda a los consumidores o usuarios determinados o de fácil determinación, a los que no se les limita temporalmente la posibilidad de intervenir (art. 15.2 LEC)³⁴⁶. Incluso, en este último supuesto, bien podría ser mayor en número el conjunto de consumidores afectados que cuando éstos son indeterminados o indeterminables, por lo que *a priori*, el riesgo de que las solicitudes de intervención frustren el objetivo citado es, como mínimo, igual. En segundo lugar, no permitir la intervención de los consumidores tras el plazo del llamamiento puede suponer una vulneración de su derecho de defensa -aunque se les permita en última instancia beneficiarse de la sentencia de condena *ex arts. 221.1.1ª y 519 LEC-*, ya que los efectos de la cosa juzgada se extienden a los sujetos no litigantes tanto si la sentencia es favorable como si es desfavorable³⁴⁷. Desde nuestro punto de vista, probablemente, la solución pasa por eliminar el límite del art. 15.3 LEC.

Para terminar con el art. 15 LEC, sólo resta mencionar lo previsto en su apartado cuarto³⁴⁸. Este apartado excepciona de todo el régimen de publicidad e intervención que venimos comentando en este epígrafe, cuando lo que se ejercita es una acción de cesación³⁴⁹. Lo anterior no quiere decir que

344 De la propia E. de M. de la LEC se puede extraer que uno de los fines perseguidos por el legislador es evitar retrasos en la sustanciación de los procesos, que impidan o dificulten la efectividad de la tutela pretendida (§ VII E. de M). En esta línea, GONZÁLEZ PILLADO acepta la “conveniencia de no interrumpir el proceso con un goteo constante de intervenciones que perjudicarían la buena marcha del proceso (*La intervención voluntaria...*, *op. cit.*, p. 100). De acuerdo con la anterior autora, PLANCHADELL GARGALLO, *op. cit.*, p. 779.

345 Vid. PASCUAL SERRATS, *op. cit.*, pp. 142-144; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 122; CALDERÓN CUADRADO y ANDRÉS CIRUANA, “La sentencia dictada en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios” en *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. BARONA VILAR), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 360.

346 Vid. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 122; PASCUAL SERRATS, *op. cit.*, p. 143.

347 En este sentido, CALDERÓN CUADRADO afirma que “los consumidores y usuarios a los que prohíbe su intervención posterior no sólo podrá verse afectados en lo favorable -y entonces sí tendría sentido la restricción-, sino también en lo desfavorable” (*op. cit.*, p. 360).

348 El contenido del art. 15.4 LEC fue introducido 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.

349 Por todos, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 656. En páginas anterior afirmamos que el art. 15.1 LEC no comprendía al Ministerio Fiscal ni a las entidades comunitarias habilitadas. El motivo es que ambos sujetos sólo tienen legitimación para interponer acciones de cesación (art. 11.4 LEC), para las que está excluido el régimen de publicidad del art. 15 LEC. De nuevo el objetivo perseguido con esta previsión es la agilización de los procesos -o, al menos, evitar su interrupción-: “con el fin de garantizar la rapidez de los procedimientos judiciales [...] se exceptúa a los procesos en los que se ejercite una acción de cesación de la obligación que existe de efectuar llamamientos a los perjudicados individuales que pudiere haber en los procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa de derechos e intereses de los mismos” (§

se imposibilite la intervención de terceros en esos procesos, pues esa intervención está permitida con carácter general por el art. 13.1.II LEC³⁵⁰.

3. Cuestiones más controvertidas o dudosas.

3.1. La distinción entre derechos individuales conexos e intereses supraindividuales y la naturaleza de la intervención de los arts. 15 y 13.1.II LEC.

Una de las cuestiones que más controversia genera entre la doctrina es qué tipo de derechos o intereses son tenidos en cuenta para facultar la intervención de los consumidores en el art. 15 LEC, a la vez que se debate el alcance de la previsión del art. 13.1.II LEC³⁵¹.

Se ha defendido que el art. 15 LEC contempla casos tanto de intereses supraindividuales como de derechos individuales conexos³⁵². Sin embargo, parece más acertado sostener que el ámbito de aplicación objetivo del art. 15 LEC incluye únicamente la defensa de derechos individuales conexos. En palabras de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “los consumidores o usuarios particulares pueden intervenir cuando hayan resultado directa, efectiva y materialmente perjudicados por haber consumido un producto, o contratado o usado un servicio que les haya inferido daños determinados en su persona o patrimonio [...] El enfoque adoptado por este precepto cierra el paso a la intervención de consumidores o usuarios en defensa de intereses supraindividuales”³⁵³. Si convenimos lo anterior, la intervención del consumidor para la defensa de un interés supraindividual -en acciones de cesación- quedaría cubierta por el art. 13.1.II LEC y el conjunto de reglas previstas en ese artículo³⁵⁴. Ello nos permite, por otra parte, salvar el aparente vacío teórico-

II E. de M. de la Ley 39/2002). Vid. AAP de Madrid (Sección 28ª), núm. 13/2011, de 4 de febrero, F.J. 2º.

350 Sostiene DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA que el art. 15.4 LEC prohíbe la intervención de consumidores individuales cuando se ejercita una acción de cesación (*op. cit.*, p. 120). No compartimos esta apreciación y nos remitimos al desarrollo del epígrafe 3.2 de este capítulo.

351 El segundo párrafo del art. 13.1 LEC dice que “en particular cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos”. Se trata de determinar qué encaje puede tener esa previsión en relación con el régimen de publicidad e intervención previsto en el ya descrito art. 15 LEC.

352 Vid. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, pp. 119-120; SAMANES ARA, *op. cit.*, p. 152.

353 Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 294, de acuerdo con lo sostenido en los epígrafes 2.2 del capítulo I y 2.3.3 del capítulo II. De la misma idea parte GONZÁLEZ PILLADO: “se llamará al proceso a aquellos sujetos que hayan sufrido un perjuicio material consumado, personal o patrimonial, como consecuencia del consumo de un producto o uso de un servicio determinado. Se trata, pues, en estos casos, de derechos o intereses estrictamente individuales, y la circunstancia de que sean varios los afectados no los convierte en supraindividuales” (*Intervención de terceros...*, *op. cit.*, p. 106). También subyace esta misma idea en el AAP de La Coruña (Sección 3ª), núm. 18/2013, de 15 de febrero, F.J. 3º.

354 Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 294-295; GONZÁLEZ PILLADO, *Intervención de terceros...*, *op. cit.*, pp. 104-106.

práctico del art. 13.1.II LEC.

Por tanto, debe concluirse que cuando se trata de un supuesto de derechos individuales conexos se aplicará el procedimiento de publicidad e intervención del art. 15 LEC; si son intereses supraindividuales se seguirá el del art. 13 LEC, prescindiendo del llamamiento y resto de especialidades previstas en el art. 15 LEC.

Relacionado con lo anterior y con consecuencias igualmente relevantes, se plantea el interrogante de qué naturaleza tiene la intervención del art. 15 LEC. De nuevo la doctrina se encuentra dividida: por una parte, los que entienden que se trata de una intervención voluntaria³⁵⁵; por otra, los que consideran que, al menos, se aproxima bastante a la intervención provocada³⁵⁶. Entendemos que la intervención del art. 15 LEC tiene más visos de intervención provocada que de voluntaria, porque, aunque el llamamiento genérico del art. 15.1 LEC que realiza el tribunal viene impuesto *ex lege*³⁵⁷, no es menos cierto que es ese llamamiento el que a la postre posibilita o facilita la intervención de los consumidores³⁵⁸. Por tanto, al haber un llamamiento, aunque no sea personal a cada perjudicado, el elemento típico de la intervención voluntaria queda diluido. Sí resulta unánime, en cambio, la consideración de esta intervención como adhesiva litisconsorcial, ya que el consumidor interviene en defensa de su derecho individual e individualizable, siendo titular de la relación jurídica material que se va a discutir en el proceso³⁵⁹.

Menos problemas presenta, en cuanto a su naturaleza, la intervención en defensa de un interés supraindividual del art. 13.1.II LEC, en la medida en que sistemáticamente se ubica en el artículo dedicado a la intervención voluntaria y en que no se realiza llamamiento alguno. Se podrían plantear más dudas en cuanto a si el consumidor goza de las facultades de un interviniente adhesivo

355 Vid. OROMÍ VALL-LLOVERA, *op. cit.*, pp. 25-26; PASCUAL SERRATS, *op. cit.*, p. 135; GONZÁLEZ CANO, *La tutela...*, *op. cit.*, p. 172; PLANCHADELL GARGALLO, *op. cit.*, p. 771.

356 Aunque la mayoría de la doctrina afirma que en nuestro ordenamiento no existe la intervención provocada a instancia del tribunal, a la hora de calificar la naturaleza de la intervención del art. 15 LEC, gran parte de la misma se inclina por considerarla, si no directamente un caso de intervención provocada, sí un peculiar supuesto que tiene más en común con ésta que con la voluntaria. En ese sentido, SAMANES ARA, *op. cit.*, p. 297; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 117; CARRASCO PERERA, *¿Acciones de clase...*, *op. cit.*, p. 8; SILGUERO ESTAGNAN, *op. cit.*, p. 12.

