

**COMENTARIO AL ARTÍCULO 16 [LEGITIMACIÓN ACTIVA] DE LA
LEY SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN**

Fernando GASCÓN INCHAUSTI
Departamento de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid
fgascon@ucm.es

Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, obra colectiva dirigida por Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Ed. Civitas, Madrid, 2002, págs. 681-726.

ISBN: 84-470-1773-7.

Documento depositado en el repositorio institucional E-prints Complutense
<http://eprints.ucm.es/>

Los números de página de este documento no se corresponden con los del texto publicado.

Artículo 16 **Legitimación activa***

Las acciones previstas en el artículo 12 podrán ser ejercitadas por las siguientes entidades:

1. Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros.

2. Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

3. Las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas y que tengan estatutariamente encomendada la defensa de éstos.

4. El Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.

5. Los colegios profesionales legalmente constituidos.

6. El Ministerio Fiscal.

SUMARIO

1. La legitimación activa para el ejercicio de las acciones colectivas y sus titulares. — 2. Insuficiencia de la legitimación para el éxito de la acción y necesidad de interés en el demandante. — 3. Tratamiento procesal de legitimación e interés.

COMENTARIO

1. La legitimación activa para el ejercicio de las acciones colectivas y sus titulares.

§. Una vez determinadas ya aquellas cuestiones que afectan al órgano jurisdiccional competente y al procedimiento adecuado para la tramitación de estas acciones colectivas, los artículos 16 y 17 –en buena parte, también lo hacía el derogado art. 18– abordan las cuestiones relativas a las partes. La finalidad de estos preceptos es la de esclarecer entre quiénes se van a sustanciar estos procesos, pues su carácter colectivo hace que, *a priori*, no esté predeterminado de forma necesaria ni a quién corresponde el ejercicio de las acciones previstas en el art. 12 ni, aunque en menor medida, frente a quién.

En efecto, si de procesos individuales se tratara (véase el comentario al art. 9), el tema de la legitimación no requeriría regulación expresa de ningún tipo: salvo que el legislador tuviera la intención de permitir el ejercicio de la acción individual a un sujeto distinto del adherente (para lo cual sería necesaria una norma que expresamente se lo permitiera, como podría suceder en virtud del art.

* Por Fernando GASCÓN INCHAUSTI, Doctor en Derecho, Profesor Ayudante de Derecho Procesal en la Universidad Complutense de Madrid.

20 de la LGDCU), se da por supuesto que el proceso se entablará entre éste y el predisponente, de forma que la legitimación se resolverá en la simple afirmación al inicio del proceso de que el actor es titular de la acción, y de que ésta le compete frente al demandado¹. Así lo establece con claridad el párrafo primero del art. 10 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, a tenor del cual “serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”.

Sin embargo, siendo acciones colectivas, su construcción escapa a los esquemas clásicos sobre los que se construye tradicionalmente la legitimación en el proceso civil². En efecto, a través de estas acciones no se trata de poner de relieve la infracción o amenaza por el demandado de un derecho o posición jurídica del demandante; antes bien, estas acciones sirven a la defensa de intereses de carácter supraindividual, cuya *titularidad* no puede predicarse de persona concreta. Como tiene señalado la doctrina alemana, el objeto de estas acciones es *la protección del tráfico jurídico, «liberándolo» o «purgándolo» de condiciones generales de la contratación que resulten contrarias a la ley*³. En otros términos, cuando pasamos del plano individual al colectivo, desaparecen los derechos subjetivos⁴ como fundamento del ejercicio de las acciones previstas

¹ Cfr. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 39-40, 88; DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil* (con FERNÁNDEZ LÓPEZ), 4ª ed., Ed. C.e.r.a., Madrid, 1995, págs. 496-506; y ello, a pesar de las opiniones radicalmente divergentes que sostienen ambos autores en relación con el concepto y función de la legitimación en el proceso civil.

² Si es que de “construcción tradicional” pudiera hablarse con propiedad en relación con la legitimación; al respecto, y sobre la necesidad de estar abiertos a los cambios que impone la continua evolución de la vida social, cfr. MONTERO AROCA, *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Granada, 1997, págs. 199-201.

³ Cfr., entre otros HENSEN, *AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (con ULMER y BRANDNER), 6ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Colonia, § 13-1, pág. 987; GERLACH, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Tomo 1, 2ª ed., Ed. C.H. Beck, Munich, 1984, AGBG § 13-6, pág. 1844; HEINRICHS, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 52ª ed., Ed. C.H. Beck, Munich, 1993, AGBG 13, págs. 2441-2442.

⁴ En la doctrina alemana, no obstante, parece sostenerse un criterio opuesto a éste. En efecto, parece opinión generalizada entre los autores alemanes (cfr. HENSEN, *AGB-Gesetz, cit.*, § 13-23, pág. 998; GERLACH, *MüKo-BGB, cit.*, AGBG § 13 -7 y sigs., págs. 1844 y sigs.; HEINRICHS, *Palandt-BGB, cit.*, vor § 13 AGBG-2, pág. 2442) la de que el § 13 del *AGB-Gesetz* hace nacer en los sujetos a que se refiere el párrafo 2º (los legitimados para el ejercicio de las acciones de cesación y retractación) un derecho subjetivo y material a obtener de cualquiera de los legitimados pasivos la cesación o la retractación en cuestión. En nuestra modesta opinión, estas afirmaciones no pueden realmente sostenerse, pues de lo contrario tales pretensiones podrían válidamente hacerse valer con carácter extraprocesal, cosa que, creemos, no puede suceder. De forma más coloquial, sostener esto es en cierta medida “empezar la casa por el tejado”: que la ley las legitime para el ejercicio de unas acciones colectivas no supone necesariamente que ostenten un derecho subjetivo material a aquello que constituye el contenido de la acción cuya titularidad se les ha atribuido; tan sólo que pueden pedirlo en juicio, porque así lo ha querido el legislador. El contenido de ese hipotético “derecho”, por tanto, sólo es procesal, pues sólo en

en la ley, y pasan a un primer plano conceptos o nociones “nuevos” y diversos, como son el de “interés colectivo”, “interés difuso” o “interés público”.

§. La ausencia de derecho subjetivo alguno que haya de ser violado para que proceda el ejercicio de la acción es la causa de que, expresamente, deba el legislador redactar un precepto como el art. 16. La legitimación ya no puede consistir en el simple afirmarse titular del derecho subjetivo violado por el demandado, pues no hay derecho subjetivo de relevancia en este proceso. *No existe, por tanto, un “legitimado nato” o “natural” para el ejercicio de estas acciones.* Sin embargo, porque así lo exige la propia naturaleza del proceso, es necesaria la existencia de dos partes. Si la determinación apriorística de la parte demandada puede resultar en apariencia más sencilla (de ella nos ocupamos, no obstante, al comentar el artículo siguiente), la determinación de quién debe asumir el papel activo en el proceso no puede hallarse fuera de la voluntad del legislador. Es él quien, al decidir quiénes están legitimados activamente para su ejercicio, atribuye *ex novo* (y *ex lege*) la titularidad de la acción a determinados sujetos o entidades que, de suyo, no tienen derecho previo alguno a ello⁵.

En definitiva, el art. 16 de la Ley procede a efectuar una atribución *ex lege* de la titularidad de las acciones colectivas a determinadas entidades. Se trata de aquéllas que, a juicio del legislador –un juicio que no puede separarse de las coordenadas históricas y sociales vigentes en el momento en que se formula–, gozan de la “representatividad adecuada” de los intereses que, en un plano colectivo, pone en tela de juicio el fenómeno de la contratación en masa apoyada en condiciones generales. Puesto que, en principio, nadie tiene al margen de la ley⁶ un derecho al ejercicio de acciones para la tutela de derechos

juicio puede realmente verse satisfecho. Cosa distinta será que, extraprocesalmente, alguno de los legitimados activos del art. 16 pueda solicitar de alguno de los legitimados pasivos del art. 17 la cesación en la utilización de una condición ilícita, la retractación en su recomendación o la inscripción en el Registro de una determinada condición válida; si el segundo accede a ello, no será porque reconozca el derecho del solicitante a obtener de él esa prestación, sino por otros motivos (especialmente, ante el temor de que interponga frente a él una acción colectiva que pueda prosperar, precisamente porque el legitimado activo del art. 16 lo que sí tiene es derecho a obtener de los jueces alguna de las tutelas antes mencionadas). Expresado procesalmente, se trata de supuestos en que hay *acción sin derecho* (cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil* –con FERNÁNDEZ LÓPEZ–, *cit.*, pág. 498).

⁵ En la medida en que nadie es titular *proprio* de derechos o intereses en esta materia –sino que, a lo más, es el depositario o el valedor de los mismos–, no se puede entender infringido el derecho que el art. 24.1 CE reconoce a todos para obtener la tutela judicial efectiva de *sus* derechos e intereses legítimos (cfr. sobre las implicaciones constitucionales de la legitimación, y su relación con el art. 24.1 CE, MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, *cit.*, págs. 41-44).

⁶ Como veremos en breve, a tenor del art. 20.1 LGDCU y del art. 11.1 de la nueva LEC –aunque este segundo precepto es posterior en el tiempo a la LCGC–, las asociaciones de consumidores serían tal vez los únicos con derecho *per se* a estar en la lista del art. 16 LCGC; pero no por su naturaleza, sino porque la ley, *otra ley* en este caso, les ha atribuido ya la aptitud, a los ojos de la sociedad, para tutelar de forma supraindividual los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

supraindividuales, es el legislador a quien corresponde tal decisión. En otras palabras, dado el carácter “abstracto” de las acciones colectivas y de los intereses supraindividuales –no radicables en persona determinada alguna– que se quiere tutelar con ellas, no se puede encontrar a ningún sujeto o entidad cuya legitimación *deba* ser reconocida, pero sí varios *sujetos a los que resulta (muy) conveniente atribuírsela*, porque, de hecho, desempeñan en la vida jurídica funciones de tutela de los diversos intereses relacionados con la contratación en masa y que pueden verse afectados como consecuencia de la utilización de condiciones generales contrarias a la ley.

§. De ahí se deriva la clara *contingencia* de las concretas personas o entidades a las que se atribuye la legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas en materia de condiciones generales de contratación. Así nos lo demuestra la experiencia legislativa comparada. En Alemania, el art. 13.2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (*AGB-Gesetz*, de 1976, reformada por última vez en 1996, para incorporar las exigencias derivadas de la Directiva) atribuye esta legitimación: (1) a las agrupaciones constituidas para la defensa de los intereses de los consumidores; (2) a las asociaciones destinadas a la promoción de intereses comerciales e industriales; y (3) a las Cámaras de Comercio e Industria, así como a las Cámaras de Artesanía. Como puede verse, un grupo de sujetos más reducido que el establecido por nuestro legislador. Distinto al alemán, y también al nuestro, es el círculo de los legitimados en el Ordenamiento portugués al amparo del art. 26 del Decreto-ley 446/85 de 25 de octubre (modificado, también como consecuencia de la transposición de la Directiva comunitaria, a través del Decreto-ley de 31 de agosto de 1995): (1) asociaciones de defensa de los consumidores; (2) asociaciones sindicales, profesionales o de intereses económicos; y (3) el Ministerio público. En Italia, por último, sólo se prevé la actuación judicial frente a las condiciones generales en la medida en que resulten abusivas para los consumidores; y la acción inhibitoria prevista por el art. 1469-*sexies* del *Codice civile* sólo podrá ser ejercitada por: (1) las asociaciones que representen a los consumidores; (2) las asociaciones que representen a los profesionales; (3) las Cámaras de comercio, industria, artesanía y agricultura.

Resulta evidente, por tanto, que la concreta determinación de las personas a las que se atribuye la titularidad de las acciones colectivas responde a una elección del legislador, para la cual las opciones eran extensas al máximo: desde los sujetos individuales, pasando por grupos más o menos organizados, entes públicos y personas jurídicas privadas. De hecho, el círculo de las personas inicialmente legitimadas en el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno era más reducido que el de las que finalmente se incorporaron al texto legal tras la tramitación parlamentaria. En concreto, los legitimados mencionados en los n^{os} 5 –Colegios profesionales– y 6 –Ministerio Fiscal– fueron añadidos en el Congreso de los Diputados tras el éxito de una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán⁷.

⁷ En concreto, se trata de la Enmienda núm. 92 (*B.O.C.G.*, Congreso, Serie A, Núm. 78-6, 23 de octubre de 1997), cuya *Justificación* fue la siguiente: “Los colegios profesionales ostentan la

Y, aunque nada –al menos desde un plano conceptual– se habría opuesto a la atribución de legitimación a las personas físicas afectadas por las condiciones –o incluso, de aquéllas interesadas sin más en hacer valer lo establecido en la Ley–, y a pesar de que se intentó por el Grupo Parlamentario Federal IU-IC a lo largo del *iter* parlamentario de la Ley, tanto en el Congreso como en el Senado⁸, su inclusión en la lista de legitimados del artículo 16 fue expresamente rechazada.

§. El resultado es que nuestra Ley ha optado, al menos en nuestra opinión, por un sistema *amplio* en la concesión de legitimación (aunque, como veremos en breve, no todo legitimado podrá válidamente ejercitar acciones colectivas en cualquier caso y frente a cualquier profesional) pero, eso sí, *limitado* a ciertas personas jurídicas o, como gráficamente establece el tenor literal del art. 16, a ciertas “entidades”. Con lo cual:

a) *Se quiere cortar el paso a una acción popular o cuasi-popular en esta materia, pues no cualquiera tiene acceso a estos procesos colectivos. Así, en primer término, no es suficiente con afirmar el interés en el respeto de la legalidad para estar legitimado (en cuyo caso nos encontraríamos ante una acción popular⁹). Y tampoco basta con verse de algún modo “afectado” por las cláusulas que se impugnan: esto último aleja el régimen de estas acciones colectivas de los supuestos de legitimación extendida y cuasi-popular que se recogen en la Ley General de Publicidad y en la de Competencia Desleal.*

defensa de derechos de carácter general, por lo cual pueden verse afectadas por el contenido de determinadas condiciones generales. Y por otra parte, al Ministerio Fiscal en los términos del artículo 124 de la Constitución le corresponde la defensa de los intereses generales”.

⁸ Así, la Enmienda núm. 63 propuesta por este Grupo Parlamentario en el Congreso (*B.O.C.G., loc. supra cit.*) y la núm. 10 en el Senado (*B.O.C.G., Senado, Serie II, Núm. 69, 3 de marzo de 1998*), ambas de idéntico contenido, pretendían extender la legitimación a “Las personas físicas o jurídicas afectadas”, con la *Motivación* siguiente: “Es elemental que las personas directamente afectadas por un contrato puedan llevar a cabo las acciones civiles o penales oportunas, al amparo de lo establecido en el artículo 24.1 de la Constitución sobre el derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales, y lo dispuesto en el artículo 7.2 de la Directiva que se pretende trasponer”. La razón por la que la enmienda no fue aceptada aparece reflejada en los debates en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso, en boca del Sr. López-Medel Bascones (del Grupo Parlamentario Popular), y consiste en “que confunde las acciones colectivas, que sólo pueden ser ejercitadas por las entidades o corporaciones encargadas de la defensa de intereses colectivos, con las acciones individuales que aparecen reguladas en el capítulo II de esta ley y que podrán ser interpuestas por las personas físicas y jurídicas afectadas” (*Diario de Sesiones, Comisiones*, 10 de febrero de 1998, núm. 370, pág. 10910). A nuestro juicio, estos asertos son erróneos: aunque parece lógico que las acciones colectivas sean ejercitadas también por entes más o menos “colectivos”, lo que realmente las define es el tipo de interés que se trata de tutelar con ellas, de naturaleza supraindividual y de efectos más bien indeterminados, interés que puede ser puesto “en tela de juicio” por cualquiera que acredite la necesidad de protegerlo. De forma que, si se excluye a los individuos como titulares de la acción, el fundamento debe radicar en motivos de índole distinta (y a los que nos referiremos más adelante, al ocuparnos de la finalidad del art. 16 y, en general, del papel de la legitimación activa dentro del sistema de las acciones colectivas).

⁹ Cfr. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil, cit.*, pág. 73.

En efecto, el art. 25.1 de la LGP legitima, para el ejercicio de la acción de cesación o rectificación de la publicidad ilícita a “los órganos administrativos competentes, las asociaciones de consumidores y usuarios, *las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo*”. Y, a tenor del art. 19.1 de la LCD, las acciones declarativa de deslealtad del acto, de cesación, de prohibición, de remoción de sus efectos, de rectificación de informaciones y de resarcimiento de los daños y perjuicios pueden ser ejercitadas por “*cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal*”¹⁰.