357 Señala OROMÍ VALL-LLOVERA que con el llamamiento únicamente se da publicidad de la pendencia del proceso, no hay un llamamiento personal a los perjudicados. Además, en la intervención provocada la llamada al tercero nunca es obligatoria, sino una facultad del demandante o demandado (*op. cit.*, pp. 25-26).

358 SAMANES ARA entiende que la peculiaridad de esta intervención se deriva de que el consumidor interviniente se coloca siempre en la posición activa del proceso (*op. cit.*, p. 152). DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA pone el acento en que, aunque con algunos matices, la intervención del consumidor trae causa del llamamiento (*op. cit.*, p. 117). Esta es la tesis por la que parece optar el TS, vid. ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 26 de octubre de 2004, F.J. Único.

359 Por todos, vid. PASCUAL SERRATS, *op. cit.*, p. 136.

litisconsorcial o simple. Lo más correcto es entender que, también aquí, el consumidor es titular de un interés propio -no exclusivo pero perteneciente a su esfera jurídica personal- y que va a verse directamente afectado por la sentencia que se dicte³⁶⁰. Dicho de otra manera, intervendrá en el proceso con la condición de un interviniente adhesivo litisconsorcial.

3.2. Repercusiones procesales derivadas de las consideraciones anteriores.

Una vez analizado el significado, alcance y naturaleza de la intervención de los arts. 15 y 13.1.II LEC, podemos extraer varias conclusiones respecto de algunos problemas concretos.

El primero de ellos tiene que ver con si el consumidor que interviene en un proceso iniciado por una asociación de consumidores, un grupo de afectados o una entidad legalmente constituida, puede valerse de la previsión del art. 13.3.II LEC: “se permitirá al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso”. El problema, en realidad, se circunscribe al art. 15.2 LEC, donde no se produce la suspensión del proceso por el llamamiento y el consumidor individual puede intervenir en cualquier momento; ahora bien, una vez admitida la intervención “sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido” (art. 15.2 LEC *in fine*). Plantearlo en sede del art. 15.3 LEC no tiene sentido porque el llamamiento suspende el proceso y al consumidor interviniente no le habría precluido ninguna actuación. Igualmente, tampoco presenta dudas cuando el interviniente actúa en defensa de un interés supraindividual, pues como hemos visto el cauce procedimental a seguir es el del propio art. 13 LEC, que es el que contempla la facultad de realizar alegaciones aunque haya precluido el momento procesal oportuno.

Si hemos convenido en que la naturaleza de la intervención del art. 15 LEC es provocada, resulta difícil sostener la aplicación de la regla del art. 13.3.II LEC, prevista para intervenciones voluntarias. Pero a ello se le añade un argumento de mayor peso, puesto de manifiesto por varios autores³⁶¹: el art. 15.2 LEC es *lex specialis* respecto del art. 13.3.II LEC, por lo que prevalece lo dispuesto en aquél. No obstante, algunos autores han defendido -con acierto- que en determinadas ocasiones debe permitirse al consumidor realizar alegaciones aunque haya precluido la posibilidad³⁶². Cuando el consumidor alegue que no se le realizó la comunicación previa que

360 Vid. GONZÁLEZ PILLADO, *Intervención de terceros...*, *op. cit.*, pp. 104-105.

361 Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 655; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 122; PASCUAL SERRATS, *op. cit.*, p. 136; OROMÍ VALL-LLOVERA, *op. cit.*, pp. 112-113.

362 Vid. SAMANES ARA, *op. cit.*, p. 154; BACHMAIER WINTER, *La nueva ley...*, *op. cit.*, p. 246. Entienden que el régimen del art. 13.3.II LEC no entra en contradicción con el art. 15.2 LEC y resulta plenamente aplicable,

dispone el art. 15.2 LEC, se le debería permitir realizar las alegaciones correspondientes, que de otro modo podría haber realizado si hubiera tenido conocimiento de la intención del demandante de presentar la demanda. Se propone, para evitar la vulneración del principio de audiencia³⁶³, que esas alegaciones se realicen en la audiencia previa, a modo de “pretensiones complementarias” del art. 426.3 LEC³⁶⁴.

Concluimos pues, que, en general, el consumidor determinado que interviene en cualquier momento del proceso con arreglo al art. 15.2 LEC, no dispone de la facultad prevista en el art. 13.3.II LEC, salvo en el concreto supuesto citado.

El segundo problema atañe a la participación de los sujetos en procesos iniciados por otros en los que se ejercite una acción de cesación. El consumidor puede intervenir en procesos que tengan por objeto una acción de cesación ejercitada, por ejemplo, por una asociación de consumidores o el Ministerio Fiscal, no aplicándose las reglas de publicidad del art. 15 LEC, por la exclusión que contempla el apartado cuarto de ese precepto: el cauce procedimental aplicable será el del art. 13.1.II LEC, que es el previsto para intereses supraindividuales³⁶⁵. También puede intervenir a título individual el consumidor cuando esa acción es ejercitada por otro particular³⁶⁶. Será difícil que se de alguna de estas posibilidades, pero no porque le esté vedado, sino porque, como hemos dicho, al prescindirse de la publicidad del art. 15 LEC, no tendrá conocimiento de la pendencia del proceso en la mayoría de los casos, salvo que se trate de un supuesto con gran repercusión mediática³⁶⁷.

Cuestión más profunda es si el consumidor individual, al intervenir con el art. 13.1.II LEC respecto de la acción de cesación, puede “aprovechar” y ejercitar a la vez una acción resarcitoria de su propio derecho. Se podría entender que como la LEC guarda silencio en este punto debe permitírsele³⁶⁸, con fundamento en el principio de economía procesal y en la interpretación más

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 301; SILGUERO ESTAGNAN, *op. cit.*, p. 12.

363 Sobre esta cuestión, BACHMAIER WINTER considera que “conviene mencionar de nuevo la posibilidad de que alguno de los sujetos perjudicados por el hecho dañoso no hayan recibido la comunicación individual, y que sólo tras el llamamiento del art. 15.1 LEC conozca de la interposición de la demanda colectiva que va a afectarle directamente. En ese caso, creo que, para no vulnerar su derecho de audiencia, debería permitírsele realizar las alegaciones necesarias para su defensa” (*La nueva ley...*, *op. cit.*, p. 246).

364 SAMANES ARA duda de la aplicación práctica de esta solución: “es dudoso que lleguen a tiempo de hacerlo, puesto que no se prevé que el llamamiento suspenda el curso del proceso” (*op. cit.*, p. 154).

365 Entre otros, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 294-295; GONZÁLEZ CANO, *La tutela...*, *op. cit.*, pp. 180-181; GONZÁLEZ GRANDA, *op. cit.*, p. 22.

366 Vid. GONZÁLEZ PILLADO, *Intervención de terceros...*, *op. cit.*, p. 93.

367 Vid. GONZÁLEZ GRANDA, *op. cit.*, p. 22.

368 GUTIÉRREZ DE CABIEDES se pregunta “si en un proceso en el que la entidad ha deducido una pretensión de defensa de un verdadero interés supraindividual, sea éste colectivo o difuso, puede un particular intervenir para formular una pretensión en defensa de un derecho individual -de existencia plural-, o si debe, por el contrario, ser un

favorable para la tutela de los derechos de los consumidores.

No sólo el consumidor va a poder intervenir en procesos iniciados por otros sujetos. El art. 13 LEC permite, con carácter general, la intervención de cualquier sujeto que tenga legitimación para defender los derechos e intereses de consumidores y usuarios³⁶⁹. Con acierto, afirma GASCÓN INCHAUSTI que “el ejercicio de la acción de cesación por cualquiera de los legitimados agota la acción, que no podrá volver a ser ejercitada en el futuro por otra entidad igualmente legitimada: esta posibilidad de intervención, por tanto, sirve como compensación”³⁷⁰.

La tercera conclusión está referida al ejercicio simultáneo de una acción de cesación y una resarcitoria. Cuando se sustancian por separado el procedimiento de intervención a seguir para las acciones de cesación es el del art. 13 LEC -intereses supraindividuales-, mientras que para las resarcitorias es el del art. 15 LEC -derechos individuales conexos-. Pero, ¿cuál de estos regímenes ha de aplicarse si se acumulan ambas acciones?