En los supuestos que nos ocupan ahora, el paralelismo con los recién mencionados es grande: se trata, en cierta medida, no de reclamar lo que es propio, sino de impugnar, atacar una determinada actividad o acto (una publicidad ilícita, un acto de competencia desleal, la utilización de una cláusula contraria a la ley) que afecta a un interés de carácter general, y en relación con el cual es difícil sostener la existencia sin más de relaciones jurídicas, al menos bajo la forma definida de derechos subjetivos¹¹. Sin embargo, frente a esa extensión de la legitimación operada por las leyes de publicidad y competencia desleal –y tal vez con la sana intención de evitar las dudas e inseguridades que la regulación de éstas ha generado, v.g., para determinar los efectos de la sentencia y de la cosa juzgada–, la LCGC ha preferido establecer una “barrera” y crear un círculo de sujetos posibles legitimados. En los supuestos anteriores (publicidad ilícita y competencia desleal), el interés asume un papel como legitimante, de modo que no es posible conocer *a priori* quiénes van a poder ejercitar la acción, aunque se les exigirá para ello acreditar un interés. En éstos, en cambio, interés y

¹⁰ Además, en virtud del art. 19.2 LCD, las acciones mencionadas, salvo la de resarcimiento, también podrán ejercitarse por las siguientes entidades: a) las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos *cuando resulten afectados los intereses de sus miembros*; b) las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto a que el acto de competencia desleal perseguido *afecte directamente a los intereses de los consumidores*. De modo general, sobre la legitimación en materia de competencia desleal, cfr. BARONA VILAR, *Competencia desleal*, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 1999 y BELLIDO PENADÉS, *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Ed. Comares, Granada, 1998, págs. 184 y sigs.

¹¹ De ahí su semejanza con “procesos al acto” y con el proceso contencioso-administrativo, como pone de relieve el hecho de que, en estas tres materias, también hubiera sido válido un sistema de control administrativo tanto de la lealtad de los actos de competencia, como de la licitud de la publicidad (véase la Directiva 85/450, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa –DOCE L 250 de 19 de septiembre de 1984, pp. 17 y ss.–) o de la conformidad con la Ley de las cláusulas (véase la propia Directiva 93/13, que no prejuzga la naturaleza jurisdiccional o administrativa del sujeto encargado de verificar si las condiciones generales tienen carácter abusivo y de proveer a la cesación en su aplicación). La analogía entre el proceso a que da lugar la acción colectiva de cesación y el contencioso-administrativo también se pone de relieve por la doctrina alemana (cfr. por todos HEINRICHS, *Palandt-BGB, cit.*, vor § 13-2, pág. 2442).

legitimación se escinden y pasan a cumplir funciones diferentes: la legitimación, como veremos con mayor extensión, simplemente determina quién puede *en abstracto y de forma general y absoluta* utilizar las acciones definidas en el art. 12, y será el interés el que, en cada caso concreto, *actualice* lo que es meramente potencial y permita al legitimado impetrar con éxito la tutela de los tribunales.

b) *Pero además, la lista tasada y cerrada del art. 16 excluye cualquier virtualidad a la entrada en juego de los “grupos” a que se refiere el art. 7.3 LOPJ: sólo aquellos grupos que revistan alguna de las formas del art. 16 (básicamente del nº 1 y del nº 3) podrán actualizar la previsión de ese texto legal¹². Es cierto que la virtualidad de este precepto se ha visto reforzada con la previsión que hace el art. 6.1.7º de la nueva LEC, que reconoce capacidad para ser parte a “los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables”. Sin embargo, nos parece dudoso que este precepto pueda alterar en algo el sistema de lista cerrada del art. 16 LCGC, al menos por los siguientes motivos: en primer lugar, resulta discutible que el empleo de condiciones ilícitas pueda considerarse sin más como un “hecho dañoso”; en segundo término, porque no siempre los perjudicados por el empleo de condiciones generales nulas son sujetos que ostentan la condición de “consumidores” o de “usuarios”; finalmente, y sobre todo, porque –aun asumiendo lo anterior– será difícil que los afectados (es decir, los adherentes de contratos fundados en condiciones generales) lleguen a estar determinados o pueda llegar a decirse que son fácilmente determinables¹³: y sin esa concreción los grupos de afectados carecen de legitimación para pretender la tutela de los*

¹² De forma tradicional se ha entendido que este texto contiene únicamente una proclamación de principios carente de virtualidad práctica *per se*, que no es un precepto de aplicación directa, sino que, para ser realmente operativo, ha de concretarse en cada ámbito del Derecho sustantivo. En general, cfr., entre otros, MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, cit., págs. 69-70; DE LA OLIVA SANTOS, “La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial: Análisis jurídico general y constitucional”, *Revista de Derecho Procesal*, 1987, pág. 16; *Derecho Procesal Civil* (con FERNÁNDEZ LÓPEZ), cit., págs. 485-486; BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 297 y sigs.; SILGUERO ESTAGNAN, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Ed. Dykinson, Madrid, 1995.

¹³ Ni siquiera acudiendo a la diligencia preliminar del art. 256.1.6º LEC, a tenor del cual “Todo juicio podrá prepararse: 6º Por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. A tal efecto el tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación”. Y es que, por ejemplo, resulta descabellado imaginar que, al amparo de este precepto, se pueda obtener de grandes empresas que todas sus sucursales aporten copias de todos los contratos suscritos con sujeción a esas condiciones.

intereses colectivos en juego, según se desprende *a contrario sensu* del art. 11.2 de la misma LEC¹⁴.

§. En otros términos, dado que el legislador era en gran medida *libre* a la hora de delimitar el círculo de personas a las que decidió entregar la titularidad de estas acciones colectivas, ha considerado más *conveniente* optar por un sistema que trata de controlar o asegurarse cierto grado de “seriedad” o “responsabilidad” en los sujetos a los que se la concede: siempre personas jurídicas, sujetas en la mayoría de los casos a regímenes normativos específicos que regulan su funcionamiento y, en los demás, a requisitos legales de constitución y registro.

Se ha vinculado así el carácter supraindividual de los intereses en juego en estos procesos con la naturaleza también supraindividual de la personalidad jurídica de aquéllos a quienes se concede por la ley el ejercicio de las acciones que en ellos se ventilan. Con ello, se ha reforzado el carácter “colectivo” de estos procesos: no sólo puede predicarse esta cualidad del contenido de las acciones que en ellos se ejerciten, sino también de los sujetos que eventualmente pueden hacerlo.

§. Un análisis especial merece la legitimación para el ejercicio de las acciones de devolución de cantidades cobradas en virtud de condiciones afectadas por una acción de cesación y de las acciones de indemnización de los daños y perjuicios que hubiere causado su aplicación. Y es que, como es sabido, el párrafo segundo del art. 12.2 permite su acumulación, a título accesorio, a la acción de cesación, lo cual es fuente, cuando menos, de algunas perplejidades.

En principio, la simple lógica conduce a pensar que las acciones de devolución de cantidades y de indemnización de daños y perjuicios pertenecen a ese tipo de tutelas cuyo ejercicio debería corresponder en exclusiva a quienes se dicen afectados por el cobro indebido y por los perjuicios irrogados. Sin embargo, sucede que, dado el carácter accesorio respecto de la acción de cesación con el que está admitido el ejercicio de estas acciones, resulta forzoso admitir que sólo los legitimados para ejercer aquélla lo estarán para ejercitar éstas. En consecuencia, sólo pueden ejercitarlas entidades de carácter supraindividual que, por definición, no están reclamando en el proceso nada concreto *para sí*. Y esto, claro está, las convierte necesariamente en tutelas en principio igual de abstractas que las que se derivan de las acciones de cesación, retractación y declarativa.

Se trata con ello, a nuestro juicio, de que el carácter abstracto de las acciones colectivas no se desvincule por completo de los intereses concretos de

¹⁴ Art. 11.2. “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*” (la cursiva es nuestra).

aquellos sujetos que se ven afectados negativamente por un uso incorrecto de las condiciones generales de la contratación –intereses que, en definitiva, son los que se trata de proteger a través de este peculiar sistema procesal–. El art. 12.2 II LCGC debe ponerse así en relación directa con los arts. 221 y 519 de la LEC, que permiten a sujetos que no han sido partes en el proceso beneficiarse, por los cauces de la ejecución, de la tutela que se ha dispensado en la sentencia; si se quiere permitir que los consumidores y usuarios afectados se resarzan de los daños sufridos acudiendo de forma directa a la ejecución sin obligarles a tramitar de manera previa y separada un proceso declarativo de condena, resulta forzoso admitir que el demandado pueda ser condenado a hacer frente a esos resarcimientos en el proceso colectivo (que, en esta misma medida, sustituye a esa multiplicidad de procesos singulares que se quiere evitar). Si queremos, por tanto, que las sentencias dictadas en los procesos en que se ejercitan acciones colectivas puedan tener también consecuencias de carácter singular –como la devolución de lo cobrado indebidamente y el resarcimiento de daños y perjuicios–, resulta imprescindible permitir que recaigan en ellos condenas ejecutables también *en el terreno de lo concreto*.

Evidentemente, sólo puede existir condena si se ha producido el previo ejercicio, siempre a instancia de parte, de la pertinente acción; ahora bien, como las acciones en cuestión se presentan como accesorias de otra –la de cesación–, el resultado es que sólo quienes ya están legitimados para el ejercicio de la acción principal lo estarán para el ejercicio de las accesorias: y los legitimados para el ejercicio de la acción principal no son los titulares de los derechos protegidos por las acciones de devolución e indemnización. Todo ello supone, en buena medida, desnaturalizar el significado de estas últimas. Y es que, quiérase o no, el “sistema” establecido por la LCGC –en combinación con los arts. 221 y 519 LEC– convierte a las acciones de devolución y de indemnización acumuladas a la de cesación en acciones a través de las cuales sólo se puede pretender una condena genérica o abstracta, en la que únicamente resulta plenamente determinado el sujeto pasivo, quedando en el plano de lo indefinido tanto el beneficiario como el importe concreto de aquello que deba abonarse: ni se sabe quiénes serán las personas a las que, por mandato de la sentencia, debe el profesional condenado devolver lo percibido e indemnizar los perjuicios; ni se sabe tampoco a cuánto ascenderá el importe de uno y otro concepto. Si lo segundo es algo a lo que nuestro Ordenamiento procesal ya está acostumbrado¹⁵, lo primero resulta ciertamente excepcional (de ahí la necesaria vinculación de este precepto con lo establecido por el art. 519 LEC, que establece los mecanismos para determinar quiénes están legitimados para instar la ejecución forzosa de estos pronunciamientos obtenidos a instancias de una entidad

¹⁵ A través de las “condenas con reserva”, reguladas en el art. 360 de la anterior LEC, y de las “sentencias con reserva de liquidación”, del art. 219 de la nueva (cfr. ARIAS LOZANO, “La llamada «condena con reserva». Estudio del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista General de Derecho*, núms. 625-626, 1996, págs. 11141-11172).

colectiva –una asociación de consumidores y usuarios– en beneficio de terceros – los consumidores y usuarios–).

Nos hallamos, en definitiva, ante *un supuesto peculiar de legitimación por sustitución*, aunque ciertamente imperfecto, porque la previsión genérica del párrafo II del art. 12.2 LCGC no encuentra después desarrollo completo en la LEC. Al contrario, como ya acabamos de apuntar, la LEC sólo se ocupa de permitir y regular este tipo de “sustituciones” cuando el sustituto es una asociación de consumidores y usuarios, y los sustituidos son consumidores y usuarios. Ahora bien, el ámbito de los legitimados para solicitar la cesación y, con ella, la devolución de cantidades y la indemnización de daños y perjuicios – es decir, el ámbito de los posibles sustitutos–, es mucho más amplio; y también lo es el de los posibles sujetos que hayan realizado pagos en virtud de condiciones afectadas por una sentencia de cesación, o que hayan podido sufrir los perjuicios derivados de la aplicación de aquéllas –esto es, los posibles sustituidos–. Lo cual nos coloca ante una situación de *impasse*, por cuanto: a) o bien la previsión del art. 12.2 II LCGC se convierte en letra muerta, salvo cuando el demandante sea una asociación de consumidores y usuarios¹⁶; b) o bien hay que buscar la forma de permitir que también estos supuestos encajen dentro de los esquemas de la LEC (tal vez permitiendo una extensión analógica de los arts. 221 y 519 a los supuestos en que se hayan ejercitado acumuladas a la de cesación las acciones de devolución e indemnización, con independencia de quién de entre los legitimados del art. 16 LCGC las haya ejercitado, y con independencia también de quiénes sean los particulares que se crean con derecho a una devolución y/o a una indemnización).

En cualquier caso, y volviendo de nuevo a las acciones colectivas propiamente consideradas, el esquema resultante del art. 16 LCGC es relativamente heterogéneo, pues de los sujetos legitimados se deduce una combinación en la representación de intereses de índole privada (aunque, eso sí, pluriindividuales), junto a la tutela de intereses claramente públicos. Así se deduce del grupo de entidades legitimadas activamente, que pasamos a analizar a continuación:

(a) *Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores.*

§. En primer término, hay que señalar que no existe diferencia relevante – a los efectos que nos interesan ahora– entre las “asociaciones” y las “corporaciones”. Tradicionalmente, la distinción se fundaba en su vinculación preferentemente jurídico-privada (en el caso de las asociaciones) o jurídico-

¹⁶ Y, aunque ejercite una de estas asociaciones la acción, también será letra muerta el precepto respecto de los afectados que no ostenten la condición de consumidores y usuarios...

pública (en el de las corporaciones); sin embargo, la pertenencia de cada concreta entidad a una u otra categoría carece de consecuencias sobre su legitimación; además, la diferenciación entre asociaciones y corporaciones se encuentra totalmente diluida en el art. 16 LCGC, por cuanto se desgajan del núcleo original “corporación”, como entes distintos a estos efectos y cuya legitimación se prevé en un apartado distinto del precepto, las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y los Colegios profesionales.

§. En segundo lugar, se hace necesario delimitar a qué se refiere la ley cuando habla separadamente de “empresarios, profesionales y agricultores”. A nuestro juicio, lo relevante es lo que estas tres categorías tienen en común: se trata en todo caso de sujetos que desempeñan una determinada actividad económica de cara al mercado, de la que obtienen una serie de rendimientos como remuneración. Lo que subyace, por tanto, es la idea de “empresario” acuñada en el ámbito del Derecho mercantil, aunque sin la exigencia de que exista una determinada organización fija y estable de la que se sirva el sujeto en cuestión para estar y participar en el mercado. De ahí que, de forma expresa, junto al “empresario”, se hable del “profesional” y del “agricultor” —que desarrollan una determinada actividad en el mercado, pero que no tienen por qué tener a su servicio una organización que se pueda denominar “empresa”¹⁷—. Evidentemente, el término “agricultor” debe interpretarse de forma extensiva, de forma que abarque a todos aquéllos que integran buena parte de lo que tradicionalmente se conoce como “sector primario”, es decir, quienes han convertido en actividad económica productiva la explotación de los recursos naturales. Por eso, y salvo que pudieran integrarse en alguna de las otras categorías, también se han de entender incluidos en el precepto las asociaciones que agrupan a los ganaderos, a quienes tienen explotaciones forestales o a los que se dedican a la pesca (piénsese, *v.g.*, en las cofradías de pescadores).

§. Finalmente, exige el precepto que las mencionadas asociaciones o corporaciones “estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de *sus miembros*”. Al hablar de sus “miembros”, se está limitando su posibilidad de actuación en juicio tan sólo frente a aquellas condiciones que afecten a sujetos que tengan el rango de asociado, socio o miembro de la corporación: cabe entender, por tanto, que con esta legitimación se están dando acceso al proceso a intereses pluriindividuales, pero no estrictamente de intereses colectivos (pues no se predicen de todos los sujetos que pertenecen a la profesión o actividad empresarial o agrícola en cuestión). Con ello, el art. 16.1 LCGC está estableciendo una radical diferencia con su aparente “homólogo” alemán, el § 13 II 2 del *AGB-Gesetz*, que se refiere a las asociaciones destinadas a secas a “la promoción de intereses comerciales e industriales” (*gewerbliche Interessen*), intereses que tienen una repercusión de carácter general y que involucran no sólo a los miembros de las asociaciones legitimadas.

¹⁷ En cuanto al “profesional”, el que no sea necesaria la existencia de una organización para poder calificarlo como tal puede deducirse del contenido del art. 2.2 de la propia Ley.