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, en el ámbito concreto de la LCGC -pero extensible a cualquier otra acción de cesación-, entiende que debe prescindirse del art. 15 LEC, porque, según la configuración legal, las acciones resarcitorias son accesorias de las de cesación. Afirma la autora que si hubiera que llevar a cabo la publicidad del art. 15 LEC, se obstaculizaría la sustanciación de los procesos, en detrimento de la agilidad procesal, que es lo realmente querido por el legislador³⁷¹. Aún teniendo en cuenta lo anterior, es más coherente con el objetivo de protección de los consumidores -en particular, salvaguardar su derecho de audiencia-, defender la aplicación por separado de los arts. 13 y 15 LEC a cada uno de los supuestos³⁷²: es decir, respecto de la acción de cesación se debe aplicar el art. 13; en el caso de la acción resarcitoria, se debe realizar el llamamiento del art. 15.1 LEC, siguiendo las restantes reglas específicas de los apartados 2 y 3 del

proceso incoado *ab initio* como “acción de grupo”, habiéndose solicitado en la demanda sólo o entre otras cosas la reparación de daños y perjuicios plurales”. Y concluye: “En mi opinión, no resulta necesaria esta segunda situación” (*Comentarios...*, *op. cit.*, p. 295).

369 En este sentido, vid. PASCUAL SERRATS, *op. cit.*, p. 132; GONZÁLEZ CANO, *La tutela...*, *op. cit.*, p. 181; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 116; PLANCHADELL GARGALLO, *op. cit.*, p. 781. También existe reconocimiento legal expreso a dicha posibilidad, especialmente en los arts. 54.2 TRLDCU y 16.III LCGC.

370 Vid. GASCÓN INCHAUSTI, “Procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de consumidores y usuarios” en *La defensa de los consumidores y usuarios* (dir. REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO), Ed. Iustel, Madrid, 2011, p. 957.

371 Vid. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 121. Probablemente la conclusión de esta autora tiene mucho que ver con su rechazo a la posibilidad de que un consumidor pueda intervenir en un proceso cuyo objeto sea una acción de cesación, conclusión que, como hemos expuesto *supra*, no es del todo acertada.

372 GUTIÉRREZ DE CABIEDES es partidario de esta opción cuando, al recomendar a las asociaciones de consumidores acumular la acción resarcitoria a la de cesación, afirma que se trata de “facilitar la intervención de particulares consumidores y eventuales acumulaciones” (*Comentarios...*, *op. cit.*, p. 295).

mismo precepto, dependiendo de si los consumidores están o no determinados.

Quizá esta cuestión gana en trascendencia a la luz de la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la SAP de Sevilla, de 22 de enero de 2004³⁷³: “*si lo que se plantea es una acción de cesación resarcitoria colectiva, exclusivamente o en unión con una acción de cesación, la publicidad prescrita en el artículo 15 constituye una garantía esencial del derecho a la tutela judicial efectiva de los perjudicados*”. El Tribunal Supremo también se ha pronunciado en ese sentido, si bien no de forma expresa, en la STS, de 29 de diciembre de 2010³⁷⁴.

3.3. La falta de comunicación previa del art. 15.2 LEC: consecuencias.

El art. 15.2 LEC exige que cuando los consumidores o usuarios estén determinados o sean determinables, el demandante o demandantes deben comunicar a todos los perjudicados su intención de presentar una demanda. Esta previsión contemplada durante algún tiempo por la doctrina³⁷⁵, a saber, si la comunicación debía ser antes o después de presentada la demanda, ya ha sido superada³⁷⁶. Los autores discuten también si esa comunicación previa es una carga o una verdadera obligación³⁷⁷, pero lo verdaderamente relevante es determinar qué consecuencia puede tener su incumplimiento, teniendo en cuenta que el proceso no se suspende con el llamamiento del art. 15.1 LEC y que al consumidor interviniente le van precluyendo las posibilidades de actuación.

Algún sector de la doctrina entiende que la falta de cumplimiento de la comunicación previa no puede desembocar en la inadmisión de la demanda, porque, conforme al carácter tasado del art. 403 LEC, ni está prevista legalmente esa posibilidad (art. 403.1 LEC), ni se exige expresamente su acreditación al presentar la demanda, ni tampoco se trata de un requerimiento o actuación similar

373 SAP de Sevilla (Sección 5ª), de 22 de enero de 2004, F. J. 1º. Asimismo, en el AAP de Gerona (Sección 2ª), núm. 7/2006, de 18 de enero, que resuelve un recurso interpuesto frente al archivo de un proceso por la falta de la comunicación previa del art. 15.2 LEC, se argumenta que “*al haberse ejercitado en la demanda de manera acumulada acciones de cesación y otras de resolución y resarcimiento, como mínimo respecto de las primeras sería improcedente el archivo decretado*” (F.J. 1º).

374 Vid. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 861/2010, de 29 de diciembre, F.J. 3º.

375 Por todos, vid. PASCUAL SERRATS, *op. cit.*, pp. 138-140.

376 Con la modificación del art. 15.2 LEC por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, queda claro que lo que debe comunicarse es el propósito de presentar la demanda.

377 Para SAMANES ARA no queda claro si es una obligación, una carga o ninguna de las dos cosas (*op. cit.*, p. 154). Más tajantes se muestran GUTIÉRREZ DE CABIEDES, para quien “*constituye una obligación que debe ser cumplida por quien se disponga a ejercer una demanda en defensa de derechos individuales plurales*” (*Comentarios...*, *op. cit.*, p. 300) y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA que considera que no es una carga, pues “*su no realización afecta a personas distintas del demandante*” (*op. cit.*, p. 115).

(art. 403.3 LEC)³⁷⁸. Frente a esa interpretación se alzan varios autores que defienden que la comunicación previa del art. 15.2 LEC constituye un requisito de admisibilidad de la demanda, al entender que, aunque la Ley no lo exige de forma expresa, se puede deducir que debe acreditarse con la presentación de la demanda³⁷⁹. Además, dicho requisito puede ser apreciado de oficio por el tribunal³⁸⁰. La segunda de las opciones es la que ha tenido mayor acogida por nuestros tribunales. Así, de forma categórica, el AAP de Madrid, de 28 de mayo de 2008³⁸¹: “*no puede aceptarse, como pretende la recurrente, que se admita una demanda en defensa de intereses colectivos del art. 11.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [...] sin acreditar la comunicación previa de la presentación de la misma a todos los interesados exigida en el art. 15.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pretendiendo sustituirla por un anuncio en medios de comunicación, publicidad similar a la que deberá realizarse de la admisión a trámite de la demanda conforme al art. 15.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”.

Ahora bien, lo anterior no implica que la falta de acreditación inicial no pueda ser subsanada. Ante el incumplimiento, ya sea apreciado de oficio o puesto de manifiesto por el demandado, debe el tribunal otorgar un plazo para subsanarlo (art. 231 LEC)³⁸². Puede suceder también que, aunque el demandante haya afirmado en la demanda que los consumidores son indeterminados, se oponga por el demandado que éstos son determinables y no se cumplió la obligación de comunicación previa. En tal caso, el tribunal debe proceder de la misma manera, fijando un plazo para subsanar³⁸³.

Podría aprovecharse el llamamiento del art. 15.1 para estimular el correcto cumplimiento de la obligación que venimos comentando. Así, si el demandante acredita con la demanda que ha notificado a todos los perjudicados de manera diligente, ello permitiría al tribunal una aplicación más laxa del art. 15.1 LEC: que el llamamiento se lleve a cabo con menor intensidad, en concreto, podría acordarse la publicación en menos medios de comunicación o durante menos días, disminuyendo los gastos a los que inicialmente tiene que hacer frente el demandante, sin perjuicio

378 Vid. SAMANES ARA, *op. cit.*, p. 154; BACHMAIER WINTER, *La nueva ley...*, *op. cit.*, p. 242.

379 Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDEZ, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 300; GONZÁLEZ PILLADO, *Intervención de terceros...*, *op. cit.*, p. 111; PASCUAL SERRATS, *op. cit.*, p. 141; PLANCHADELL GARGALLO, *op. cit.*, pp. 774-775; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *op. cit.*, p. 115.

380 En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, vid. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 861/2010, de 29 de diciembre, F.J. 3º.

381 AAP de Madrid (Sección 28ª), núm. 160/2008, de 28 de mayo, F.J. 3º. En análogos términos, SAP de Sevilla (Sección 5ª), de 22 de enero, F.J. 3º; AAP de La Coruña (Sección 3ª), núm. 18/2013, de 15 de febrero, F.J. 5º.

382 Por todos, vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 300.

383 Sobre este mismo supuesto se ha pronunciado la SAP de Valencia (Sección 9ª), núm. 168/2006, de 26 de abril: “*el Juzgador, con su decisión, vino a facilitar la subsanación del incumplimiento por la actora de lo dispuesto en el artículo 15.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras haber indicado expresamente que los perjudicados eran fácilmente determinables, indicándole a la actora que debió haber efectuado dicho llamamiento antes de la presentación de la demanda*” (F.J. 6º).

de que luego pueda recuperarlos en las costas.

La Ley tampoco establece la forma en que debe realizarse la comunicación previa. Se entiende que el demandante es libre de decidir cómo hacerlo, siempre que quede constancia y permita su posterior acreditación³⁸⁴. A ello hay que añadir otro requisito: la comunicación debe llevarse a cabo de forma razonable. Sirva de ejemplo el AAP de Gerona, de 18 de enero de 2006³⁸⁵: “*la demandante ha aportado hasta cincuenta y dos acuses de recibo de las cartas remitidas a sus asociados poniendo en su conocimiento la presentación de la demanda. Ha remitido otra comunicación por correo electrónico, ha convocado una asamblea de asociados con idéntico fin y ha colocado igual comunicación en su página web. Con todo ello parece que ha cumplido de modo razonable con la indicada exigencia*”.

Pero puede suceder que, aunque el demandante haya puesto un alto grado de diligencia en el cumplimiento de la obligación, quede algún afectado al que le haya sido imposible realizar la comunicación, incluso aunque el actor se haya valido de la diligencia preliminar del art. 256.1.6º LEC. En tal caso, se pueden contemplar distintas vías para que el tercero consumidor al que no se le hizo la comunicación previa pueda actuar en el proceso con plenitud de facultades: 1) El consumidor puede solicitar la acumulación de procesos cuando hubiera presentado una demanda dando inicio a otro proceso, siempre que la presentación fuera anterior al llamamiento del art. 15.1 LEC, con arreglo a lo dispuesto en el art. 76.2.1º LEC³⁸⁶. No procederá la acumulación si el llamamiento ya se había realizado con anterioridad, pues el art. 76 LEC condiciona la acumulación a que el segundo proceso no se haya podido evitar mediante la intervención. 2) Si el llamamiento se ha producido, el consumidor puede solicitar su intervención y alegar que no se le realizó la comunicación previa. Teniendo en cuenta esa circunstancia, el tribunal debe permitirle formular las alegaciones que procedan en defensa de su derecho individual y como medida de garantía del principio de audiencia³⁸⁷. Entendemos que esas alegaciones pueden realizarse en cualquier momento del proceso, particularmente en la audiencia previa como pretensiones complementarias del art. 426.3 LEC³⁸⁸. 3) Si se entiende que el art. 15.2 LEC impide formular alegaciones al interviniente, se

384 Vid. GONZÁLEZ PILLADO, *Intervención de terceros...*, op. cit., p. 111; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Comentarios...*, op. cit., p. 300.

385 AAP de Gerona (Sección 2ª), núm. 7/2006, de 18 de enero, F.J. 4º.

386 Vid. SAMANES ARA, op. cit., p. 154; PASCUAL SERRATS, op. cit., p. 141.

387 Vid. BACHMAIER WINTER, *La nueva ley...*, op. cit., p. 246; GONZÁLEZ PILLADO, *Intervención de terceros...*, op. cit., p. 112.

388 Este es el momento procesal que contempla SAMANES ARA, op. cit., p. 154. Sin embargo, como decimos, no están sujetas a límite temporal alguno, porque, en el caso concreto, se configuran de forma análoga a las previstas en el art. 13.3.II LEC, a las que no se les impone plazo alguno.

puede sostener una tercera opción consistente en solicitar la nulidad de actuaciones por prescindirse de normas esenciales del procedimiento que causan indefensión al consumidor (art. 225.3º LEC). Precisamente, porque como afirma la STS, de 17 de junio de 2010³⁸⁹: “*resulta evidente el propósito del legislador de que el reconocimiento de nuevas formas de legitimación para el ejercicio de estas acciones no suponga una restricción a la protección de los derechos de los consumidores*”. Sin embargo, esta vía presenta serios inconvenientes, pues, de estimarse, perjudicaría a un elevado número de sujetos. En ese sentido, la STS, de 29 de diciembre de 2010³⁹⁰, sostiene que “*debe llevarse a cabo una adecuada ponderación de los defectos que se adviertan en los actos procesales de las partes, guardando en las decisiones judiciales la debida proporcionalidad entre la irregularidad cometida y la sanción que debe acarrear*”.

3.4. La intervención de sujetos solicitantes de la asistencia jurídica gratuita y suspensión de los procesos.

Cuando los consumidores intervienen en un proceso colectivo para defender individualmente su derecho o interés, deben valerse de abogado y procurador, siguiendo las reglas generales de postulación de los arts. 23 y 31 LEC³⁹¹. Como la intervención de ambos profesionales resulta preceptiva, debe permitirse al consumidor solicitar el derecho de asistencia jurídica gratuita³⁹², siempre que carezca de recursos económicos suficientes de acuerdo con los requisitos legalmente previstos (arts. 3 y ss. LAJG).

El dilema se presenta en relación con lo dispuesto en el art. 16 LAJG: “La solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita no suspenderá el curso del proceso. No obstante, a fin de evitar que el transcurso de los plazos pueda provocar la preclusión de un trámite o la indefensión de cualquiera de las partes, el Secretario judicial, de oficio o a petición de éstas, podrá decretar la suspensión hasta que se produzca la decisión sobre el reconocimiento o la denegación del derecho a litigar gratuitamente, o la designación provisional de abogado y procurador si su intervención fuera preceptiva o requerida en interés de la justicia”. Es decir, el Secretario, a la vista de la solicitud de intervención de un consumidor que pretenda el reconocimiento de justicia gratuita, puede suspender el proceso porque, como reza el artículo, se le

389 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 375/2010, de 17 de junio, F.J. 3º.

390 STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 861/2010, de 29 de diciembre, F.J. 3º.

391 Será preceptiva la intervención de estos profesionales, no pudiendo el consumidor acogerse a ninguna de las excepciones que se prevén en los arts. 23.2 y 31.2 LEC, porque: a) el procedimiento vendrá fijado por razón de la materia -caso de las acciones de cesación, vid. art. 250.1.12ª-, o b) cuando se determine por razón de la cuantía, ésta, como regla, superará los 2.000 € que permiten intervenir sin abogado ni procurador.

392 Vid. OROMÍ VALL-LLOVERA, *op. cit.*, p. 43.

puede causar indefensión.

Este efecto suspensivo afecta a la finalidad de la agilización procesal perseguida por el legislador cuando permite la intervención de los consumidores en procesos de consumo³⁹³. La incidencia podría ser mayor cuando se trata de procesos que tengan por objeto una acción de cesación o una acción resarcitoria con consumidores determinados, pues en ambos casos -arts. 13.1.II y 15.2 LEC- la posibilidad de intervención de los consumidores no está sujeta a límite preclusivo alguno³⁹⁴; además, si no puede saberse *ex ante* el número de sujetos que solicitarán intervenir, con mayor razón no se sabrá cuáles de ellos se acogerán al derecho de asistencia jurídica gratuita.

Puede acudir al requerimiento judicial de designación provisional de abogado y procurador (art. 21 LAJG en relación con el art. 15 de la misma norma), pero esta opción no evita la paralización de los procesos, que, en ciertos casos, puede ocurrir de forma continua, especialmente cuando haya un goteo de intervenciones de los consumidores.

En estos casos debe ponderarse, por un lado, la posible indefensión que puede generarse al consumidor -en particular, lo concerniente a su derecho de audiencia-, y por otro, los indeseados efectos derivados de la suspensión del proceso que afectarán a múltiples sujetos: desde la asociación de consumidores que lo inicia al conjunto de consumidores afectados que actúan en el proceso representados por aquélla. Por ello, nos inclinamos por considerar que el Secretario, realizando un juicio de proporcionalidad y teniendo en cuenta el número de afectados, no debe suspender el proceso. Para salvar el derecho de audiencia del consumidor, puede conminarle a que se haga representar en el proceso a través de la asociación de consumidores actuante o por cualquier otra que aún no esté personada.

3.5. *La intervención del Ministerio Fiscal en defensa de derechos individuales conexos.*

El segundo párrafo del art. 15.1 LEC sostiene que “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”³⁹⁵.

393 Vid. § VII de la E. de M. de la LEC.

394 Para evitar reiteraciones, nos remitimos supra al epígrafe 2 de este capítulo.

395 Apartado introducido por 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.

Esta previsión tiene por objeto ampliar el papel desempeñado por el Ministerio Fiscal en la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios: el Ministerio Fiscal está legitimado para ejercitar acciones de cesación³⁹⁶, pero no para interponer demandas en defensa de los derechos individuales conexos, de manera que el art. 15.1.II LEC viene a salvar su posibilidad de actuación en esos casos.

Del tenor literal del precepto, teniendo en cuenta también la finalidad a la que responde, se deduce que el tribunal debe poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la iniciación de cualquier proceso en defensa de derechos individuales conexos. El mandato legal dirigido al tribunal se limita a exigirle tal comunicación, no correspondiendo a éste valorar *prima facie* si concurre o no el interés social: será el Ministerio Fiscal quien decida una vez reciba la comunicación³⁹⁷, y en caso positivo, solicitará su intervención³⁹⁸.