Por otro lado, hay que precisar también lo que ha de entenderse por “defensa de los intereses”: a nuestro juicio, esta expresión ha de recibir una interpretación amplia, de modo que no se entienda sólo como “defensa *en juicio* de los intereses”, sino de manera más genérica, como encargo de velar en todos aquéllos ámbitos en que les sea posible por que las actuaciones de terceros no sólo no perjudiquen a sus miembros sino que, incluso, les beneficien. Así entendido, será bastante difícil que estas asociaciones o corporaciones no tengan como cometido la defensa de los intereses de sus miembros, pues suele ser éste el objetivo primordial que con ellas se busca y el que justifica su creación. Ahora bien, también exige el precepto que esta defensa les esté encomendada “estatutariamente”, de donde se colige que: *a*) han de tener estatutos escritos (lo que se deduce sin dificultades del art. 3 de la Ley de Asociaciones¹⁸); y *b*) la defensa de los intereses de los miembros ha de constar en esos estatutos: evidentemente, no hace falta que expresamente esté redactada una frase del estilo “la asociación tiene como fin la defensa de los intereses de sus miembros” o parecida, sino que será suficiente con que tal resultado pueda colegirse de una lectura conjunta de los poderes, funciones y facultades que los miembros atribuyan en los estatutos a la asociación o corporación (véase el art. 3.2.2º de la Ley de Asociaciones).

(b) Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

§. Poco ha de decirse en relación con estas entidades: se trata de corporaciones públicas sectoriales de base privada¹⁹; son entes, por tanto, cuya finalidad primordial consiste en hacer valer los intereses propios de los comerciantes e industriales, que constituyen un grupo privado y sectorial. No obstante, estos fines, privados en sí, inciden sobre regulaciones públicas (el ejercicio del comercio, la industria y la navegación); y, además, de forma adicional, se les atribuye por la Administración funciones que son propias de ésta, según la llamada técnica de la “autogestión” o “autoadministración” (funciones que suponen encomendarles en buena medida el control del modo en que se ejercen estas actividades)²⁰. Por ello, nos encontramos ante la atribución

¹⁸ Ley 191/1964, de 24 de diciembre (BOE núm. 311, de 28 de diciembre).

¹⁹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo* (con T.R. FERNÁNDEZ), Tomo I, 5ª ed. (reimp. 1992), Ed. Civitas, Madrid, págs. 396-402.

²⁰ Véase la Ley 3/93, de 22 de marzo, Básica de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación (BOE de 23 de marzo de 1993) y, de forma especial, el art. 1.2, según el cual, “además del ejercicio de las competencias de carácter público que les atribuye la presente Ley y de las que les puedan encomendar y delegar las Administraciones públicas, tienen como finalidad la *representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación ...*”. Aunque no afecta de modo directo a las cuestiones que aquí abordamos, hay que recordar que la Ley de 1993, que establece la afiliación obligatoria a las Cámaras, ha superado –por estrecho margen, eso sí– el *test* de constitucionalidad que supuso la cuestión de inconstitucionalidad 1027/1995, resuelta por STC 107/1996 de 12 de junio: el argumento básico de la sentencia es el de que los cometidos encomendados a las Cámaras por la Ley de 1993 no podrían llevarse a cabo sin la adscripción forzosa (a diferencia de lo que sucedía

de la titularidad de las acciones colectivas a entidades que tienen encomendada a la vez la tutela de intereses colectivos (los de los profesionales del Comercio, la Industria y la Navegación) y generales (los del Comercio, la Industria y la Navegación y su ordenado ejercicio dentro de la sociedad)²¹.

(c) Las asociaciones de consumidores y usuarios.

§. Éste es el único supuesto en el que el legislador español estaba realmente *obligado* a una atribución expresa de legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas. No es que estas asociaciones tengan, por sí mismas, un verdadero derecho a ello, preexistente a la voluntad del legislador y que éste debiera inexcusablemente reconocerles (es decir, no son legitimadas *natas* o *naturales* de estas acciones colectivas, aunque sí que es *muy conveniente* que tengan atribuida la titularidad de aquéllas, máxime si tenemos en cuenta el art. 51 CE²²). Pero:

(1) Ya otra norma previa les había otorgado de forma genérica en nuestro Ordenamiento la legitimación para sostener en juicio los intereses generales de consumidores y usuarios –fueran o no miembros de la asociación–, y no se las podía excluir del listado del art. 16 sin infringir dicho precepto. Nos referimos, claro está, al art. 20.1 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, de muy estrecha y obvia vinculación con la norma que ahora comentamos, a tenor del cual estas asociaciones “podrán (...) ejercer *las correspondientes acciones en defensa* de los mismos [se refiere a los asociados], de la asociación o *de los intereses generales de los consumidores y usuarios*”²³.

Probablemente como traslación de esta norma al ámbito específico de la publicidad y de la competencia desleal, también les atribuye legitimación para el ejercicio de acciones de índole colectiva a las asociaciones de consumidores: 1) el art. 25.1 de la LGP, para “solicitar del anunciante la cesación o, en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita”; 2) el art.

con los cometidos que les asignaba la anterior Ley de 29 de junio de 1911, razón por la que fue expresamente declarada inconstitucional por STC 179/1994, de 16 de junio).

²¹ Esta doble orientación también se la reconoce la doctrina alemana, que ha señalado que la atribución de legitimación que les hace el § 13 del *AGB-Gesetz* tiene por finalidad que defiendan el fin superior de la protección de los buenos usos comerciales y artesanales en beneficio de ambas partes de los contratos; de donde se deduciría el carácter obligatorio para ellas de ejercitar la acción, aunque la práctica pone de relieve precisamente lo contrario (cfr. HENSEN, *AGB-Gesetz*, con ULMER y BRANDNER, *cit.*, §13-43, pág. 1004).

²² Precepto que establece la defensa de los consumidores y usuarios, mediante procedimientos eficaces que protejan sus intereses económicos: aunque se trate de un principio rector de la política social y económica, informará la legislación positiva y la práctica judicial (art. 53.3 CE).

²³ De modo general sobre este precepto, cfr. MARÍN LÓPEZ, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coords. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y SALAS HERNÁNDEZ), Ed. Civitas, Madrid, 1992, págs. 548 y sigs.

19.2 b) de la LCD, legitimación, eso sí, supeditada “a que el acto de competencia desleal perseguido afecte directamente a los intereses de los consumidores”.

En realidad, debe reconocérsele al art. 20.1 LGDCU virtualidad suficiente *per se* para legitimar el ejercicio de acciones colectivas en los ámbitos descritos: la previsión expresa de legitimación que hacen la LGP, la LCD y, ahora, la LCGC no son sino concreciones y tipificaciones de un poder general concreto y preexistente, el de ejercitar todas las acciones que puedan redundar en la mejor defensa y protección de los intereses de los consumidores y usuarios²⁴.

Además, y aunque sea posterior a la entrada en vigor de la LCGC, no puede tampoco dejar de tenerse presente que la nueva LEC ya acoge plenamente estas ideas, reconociendo de forma general su art. 11.1 legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios para la defensa en juicio de los intereses generales de éstos (tanto si se trata de intereses colectivos –con grupos de afectados determinados o fácilmente determinables: art. 11.2 LEC– como si se trata de intereses difusos –con una pluralidad de afectados indeterminada o de difícil determinación: art. 11.3 LEC–). Por ello, debe reconocerse que, en realidad, el art. 11 LEC está “absorbiendo” en su totalidad al art. 20.1 LGDCU –aunque este último no haya sido formalmente derogado por la nueva LEC–.

(2) Por otra parte, el art. 7.2 de la Directiva 93/13 (de la que es desarrollo la presente Ley) también obligaba al legislador nacional, al trasponerla y desarrollarla, a atribuir legitimación activa a estas asociaciones. En concreto, el precepto en cuestión establece que:

“Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas”.

De este precepto, nos parece, se puede deducir con claridad la obligación del legislador español de atribuir legitimación activa a las asociaciones de consumidores y usuarios, al menos para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación porque:

a) Las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación española, tienen un interés legítimo en la protección de los consumidores

²⁴ Cfr. MARÍN LÓPEZ, *Comentarios a la LGDCU*, cit., págs. 557-558 y 593-598.

son, a la luz de la LGDCU, las mencionadas asociaciones de consumidores y usuarios²⁵.

b) Permitirles acudir a los órganos judiciales formulando una petición concreta (que determinen si tienen carácter abusivo ciertas cláusulas y que ordenen la cesación de su aplicación) sólo puede hacerse legitimándolas.

Evidentemente, aunque lo estrictamente obligatorio era reconocerles legitimación para el ejercicio de acciones de cesación basadas en el carácter abusivo de las cláusulas, el legislador español de 1998 no se ha limitado a cumplir sólo con ello, y ha extendido su legitimación al ejercicio de *todas* las acciones colectivas, cualquiera que sea la infracción legal en que estuviera incurso la cláusula denunciada (o sin que sea preciso denunciar infracción alguna, como sucede con la acción declarativa).

(3) Es *–rectius*, será– también de suma importancia la Directiva 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 consumidores²⁶. Esta Directiva, de fecha posterior a la LCGC, le afectará de modo directo, pues establece expresamente la obligación para los Estados miembros de prever acciones colectivas para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores en determinados ámbitos que han sido objeto de armonización legislativa a través de Directivas, y entre los que se incluye, de modo expreso, el de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (regulado, como ya se ha dicho, en la Directiva 93/13, de la que trae causa la LCGC).

Pues bien, a tenor del art. 3 de la Directiva, será obligatorio para los Estados reconocer la legitimación para intervenir en estos procesos (en alternancia o cumulativamente con otras entidades) a “las organizaciones cuya finalidad consista en la protección de los intereses a los que se refiere el artículo 1 (= intereses colectivos de los consumidores), según los criterios establecidos por su legislación nacional”. El legislador español, con el art. 16.3 LCGC, se está adelantando así también al cumplimiento de algo que, tarde o temprano, le iba a venir impuesto desde instancias comunitarias.

(4) Finalmente, tampoco se puede olvidar –pese a su carácter meramente programático– la Recomendación (81) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 23 de enero de 1981, en la que se reconoce: *a)* que el interés general de los consumidores debe, a menudo, sostenerse a través de acciones colectivas ejercitadas en su nombre; y *b)* que las organizaciones de consumidores que cumplan las condiciones establecidas por la ley nacional deberían poder dar comienzo a una acción

²⁵ También las autoridades públicas (estatales, autonómicas o locales), y de hecho a ellas les atribuye legitimación activa el apartado siguiente del art. 16.

²⁶ *D.O.C.E.* Serie L 166, págs. 51 y sigs.

judicial, o intervenir en un proceso judicial en curso, con la finalidad de promover o proteger los intereses colectivos de los consumidores.

§. El art. 16.3 exige de estas asociaciones de consumidores y usuarios que estén “legalmente constituidas” –también lo hace el art. 11.1 de la nueva LEC–, lo que nos remite de forma inevitable a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y, en concreto, a su art. 20. Como regla, el art. 20.1 sólo exige que se constituyan con arreglo a la Ley de Asociaciones, que tengan como finalidad la defensa de los intereses, incluyendo la información y educación de los consumidores y usuarios y que su organización y funcionamiento sean democráticos. De modo especial, aunque no se constituyan conforme a la Ley de Asociaciones, también se considerarán asociaciones de consumidores y usuarios (y también estarán “legalmente constituidas” a los efectos del art. 16 LCGC) las Entidades constituidas por consumidores con arreglo a la legislación cooperativa, entre cuyos fines figure, necesariamente, la educación y formación de sus socios y estén obligados a constituir un fondo con tal objeto, según su legislación específica (art. 20.2: Cooperativas de consumidores).

El art. 20.3 LGDCU establece expresamente que “para poder gozar de cualquier beneficio que les otorgue la presente Ley y disposiciones reglamentarias y concordantes deberán figurar inscritas en un libro registro, que se llevará en el Ministerio de Sanidad y Consumo (a través del Instituto Nacional de Consumo), y reunir las condiciones y requisitos que *reglamentariamente* se establezcan para cada tipo de beneficio”. Tampoco podrán disfrutar de los beneficios reconocidos en la Ley las Asociaciones en que concurra alguna de las circunstancias establecidas en el art. 21 LGDCU.

Resulta discutible, al menos a nuestro juicio, si la atribución de legitimación para el ejercicio de acciones colectivas (art. 16.3 LCGC) –y, por supuesto, la atribución de legitimación para ejercer las “correspondientes acciones” en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios del art. 20.1– es o no uno de los “beneficios” a que se refieren los arts. 20.3 y 21 LGDCU²⁷. En sentido estricto, tal vez no. Pero hay que reconocer que, en cuanto concesión de una facultad extraordinaria para la tutela de intereses colectivos, no deja de tener un carácter excepcional, que la aproxima mucho a la noción de “beneficio”, concebida ésta en sentido amplio. Así lo ha entendido de hecho el Decreto 825/1990²⁸, que ha pretendido limitar extraordinariamente el ejercicio de las acciones judiciales reseñadas en el art. 20.1 LGDCU por parte de las asociaciones de consumidores y usuarios; y ello, sobre la base de considerar que el ejercicio de acciones judiciales es precisamente uno de los *beneficios* previstos

²⁷ No ofrece dudas, en cambio, que entre estos “beneficios”, aparte de los que aparezcan dispersos en la Ley de Consumidores o en otras normas, se encuentran, *v.g.*, los de “percibir ayudas y subvenciones” o de “disfrutar del beneficio de justicia gratuita” –que abordaremos en breve–, a que se refiere el propio art. 20 LGDCU.

²⁸ Real Decreto de 22 de junio de 1990 (*BOE* de 29 de junio de 1990).

en la Ley susceptibles de desarrollo reglamentario²⁹. En concreto, de la regulación de este Decreto se deduce lo siguiente:

(1) Las Asociaciones y Cooperativas de Consumidores y Usuarios inscritas en el Libro Registro del Ministerio de Sanidad y Consumo tienen restringida su legitimación al ejercicio de acciones en defensa de sus asociados o de la asociación o cooperativa, en lo que se refiera a los derechos e intereses reconocidos en el art. 2 de la LGDCU (art. 16.1 Decreto 825/1990).

(2) Las Asociaciones, Federaciones, Confederaciones y Cooperativas representadas en el Consejo de Consumidores y Usuarios³⁰, además, podrán ejercer las acciones en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios, dentro del ámbito territorial y funcional propio de la Asociación (art. 18.1 Decreto 825/1990).

(3) *A sensu contrario*, debe entenderse que la intención del reglamento es que carezcan de legitimación para el ejercicio de acciones las Asociaciones y Cooperativas no inscritas en el mencionado libro-registro³¹.

Según se desprende de esta regulación, el ámbito de aplicación del art. 20.1 LGDCU, por cuanto ahora nos interesa (ejercicio de acciones colectivas), se reduce de forma evidente. Y esta reducción parece querer hacerse extensiva a cualquier tipo de acciones colectivas, y no sólo a las genéricas a que se refiere el art. 20.1 LGDCU: en efecto, el art. 18.2 del Decreto 825/1990 establece de forma expresa que corresponde a las Asociaciones, Federaciones, Confederaciones y Cooperativas representadas en el Consejo de Consumidores y Usuarios iniciar los procesos judiciales que afecten a los intereses generales de los consumidores "en los términos previstos por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley General de Publicidad, y demás normas que reconozcan la legitimación de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios". Se aprecia así en el Decreto una clara vocación de aplicación *ad futurum* que, dada la fecha de su promulgación, afectaría tanto a la legitimación prevista por el art.19.2 LCD como a la que ahora nos ocupa. La duda se nos presenta de inmediato: ¿deben entenderse vigentes estas restricciones también para la legitimación prevista en el art. 16.3 LCGC?

Un sector doctrinal, con ocasión del análisis del art. 20.1 LGDCU, preconiza la inaplicación de la norma reglamentaria por su carácter ilegal (arts. 9.3 CE y 6 LOPJ). Se aducen, al menos, tres razones de peso en tal sentido. La primera, que el ejercicio de acciones colectivas en modo alguno puede

²⁹ Así se deduce de la rúbrica del Capítulo III, en el que se insertan las normas a que nos referimos: "De las condiciones y requisitos para acceder a los beneficios otorgados por la Ley y por las disposiciones reglamentarias y concordantes".

³⁰ Y para estar representadas en dicho Consejo es precisa su inscripción en el libro-registro del Ministerio de Sanidad y Consumo (art. 5.1 Decreto 825/1990).

³¹ Cfr. MARÍN LÓPEZ, *Comentarios a la LGDCU*, cit., pág. 552.

considerarse un beneficio (lo que excluye cualquier desarrollo reglamentario). La segunda, que el reglamento infringe la jerarquía normativa, por cuanto añade una serie de requisitos para ejercitar las acciones concedidas en la Ley que ésta ni prevé ni permite. La tercera, porque el registro de las asociaciones, según el art. 22 CE, sólo se hace a los meros efectos de publicidad³². La consecuencia de esta interpretación es clara: si ni siquiera para el ejercicio de las acciones colectivas “genéricas” previstas en el art. 20.1 LGDCU es de aplicación el Decreto, menos aún lo será para las acciones colectivas “típicas” de la LCGC³³.