Aunque la LEC no lo dice claramente, la puesta en conocimiento debe ser lo antes posible una vez se admita la demanda. Seguidamente surge el interrogante de en qué momentos puede producirse la intervención del Ministerio Fiscal. Cuando se trata de un supuesto del art. 15.2 LEC la respuesta es sencilla, ya que el precepto no establece límite preclusivo alguno para intervenir, por lo que puede ser en cualquier momento durante la pendency del proceso. En cambio, la intervención en un caso con consumidores indeterminados (art. 15.3 LEC) plantea más problemas, puesto que tras el plazo fijado en el llamamiento no se permite la intervención de los consumidores. Entendemos que en esta segunda hipótesis la conclusión puede ser igual que en la primera por dos motivos: 1) Sistemáticamente la intervención del Ministerio Fiscal en estos procesos está contemplada en el art. 15.1 LEC, separado de las previsiones concretas de los apartados segundo y tercero del mismo artículo, por lo que se puede pensar que lo previsto en estos últimos sólo es de aplicación a la intervención de consumidores individuales. 2) Si la finalidad de la preclusión del art. 15.3 es evitar un “goteo” de intervenciones de consumidores, no tendría lógica alguna extender su aplicación al Ministerio Fiscal.

396 Sobre la legitimación del Ministerio Fiscal para iniciar un proceso en defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios, vid. epígrafe 4.1 del capítulo II. Allí concluíamos que el art. 11.4 LEC sólo reconoce legitimación al Ministerio Fiscal para interponer acciones de cesación, dirigidas a proteger siempre intereses supraindividuales.

397 GUTIÉRREZ DE CABIEDES entiende, sin abundar mucho en ello, que el precepto “deja en manos del propio Ministerio Fiscal la valoración de cuando concurre [el interés social]” (*Comentarios...*, *op. cit.*, p. 294).

398 Podría entenderse que el interés social concurre en todo caso, porque está implícito en la naturaleza de los intereses protegidos. Tanto si se acepta lo anterior, como si no, la decisión discrecional del Ministerio Fiscal de intervenir queda supeditada a la mayor o menor intensidad del interés social en cuestión, valorando para ello dos factores como el número de sujetos que han sufrido el perjuicio, la extensión territorial de los daños ocasionados, o la trascendencia o conciencia social de los derechos vulnerados.

Afirmada en epígrafes anteriores la posibilidad de que el Ministerio Fiscal intervenga en procesos en los que se ejercita una acción de cesación por otros sujetos, se puede discutir si la comunicación que exige el art. 15.1 LEC debe producirse también en esos casos. La Circular 2/2010, de la Fiscalía General del Estado³⁹⁹, entiende que sí, debiendo realizarse una interpretación armónica de todos los preceptos en juego. La solución no es unívoca. Puede entenderse que en favor de una mayor protección de los consumidores y el “interés social”, que es el objetivo perseguido con la adición del párrafo segundo del art. 15.1 LEC, sí debe realizarse la comunicación. Pero no debe olvidarse que el ámbito de aplicación del art. 15 LEC sólo contempla derechos individuales conexos, además de que el propio art. 15.4 LEC excepciona todo lo dispuesto en ese artículo cuando se ejercita una acción de cesación. La cuestión queda abierta, haciéndose necesario una modificación legislativa que clarifique la situación, en un sentido o en otro.

³⁹⁹ Vid. Circular 2/2010, de la Fiscalía General del Estado, de 19 de noviembre, acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios, p. 17: “podría pensarse que el Ministerio Fiscal no debe ser emplazado obligatoriamente en las acciones de cesación del número 4 del artículo 15. Sin embargo, esta última interpretación resulta contraria al que parece ser el ánimo que alentó la reforma, que sin duda pretendía otorgar mayor protagonismo al Ministerio Fiscal”.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La existencia de mecanismos que permitan una tutela colectiva de los derechos e intereses de consumidores y usuarios encuentra más justificación en la actualidad que nunca, especialmente tras el despegue definitivo de las nuevas tecnologías y la masificación del comercio electrónico. La Unión Europea ha tomado la iniciativa en esta materia con el fin de armonizar la legislación de los Estados miembros mediante diversas directivas (concepto de consumidor, acciones de cesación); sin embargo, las divergencias entre legislaciones nacionales siguen existiendo.

SEGUNDA.- Aunque la distinción entre intereses supraindividuales -colectivos o difusos- y derechos individuales conexos no es nueva, se aprecian dificultades en la jurisprudencia cuando se trata de aplicar esos conceptos al caso concreto. Sin ánimo de reiterar ideas, nos limitamos aquí a subrayar que la acción típica de los intereses supraindividuales es la de cesación, mientras que en el supuesto de derechos individuales conexos la que procede es la acción resarcitoria.

TERCERA.- Puede entenderse superada la discusión en torno a si el consumidor individual ostenta legitimación en relación con los intereses supraindividuales. En la medida en que el interés supraindividual tiene un origen, en última instancia, particular, debe permitirse al consumidor impetrar una tutela en defensa de su interés legítimo propio, independientemente de los efectos directos o indirectos que una eventual sentencia estimatoria de su pretensión pueda generar en otros sujetos que compartan su misma situación jurídica. No obstante lo anterior, el legislador restringe en algunas leyes especiales la legitimación del consumidor individual para interponer una acción de cesación.

CUARTA.- Las asociaciones de consumidores pueden ejercitar acciones en defensa de intereses supraindividuales con apoyo en el art. 11.1 LEC. Esto tiene dos consecuencias: 1ª) no se les exigirá que cumplan las normas de publicidad del art. 15 LEC; 2ª) aunque los consumidores y usuarios sean indeterminados o indeterminables, en ningún caso se aplicará el requisito de la representatividad como elemento determinante de la legitimación de la asociación. También, pueden actuar en defensa de derechos individuales conexos, dependiendo de que los consumidores estén

determinados o sean determinables (art. 11.2 LEC), o éstos estén indeterminados o sean indeterminables (art. 11.3 LEC). En este último supuesto sí deben cumplir el requisito de ser representativas, cualidad que se adquiere al formar parte del Consejo de Consumidores y Usuarios (art. 24.2 TRLDCU), aunque si el hecho dañoso se produce en un ámbito estrictamente autonómico, la determinación del carácter de representativa de una asociación de consumidores vendrá fijado por la legislación autonómica correspondiente.

Por otra parte, hemos concluido que las asociaciones de consumidores pueden perder la legitimación con la que actúan estando pendiente el litigio. No obstante, esa pérdida de legitimación no necesariamente debe desembocar en el archivo del proceso (art. 22 LEC); al contrario, puede sostenerse la aplicación de la *perpetuatio legitimationis*, ya que la subsistencia del interés legítimo al que se refiere el art. 413 LEC puede reconducirse al interés social, base del reconocimiento de la legitimación de las asociaciones, que no desaparece aunque éstas pierdan su legitimación.

En el momento actual, las asociaciones de consumidores tienen derecho a solicitar la asistencia jurídica gratuita, sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos para litigar. Dado el silencio que guarda la LAJG, hemos analizado en qué supuestos de actuación de las asociaciones de consumidores puede generarse este derecho, para concluir, siguiendo una interpretación finalista de los preceptos en juego, que la justicia gratuita sólo se debe conceder cuando las asociaciones litiguen en defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios -tanto intereses supraindividuales como derechos individuales conexos-, no así cuando sostengan un derecho propio o derechos de sus asociados. Esta apreciación se ha plasmado en el Anteproyecto de la nueva Ley de asistencia jurídica gratuita, aún en tramitación, por el que, además, se obligará a las asociaciones de consumidores a acreditar insuficiencia de recursos para que proceda el reconocimiento del derecho.

QUINTA.- El grupo de afectados debe conformarse con la mayoría de los mismos para tener reconocida capacidad para ser parte (art. 6.1.7º LEC). Si de forma sobrevenida pierde la mayoría, por autoexclusión de alguno de sus miembros, somos partidarios del mantenimiento de su capacidad, de acuerdo con el aforismo *ut lite pendente, nihil innovetur*. Ahora bien, para mantener la misma conclusión, cuando la pérdida de esa mayoría se debe a la aparición de nuevos afectados no identificados inicialmente, es preciso que el grupo se haya valido de la diligencia preliminar del art. 256.1.6º LEC, de tal manera que no le sea imputable el desconocimiento de la existencia de esos otros afectados.

Las distintas dificultades procesales que plantea el grupo de afectados han provocado, *de facto*, una huída de los consumidores hacia otras figuras, como la representación a través de una asociación de consumidores y, en particular, la creación de asociaciones de afectados *ad hoc*.

SEXTA.- La figura de las entidades comunitarias habilitadas (art. 6.1.8º LEC) no ha tenido el éxito que cabría esperar. De acuerdo con los últimos datos, a pesar de que existe un número superior a 300 entidades habilitadas en el territorio comunitario, sólo se han interpuesto 70 acciones de cesación transfronterizas. A nuestro juicio, el poco uso de esta vía responde a dos factores: por un lado, los altos costes que supone el ejercicio de una acción de cesación transfronteriza; por otro, que los mismos resultados puede conseguirse acudiendo a la vía menos gravosa prevista en el Reglamento 2006/2004 (art. 8), que permite a un Estado miembro requerir a otro para que adopte medidas dirigidas al cese de la conducta ilícita.

SÉPTIMA.- Entendemos que cuando se ejercita de forma acumulada una acción de cesación y otra resarcitoria, el régimen de publicidad e intervención del art. 15 LEC debe cumplirse, al menos, respecto de la acción resarcitoria. Asimismo, con apoyo en los principios de economía procesal y en la interpretación más favorable para los intereses de los consumidores, se puede sostener que, habiéndose ejercitado en exclusiva una acción de cesación, el consumidor puede intervenir acumulando una acción resarcitoria de su propio derecho.

Si un consumidor alega que no se le realizó la comunicación previa a la que obliga el art. 15.2 LEC, el tribunal debe permitirle formular alegaciones como garantía del derecho de audiencia. Este es el único supuesto que funciona como excepción a la regla que impide a los consumidores intervinientes formular alegaciones en procesos cuyo objeto sean derechos individuales conexos, una vez haya precluído el momento procesal oportuno.

No encontramos justificación al límite preclusivo en la intervención del consumidor del art. 15.3 LEC, por el cual, una vez finalizado el plazo establecido en el llamamiento, los consumidores indeterminados no pueden intervenir. Si el fundamento que sirve de base a dicha limitación es evitar un “goteo” constante de intervenciones de consumidores, no llegamos a comprender bien el porqué no se limita también cuando los consumidores están determinados (art. 15.2 LEC), pues, *ex ante*, el riesgo de intervenciones en distintos momentos, puede ser, como mínimo, igual, teniendo en cuenta, además, que un grupo de consumidores determinable puede ser incluso mayor que uno no

determinable.

OCTAVA.- La diligencia preliminar del art. 256.1.6º LEC, aunque no es obligatoria, constituye un instrumento imprescindible para que el grupo de afectados pueda adquirir capacidad para ser parte. Pero no sólo va a poder hacer uso de esta diligencia el consumidor que pretende formar el grupo, o el representante de un grupo “incompleto”, sino que también es esencial para que las asociaciones de consumidores y las entidades legalmente constituidas puedan cumplir, cuando proceda, la comunicación previa del art. 15.2 LEC. De las resoluciones jurisprudenciales analizadas se puede colegir que cuando en la práctica se deniega la diligencia preliminar, tiene tanto que ver la mala praxis de la asociación de consumidores solicitante (falta de encaje en la diligencia del art. 256.1.6º LEC) como la interpretación rigurosa de los tribunales (falta de fundamentación suficiente por enumeración de acciones que eventualmente se pudieran ejercitar).

La medida de entrada y registro del art. 261.5ª LEC, fuertemente criticada por la doctrina por exigirse únicamente una providencia para acordarla, se ha venido a salvar con la modificación y exigencia de auto, por lo que debe ser siempre una resolución motivada, incluso, se debería hablar de motivación reforzada. La cuestión de inconstitucionalidad pendiente desde el año 2002 sobre este asunto se ha resuelto a finales del año pasado por el TC, aunque no llega a entrar en el fondo del asunto por la existencia de varios defectos procesales.

NOVENA.- El Ministerio Fiscal ha ido cobrando un mayor protagonismo en la tutela de los consumidores y usuarios. Si bien es cierto que su legitimación para iniciar procesos en defensa de los intereses de los consumidores sigue estando legalmente limitada a intereses supraindividuales (art. 11.4 LEC), a partir de la introducción del art. 15.1.II LEC por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, también puede sostener derechos individuales conexos mediante su intervención en procesos iniciados por otros sujetos. Precisamente por tal motivo, surgen voces en defensa de ampliar su legitimación para el inicio de procesos cuyo objeto sean derechos individuales conexos. En favor de esta postura se puede argumentar que la LCGC ya permite al Ministerio Fiscal acumular a la acción de cesación, de manera accesoria, acciones resarcitorias de los derechos de los perjudicados. Pero es que, además, se podría sostener que el “interés social” que justifica la legitimación del Ministerio Fiscal para ejercitar acciones de cesación, subyace también en los derechos individuales conexos.

La decisión de si el Ministerio Fiscal debe intervenir o no, con arreglo al art. 15.1.II LEC,

corresponde en exclusiva a éste. El tribunal se limitará a realizar la comunicación del inicio del proceso. Cuestión distinta es la procedencia de esa comunicación cuando el proceso iniciado verse sobre intereses supraindividuales. Existiendo argumentos válidos en un sentido y en otro, habrá que esperar a la interpretación que realicen nuestros tribunales.

La posibilidad de que el Ministerio Fiscal haga uso de la diligencia preliminar del art. 256.1.6º LEC debe ser rechazada, porque no sirve a los fundamentos por los que está establecida (salvo que se entienda que uno de los fines de la diligencia es favorecer lo dispuesto en el art. 221.1.1ª LEC).

DÉCIMA.- Las nuevas tasas judiciales, de forma contraria al espíritu que informa la legislación española y comunitaria en materia de protección de los consumidores, dibujan un nuevo escenario en el Derecho de consumo. Las restricciones del derecho de acceso de los consumidores -y de los justiciables en general- no se ven compensadas de ninguna manera; al contrario, se refuerza el poder de las grandes empresas frente a los consumidores, por cuanto las tasas pueden ser usadas por aquéllos como un mecanismo de presión en una eventual negociación, sabedores de que muchos consumidores no podrán permitirse acudir a la vía jurisdiccional.

Las asociaciones de consumidores deben hacer frente a una tasa variable que, de ordinario, alcanzará el límite legal de 10.000 €. Si a ello sumamos el cambio previsto en la proyectada Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, por la que se le exigirá a estas personas jurídicas acreditar insuficiencia de recursos para litigar, no resulta osado afirmar que la tutela de los consumidores por la vía de las asociaciones de consumidores tiene que hacer frente a nuevos obstáculos adicionales. Lo mismo se puede predicar de los grupos de afectados, sin que ni siquiera quede claro qué tipo de tasa variable deben abonar. Las modificaciones operadas recientemente en la Ley de tasas tampoco suponen una panacea. Por quedarnos con lo menos malo, podemos destacar la supresión del gravamen sobre las demandas de ejecución de laudos dictados por las Juntas Arbitrales de Consumo, que en un principio conllevaban el pago de tasa. Sin embargo, los consumidores que ejercitan una acción de sustitución o reparación de un bien seguirán pagando tasa, aunque sus pretensiones se ventilen por los trámites del juicio verbal y la cuantía no supere los 2.000 €.

RELACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES ANALIZADAS

• Sobre el concepto de consumidor

- Sentencia Tribunal Constitucional (Pleno), núm. 36/1981, de 12 de noviembre (RTC 1981/36).
- Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Segunda), núm. 67/2011, de 16 de mayo (RTC 2011/67).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 393/2008, de 9 de mayo (RJ 2008/2968).
- Sentencia Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 6º), núm. 98/2008, de 25 de marzo (JUR 2008/163547).
- Auto Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª), núm. 373/2008, de 10 de diciembre (AC 2009/123).
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª), núm. 16/2009, de 15 de enero (AC 2009/31).

- Sentencia Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª), núm. 183/2011, de 16 de junio (JUR 2011/265639).
- Auto Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª), núm. 161/2011, de 20 de septiembre (JUR 2011/376315).
- Sentencia Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1ª), núm. 29/2013, de 15 de enero (JUR 2013/54908).
- Sentencia Juzgado de Primera Instancia de Badalona (nº 6), núm. 106/2011, de 8 de junio (AC 2011/1442).

● **Sobre las tasas judiciales**

- Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), caso *Kreuz c. Polonia*, de 19 de junio de 2001 (TEDH 2001/398).
- Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), caso *Kniat c. Polonia*, de 26 de julio de 2005 (TEDH 2005/78).
- Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), caso *Apostol c. Georgia*, de 28 de noviembre de 2006 (JUR 2006/267037).
- Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), caso *Agromodel Ood c. Bulgaria*, de 24 de septiembre de 2009 (JUR 2009/397642).
- Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), caso *Urbanek c. Austria*, de 9 de diciembre de 2010 (JUR 2010/401082).
- Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), asunto C-279/09, de 22 de diciembre de 2010 (TJCE 2010/413).
- Sentencia Tribunal Constitucional (Pleno), núm. 20/2012, de 16 de febrero (BOE 12-03-2012).
- Sentencia Tribunal Constitucional (Pleno), núm. 79/2012, de 17 de abril (BOE 16-05-2012).
- Sentencia Tribunal Constitucional (Pleno), núm. 85/2012, de 18 de abril (BOE 16-05-2012).
- Sentencia Tribunal Constitucional (Pleno), núm. 103/2012, de 9 de mayo (BOE 05-06-2012).
- Sentencia Tribunal Constitucional (Pleno), núm. 104/2012, de 10 de mayo (BOE 05-06-2012).
- Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera), núm. 116/2012, de 4 de junio (BOE 04-07-2012).

- Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Segunda), núm. 125/2012, de 18 de junio (BOE 09-07-2012).
- Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera), núm. 164/2012, de 1 de octubre (BOE 01-11-2012).
- Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Segunda), núm. 218/2012, de 26 de noviembre (BOE 29-12-2012).

● **Sobre el consumidor individual**

- Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera), núm. 214/1991, de 11 de noviembre (RTC 1991/214).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 25 de febrero de 1993 (RJ 1993/1469).
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), de 3 noviembre de 2003 (AC 2003/1763).
- Sentencia Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6ª), núm. 44/2005, de 2 de febrero (AC 2005/325).
- Sentencia Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5ª), núm. 315/2006, de 21 de septiembre (JUR 2007/16074).

● **Sobre las asociaciones de consumidores**

- Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Segunda), núm. 73/2004, de 22 de abril (RTC 2004/73).
- Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera), núm. 219/2005, de 12 de septiembre (RTC 2005/219).
- Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera), núm. 54/2006, de 27 de febrero (RTC 2006/54).
- Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera), núm. 217/2007, de 8 de octubre (RTC 2007/217).
- Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Segunda), núm. 131/2009, de 1 de junio (RTC 2009/131).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única), núm. 676/2003, de 7 de julio (RJ 2003/4332).

- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 567/2006, de 12 de junio (RJ 2006/3361).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 1079/2006, de 3 de noviembre (RJ 2007/683).
- Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 22 de mayo de 2007 (RJ 2007/6257).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 5 de febrero de 2008 (RJ 2008/1936).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 473/2010, de 15 de julio (RJ 2010/6049).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 861/2010, de 29 de diciembre (RJ 2011/148).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 30 de mayo de 2011 (RJ 2011/4826).
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), de 31 de mayo de 2002 (JUR 2002/209348).
- Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª), núm. 33/2004, de 22 de enero (AC 2004/406).
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), núm. 351/2005, de 13 de julio (AC 2006/1590).
- Sentencia Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª), núm. 347/2006, de 31 de julio (AC 2007/108).
- Sentencia Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª), núm. 603/2006, de 16 de noviembre (AC 2007/977).
- Sentencia Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª), núm. 21/2007, de 30 de enero (AC 2007/356).
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª), núm. 159/2010, de 22 de marzo (JUR 2010/175837).
- Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª), de 7 de octubre de 2011 (AC 2011/1569).
- Sentencia Audiencia Provincial de León (Sección 1ª), núm. 88/2012, de 2 de marzo (AC 2012/727).
- Sentencia Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cáceres (nº 1), de 18 de diciembre

de 2011 (AC 2011/1581).

● **Sobre los grupos de afectados**

- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Civil y Penal), núm. 16/1996, de 4 de noviembre (RJ 1996/8077).

- Sentencia Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª), núm. 65/2002, de 11 de marzo (JUR 2002/118864).

- Sentencia Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2ª), núm. 156/2002, de 3 de octubre (JUR 2002/283169).

- Sentencia Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª), núm. 492/2003, de 10 de septiembre (JUR 2003/257375).

- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª), núm. 214/2006, de 28 de abril (JUR 2006/261567).

- Auto Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª), núm. 105/2010, de 13 de abril (JUR 2010/218568).

- Sentencia Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 5ª), núm. 262/2012, de 23 de mayo (JUR 2012/209632).

● **Sobre el Ministerio Fiscal**

- Auto Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 3ª), núm. 18/2013, de 15 de febrero (AC 2013/100).

● **Sobre la diligencia preliminar del art. 256.1.6º LEC**

- Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera), núm. 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996/207).

- Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera), núm. 25/2005, de 14 de febrero (RTC 2005/25).

- Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera), núm. 96/2012, de 7 de mayo (RTC 2012/96).

- Sentencia Tribunal Constitucional (Pleno), núm. 222/2012, de 27 de noviembre (BOE 29-12-2012).

- Auto Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), núm. 19/2007, de 12 de septiembre (JUR 2008/148705).
- Auto Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), núm. 112/2004, de 23 de abril (JUR 2004/247420).
- Auto Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), núm. 78/2010, de 21 de mayo (JUR 2010/238273).
- Auto Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª), núm. 125/2010, de 1 de junio (JUR 2010/250861).
- Auto Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª), núm. 212/2010, de 8 de julio (JUR 2010/311075).
- Auto Audiencia Provincial de Gerona (Sección 1ª), núm. 11/2011, de 31 de enero (JUR 2011/147998).
- Auto Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), núm. 13/2011, de 4 de febrero (AC 2011/378).
- Auto Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª), núm. 135/2011, de 31 de mayo (AC 2011/1347).

● **Sobre la intervención**

- Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 26 de octubre de 2004 (RJ 2005/2532).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 375/2010, de 17 de junio (RJ 2010/5407).
- Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 861/2010, de 29 de diciembre (RJ 2011/148).
- Sentencia Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5ª), de 22 de enero de 2004 (AC 2004/5).
- Auto Audiencia Provincial de Gerona (Sección 2ª), núm. 7/2006, de 18 de enero (AC 2006/276).
- Sentencia Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª), núm. 168/2006, de 26 de abril (JUR 2006/272575).
- Auto Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), núm. 160/2008, de 28 de mayo (JUR 2008/212676).
- Auto Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), núm. 13/2011, de 4 de febrero (AC

2011/378).

- Auto Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 3ª), núm. 18/2013, de 15 de febrero (AC 2013/100).

- Auto Juzgado de Primera Instancia de Madrid (nº 17), de 18 de noviembre de 2002 (AC 2003/363).

- Sentencia Juzgado de Primera Instancia de Madrid (nº 17), de 15 de diciembre de 2006 (JUR 2007/43930).

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos doctrinales

- ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo (con otros autores): *Derecho procesal civil*, T. I, Ed. Tórculo Edicions, Santiago de Compostela, 2007.
- ARIZA COLMENAREJO, María Jesús: *La acción de cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2012.
- ARNAU RAVENTÓS, Lidia: “La noció de consumidor: la incorporació de les normes en matèrie de contractació amb consumidors al llibre sisé del Codi Civil de Catalunya” en *Revista Catalana de Dret Privat*, nº 9, Barcelona, 2008.
- BACHARACH DE VALERA, Sol: *La acción de cesación para la represión de la competencia desleal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.
- BACHMAIER WINTER, Lorena: “La nueva ley de enjuiciamiento civil y los daños con múltiples víctimas. Cuestiones procesales relativas a la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios por el grupo de afectados” en *Derecho del consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía*, Separata, Estudios de Derecho Judicial, 2001.
- *La asistencia jurídica gratuita*, 2ª edición, Ed. Comares, Granada, 1999.
- BANACLOCHE PALAO, Julio: *Las diligencias preliminares*, Ed. Civitas, Madrid, 2003.
- BARONA VILAR, Silvia: “Diligencia preliminar específica de determinación de los integrantes de los integrantes del grupo de afectados” en *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. BARONA VILAR), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- “Acciones de cesación, retractación y declarativa” en *Grandes Tratados*, Ed. Aranzadi, Navarra, abril de 2000.

- BENTHAM, Jeremy, *Una protesta contra las tasas judiciales* (edición preparada por DE LA OLIVA SANTOS), Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2013.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Comentario del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: Real Decreto Legislativo 1/2007*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo: “La protección jurisdiccional de los intereses de grupo (colectivos y difusos): estado de la cuestión en España” en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación: estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete* (coord. GIMENO SENDRA), Ed. Iustel, Madrid, 2007.
- BUSTO LAGO, José Manuel: “Pluralidad de consumidores afectados: legitimación activa” en *Grandes Tratados*, Ed. Aranzadi, Navarra, septiembre de 2008.
- CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos: *La tutela judicial del tercero. Estudio sobre la legitimación indirecta, individual y colectiva, en el proceso civil*, Ed. Dijusa, Madrid, 2005.
- CALDERÓN CUADRADO, M^a Pía y ANDRÉS CIRUANA, Baldomero: “La sentencia dictada en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios” en *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. BARONA VILAR), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: “El concepto legal de consumidor en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos” en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, núm. 1, Ed. UC3M, Madrid, marzo de 2011.
- CARRASCO PERERA, Ángel: “La defensa de los consumidores y usuarios: ámbito de aplicación y alcance de la refundición”, dentro del *Proyecto de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo*, concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, resolución de 23 de diciembre de 2011, Castilla-La Mancha.
- “¿Acciones de clase en el proceso civil?” (con GONZÁLEZ CARRASCO) en *Aranzadi*

Civil-Mercantil, núm. 3/2001, Pamplona, 2001.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: “El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias” en *Aranzadi Civil*, nº 1, Navarra, 2008.

CHOZAS ALONSO, José Manuel: *La perpetuatio iurisdictionis, un efecto procesal de la litispendencia*, Ed. Comares, Granada, 1995.