A nuestro juicio, sin embargo, las críticas al precepto deben ser más matizadas, sin que pueda ni deba razonablemente excluirse su aplicación. En primer término, ya hemos dicho que, si partimos de la base de que la Ley no emplea el término “beneficio” de forma estricta, sino ampliamente, la legitimación para el ejercicio de acciones colectivas puede razonablemente entenderse englobada en él. Siendo así, resulta claro que, al amparo del art. 20.1 LGDCU, esta atribución de legitimación puede ser objeto de desarrollo reglamentario y, sobre todo, quedar condicionada a la inscripción en el libro-registro que a tal efecto se lleva en el Ministerio de Sanidad y Consumo. En realidad, la exigencia del registro para poder ejercitar acciones colectivas nos parece de pura lógica, en la medida en que se trata de un presupuesto accesible a cualquier asociación –o cooperativa– de consumidores (véanse los arts. 3 y 4 del Decreto 825/1990), y que asegura un cierto control por parte del Estado acerca de quién puede utilizar un recurso tan excepcional y de tan importantes repercusiones en el tráfico jurídico-económico. Por ello, no consideramos que el Decreto en este punto sea un reglamento ilegal, pues excluyendo del ejercicio de acciones colectivas a las asociaciones no inscritas no hace sino reiterar lo que ya dice la Ley (partiendo de la base de que se interprete el término “beneficio” – como a nuestro juicio debe hacerse – en sentido amplio), y establece un elemento de control razonable y, probablemente, necesario. Tampoco puede oponerse a esta interpretación el art. 22.3 CE (registro de asociaciones a los meros efectos de publicidad): y es que lo que realmente establece ese precepto es que el registro no puede condicionar su existencia como tales asociaciones –que sólo depende de la voluntad de los asociados–; pero el art. 22 CE no se ocupa ni de la personalidad jurídica de tales asociaciones³⁴, que sí que puede sujetarse por el legislador ordinario a otros requisitos (entre ellos, el registro), ni del ejercicio concreto de determinadas facultades excepcionales por tales asociaciones.

Con lo que ya resulta más difícil estar de acuerdo es con la diferenciación entre asociaciones representadas y asociaciones no representadas en el Consejo de Consumidores y Usuarios de cara al ejercicio de las acciones colectivas. En

³² Cfr. MARÍN LÓPEZ, *Comentarios a la LGDCU*, cit., págs. 553-556.

³³ Aunque con anterioridad a la promulgación de la LCGC, y tomando como base la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1988, cfr. MARÍN LÓPEZ, *Comentarios a la LGDCU*, cit., pág. 597.

³⁴ Y es que la asociación puede existir como tal sin tener una personalidad jurídica propia y diferenciada de la de sus socios, y es a eso a lo que se refiere precisamente el art. 22.3 CE.

este caso, a nuestro juicio, sí que se opera una restricción en la legitimación concedida por la Ley en virtud de criterios que ni están en la propia Ley, ni pueden ser cumplidos por todas las asociaciones, ni son razonables. El problema podría entenderse inexistente si consideramos que *representadas* en el Consejo lo están todas las Asociaciones de consumidores y usuarios inscritas en el libro-registro (como podría deducirse de la simple lectura del art. 5.1 del Decreto 825/1990³⁵). Sin embargo, el hecho de que el propio Decreto en sus arts. 16 y 18 atribuya un ámbito de legitimación diferente según las asociaciones ya inscritas estén o no representadas en el Consejo, nos lleva a pensar que representadas en él, a estos efectos, se encontrarían solamente aquellas Asociaciones que en concreto envían representantes a él: es decir, un máximo de 20, que han de cumplir los requisitos de los arts. 7 y 8 del Decreto. Se introduce así una restricción insalvable para numerosas Asociaciones (a diferencia de lo que sucede con la inscripción en el libro-registro), lo cual ya parece chocar con el espíritu del art. 20.1 LGDCU. Además, se trata de una restricción que no es razonable ni conveniente: y es que el Consejo de Consumidores y Usuarios tiene un ámbito estatal de representación, que no se corresponde necesariamente con el ámbito en que pueda resultar necesaria la defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios. Si las acciones colectivas tuvieran siempre repercusiones estatales, tal vez sería coherente exigir a los legitimados un ámbito o "representatividad" también nacionales; pero no siendo así, se trata de un límite inadmisibles. Por ello, en este punto, el Decreto sí que contradice lo establecido en la Ley, y debe tenerse por ilegal.

A modo de conclusión, deben considerarse legitimadas para el ejercicio de las acciones colectivas previstas en el art. 12 LCGC todas las Asociaciones, Federaciones, Confederaciones y Cooperativas de Consumidores y Usuarios que se encuentren inscritas en el libro-registro que lleva el Ministerio de Sanidad y Consumo a través del Instituto Nacional de Consumo. Además, y como más adelante veremos, este ejercicio se hará siempre dentro del ámbito territorial y funcional de la Asociación. Éste debe ser también el sentido en el que debe entenderse la confusa previsión del art. 11.3 LEC, a tenor del cual, cuando se trate de la tutela de los intereses difusos de consumidores y usuarios, la legitimación corresponderá "exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, *conforme a la Ley, sean representativas*".

Con independencia de lo anterior, ¿hace falta que la asociación haya desplegado algún tipo de actividad real de protección del consumidor? En

³⁵ "El Consejo de Consumidores y Usuarios es el órgano de representación y consulta de ámbito nacional de los consumidores y usuarios. Estará integrado por representantes de las Asociaciones a las que se refiere el artículo 1º de esta norma e inscritas en el Libro de Registro regulado en el capítulo I. Sus funciones, composición y estructura se regirán por lo establecido en este Real Decreto."

principio, al no exigirlo expresamente la Ley³⁶, parece que no, y que será suficiente con la previsión estatutaria; sin olvidar tampoco que el mismo ejercicio de estas acciones colectivas ya supone de por sí una actividad protectora de consumidores y usuarios.

§. Por otra parte, la exigencia de que estén “legalmente constituidas” convierte en superflua la exigencia de que “tengan estatutariamente encomendada la defensa de éstos [consumidores y usuarios]”³⁷, puesto que, como ya hemos dicho, lo primero ya requiere de por sí esta finalidad: en otras palabras, no puede haber una Asociación de Consumidores y Usuarios que deba considerarse legalmente constituida que no tenga por finalidad la defensa de los intereses de éstos (de modo que resulta inexcusable la inclusión de tal finalidad en sus estatutos).

§. Finalmente, cabe señalar que, bajo determinadas condiciones, estas asociaciones, además, gozarán del derecho de asistencia jurídica gratuita a la hora de ejercitar las acciones colectivas previstas en el art. 12 LCGC, sin necesidad de acreditar recursos económicos. Así se deduce del art. 20.1 LGDCU y de la D.A. Segunda II de la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita. A tales efectos, debe entenderse que el ejercicio de estas acciones se considera como “litigar por derechos o intereses propios”, exigencia ésta que establece el art. 3.4 LAJG para el disfrute del beneficio³⁸. En cualquier caso, los presupuestos que han de darse para el disfrute de este derecho son dos³⁹:

a) Que la asociación esté inscrita en el libro registro del Ministerio de Sanidad y Consumo (art. 20.3 LGDCU), lo cual se acreditará mediante la correspondiente certificación administrativa.

b) Que la tutela solicitada “guarde relación con productos o servicios de uso común, ordinario y generalizado” (art. 2.2 LGDCU, al que se remiten el art. 20.1 de la misma Ley y la D.A. Segunda II LAJG): en el caso que nos ocupa, esa “relación” se dará si las condiciones generales se aplican a contratos que tengan por objeto esos “productos o servicios de uso común, ordinario y generalizado” (y que aparecen expresamente catalogados en el R.D. 287/1991, de 8 de marzo).

³⁶ Sobre esta necesidad para el ejercicio de las acciones de competencia desleal, cfr. BELLIDO PENADÉS, *La tutela judicial frente a la competencia desleal en el proceso civil*, cit., págs. 196-198.

³⁷ Inciso que fue introducido como consecuencia de una enmienda, la nº 62, del Grupo Parlamentario Federal IU-IC en el Congreso (*BOCG*, cit., pág. 36).

³⁸ Cfr. BACHMAIER, *La asistencia jurídica gratuita*, Granada, 1997, págs. 85 y 86. En relación con el antiguo art. 19 LEC (“Sólo se podrá litigar gratuitamente por derechos propios”), ya decía MARÍN LÓPEZ que se entendía cumplido por las asociaciones de consumidores y usuarios cuando actúan en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios (*Comentarios a la LGDCU*, cit., pág. 601).

³⁹ Cfr. BACHMAIER, *La asistencia jurídica gratuita*, cit., págs. 44-47.

c) De modo general, el art. 1.2 del Decreto 287/1991⁴⁰ exige como tercer requisito para disfrutar de la asistencia jurídica gratuita el intentar, previamente al ejercicio de la acción judicial, la solución de la queja o reclamación a través del sistema arbitral de consumo, previsto en el art. 31 LGDCU⁴¹. En los supuestos que ahora nos ocupan, sin embargo, no creemos que pueda cumplirse esta exigencia⁴², por cuanto no es una materia arbitrable: aunque pueda parecer paradójico, la legitimación del art. 16.3 sólo está concebida para ser ejercida en juicio, no ante árbitros; la razón estriba en que no puede sostenerse que nos hallemos ante cuestiones de libre disposición conforme a derecho –al menos, no de libre disposición para los legitimados activos, aunque puedan serlo para los demandados–, según exige el art. 1º de la Ley 36/88 de Arbitraje. Por ello, lo que se ha denominado gráficamente *agotamiento de la vía arbitral previa*⁴³ no puede condicionar el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Además, estas Asociaciones, en virtud del art. 21.e) LGDCU, sólo pierden su derecho a la justicia gratuita cuando hayan actuado “con manifiesta temeridad, judicialmente apreciada”. Este precepto ha sido interpretado por la doctrina⁴⁴ como prevalente sobre lo establecido en el art. 36.2 LAJG para los casos en que el beneficiario de asistencia jurídica gratuita fuera condenado en costas, y que establece el deber general de abonarlas si se viniera a mejor fortuna dentro de los tres años siguientes: en consecuencia, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios que hayan litigado gratuitamente sólo estarán obligadas a abonar las costas si en la sentencia expresamente se aprecia que su actuación fue temeraria.

⁴⁰ Real Decreto de 8 de marzo de 1991 (*BOE* de 12 de marzo de 1991).

⁴¹ El sistema arbitral de consumo, previsto de modo genérico en el art. 31 LGDCU, aparece regulado en el R.Decreto 636/1993 de 3 de mayo (*BOE* de 21 de mayo de 1993). El “intentar” la solución arbitral a que se refiere el art. 1.2 del Decreto 287/1991 no puede significar, como parece obvio, que en ese procedimiento arbitral se haya dictado un laudo, pues éste tendrá carácter vinculante y producirá efectos idénticos a la cosa juzgada (art. 17 del Decreto 636/1993); en realidad, supondría la propuesta por la asociación de consumidores y usuarios de una solicitud de arbitraje (*rectius*, de formalización de un convenio arbitral) ante la Junta Arbitral de Consumo correspondiente (art. 5 del Decreto 636/1993), y el rechazo a tal propuesta por el reclamado, que conduce al archivo de las actuaciones (art. 9 del Decreto 636/1993). De forma general sobre el sistema arbitral de consumo, *vid.* QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO (dirs.), *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993 de 3 de mayo*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.

⁴² Cfr. también DE CARPI PÉREZ, “El Colegio arbitral y las partes del proceso arbitral de consumo”, en *El sistema arbitral de consumo*, *cit.*, pág. 165. Para este autor, de las diversas legitimaciones que el art. 20.1 LGDCU concede a las asociaciones de consumidores y usuarios (defensa de los asociados, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores), sólo la primera cabe dentro del sistema arbitral de consumo, pues su objeto se reduce a la resolución de las “quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios en relación con sus derechos”.

⁴³ MARÍN LÓPEZ, *Comentarios a la LGDCU*, *cit.*, pág. 603.

⁴⁴ En este sentido, BONET NAVARRO, “Protección eficaz y acceso a la justicia de los consumidores”, en *Estudios sobre Consumo*, núm. 16 (1989), pág. 46; BACHMAIER, *La asistencia jurídica gratuita*, *cit.*, págs. 159-160.

(d) El Instituto Nacional de Consumo y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales para la defensa de los consumidores.

§. Tampoco requiere de grandes explicaciones la inclusión de estas entidades dentro de la “lista” de los legitimados para el ejercicio de las acciones colectivas. Si se concede la titularidad de estas acciones a entidades de origen jurídico-privado, también se ha considerado oportuno atribuírsela a aquellas entidades públicas que desempeñan funciones análogas. Esta exigencia, como ya se ha dicho, también podría derivarse del art. 7.2 de la Directiva 93/13; y, en un futuro no muy lejano, se derivará también –con mucha más claridad– del art. 3.a) de la ya citada Directiva 98/27, que establece la obligación de los Estados de reconocer legitimación en los procesos colectivos para la protección de los intereses de los consumidores a “uno o más organismos públicos independientes específicamente encargados de la protección de los intereses a los que se refiere el artículo 1 (intereses colectivos de los consumidores), en los Estados miembros en los que existan tales organismos”⁴⁵ (en régimen de alternancia o acumulación con las asociaciones y organizaciones de consumidores –según el desarrollo legislativo que dé cada Estado a la Directiva–).

Dado que tanto el Estado (art. 39 LGDCU), como las Comunidades Autónomas (art. 40 LGDCU) y las Corporaciones locales (art. 41 LGDCU) tienen competencias en materia de defensa y protección de consumidores y usuarios, resultaba obvio atribuir legitimación a quienes, dentro de esas personas jurídicas públicas, tuvieran encomendada la materialización de tales competencias. En el caso de la Administración del Estado, esas funciones las desempeña el Instituto Nacional de Consumo, que recibe mención expresa en el texto del art. 16. En los demás (Administraciones autonómicas y locales) la Ley no precisa (no podría hacerlo sin caer en un listado tan largo como innecesario), y se remite a los órganos correspondientes competentes en materia de defensa de los consumidores.

Lo cierto es que, en puridad, y salvo que se trate de organismos dotados de personalidad jurídica autónoma, quien realmente ostenta la legitimación es la Comunidad Autónoma o la Corporación Local –que sí son personas jurídicas con las imprescindibles capacidad para ser parte y procesal–, con independencia de que actúen en el proceso a través de esos órganos. Por ello, la Ley se expresa de forma impropia al reconocer legitimación a los “órganos”, que por definición carecen de personalidad jurídica autónoma. De hecho, la norma del art. 16.4 es estrictamente procesal, no administrativa: define quién actúa en juicio, pero en modo alguno afecta a la capacidad de autoorganización de la Comunidad Autónoma o Corporación Local a la hora de definir quién toma la decisión de interponer la demanda. En otros términos, no atribuye a los “órganos

⁴⁵ Con ello, también está la LCGC anticipando en su art. 16.4 el cumplimiento de un mandato normativo futuro.

competentes en materia de defensa de los consumidores” la capacidad de decidir incoar el ejercicio de una acción colectiva; la adopción de ese acuerdo sigue estando regulada por la norma administrativa de organización interna correspondiente.

En cualquier caso, no es preciso a nuestro juicio que se trate de organismos cuya única finalidad sea la defensa de los consumidores (pues no es posible exigir a todas las Administraciones territoriales –especialmente a las locales– tal grado de especialización). Lo que sí debe requerirse es que efectivamente entre las competencias de esos órganos se encuentre la defensa de los consumidores y, tal vez, que se trate de una competencia que de algún modo sea efectiva (v.g., que se plasme externamente en alguna “oficina” o “servicio”, como las “oficinas y servicios de información al consumidor o usuario” a que se refieren los arts. 14, 15 y 16 LGDCU). Además, aunque el precepto alude sólo de forma explícita a la defensa de los *consumidores*, tampoco nos parece que deba plantear ninguna dificultad entender incluidos también a los *usuarios*, no mencionados expresamente, pero que en su protección –y en la terminología jurídica– siempre van unidos a aquéllos.

La naturaleza jurídico-pública de los entes aquí legitimados, y la vinculación con la defensa de los consumidores, hacen que se trate de entidades cuya presencia en el proceso pone de relieve la doble vertiente de los intereses que entran en juego en materia de condiciones generales de la contratación: el interés de los consumidores, de un lado; y el general, del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales en que los intereses de los consumidores se respeten, de otro.

(e) Los colegios profesionales.

§. Al igual que las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, nos encontramos de nuevo ante Corporaciones públicas⁴⁶ sectoriales de base privada que, junto a la defensa de los intereses propios de quienes integran la profesión en cuestión⁴⁷, tienen encomendadas en régimen de autogestión o autoadministración determinadas funciones público-administrativas (v.g., control objetivo de las condiciones de ingreso en la profesión, potestad disciplinaria sobre sus miembros, organización de turnos de guardia o de oficio)⁴⁸.