CORDÓN MORENO, Faustino: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con otros autores), Volumen I, 2ª edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011.

- “De nuevo sobre la legitimación” en *Revista de derecho procesal*, núm. 1, 1997.

CUBILLO LÓPEZ, Ignacio José (coord., con otros autores): *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2010.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración* (con DÍEZ PICAZO-GIMÉNEZ), 3ª edición, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2004.

- “Proceso y derechos fundamentales” en *Derecho procesal civil. Introducción*, 3ª edición, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2004.

- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con otros autores), Madrid, Ed. Civitas, 2001.

- *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional: la persona ante la administración de justicia: derechos básicos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1980.

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda: *La tutela jurisdiccional civil de los intereses de consumidores y usuarios*, Ed. Edisofer, Madrid, 2005.

DEL CARPIO FIESTAS, Verónica: “Justicia para el que pueda pagarla. Un alegato contra las tasas con ejemplos de procesos civiles de consumo” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 4, Ed. Centro de Estudios de Consumo, octubre de 2012, Castilla-La Mancha.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración* (con DE

LA OLIVA SANTOS), 3ª edición, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2004.

- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con otros autores), Madrid, Ed. Civitas, 2001.

GARBERÍ LLOBREGAT, José (director, con otros autores): *Los procesos civiles: comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con formularios y jurisprudencia*, Tomo I, 2ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 2010.

- *Capacidad, postulación y legitimación de las partes en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2009.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Pedro: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. CORDÓN MORENO y otros), Volumen I, 2ª edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011.

GARNICA MARTÍN, Juan Francisco: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. FERNÁNDEZ BALLESTEROS y otros), Vol. I, Ed. Iurgium, Barcelona, 2000.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: “Acción colectiva de los usuarios frente a la entidad concesionaria de una autopista como consecuencia de las retenciones provocadas por una nevada (algunas consideraciones a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010)” en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6/2011, Pamplona, 2011.

- “Procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de los consumidores y usuarios” en *La defensa de los consumidores y usuarios* (dir. REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO), Ed. Iustel, Madrid, 2011.

- *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2010.

GIANNINI, Leandro José: *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, Ed. Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2007.

GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: *Código modelo de procesos colectivos, un diálogo iberoamericano*, Ed. Porrúa, México D.F., 2008.

- *Procesos colectivos: la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, Ed. Porrúa, México D.F., 2003.

- GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho procesal civil. I, El proceso de declaración. Parte general*, 2ª edición, Ed. Colex, Madrid, 2007.
- *Derecho procesal civil. II, Los procesos especiales*, Ed. Colex, Madrid, 2005.
- GONZÁLEZ CANO, María Isabel: “El interés colectivo en materia de consumo: tipología, capacidad y legitimación” en *Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso*, Ed. Reus, Madrid, 2009.
- *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen: “Requisitos de constitucionalidad de la tasa aplicable al acceso a la administración de justicia prevista por la derogada ley 53/2002 y consecuencias en torno a la constitucionalidad de la actualmente vigente (Ley 10/2012, de 20 de noviembre)” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 4, Ed. Centro de Estudios de Consumo, octubre de 2012, Castilla-La Mancha.
- GONZÁLEZ GRANDA, Piedad: “Protección judicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico” en *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4/2007, Barcelona, octubre de 2007.
- GONZÁLEZ PILLADO, Esther: “Intervención de terceros en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios” en *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje* (coord. GONZÁLEZ PILLADO), Ed. Tecnos, Madrid, 2010.
- *La intervención voluntaria de terceros en el proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GRANDE SEARA, Pablo: “Capacidad y legitimación en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios” en *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje* (coord. GONZÁLEZ PILLADO), Ed. Tecnos, Madrid, 2010.
- GUASP, Jaime y ARAGONESES, Pedro: *Derecho procesal civil. Introducción y parte general*, T. I, 7ª edición, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. CORDÓN MORENO y otros), Volumen I, 2ª edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011.

- *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1999.

GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles: *La asistencia jurídica gratuita en el proceso civil*, Ed. Colex, Madrid, 1998.

HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. CORDÓN MORENO y otros), Vol. I, 2ª edición, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2011.

- *Jurisdicción y competencia en materia de consumidores*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

JIMÉNEZ FORTEA, Francisco Javier: “La capacidad en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores” en *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva ley de enjuiciamiento civil* (coord. BARONA VILAR), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

LACUEVA BERTOLACCI, Rodrigo: *Acción ejecutiva de consumidores y usuarios: el art. 519 LECiv*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Ed. Comares, Granada, 2011.

LORCA NAVARRETE, Antonio María: “La regulación de las diligencias preliminares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Una regulación inconstitucional” en *Diario La Ley*, núm. 5146, de 22 de septiembre de 2000.

MARÍN LÓPEZ, Juan José: “Las acciones de clase en el derecho español” en *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3/2001, Barcelona, julio de 2001.

- “El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación” en *Condiciones Generales de la Contratación y cláusulas abusivas* (dir. NIETO CAROL), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000.

- *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y SALAS HERNÁNDEZ), Ed. Civitas, Madrid, 1992.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena: “La legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios” en *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. BARONA VILAR), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MONSALVE DEL CASTILLO, Rafael y PORTILLO CABRERA, Estefanía: “Legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de las acciones colectivas en defensa del interés general” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2011, Pamplona, 2011.

MONTERO AROCA, Juan: *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil* (con otros autores), 18ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- *De la legitimación en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007.

MONTÓN GARCÍA, María Lidón: “Legitimación de asociaciones y entidades para la defensa de intereses de consumidores y usuarios. Significación y consecuencias de los conceptos estar legalmente constituidas y ser representativas conforme a la ley”, en *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 2, Ed. La Ley, Madrid, 2005.

MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal civil. Parte general* (con CORTÉS DOMÍNGUEZ), 6ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

- “Sentencias dictadas en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios” en *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje* (coord. GONZÁLEZ PILLADO), Ed. Tecnos, Madrid, 2010.

- *Proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios, Vol. I* (con otros autores), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

MUÑOZ ÁLVAREZ, Guadalupe: “La protección europea de los consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 576, Pamplona, 2003.

OROMÍ VALL-LLOVERA, Susana: *Intervención voluntaria de terceros en el proceso civil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.

PARRA LUCÁN, María Ángeles: “Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos” en *Tratado de responsabilidad civil* (coord. REGLERO CAMPOS), 4ª edición, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2008.

PASCUAL SERRATS, Rosa: “La intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios” en *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. BARONA VILAR), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea: “La intervención de los consumidores afectados en procesos colectivos” en *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca: liber amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños* (coord. GÓMEZ COLOMER y otros), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

SAMANES ARA, Carmen: *Las partes en el proceso civil*, Ed. La Ley, Madrid, 2000.

SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín: “Las acciones colectivas de grupo” en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 22/2003, Pamplona, 2004.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. CORDÓN MORENO y otros), Volumen I, 2ª edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011.

Otros recursos utilizados

● Informe del Consejo Fiscal, de 3 de mayo de 2010, sobre el anteproyecto de Ley de contratos de crédito al consumo, Madrid.

<http://www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D%27INFORME+CF+LEY+CREDITO+AL+CONSUMO.pdf%27&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1246969173791&ssbinary=true>.

● Circular 2/2010, de la Fiscalía General del Estado, de 19 de noviembre, acerca de la intervención

del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios <http://www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D%27Circular+2-2010.pdf%27&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1246969287797&ssbinary=true>.

- Memoria de la Fiscalía General del Estado, enero de 2012, Madrid http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1242052134611&language=es&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_memorias&selAnio=2012.
- Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 21 de marzo de 2013, al anteproyecto de la Ley de asistencia jurídica gratuita, Madrid, poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPI/Informes.
- Libro verde, de la Comisión Europea, sobre recurso colectivo de los consumidores, noviembre de 2008 [COM (2008) 794 final] (ec.europa.eu/consumers/redress_cons/greenpaper_es.pdf).
- Informe, de 6 de noviembre de 2012, de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre la aplicación de la Directiva 2009/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores [COM(2012) 635 final] (ec.europa.eu/consumers/enforcement/docs/report_inj_2012_es.pdf).
- Carta de Servicios del Instituto Nacional de Consumo, periodo 2011-2014, aprobada por Resolución de 7 de julio de 2011, de la Subsecretaría de Sanidad, Política Social e Igualdad, BOE 28/07/2011 (consumo-inc.gob.es/queeselinc/pdf/carta.pdf).
- Westlaw.- Base de datos jurídica de Aranzadi (westlaw.es).
- CENDOJ.- Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (www.poderjudicial.es/search/index.jsp).
- Buscador de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (hj.tribunalconstitucional.es).
- RAE.- Real Academia Española (rae.es).
- Blog de Andrés de la Oliva Santos (andresdelaoliva.blogspot.com.es).
- Blog de Verónica del Carpio Fiestas (veronicadelcarpio.wordpress.com).