⁴⁶ Art. 1.1 de la Ley 2/74 de 13 de febrero de Colegios Profesionales (*B.O.E.* 15 de febrero de 1974): “Los Colegios Profesionales son Corporaciones de derecho público...”

⁴⁷ Art. 1.2 de la LCP: “Son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados...”

⁴⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, *cit.*, págs. 398-399. Véase el art. 5 b) LCP que, de modo genérico, y junto a un extenso catálogo, atribuye a los Colegios “ejercer cuantas funciones les sean encomendadas por la Administración...”

Como ya señalamos anteriormente, los colegios profesionales no estaban previstos de forma expresa como titulares de las acciones colectivas en el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes. Su incorporación al texto legal es fruto de una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán, que se justificaba en los siguientes términos: «Los colegios profesionales ostentan la defensa de derechos de carácter general, por lo cual pueden verse afectadas [*sic*] por el contenido de determinadas condiciones generales». Lo cierto es que esta justificación oscurece más que aclara la presencia de este apartado del art. 16. En efecto, la redacción inicial del Proyecto no excluía, a nuestro juicio, la legitimación de los Colegios profesionales, que podía deducirse sin dificultades del nº 1, en cuanto que estos Colegios no son sino “corporaciones profesionales” que tienen estatutariamente encomendada la defensa de sus miembros⁴⁹. Por ello, una de dos: o bien nos encontramos ante una duplicación innecesaria, o bien hay que tratar de dar un sentido diferente a la legitimación de los colegios profesionales frente a la de los mencionados en el nº 1, para lo que es preciso ahondar en la justificación de la enmienda. Y, a nuestro juicio, sí que hay algo diferente: como ya vimos, las asociaciones y corporaciones del nº 1 están legitimadas como forma de permitirles hacer valer su función de defensa de los intereses de *sus miembros*. En cambio, teniendo en cuenta la justificación de la enmienda, se quiere legitimar a los Colegios profesionales no ya para que hagan valer exclusivamente los intereses de los colegiados, sino el interés general⁵⁰ –de forma semejante a lo que sucede con las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación–: se pone el acento, por tanto, en el carácter general y más próximo a lo público que a lo “corporativista” de los intereses cuya tutela se salvaguarda atribuyendo legitimación a estas entidades. Lo que, *v.g.*, y sin perjuicio de estudiarlo con más detenimiento en breve, permitirá a los colegios ejercitar acciones colectivas en contra de sus colegiados, si así lo exige el interés general; aunque, claro está, sin excluir también que se defiendan los intereses de sus miembros. De esta forma, ya sí tiene plena justificación que el art. 16 dedique un apartado especial y separado a estas Corporaciones profesionales.

En cuanto a la exigencia de que los colegios profesionales estén «legalmente constituidos», carece a nuestro juicio de virtualidad práctica, pues dudamos mucho de la existencia de Colegios profesionales alegales o ilegales⁵¹.

⁴⁹ De hecho, esta función ya les estaba atribuida de forma genérica por el art. 5 g) LCP, cuando señala como función de los Colegios “ostentar, en su ámbito la representación y defensa de la profesión ante [...] Tribunales [...], con legitimación para ser parte en cuantos litigios afecten a los intereses profesionales...”

⁵⁰ O, como dice la STC 89/1989, “no sólo la consecución de fines estrictamente privados, sino esencialmente (...) que el ejercicio de la profesión –que constituye un servicio al común– se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad de tal ejercicio” (F.J. 5º).

⁵¹ En cualquier caso, junto a la ya citada Ley 2/74, el régimen legal general de los Colegios profesionales lo integran, en desarrollo y modificación de aquélla, la Ley 74/78 de 26 de diciembre (*BOE* de 11 de enero de 1979), el R.Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, sobre Medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales (*BOE* de 8 de junio de

(f) El Ministerio Fiscal.

§. Al igual que ha sucedido con los colegios profesionales, tampoco la incorporación del Ministerio Fiscal al listado del art. 16 estaba prevista en el Proyecto de Ley y ha sido el resultado de una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán. En este caso, se justificó la inclusión del Ministerio Fiscal en la defensa del interés general que le encomienda el art. 124 CE; se trata, por tanto, de una función que podría encuadrarse dentro de las atribuciones que al Ministerio Fiscal le hace su Estatuto Orgánico (Ley 50/1981, de 30 de diciembre) en el art. 3º.6: «Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y *en los demás que establezca la ley*». Con ello, se está reforzando el carácter prevalentemente público de los intereses que subyacen a las acciones colectivas del art. 12 LCGC.

§. A diferencia de la Ley portuguesa, que expresamente prevé que el Ministerio Fiscal pueda actuar de oficio o a instancia de parte⁵², nada dice la nuestra al respecto. Sin embargo, pensamos que nada debería oponerse a una intervención del Ministerio Fiscal movida por una denuncia particular. A tal fin, quizás se podría aplicar el art. 5º del EOMF: «El Fiscal podrá recibir denuncias, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante». Evidentemente, se trataría de una aplicación analógica, pues del contexto del precepto se deduce que está pensando en procesos penales y en hechos delictivos (así se deduce del párrafo siguiente y, sobre todo, de la previsión de que la denuncia sea enviada a la autoridad judicial). En los supuestos que nos ocupan, la “solicitud” o “denuncia”⁵³ consistiría en la puesta en conocimiento del Fiscal de la utilización o recomendación de cláusulas que se reputan nulas; y su “estimación” por el Fiscal tendría como consecuencia la interposición de la acción colectiva correspondiente. Se trataría de un mecanismo análogo al establecido para los procesos de incapacitación (aunque con la diferencia, importante, de que aquí, en contraste con lo que hacía el derogado art. 204 del Código Civil y hace ahora el art. 757.3 LEC, la Ley no prevé

1996) y la Ley 7/1997, de 14 de abril, sobre Medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales (BOE de 15 de abril de 1997). Además, véase la interesante Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 1996 (STC 5/1996), en la que se negó la existencia de “Colegios Profesionales encubiertos” bajo la forma de Asociaciones Profesionales, pues los asociados carecen de capacidad jurídica para investir a su Asociación Profesional de unos atributos y potestades públicas que la ley reserva exclusivamente a los Colegios Profesionales (F.J. 10º).

⁵² En concreto, dice el art. 26.1.c) del Decreto-Ley de 31 de agosto de 1995, que la acción colectiva sólo puede ser intentada “Pelo Ministério Público, oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça *ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado*”.

⁵³ Concepto este último que puede entenderse en un sentido muy amplio, como ha puesto de relieve TORRES ROSELL, *La denuncia en el proceso penal*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991, págs. 16-22.

expresamente la facultad de denuncia). Es discutible si, "denunciada" de esta forma la utilización o recomendación de una cláusula nula, está obligado el Ministerio Fiscal a interponer la acción colectiva correspondiente: a primera vista, tal vez pudiera parecer excesivo; sin embargo, en la medida en que la actuación del Ministerio Fiscal, también en el plano civil, está estrictamente sujeta al principio de legalidad, se puede pensar que no puede éste "pasar por alto" una infracción de la legalidad vigente a la que está en sus manos poner fin. Por tanto, si estima que efectivamente la cláusula cuya utilización o recomendación se ha puesto en su conocimiento infringe lo previsto en la Ley, debería interponer la acción colectiva oportuna (así lo ha previsto expresamente la ley portuguesa, como ya se ha visto). No se trata de entender vigente el principio de oficialidad en estos procesos, o no al menos en toda su plenitud (de lo contrario, el comienzo del art. 16 no diría que las acciones colectivas «podrán» ser ejercitadas por alguna de las entidades en él enumeradas); pero el resultado de legitimar para el ejercicio de acciones civiles, sujetas como regla al principio de oportunidad, a una entidad que se rige por criterios de actuación opuestos, puede conducir a resultados paradójicos como éste.

En todo caso, a través de este sistema de denuncia, se permitiría una mejor salvaguarda de los intereses generales (que es, no lo olvidemos, la razón última de la presencia del Fiscal en los procesos colectivos), puesto que sujetos que carecen en sí de legitimación (como los particulares) o que teniéndola encuentran dificultades para ejercitarla (v.g., por problemas económicos, ante el temor de una condena en costas) también pueden contribuir al objetivo general de la depuración del tráfico jurídico-económico de condiciones contrarias a la ley.

(g) ¿Legitimación de entidades extranjeras?

§. Las entidades legitimadas de modo expreso por el art. 16 de la Ley tienen como factor común su *nacionalidad* española: se trata, bien de órganos o de Corporaciones públicos (estatales, autonómicos o locales), bien de personas jurídicas constituidas en España con arreglo a las leyes españolas. Es posible, sin embargo, que, dada la intensa internacionalización de las relaciones jurídico-privadas, también produzcan sus efectos perturbadores o abusivos en el extranjero condiciones generales que tienen su origen en profesionales-predisponentes españoles. En estos supuestos, además, es posible que el juego de las normas de competencia internacional impida interponer la demanda en el Estado donde producen (en todo o en parte) sus efectos; o que, en vez de impetrar tantos procesos como Estados haya en que produzcan efectos, se prefiera ejercitar una única acción de cesación con efectos en todos ellos.

A resolver estas cuestiones, en el plano europeo, se dedica el art. 4 de la ya citada Directiva 98/27 de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. Este precepto prevé expresamente la legitimación de determinados organismos u organizaciones extranjeros para interponer acciones de cesación en defensa de los intereses de

los consumidores; es decir, permite que sean entidades extranjeras, distintas por tanto de las enumeradas en el art. 16 LCGC, las que ostenten la titularidad de (al menos) la acción de cesación. Los requisitos a los que se supedita esta legitimación son, sintéticamente, los siguientes:

— Que la entidad que pretenda demandar en nuestro Estado esté habilitada para tutelar los intereses colectivos de los consumidores en el Estado miembro de la Unión Europea donde se vean perjudicados por la infracción que se ataque (art. 4.1).

— Que la entidad esté incluida en la “lista de entidades habilitadas” que, en virtud del art. 4.3, elabora la Comisión (a partir de la información que los Estados miembros están obligados a facilitarle y actualizarle: art. 4.2) y publica el D.O.C.E. cada seis meses; la inclusión en esta lista prueba la capacidad jurídica de la entidad (art. 4.1).

— Que los intereses protegidos por esa entidad se vean afectados en otro Estado miembro por una infracción (en este caso, de las normas en materia de protección de consumidores frente a cláusulas abusivas) que tenga origen en el nuestro, de manera que “la finalidad de la entidad habilitada justifique que ejercite acciones en el caso concreto” (art. 4.1 *i.f.*).

Evidentemente, en condiciones inversas, también podrán las entidades españolas legitimadas por el art. 16.3 y 16.4 LCGC ejercitar acciones de cesación en otros Estados contratantes frente a condiciones generales elaboradas en ellos y que perjudiquen a los intereses colectivos de los consumidores en España.

§. Todo esto no es, a día de hoy, Derecho vigente en España; ahora bien, a más tardar el 1 de enero del 2001 (art. 8 en relación con el art. 9) los Estados miembros tendrán que haber adoptado las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva (por cuanto nos interesa, posiblemente reformando la recién estrenada Ley de Condiciones Generales). A partir de esa fecha, si no se ha efectuado su trasposición, la Directiva tendrá efecto directo⁵⁴ y podrá fundar por sí misma la obligación de los Jueces españoles de reconocer legitimación activa a las entidades extranjeras que cumplan las condiciones indicadas en el art. 4.

§. Los legitimados al amparo del art. 16 son los aquí expuestos –con el añadido, de cara al futuro, de las entidades extranjeras “habilitadas”–, y ninguno más. Toda interpretación extensiva –que resulta recomendable– sólo es admisible dentro de las categorías generales expresamente recogidas en el precepto. Por

⁵⁴ Cfr. MANGAS MARTÍN, “Las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho interno de los Estados miembros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en *El Derecho Comunitario europeo y su aplicación judicial* (dirs. RODRÍGUEZ IGLESIAS y LIÑÁN NOGUERAS), Ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 55-96, esp. págs. 65-76.

ello, quedan fuera, de forma señera: *a)* las personas físicas y jurídicas privadas, en general (salvo que estas últimas sean de las del art. 16.1); *b)* determinadas asociaciones de sujetos que podrían considerarse en sentido amplio “consumidores” o “usuarios” pero a las que la dedicación profesional de sus miembros impide conceptuar como tales, y que en ocasiones también pueden quedar fuera del ámbito del nº 1 del art. 16. Estos sujetos, si acaso, podrán recurrir al Ministerio Fiscal o, eventualmente, si se trata de consumidores o usuarios, a las asociaciones del 16.3 o a las entidades públicas del 16.4 –sin que, por supuesto, tengan éstas obligación alguna de asumir la pretensión del consumidor o usuario individual⁵⁵. Sin olvidar tampoco que, al amparo de lo previsto por el art. 15 de la nueva LEC, los consumidores y usuarios podrán intervenir en los procesos promovidos por sus asociaciones y sostener en ellos pretensiones propias: no obstante, esto no les confiere legitimación para demandar por sí solos, a título individual, ejercitando alguna de las acciones colectivas previstas en el art. 12 LCGC.

Resulta discutible si las personas y entidades excluidas del art. 16 LCGC pueden al menos obtener la cesación en la utilización de condiciones generales nulas al amparo de otro título legal habilitante, en concreto, a través de la Ley de Competencia Desleal. En efecto, ya se ha puesto de manifiesto antes que el art. 19 LCD legitima para el ejercicio de la acción de cesación (entre otros) a sujetos que no forman parte del listado del art. 16 LCGC, especialmente a “cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal”. Si cualquiera de estos sujetos considera que la utilización de condiciones contrarias a la ley constituye un acto de competencia desleal (y así sucederá con frecuencia, en la medida en que de la efectividad de cláusulas nulas el empresario que las use obtenga ventajas que falseen las reglas de la buena fe en el mercado), nada puede impedirles acudir a la LCD e intentar una acción de cesación (art. 18.2^a) que, por su contenido, será en buena medida igual a la prevista por el art. 12.2 LCGC⁵⁶. Evidentemente, no cabe duda de que esta opción sólo será lícita cuando no constituya un fraude a la ley procesal –que ha querido residenciar el control abstracto de las condiciones generales en una serie tasada de entidades–, que puede ser combatido con el art. 11.2 LOPJ. Por otra parte, también resulta claro que de la cesación obtenida al amparo de los arts. 18.2^a y 19.1 LCD no siempre se derivarán las consecuencias que la nueva LEC anuda al éxito de la acción de cesación cuando, según permite el párrafo segundo del art. 12.2 LCGC, se le ha acumulado como accesoria la acción de devolución de cantidades cobradas en virtud de las condiciones y la de indemnización de daños y perjuicios causados

⁵⁵ Véase, no obstante, lo que se dirá más adelante (*infra*, 2).

⁵⁶ Así se lo reconoce la doctrina alemana de forma general al competidor del profesional que utilice condiciones generales nulas: por todos, cfr. HEINRICHS, *Palandt-BGB*, cit., AGBG 13-11, pág. 2444. En realidad, nos encontramos con bastante claridad ante un concurso de normas, pues la acción es la misma al amparo de ambos preceptos. Lo diferente es quién tiene, según cada uno de los textos legales en presencia –LCGC y LCD–, el poder para ejercitar la acción.

por su aplicación: y es que, siendo así, el art. 221.1ª LEC establece que, pretendida una condena dineraria y la determinación individual de los consumidores y usuarios con derecho a ella no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante; y el art. 519 LEC establece el trámite –sencillo– por el que los consumidores y usuarios individuales podrán acreditar la concurrencia en ellos de las condiciones establecidas en la sentencia para ser reconocidos como beneficiarios de la condena y poder instar el despacho de la ejecución. Además de esto, solicitada y obtenida la cesación al amparo de la LCD, tampoco habría lugar al régimen especial de publicidad de la sentencia (arts. 21 y 22 LCGC), ni a las sanciones del art. 24.

§. Además, tratándose de entidades colectivas, es evidente que previo a la interposición de la demanda ha de ser el acuerdo, por parte del correspondiente órgano competente de la entidad, en que se decida el ejercicio de la acción colectiva. No es esto más que una concreción del régimen general de actuación de los entes supraindividuales. Sólo este acuerdo, adoptado conforme al procedimiento previsto a tal fin por las normas legales o estatutarias, fundamenta el lícito ejercicio de las acciones colectivas por los legitimados⁵⁷. Por ello, en la propia demanda habrá que acreditar la existencia de acuerdo del órgano competente, regularmente adoptado, en que se encomiende el ejercicio de la acción a quien en su nombre comparece. Por supuesto, no es suficiente un acuerdo genérico, sino que en él han de precisarse los elementos identificadores de la acción, básicamente tres: 1) el demandado; 2) el tipo de acción que se quiere ejercitar; 3) la cláusula general que se quiere impugnar. Y, como corolario, que exista correspondencia entre la demanda efectivamente entablada y el contenido del acuerdo que le sirve de base.

La ausencia de este acuerdo, su irregularidad formal, o la incongruencia de la demanda con lo establecido en él son vicios insubsanables, que determinan una auténtica falta de legitimación activa, pues quien esté demandando no está realmente facultado por el art. 16 LCGC para hacerlo: la consecuencia sería, por ello, la desestimación de la demanda (tanto de oficio, como si el vicio es puesto de relieve por la parte demandada). Tan sólo sería admisible una subsanación cuando ésta se hubiera producido con anterioridad al momento en que el Juez debiera apreciar la concurrencia de tal vicio: en tal caso, la economía procesal aboga por conservar la validez de las actuaciones anteriores.

Distintos de los anteriores serán aquellos supuestos en que el acuerdo exista, sea regular y congruente con la demanda, pero no se haya aportado con ella. En tal caso, lo más probable es que se pudiera dar a este vicio un tratamiento

⁵⁷ Algo semejante sucede en el ámbito del proceso laboral, cuando quien ejercita la acción es un ente colectivo, especialmente un sindicato (véanse, entre las más recientes, las SSTs (Sala 4ª) de 19 de diciembre de 1994 –RAJ 1995, 2556– y de 2 de febrero de 1996 –RAJ 2489–). Y también en lo contencioso-administrativo (véase, por ejemplo, la STS (Sala 3ª) de 26 de febrero de 1980 –RAJ 626–)

análogo al que recibía la falta de acreditamiento del “carácter” de sucesor en los arts. 503.2º y 533.2ª de la anterior LEC de 1881. No obstante, se trataría –ahora sí– de un vicio claramente subsanable mediante la aportación al proceso del acuerdo en cuestión, que se podría hacer probablemente en la audiencia previa al juicio (arts. 414 y sigs. de la nueva LEC, especialmente art. 425).

2. Insuficiencia de la legitimación para el éxito de la acción y necesidad de interés en el demandante.

§. Cuanto hemos analizado hasta ahora nos sirve para determinar qué entidades, en abstracto, son titulares de las acciones colectivas previstas por el art. 12 de la Ley. Sin embargo, a nuestro juicio, no todas pueden ejercitarlas eficazmente en cualquier ocasión y frente a cualquiera de los legitimados pasivamente por el art. 17. En efecto, aunque la Ley no lo diga expresamente, nos parece obvio que la simple legitimación no es suficiente para el éxito de la acción colectiva. Junto a la evidente exigencia de que la pretensión esté fundada en cuanto al fondo, es preciso que la concreta entidad que ejercite la acción tenga un *interés* en la cesación, retractación o declaración que solicita frente al demandado. De lo contrario, si todas las entidades previstas en el art. 16 pudiesen válidamente impugnar en todo caso cualquier condición que reputasen nula⁵⁸, se trataría de una acción muy parecida a la popular, aunque restringida a un determinado círculo de *populus*: pero, en todo caso, y esto es lo que importa resaltar, no habría que acreditar más interés que la defensa objetiva de la legalidad para poder impetrar con éxito la tutela pedida. Y, como ya se ha dicho antes, la intención del legislador no parece haber sido ésta, sino la contraria: restringir el número de sujetos con acceso a las acciones colectivas, ciñéndolas a quienes, aparte de ostentar la representación en la sociedad de ciertos intereses, acreditan en el caso concreto que la tutela de ese interés hace necesaria la cesación o retractación solicitadas.

§. Por tanto, el éxito de la acción colectiva depende, en última instancia, de la concurrencia de hasta tres factores:

1) En primer lugar, de la *legitimación activa* del demandante y *pasiva* del demandado, que se miden a la luz de los arts. 16 y 17 de la Ley, respectivamente.

2) En segundo término, y ante la ausencia de derecho subjetivo, el *fondo del asunto* se convierte en una cuestión jurídica (que aproxima a estos procesos, salvando las distancias, a los de control normativo abstracto, como el proceso contencioso-administrativo de impugnación de reglamentos) y que se concreta, en función del tipo de acción ejercitada, de dos formas diferentes:

a) que la condición o condiciones cuya utilización o recomendación se quieren impedir para el futuro sean realmente nulas (en el sentido en que el

⁵⁸ Lo que decimos se refiere, claro está, a las acciones de cesación y retractación, pero ha de aplicarse *mutatis mutandis* a la declarativa.

término “nulas” deba entenderse en el contexto del art. 12, apdos. 2 y 3), para el caso de las acciones de cesación y retractación.

b) que la cláusula en cuestión sea efectivamente una condición general de la contratación y así deba declararse, en el caso de la acción declarativa.

3) Finalmente, que el legitimado tenga un *interés* en la obtención de la tutela que pide. En otros términos, sólo son posibles acciones dirigidas a obtener la solución de un conflicto realmente existente⁵⁹. Aunque en estos casos se hable de acciones colectivas y de control “abstracto”, ello no puede ser un óbice para seguir entendiendo que la tutela judicial sólo es posible cuando es necesaria; y que esa necesidad se define, de forma ineludible, por la relación existente entre actor y demandado, aunque no pueda encajarse bajo la cobertura del concepto “derecho subjetivo”.

§. A nuestro juicio, ese *interés* necesario para obtener una sentencia favorable no puede ser algo tan genérico que cualquiera de los legitimados pueda afirmar que lo tiene, sino que no puede desvincularse de la concreta entidad que ejercita la acción. Es aquello cuya vulneración en concreto se alega por el actor como razón de que acuda a los Tribunales: no debe, por tanto, confundirse con el fondo del asunto en sí, sino con la afirmación –y, en su caso, demostración– de que el fondo del asunto es “litigioso”, “controvertido” y, por ende, debe ser resuelto por los órganos jurisdiccionales. Y no “litigioso” o “controvertido” a secas, sino entre actor y demandado. Así entendido, el concepto de interés es la respuesta a la pregunta de por qué es necesaria la tutela judicial que pide el actor frente al demandado. Ésta es, a nuestro juicio, la verdadera función del interés como condición de la acción: evitar tutelas innecesarias (que, por innecesarias, están prohibidas por una norma no escrita⁶⁰); de ahí los términos con los que este presupuesto es designado en otros Ordenamientos (*Rechtsschutzbedürfnis* alemán, *bisogno di tutela giurisdizionale* italiano, es decir, en ambos casos, necesidad de la tutela judicial solicitada).

También por eso, de modo general, dentro de la Ciencia procesal el tema del interés como condición de la acción se ha tratado tradicionalmente en relación con las acciones mero-declarativas –aquéllas por las que se pide del Juez que declare la existencia, inexistencia o modo de ser de una determinada relación

⁵⁹ Con apoyo en CHIOVENDA, señala MONTERO AROCA que con la exigencia del interés “de lo que se trata es de evitar que se formulen pretensiones que no respondan a la existencia de un verdadero conflicto, por cuanto los órganos jurisdiccionales deben actuar el derecho objetivo ante la existencia de controversias reales, no pudiendo limitarse a emitir dictámenes o a hacer declaraciones genéricas acerca de hipotéticas situaciones a los simples efectos de ilustrar a las partes sobre el comportamiento más adecuado” (*La legitimación en el proceso civil, cit.*, pág. 46).

⁶⁰ Norma no escrita en nuestro Ordenamiento, pero no en otros, como el italiano, que de forma general reclama un *interesse ad agire* en el art. 100 de su *Codice di procedura civile*. En realidad, la expresión *interesse ad agire* sólo aparece en la rúbrica del precepto, cuyo contenido es el siguiente: “*Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse*”.

o situación jurídica⁶¹—: porque, como regla, no parece necesario que los Jueces dicten sentencias con ese contenido, salvo que realmente subyazca una controversia. Y por eso mismo no plantea problemas el interés cuando se trata de las clásicas acciones de condena, pues la petición misma, fundada en un incumplimiento o infracción, pone ya de relieve que la tutela judicial pedida es necesaria.

§. Presupuesta su necesaria concurrencia, ¿cuál es el interés que ha de acreditarse para que los legitimados del art. 16 puedan ejercitar con éxito las acciones colectivas? Ya se ha señalado antes que no puede ser sólo el interés genérico que se pretende salvaguardar con este tipo de acciones colectivas, y que se cifra en la protección del tráfico jurídico y económico: ello nos situaría ante acciones de corte popular, no queridas por la Ley. De entenderse así, la simple atribución legal de legitimación, *per se*, convertiría automáticamente a las entidades del art. 16 en portadores y custodios del interés público de la tutela del tráfico jurídico —para liberarlo de condiciones generales de contratación contrarias a la ley—, lo que supondría desconocer y desnaturalizar las funciones que esas entidades desempeñan en la vida social.

Más aún: en realidad, no deja de ser cierto que cada clase de acción —de modo general, es decir, no sólo en el ámbito de las condiciones generales de la contratación— protege un interés en cierta medida “típico” (aunque las acciones en sí, como regla, no lo sean) y “general”: así, por ejemplo, también las acciones reivindicatorias sirven al interés general de que se respete la propiedad; pero nadie discute que *ese* interés no es suficiente para que tenga éxito en el plano de lo concreto una acción reivindicatoria, sino que hace falta que el demandado haya despojado de la posesión al propietario.

§. Algo semejante ha de suceder, a nuestro juicio, en el ámbito de las acciones colectivas: dentro de un proceso concreto, y cuando el Juez se plantea el sentido de su fallo, el interés que ha de tener en cuenta no es el genérico, sino el concreto y particular que concurre —dado el caso— en el peticionario, y que convierte en necesario el fallo judicial en el sentido pedido. En palabras de CARNELUTTI, puede decirse que hay interés en aquellos casos en que “sin el proceso la tutela que el ordenamiento jurídico ofrece al interés del actuante no sería plenamente eficaz”⁶².

Tratándose de acciones colectivas, la legitimación, como hemos visto, está atribuida y restringida a determinadas entidades supraindividuales. Cada uno de estos entes es portador o depositario de ciertos intereses cuya lesión o puesta en peligro tratan de conjurar las acciones colectivas. Estos intereses, además, no son los mismos para cada legitimado, sino que difieren de unos a otros. Tienen en común su carácter supraindividual o pluriindividual, y lo difícil que resulta

⁶¹ Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho Procesal Civil* (con DE LA OLIVA SANTOS), Tomo II, *cit.*, págs. 31-32; MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, *cit.*, págs. 45-47.

⁶² CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, Trad. de SENTÍS MELENDO, Librería “El Foro”, Buenos Aires, 1997, Vol. I, pág. 516.

“clasificarlos” o someterlos a “categorías” estables. Sin ánimo de exhaustividad y de dejar agotada la cuestión, y siguiendo el meritorio esfuerzo aclaratorio de MONTERO AROCA, un posible criterio de diferenciación sería el que distingue entre intereses colectivos, difusos y públicos.

a) Según MONTERO, “lo característico de los *intereses colectivos* es que los mismos corresponden a una serie de personas, más o menos numerosa, que están o pueden ser determinadas, entre las cuales existe un vínculo jurídico, existiendo una entidad que es persona jurídica a la cual se atribuya por la ley la representación institucional para la defensa de ese interés. Esa persona jurídica cuando actúa en juicio no tiene, ni pretende tener, la representación individual de cada una de las personas físicas implicadas, pero sí tiene confiada la representación institucional del conjunto y en virtud de ella afirma, no la titularidad del derecho subjetivo individual, sino un interés colectivo cuya defensa justifica la existencia de la propia persona jurídica”⁶³.

b) En cuanto a los difusos, “se caracterizan porque corresponden a una serie de personas que están absolutamente indeterminadas, no existiendo entre ellas vínculo jurídico alguno, de modo que la afectación a todas ellas deriva sólo de razones de hecho contingentes, como ser posibles consumidores de un mismo producto, vivir en el mismo lugar, ser destinatarios de una misma campaña de publicidad, etc. [...]; el interés difuso supone que no es posible identificar a las personas físicas implicadas y que no existe un ente, sea o no persona jurídica, que pueda afirmar que agrupa a todas aquellas personas físicas”⁶⁴.

c) Los públicos, por último, a los que también se podría denominar generales, son los que recaen en el conjunto de la sociedad de forma global y en el Estado mismo⁶⁵.

La distinción entre intereses colectivos y difusos encuentra en la actualidad acomodo legal en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en términos semejantes a los descritos, aunque únicamente en relación con los consumidores

⁶³ *La legitimación en el proceso civil, cit.*, pág. 65. En sentido parecido, véase la Ley brasileña nº 8.078 de 11 de septiembre de 1990, sobre protección del consumidor, cuyo art. 81 II entiende por “intereses o derechos colectivos” “los transindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica de base”.

⁶⁴ MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil, cit.*, págs. 65-66. Véase asimismo, en la ley brasileña antes citada, el párrafo I del mismo art. 81, que entiende por “derechos o intereses difusos” “los transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho”. Por su parte, haciendo una combinación un tanto imprecisa entre los conceptos que aquí manejamos de interés directo e interés difuso, señala el Considerando (2) de la tan citada Directiva 98/27 que “por intereses colectivos se entiende los intereses que no son una acumulación de intereses de particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción”.

⁶⁵ Cfr. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil, cit.*, págs. 71-73.

y usuarios, es decir, tan sólo cuando las personas singularmente consideradas ostenten tal condición jurídica: así, el art. 11.2 habla de intereses colectivos cuando se vean involucrados en el proceso los intereses de “un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables”; y el art. 11.3 considera que los intereses en juego son difusos cuando nos encontremos ante “una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación”.

No pretendemos ahora “encajar” sin más a cada uno de los legitimados del art. 16 en alguna de estas categorías, sobre todo porque, a nuestro juicio, algunas de ellas son portadoras o depositarias *a la vez* de intereses de diferente índole. Sin embargo, sí que puede ponerse de manifiesto que, en el caso del nº 1 (asociaciones o corporaciones profesionales), no nos encontramos realmente ante intereses colectivos en sentido propio, sino tan sólo ante intereses pluriindividuales de sus “miembros”. En los supuestos de los núms. 2 y 5, es prevalente el interés colectivo (esta vez, en sentido propio) de los comerciantes, industriales, navegantes y profesionales; pero también concurre el interés general o público en el ordenado ejercicio del Comercio, Industria, Navegación y de la Profesión⁶⁶. Las legitimadas de los núms. 3 y 4 son, indudablemente, portadoras de los intereses, difusos por definición, de los consumidores y usuarios. Y el Ministerio Fiscal, valedor y depositario por excelencia del interés público y de los intereses generales⁶⁷.

§. A nadie escapa que la utilización de condiciones generales de la contratación puede afectar, de diversa forma, a todos y cada uno de los intereses descritos. Por eso, hace bien la Ley legitimando en abstracto y de modo general a las entidades (aunque tal vez no estén todas las que son, sí *son* todas las que *están*) encargadas de hacerlos valer. Pero también ha de resultar evidente que estas entidades sólo pueden ejercitar estas acciones cuando así lo requiera la protección de los intereses cuya defensa tienen encomendada, es decir, cuando sea necesario (= *cuando haya interés*). Dicho de otro modo, las entidades legitimadas podrán acreditar un interés cuando la sentencia solicitada, de ser estimatoria, implicaría una mejora de los intereses que tienen encomendados (aunque no sea de forma exclusiva y excluyente).

Es así preciso que el sujeto legitimado (por la ley, en abstracto) acredite en cada caso concreto la necesidad de tutelar los intereses cuya defensa le está encomendada. Aunque la LCGC no lo diga expresamente, existen en ella varios e importantes indicios de que ésta es la solución querida:

a) Así, cuando condiciona la legitimación de las asociaciones o corporaciones profesionales o empresariales a que tengan encomendada

⁶⁶ La presencia de un interés general en este último caso, ya se dijo antes, se deduce expresamente de la Justificación de la Enmienda a la que obedece su presencia separada en el art. 16.

⁶⁷ Como se deriva del art. 124 CE y se puso de relieve en la enmienda que lo introdujo en el texto legal.

estatutariamente la defensa de los “intereses de sus miembros” (art. 16.1), parece querer que sólo hagan uso de las acciones colectivas cuando sea preciso a tal fin.

b) Igualmente, la actuación procesal de las asociaciones de consumidores y usuarios presupone que tengan encomendada en sus estatutos la “defensa de éstos” (art. 16.3), del mismo modo que las entidades públicas del art. 16.4 han de ser competentes en materia de “defensa de los consumidores”: no parece querer la Ley la utilización de acciones colectivas por estas entidades si no es para proteger los intereses de consumidores y usuarios. De hecho, esta “restricción” se desprende con toda claridad de otras normas que de forma expresa confieren algún tipo de legitimación colectiva a estas asociaciones: de un lado, los arts. 11.1 LEC y 20.1 LGDCU las legitiman para la defensa “de los intereses generales de los consumidores y usuarios”; y, de otro, el art. 19.2.b) LCD supedita su legitimación para ejercer acciones de competencia desleal a que “el acto de competencia desleal perseguido afecte directamente a los intereses de los consumidores”.

c) En el caso de los Colegios profesionales y del Ministerio Fiscal, su inclusión en la Ley, como se deduce de la Justificación de la Enmienda núm. 92 del Grupo Parlamentario Catalán, se produjo con la finalidad de que, pudiendo ejercitar las acciones colectivas, tutelaran los intereses generales. Queda claro así que se les atribuyó legitimación *para la tutela de ciertos intereses*, no de forma incondicionada (en el supuesto del Ministerio Fiscal, sólo el interés general; tratándose de los Colegios Profesionales, el interés general *además* del interés colectivo de los colegiados)

d) Pero, sobre todo, el argumento de mayor peso nos lo proporciona el derogado⁶⁸ art. 18.1 *i.f.* de la Ley, que permitía a las entidades legitimadas del art. 16 personarse e intervenir en los procesos promovidos por alguna otra “si lo estiman oportuno para la *defensa de los intereses que representan*”: de esta norma se deducía con meridiana claridad que, para la ley, cada uno de los legitimados “representa” una serie de intereses específicos, y que es la defensa de éstos la que justifica su presencia en un proceso incoado por otra. Y si de forma expresa la Ley estaba condicionando su *intervención* a que guarde el objeto del litigio algún tipo de relación con los intereses que representa el interviniente, no hay razón para entender –si sumamos los indicios acumulados– que no exista el mismo condicionamiento para el ejercicio directo y a título principal de la acción. Al fin y al cabo, salvo el supuesto especial de los consumidores y usuarios (por

⁶⁸ Que el precepto haya sido derogado por la nueva LEC no significa que no podamos seguir acudiendo a él a la hora de realizar una interpretación sistemática de la LCGC tal y como fue concebida por el legislador.

mor del art. 15 LEC)⁶⁹, sólo puede ser interviniente en estos procesos quien podría haber sido demandante o demandado inicial⁷⁰.

e) Finalmente, y de cara al futuro, no puede olvidarse tampoco el argumento que aportará el art. 4 de la Directiva 98/27: como ya señalamos antes, de este precepto se deduce que la “habilitación” (= legitimación) para ejercitar las acciones de cesación por parte de entidades extranjeras no priva a los jueces nacionales de la facultad de “examinar si la finalidad de la entidad habilitada justifica que ejercite acciones en un caso concreto”.

§. La determinación de si se da o no el necesario interés corresponde llevarla a efecto al Juez en la sentencia. Sin embargo, y aunque sólo sea de modo orientativo, se pueden tener en cuenta al menos cuatro parámetros o criterios, cuya presencia o ausencia será indiciaria de la concurrencia o no en el caso concreto de este presupuesto:

a) Cierta vinculación en cuanto al “sector económico”, cuando se trate de las asociaciones de profesionales, empresarios o agricultores (16.1), o con la “profesión” (si se trata de los Colegios profesionales, 16.5): es decir, que las condiciones generales impugnadas se apliquen en contratos susceptibles de ser utilizados en el sector de la vida económica en que desarrollan su actividad profesional o empresarial los miembros de las asociaciones o corporaciones en cuestión y frente a ellos; o, en el caso de los Colegios profesionales, que sean susceptibles de ser incluidas esas cláusulas en contratos celebrados *por* esos profesionales o *frente* a esos profesionales⁷¹. Que la LCGC no es indiferente a la importancia del sector económico es algo que, además, se deduce del propio art. 17.4, que lo establece como requisito para poder acumular acciones frente a varios demandados.

b) Una incidencia real sobre los consumidores y usuarios, cuando se trate de las asociaciones de consumidores y usuarios (16.3) o del Instituto Nacional de Consumo o entidades autonómicas o locales competentes (16.4). Es decir, que se trate de cláusulas predispuestas a la contratación en masa con los consumidores o usuarios (sea o no de forma exclusiva). Esta exigencia, plenamente razonable, aparece formulada de forma expresa en la ley alemana, cuyo parágrafo 13 III señala que las asociaciones y agrupaciones de consumidores no podrán ejercitar las acciones de cesación y retractación cuando las condiciones generales se utilizan frente a un profesional y el contrato forma parte de su actividad

⁶⁹ Y ni siquiera éstos podrían ejercitar, una vez dentro del proceso, acciones colectivas, sino tan sólo las que sirvieran para la tutela de su interés individual, como también se deduce del art. 15 LEC.

⁷⁰ Cfr. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, cit., págs. 78-81.

⁷¹ La doctrina alemana también les reconoce legitimación sólo en su rama de actividad (*Gewerbezeug*): cfr. HENSEN, *AGB-Gesetz*, con ULMER y BRANDNER, cit., § 13-41, pág. 1004; también HEINRICHS, *Palandt-BGB*, cit., AGBG 13-15 y 13-17, pág. 2444.

económica, o cuando las condiciones se recomiendan para ser utilizadas exclusivamente entre profesionales⁷².

c) Tampoco debe descartarse cierta vinculación territorial o geográfica: en el caso de que las entidades legitimadas tengan estatutariamente limitado su campo de acción a un determinado territorio, parece lógico que sólo puedan impugnar aquellas condiciones que estén predispuestas para contratos que han de celebrarse y/o cumplirse en ese ámbito –es decir, que las cláusulas generales impugnadas desplieguen sus efectos en él–. En este sentido, el art. 18 del Decreto 825/90, en sus dos primeros apartados, pretende restringir la legitimación de las Asociaciones de consumidores y usuarios para el ejercicio de acciones colectivas en defensa de los intereses generales de los consumidores a que se hallen "dentro del ámbito territorial y funcional propio de la Asociación" (18.1) o "dentro de su ámbito territorial" (18.2)⁷³. Así, parece que una asociación de consumidores que estatutariamente tiene limitado el ejercicio de sus funciones a una determinada provincia carece de interés para impugnar las condiciones generales predispuestas por un empresario de otra provincia para ser incluidos en contratos de cumplimiento en ella (v.g., los contratos de transporte de viajeros a nivel local e intraprovincial). O, por poner otro ejemplo, tampoco nos parece que esté interesada la Cámara de Comercio de Madrid en las condiciones generales utilizadas por la empresa encargada de la carga y descarga de buques en el puerto de Vigo. Evidentemente, aunque el legitimado tenga algún tipo de condicionamiento geográfico o territorial, no lo tendrá la sentencia que se dicte, cuyos efectos se extenderán a todo el territorio nacional.

d) Finalmente, también nos parece necesaria una correspondencia o equivalencia entre el sentido en que se ejercita la acción y el tipo de intereses cuya tutela tiene encomendada la entidad legitimada: en otros términos, no pueden utilizarse las acciones colectivas en contra de los intereses que representan quienes las ejercitan; a la inversa, cada legitimado ha de ejercitar la acción colectiva en defensa de los intereses que justifican que se le haya concedido la titularidad de la acción. Este requisito afecta de modo especial a las asociaciones y corporaciones del nº 1, que no pueden interponer acciones colectivas en contra de los intereses de sus miembros (aunque esos intereses puedan ser tan espurios como el mantenimiento de condiciones nulas). Pero como regla, y salvo el supuesto descrito, este requisito no planteará especiales dificultades, porque: los legitimados por los núms. 3 y 4 sólo es concebible que

⁷² Cfr. HENSEN, *AGB-Gesetz*, con ULMER y BRANDNER, *cit.*, § 13-44, pág. 1006.

⁷³ Ya se expuso anteriormente el carácter en parte ilegal del reglamento, pero, al menos en este aspecto, sí que debe entenderse en vigor, pues pone de relieve la lógica exigencia de conexión territorial y funcional entre las entidades legitimadas para el ejercicio de acciones colectivas y la concreta controversia que se haya planteado. Este extremo también lo exige la doctrina alemana: así, HENSEN, *AGB-Gesetz*, con ULMER y BRANDNER, *cit.*, § 13-39, pág. 1004, que también hace referencia a los casos en que los estatutos de la asociación fijen *límites temporales* de actuación; o HEINRICHS, *Palandt-BGB*, *cit.*, AGBG 13-12, pág. 2444, quien asimismo entiende válida esta limitación cuando la asociación tenga encomendada sólo la defensa de *determinados* intereses de los consumidores.

actúen en beneficio de los consumidores; el Ministerio Fiscal (núm. 6) lo hará siempre en beneficio del interés general; y las Corporaciones legitimadas en los núms. 2 y 5, en la medida en que asumen la defensa tanto de intereses colectivos como generales, no tendrán ninguna dificultad en impugnar condiciones empleadas *por* sus miembros (como predisponentes: en tal caso prima el interés general) o *frente* a sus miembros (como adherentes: entonces prevalece el interés colectivo y profesional), pues en ambos casos están sirviendo a los intereses que, en abstracto, justifican su legitimación.

Tampoco nos cabe la menor duda de que la propia autorregulación espontánea de los legitimados se ocupará de que el ejercicio de estas acciones se reduzca a los límites descritos que, son en realidad, los razonables (y recuérdese que, afortunadamente, como regla lo razonable se equipara al *id quod plerumque accidit...*). Y es que a) siendo múltiples y diversos los intereses en juego ante el fenómeno de la contratación en masa, y b) siendo también múltiples y diversos los intereses cuya defensa está encomendada a buen número de los legitimados, lo más habitual será que el legitimado que interponga la acción lo haga porque tiene un interés; es decir, porque haga falta la concreta cesación, retractación o declaración pedida para la correcta salvaguarda de los derechos que protege.

Sin embargo, ha de quedar clara la posibilidad de que, en un caso concreto, se aprecie un uso fraudulento de estas acciones, o que no responda a una auténtica necesidad de tutela por parte del peticionario. De ahí que no estén de más, a nuestro juicio, las anteriores precisiones.

§. De hecho, sólo entendiendo que las cosas son como las hemos expuesto queda totalmente explicada la presencia del Ministerio Fiscal entre los legitimados del art. 16. Y es que:

a) de un lado, los legitimados de los núms. 1 a 5 no siempre podrán impetrar con éxito las acciones colectivas (de hecho, lo normal es que sin interés, es decir, *sin necesidad*, no quieran hacerlo);

b) y, de otro, existe un interés público en el respeto al régimen legal de las condiciones generales de la contratación y en la *pureza* del tráfico jurídico económico.

Dadas estas premisas, decimos, se hacía preciso que *siempre* estuviera legitimada una entidad que, además, *siempre* pudiera acreditar un interés, una necesidad de tutela: alguien, en definitiva, cuyo acceso a la tutela no estuviera condicionado (*rectius*, únicamente condicionado por la efectiva nulidad de la cláusula –acciones de cesación y retractación– o por su naturaleza de condición general –para la acción declarativa–). Y esa entidad sólo puede ser el Ministerio Fiscal: dado que el interés que representa es el general o público, nunca le faltará, en cada caso concreto, el interés para accionar. Por eso, al incorporarlo a la lista de legitimados del art. 16, la LCGC logra “cerrar” el sistema de protección colectiva frente a las cláusulas nulas, pues siempre habrá alguien que pueda ejercitar la acción con éxito (si realmente aquéllas lo son).

§. Paradójicamente, podría llegar a pensarse, siguiendo por la senda de este razonamiento, que la presencia del Ministerio Fiscal como legitimado para ejercitar las acciones colectivas podría hacer innecesaria la de los demás. Esta conclusión, no exenta de lógica, ha de ser rechazada: como hemos sostenido reiteradamente, el fenómeno de la contratación en masa con apoyo en condiciones generales no sólo afecta al interés general o público, sino también, y primordialmente, a los intereses de quienes las emplean o han de adherirse a ellas. Es por ello *muy conveniente*⁷⁴ que las entidades depositarias de esos intereses tengan las puertas abiertas, cuando se vean perjudicados, para acceder a los cauces de tutela judicial (es decir, a las acciones colectivas). Al fin y al cabo, seguimos en el ámbito procesal civil, por mucho que se encuentren involucrados intereses públicos: de ahí que no sea admisible privar de protagonismo procesal a quienes lo tienen en las relaciones jurídico-económicas que subyacen al proceso (y a quienes, en mayor o medida, los representan).

Además, tampoco hay que olvidar la función disuasoria que desempeñan las acciones colectivas frente a la utilización de cláusulas nulas en las condiciones generales: y qué duda cabe de que para incrementar ese poder disuasorio es muy útil que el número de entidades legitimadas en abstracto sea amplio y representativo de aquellos intereses que pueden verse afectados (en realidad, si el único legitimado fuera el Ministerio Fiscal, podría vaticinarse de forma bastante realista el fracaso del sistema de acciones colectivas de la Ley).

§. Si, a pesar del aparente silencio legal, el interés desempeña un papel tan relevante de cara al éxito de las acciones colectivas, ¿en qué lugar queda entonces la legitimación? A nuestro juicio, no queda más remedio que reconocerle un papel ciertamente más "modesto", aunque no exento de relevancia: delimitar el círculo cerrado de sujetos que, en abstracto, es decir, potencialmente, tienen atribuida la titularidad de las acciones colectivas. Sólo ellos pueden, en términos absolutos, ejercitar las acciones; y, en términos relativos, es decir, en cada caso concreto, lo harán aquéllos, dentro de ese círculo, que demuestren la necesidad de tutelar el interés cuya defensa tienen encomendada.

La función de la legitimación, por tanto, se circunscribe a determinar: 1) qué intereses, de forma general, van a poder ser tutelados a través de las acciones colectivas; y 2) qué entidades, de entre las eventuales depositarias de esos intereses, son las que van a estar possibilitadas para sostenerlos en juicio. Y, como se ha podido ir deduciendo de lo dicho hasta ahora, la LCGC demuestra haber seguido un criterio prudente y acertado: porque 1) permite la tutela de todos aquellos intereses que se ven afectados por la contratación en masa con apoyo en condiciones generales⁷⁵; y 2) ha elegido para la defensa de esos diversos intereses

⁷⁴ Y ya vimos que esta conveniencia era el fundamento de la legitimación.

⁷⁵ En este sentido, BARRÓN DE BENITO señala que el art. 16 establece "una relación de sujetos legitimados activamente suficientemente amplia para dotar de plena efectividad a los fines

a un número suficiente de entidades que, además, ofrecen ciertas “garantías” o “solvencia” tanto de seriedad como de continuidad temporal de su actuación⁷⁶, pues o bien se trata de entes públicos, o bien de personas jurídicas con un estatuto, en la mayor parte de los casos, legal o reglamentariamente predefinido.

Legitimación e interés, por tanto, discurren por caminos bien diferentes. No hay legitimación porque se ostente en el caso concreto un interés: hay legitimación, en abstracto, porque así lo quiere la Ley. Y tampoco el interés por sí solo es suficiente a los ojos de la Ley para fundar una sentencia estimatoria.

A modo de conclusión “gráfica”, puede afirmarse que, según el esquema que se puede deducir de la Ley, la legitimación y el interés pueden considerarse como dos círculos secantes; sólo aquellas entidades respecto de las que concurren ambas condiciones podrán impetrar con éxito esa especial tutela judicial en que consisten las acciones colectivas.

Salvando por supuesto las distancias, la previsión legal del art. 16 LCGC recuerda en esto a la legitimación para la impugnación directa de normas reglamentarias procedentes de la Administración Central, contenida en el art. 28.1 b) de la antigua Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. También el recurso directo contra reglamentos tenía –y sigue teniendo– un carácter colectivo, y también en él se estableció por ley una lista tasada de sujetos que ostentaban el monopolio de la legitimación: en concreto, las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho público y cuantas entidades ostentaren la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, *siempre que la disposición impugnada afectare directamente a los mismos*⁷⁷. Pues bien, como ya es sabido, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷⁸ como la constitucional⁷⁹ fueron reconociendo progresivamente la incompatibilidad de este sistema de listas con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, y lo consideraron derogado por inconstitucionalidad sobrevenida⁸⁰. Es cierto que la LCGC se encuadra en un contexto bien diferente al de la LJCA, y que los intereses en juego en ambos procesos son muy distintos. No obstante, no puede descartarse *a priori* que la lista actual del art. 16 LCGC pueda verse superada en el futuro por decisiones jurisprudenciales que otorguen

perseguidos por la propia ley” (*Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Aspectos procesales*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998, pág. 71).

⁷⁶ Cfr. GERLACH, *MüKo, cit.*, AGBG § 13-56, págs. 1869-1870.

⁷⁷ Con lo cual, se requería también aquí la concurrencia simultánea de legitimación e interés.

⁷⁸ Véanse, entre las primeras, las Sentencias de 11 de abril de 1981 (Sala 4ª), *RAJ* 1831; de 13 de octubre de 1981 (Sala 4ª), *RAJ* 4144; de 14 de octubre de 1981 (Sala 4ª), *RAJ* 4151; de 20 de octubre de 1981 (Sala 4ª), *RAJ* 4492; de 18 de mayo de 1982 (Sala 4ª), *RAJ* 3971; de 15 de octubre de 1982 (Sala 3ª), *RAJ* 5776; y de 15 de febrero de 1983 (Sala 4ª), *RAJ* 901.

⁷⁹ Véanse, entre otras, las Sentencias 160/85, de 28 de noviembre, y 24/87, de 25 de febrero.

⁸⁰ El resultado de esta evolución es el art. 19 de la actual LJCA de 13 de julio de 1998, que establece una legitimación amplísima ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y que, de modo general, se la atribuye a las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo (cualquiera que pudiera ser su pretensión).

al interés fuerza legitimante *per se* para que puedan ejercitar acciones colectivas personas o entidades no incluidas en aquélla, como sucedió precisamente en el plano de la impugnación directa de normas reglamentarias. No pretendemos ser profetas, pero tampoco hay que considerar el sistema de legitimación por el que ha optado el legislador en 1998 como un sistema definitivamente cerrado, inmune a eventuales exigencias de justicia que se planteen en la práctica.

3. Tratamiento procesal de legitimación e interés.

Si diferente es la función que desempeñan legitimación e interés, también lo es, en parte, el tratamiento que han de recibir en el proceso.

§. (a) *En cuanto a la legitimación*, ya hemos señalado al inicio del comentario que nos hallamos ante supuestos en que se atribuye la titularidad de la acción sin que a esa atribución le subyazca la titularidad de un derecho subjetivo. Se trata, con ello, de supuestos en que se puede hablar de legitimación "extraordinaria"⁸¹, pues se dispone de ella porque expresamente la ley la concede, no porque los sujetos enumerados en esta lista sean titulares afirmados de un derecho subjetivo. Al no haber derecho de base (el fondo de la controversia, recordémoslo, lo integra en realidad una cuestión jurídica), es la Ley la que dice qué posición debe ocupar una persona para considerarla legitimada: la legitimación aparece así totalmente deslindada del fondo⁸²; podría decirse que es un "tema de fondo", aunque "preliminar del fondo".

A diferencia de los supuestos ordinarios, no son éstos casos en que la legitimación se resuelva en la afirmación de la titularidad activa del derecho en virtud del cual se litiga, sino más bien en la afirmación de que el demandante se encuentra incluido en alguno de los supuestos previstos por el art. 16 de la Ley. Siendo un tema de fondo⁸³, la regla general ha de ser la de que las cuestiones que suscite sean resueltas al término del proceso, en la sentencia; y que su ausencia determine una sentencia desestimatoria, no simplemente absolutoria de la instancia. No obstante, tampoco resulta ajeno a nuestra tradición procesal el tratamiento procesal *in limine litis* de ciertas cuestiones que son, *stricto sensu*, temas de fondo. Así sucedía bajo el imperio de la anterior LEC de 1881, notoriamente, con el carácter de sucesor en la relación jurídica litigiosa⁸⁴, que debía ser acreditado con la demanda (art. 503.2 de la anterior LEC), y cuya falta

⁸¹ Cfr. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil, cit.*, págs. 49-51.

⁸² MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil, cit.*, págs. 40-41.

⁸³ Es decir, es una de las condiciones de la acción, del derecho a que los Jueces dicten una sentencia favorable al demandante: cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil*, con FERNÁNDEZ LÓPEZ, Tomo I, *cit.*, pág. 497; en contra, MONTERO AROCA, para quien es un presupuesto del derecho al proceso, es decir, del derecho a que se dicte sentencia de fondo por los tribunales (*La legitimación en el proceso civil, cit., passim*)

⁸⁴ Es decir, el hecho de que el demandante litigue por un derecho que no nació en él, del que él no es el titular originario, sino que adquirió de forma derivativa, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*.

de acreditamiento podía ser puesta de relieve por el demandado a través de una excepción procesal dilatoria (art. 533.2º de la anterior LEC). También con la “legitimación” para el ejercicio de la acción de incapacitación, sometida por los Jueces a un férreo control preliminar⁸⁵. El fundamento de esta anticipación del control de la concurrencia de alguno de los presupuestos de la acción es, probablemente, la simple posibilidad de hacerlo antes de entrar en el juicio sin que ello prejuzgue lo que después haya de decirse y, en su caso, la evitación del desarrollo de un proceso abocado al fracaso. Algo semejante sucede en los casos que nos ocupan. En ellos, la legitimación se vincula con un dato o circunstancia objetiva, cuya concurrencia puede ser apreciada desde el momento mismo en que se presenta la demanda; si el demandante no es ninguna de las entidades a que se refiere el art. 16 LCGC, necesariamente la sentencia que se dicte será desestimatoria, sin necesidad de que el Juez entre a plantearse la concurrencia de interés en el demandante o la validez o nulidad de la cláusula atacada. El hecho de que la legitimación derive de una condición objetiva –la inclusión del demandante en alguno de los supuestos del art. 16– la convierte en acreditable y controlable *in limine litis*, sin que el debate en cuanto al fondo *stricto sensu* del asunto pueda afectar en algo a tal extremo: nada nuevo podrá saberse sobre la legitimación al final del proceso.

§. Estas consideraciones deben afectar a su tratamiento procesal, pues se trata de una cuestión que, preferiblemente, habría de quedar resuelta en los momentos iniciales del proceso (de forma análoga a lo que, como ya se ha señalado, sucedía bajo la vigencia de la LEC anterior con el acreditamiento del carácter de sucesor⁸⁶). Por ello:

a) Parece evidente que es carga del actor acreditar en y con la demanda su inclusión en alguno de los supuestos del art. 16, así como acreditar también, dado el caso, que concurren los presupuestos que, para algunos de ellos, exige de forma específica el precepto; así, habrá que aportar copia de los estatutos de donde se deduzca que la asociación o corporación tiene encomendada la defensa de sus miembros; o los de la asociación de consumidores, en análogos términos. Además, tratándose de personas jurídicas, la certificación del acuerdo en que se decida el ejercicio de la acción en cuestión (todo ello puede considerarse incluido dentro del mandato del art. 265.1.1º de la nueva LEC).

b) Se impone la posibilidad de que el Juez controle de oficio la legitimación activa del demandante⁸⁷, de forma que si constata desde un inicio

⁸⁵ Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho Procesal Civil*, con DE LA OLIVA SANTOS, Tomo IV, *cit.*, págs. 220-221.

⁸⁶ Y sin ignorar las diferencias entre ambos fenómenos: al fin y al cabo, el del acreditamiento de la sucesión es un tema diverso del de la legitimación, pues afecta de modo directo a la titularidad en sí del derecho litigioso, no al poder de ejercitar la correspondiente acción para su defensa: cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil*, con FERNÁNDEZ LÓPEZ, Tomo I, *cit.*, págs. 503-504; MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, *cit.*, págs. 22-28.

⁸⁷ En este sentido, cfr. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, *cit.*, pág. 102 (aunque el fundamento de su aserto se encuentra en su concepción de la legitimación como

que no se trata de alguna de las entidades del art. 16, pueda rechazar la demanda en la fase inicial del proceso. Y si lo que falta es alguno de los acreditamientos mencionados antes en relación con determinados legitimados, debe poder requerir al demandante para que subsane el vicio en un plazo prudencial. El momento más adecuado para que el Juez ponga de relieve la falta de legitimación no está claro, aunque tal vez fuera prudente esperar a la audiencia previa al juicio (recordemos que se tratará, en todo caso, de juicios ordinarios, como señala el art. 249.1.5º LEC), para decidir en ella lo oportuno previa audiencia de las partes. También será éste el momento oportuno para instar la subsanación de los vicios subsanables en relación con los acreditamientos vinculados a la legitimación (art. 425 LEC). La constatación de la falta de legitimación activa y, en su caso, la falta de subsanación en plazo, conducirán a que se dicte por el Juez auto sobreseyendo el proceso (art. 425 en relación –por analogía– con el art. 418 LEC).

c) En cuanto al demandado, también ha de poder denunciar la ausencia de legitimación, a través de la correspondiente excepción, que necesariamente habrá de interponerse en la contestación a la demanda (art. 405.1 LEC). Aun tratándose de una excepción de naturaleza material, las razones antes descritas hacen que lo más oportuno sea su resolución en la comparecencia previa⁸⁸. Si se estima, el Juez deberá dictar auto sobreseyendo el proceso (art. 425 LEC), y si se rechaza, proseguirá éste sin que pueda ya volver a discutirse en él sobre la legitimación. Tratándose de alguno de los vicios de acreditamiento antes referidos, podrá el demandado también ponerlos de relieve en la contestación a la demanda o en la propia comparecencia, procediéndose en ella a su subsanación en la forma prevista por el art. 418 LEC (aplicable por remisión del art. 425).

En resumidas cuentas, la audiencia previa al juicio ordinario parece el momento más adecuado para que el Juez, de oficio o a instancia del demandado, decida sobre la legitimación del actor en estos supuestos especiales. Somos conscientes de que esta audiencia previa está pensada para la subsanación de defectos procesales (art. 416.1 LEC), y ya hemos indicado que a nuestro juicio la legitimación es una cuestión que afecta al fondo del asunto. No obstante, y como ya hemos apuntado anteriormente, el asidero legal para darle el tratamiento procesal descrito –que en estos supuestos de legitimación extraordinaria nos

presupuesto procesal, que no compartimos). En la doctrina alemana también es ésta la opinión predominante: vid. HENSEN, *AGB-Gesetz*, con ULMER y BRANDNER, *cit.*, § 13-40, pág. 1004 y § 15-2, pág. 1019; HEINRICHS, *Palandt-BGB*, *cit.*, AGBG 13-13, pág. 2444.

⁸⁸ Del art. 416.1 LEC (“el tribunal *resolverá*”) se deduce, en la actualidad, la obligación del Juez de resolver en la audiencia previa todas las cuestiones que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo; y aquí, la falta de legitimación activa, sin ser en puridad una de estas cuestiones, se les asimilaría a estos efectos (de hecho, para quienes la legitimación constituye una cuestión procesal, no habría “asimilación”, sino que la falta de legitimación constituiría un óbice procesal en sentido propio, que habría de ser resuelto en esta audiencia: en este sentido MONTERO AROCA ya señalaba, bajo la vigencia de la anterior LEC, la necesidad de que las cuestiones atinentes a la legitimación fueran resueltas en la comparecencia previa de los juicios de menor cuantía –cfr. *La legitimación en el proceso civil*, *cit.*, pág. 108–).

parece el más correcto— puede encontrarse sin grandes dificultades en el art. 425 LEC, a tenor del cual “la resolución de circunstancias alegadas o puestas de manifiesto de oficio, que no se hallen comprendidas en el artículo 416, se acomodará a las reglas establecidas en estos preceptos para las análogas”; y las análogas, a estos efectos, podrían ser las previstas para el tratamiento de los defectos de capacidad o representación, reguladas por el art. 418 LEC. De la aplicación conjunta de estos preceptos se deduce la apreciabilidad tanto de oficio como a instancia de parte de la falta de legitimación activa, y el consiguiente sobreseimiento del proceso; así como la posible subsanación de aquellos otros vicios de acreditamiento de la legitimación⁸⁹.

d) Finalmente, si en algún supuesto la ausencia de legitimación activa no se ha puesto de relieve por el demandado o, habiéndolo sido, no fue resuelta de modo previo, y se aprecia por el Juez al final del proceso⁹⁰, lo procedente será dictar una sentencia desestimatoria, absolutoria de la demanda o en cuanto al fondo⁹¹, que pondrá término a la controversia con fuerza de cosa juzgada. Se podrá decir que con ello se está impidiendo el ejercicio posterior de la misma acción por quien realmente se hallara en alguno de los supuestos del art. 16 (con la consiguiente perturbación para el tráfico económico que consistiría en la inimpugnabilidad de cláusulas que tal vez fueran nulas). El problema, sin embargo, se desvanece, desde el momento en que se aprecia que la cosa juzgada de esa sentencia desestimatoria se extiende tan sólo a lo que en ese primer proceso se juzgó —la falta de legitimación de quien intentó ejercitar la acción—, pero no a la validez o nulidad de la cláusula, que podrá ser discutida por otra entidad, si está legitimada, en el marco de un proceso ulterior.

§. (b) *Por lo que se refiere al interés*, el tratamiento será relativamente distinto. Sin confundirse tampoco con el “fondo” en sí de la controversia, el interés aparece claramente vinculado con él, pues, como ya hemos señalado, es el fundamento de que la tutela solicitada pueda concederse, al resultar ésta necesaria. En realidad, junto a lo fundado de la pretensión, hace falta la necesidad de que el Juez ponga fin a un conflicto real de intereses mediante una sentencia en la que ordene la cesación, la retractación o en la que declare el carácter de

⁸⁹ Para aquellos procesos en que se ejerciten acciones colectivas a los que les sea de aplicación el régimen procesal anterior, la solución debe ser análoga: habrá de ser en la comparecencia previa del juicio de menor cuantía —por remisión del art. 14.1 *i.f.* LCGC, vigente a estos efectos— donde, ya sea de oficio, ya sea a instancia del demandado (que lo habrá podido poner de relieve en la contestación a la demanda) se debata acerca de la falta de legitimación de la entidad actora y, dado el caso, se acuerde el sobreseimiento del proceso (art. 693l.3ª y 4ª de la anterior LEC). También será éste el momento oportuno para instar la subsanación de los defectos subsanables relativos a los acreditamientos vinculados a la legitimación.

⁹⁰ Y puede hacerse de oficio al final del proceso, pues se trata de una de las condiciones de la acción, es decir, de un hecho constitutivo *lato sensu*.

⁹¹ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil*, con FERNÁNDEZ LÓPEZ, Tomo I, *cit.*, pág. 497; en sentido contrario, MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, *cit.*, págs. 109-111, para quien debería tratarse de una sentencia meramente procesal, absolutoria de la instancia.

condición general en una cláusula. Si no hay interés, el Juez debe denegar la tutela solicitada por innecesaria, sin plantearse hasta qué punto la cláusula era o no nula (acciones de cesación o retractación); por lo que el "fondo" del asunto (la conformidad de la cláusula con la ley), *stricto sensu*, quedará igualmente imprejuizado. Se trata, de nuevo, igual que sucedía con la legitimación, de un "tema de fondo" que es "preliminar al fondo". No obstante, en un esquema puramente lógico, siendo tanto legitimación como interés cuestiones de fondo de carácter preliminar al propio fondo, debe analizarse y tratarse antes la legitimación que el interés: siguiendo a CARNELUTTI, "la cuestión del interés en obrar puede plantearse solamente frente a quien ya posee la legitimación"⁹².

Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede con la legitimación, la concurrencia del interés no puede ser resuelta al comienzo del proceso: ello se debe a que no deriva de condiciones objetivas legalmente predeterminadas, sino de las peculiares circunstancias de cada caso concreto: por eso, al inicio del proceso, el Juez no está en condiciones de valorar si concurre o no el interés suficiente para impugnar las cláusulas de que se trate. Al contrario, este extremo deberá quedar fijado como cierto al término del proceso, normalmente tras la práctica de la prueba (salvo que se acuda a un mecanismo diferente para su fijación, como pueden ser especialmente la notoriedad o las presunciones; tampoco cabe descartar que su existencia o inexistencia puedan derivar de medios probatorios destinados a convencer al juzgador de otros extremos). La carga de demostrar su concurrencia recae, en todo caso, en el demandante, sin que pueda presumirse sin más su presencia. Las alegaciones del demandado tratando de poner de relieve su ausencia serán, además, excepciones materiales, pues con ellas no se niega el derecho del demandante a obtener una sentencia de fondo, sino su derecho a obtener una sentencia que le conceda la tutela que pide. Además, en la medida en que la existencia de un interés es uno de los factores de los que depende la estimación de la acción, su concurrencia –sobre todo, su ausencia– podrá ser analizada de oficio por el órgano judicial⁹³. En ambos casos, si de oficio o a instancia de parte el Juez aprecia la ausencia de interés, deberá dictar una sentencia desestimatoria; con la peculiaridad, ya lo hemos anticipado, de que esta sentencia dejará imprejuizada *stricto sensu* la cuestión sometida al órgano judicial (no podemos hablar de cuestión "litigiosa", pues la ausencia de interés supone que no lo es, al menos entre quienes fueron parte en ese concreto proceso): la fuerza de cosa juzgada de la sentencia tan sólo se extenderá a la falta de interés en el concreto legitimado que interpuso la acción, pero no a la validez o nulidad de las cláusulas.

⁹² CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, cit., Vol. I, pág. 516.

⁹³ En Derecho alemán, cfr. GERLACH, *MiKo*, cit., AGBG vor § 13-54, pág. 1838.