

***EL CONTROL JUDICIAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA
CONTRATACION Y DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS.
TUTELA PROCESAL DE LOS INTERESES DE GRUPO***

*I.- EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA
CONTRATACION Y DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS. 1.- Introducción.- 2.-
La Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre
cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.- 3.- La
Ley de Condiciones Generales de la Contratación.- 4.- El control de
incorporación y el control de contenido en la Ley de Condiciones
Generales y en el Texto Refundido.4.1.- El control de incorporación.- 4.2.-
El control de contenido.*

*II.- TUTELA PROCESAL DE LOS INTERESES DE GRUPO.- 1.-
Introducción.- 2.- Excurso: la interpretación de la disposición adicional 4ª
de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.- 3.- Normas
procesales generales en procesos para la defensa de consumidores y
usuarios.- 3.1. Capacidad para ser parte y capacidad procesal.- 3.2.-
Legitimación.- 3.3.- Intervención.- 3.4.- Acumulación.- 3.5.- La sentencia y
sus efectos. La cosa juzgada.- 3.6.- La ejecución de sentencias dictadas
en procesos promovidos por consumidores y usuarios.- 4.- Normas
especiales para el ejercicio de la acción colectiva de cesación en defensa
de consumidores y usuarios consecuencia de la ley 39/2002.- 4.1.
Configuración de la acción de cesación.- 4.2.- Especialidades procesales:
la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.- 5.- Normas especiales en el
ámbito de las condiciones generales de la contratación.- 5.1.- Acciones
individuales.- 5.2. El mecanismo de control abstracto. Las acciones
colectivas- 5.2.1.- Competencia objetiva.- 5.2.2.- Competencia territorial.-
5.2.3.- Legitimación activa.- 5.2.4.- Legitimación pasiva colectiva.- 6.-
Algunos supuestos de nulidad de cláusulas atinentes a cuestiones
procesales.- 6.1 Sobre la validez de las cláusulas de sumisión expresa.-
6.2.- Cláusula sobre costas.- 6.3- Cláusulas sobre preconstitución de
pruebas.*

I.- EL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION Y DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

1.- Introducción

La necesidad de establecer mecanismos judiciales de control del contenido de los contratos en los que la libertad de los contratantes se veía menoscabada con la inclusión de contenidos abusivos para alguna de las partes, fue abriéndose camino en diversos países europeos en los años setenta¹.

Resulta evidente que esta constatación suponía una quiebra con los postulados del Derecho contractual, tal y como venía siendo entendido en los ordenamientos occidentales, por lo que la tarea de implantar legislativamente tal forma de control no constituía tarea sencilla.

En un primer momento, y como quiera que esta necesidad de constreñir la autonomía de la voluntad, -la autorregulación de las relaciones jurídicas-, se hacía sentir singularmente en el ámbito de la contratación en masa, cuando intervenía un nuevo protagonista del Derecho, el consumidor, se ofrecían dos caminos para someter a control judicial el contenido contractual: a) un primer camino a seguir podía ser el de someter a control judicial el contenido contractual de todos los contratos en los que interviniera un consumidor; y b) un segundo camino lo constituía la posibilidad de someter a control los contratos celebrados en masa, caracterizados por incluir cláusulas predispuestas, que comenzaron a denominarse “condiciones generales”².

El denominador común de ambas vías exigía precisar qué era lo que había de someterse a control judicial, cuál era el objeto de enjuiciamiento, entendiéndose que tal lo eran, las cláusulas contractuales “abusivas”, -término acuñado por la doctrina francesa, que hizo fortuna-, pero, ¿qué es una cláusula abusiva?, o mejor, ¿cuándo una cláusula contractual puede ser adjetivada como abusiva?.

De inmediato se comprende la necesidad de delimitar con precisión el concepto pues está en juego nada menos que la libertad

¹ ALFARO AGUILA-REAL, “Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales”. Anuario jurídico de La Rioja, ISSN 1135-7096, Nº 4, 1998, págs. 53 y ss. Del mismo autor es imprescindible la cita de: “Las condiciones generales de la contratación”, CIVITAS, 1991.

² El primero de los sistemas fue el seguido por la legislación francesa, mientras que el segundo define el camino emprendido en Alemania, que también siguen Portugal y Holanda.

contractual, que enlaza, como es sabido, de una manera directa con derechos fundamentales, singularmente con el derecho de los ciudadanos a autorregularse, a conformar libremente sus relaciones jurídicas, a desarrollar con libertad su personalidad (art. 10 CE).

Desde esta consideración, “abusiva” no puede ser toda cláusula contractual por el hecho de suponer un desequilibrio en las posiciones de los contratantes, pues esto puede haber sido querido por ellos. Tampoco por el hecho de que este desequilibrio surja en un contrato celebrado con un consumidor. Resulta precisó un fundamento más sólido para que el Estado controle el contenido pactado por la autonomía privada.

Esta justificación se encuentra en la constatación, circunstancial, de que se trate de cláusulas insertas en un contrato sin posibilidad de negociación, sobre las que no se ha proyectado libremente la voluntad contractual de una de las partes, al venir impuestas por la otra parte; es en estos casos donde está ausente la base sobre la que se asienta la autonomía privada como fuente de relaciones jurídicas³.

La necesidad de someter a control este tipo de cláusulas se fue extendiendo, como ha quedado dicho, por las legislaciones europeas de forma sensiblemente divergente. En la medida en que tal situación comprometía los efectos del mercado único, suponiendo claramente un obstáculo para su desarrollo, la Comunidad Europea afrontó la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros.

2.- La Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores

La Directiva 93/13 tenía por objeto aproximar las legislaciones sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores⁴. A tal fin, en su art. 3, define como

³ Por ello, cláusulas que en condiciones “normales”, de negociación individual, no presentan objeción alguna, desde el momento en que se insertan en contratos cuyo contenido viene predispuesto, resultan objetables. Dicho de otro modo, apartarse de los principios “equilibrados” del Derecho dispositivo, sólo es legítimo si concurre la voluntad de las partes del contrato.

⁴ “Consumidor”, a efectos de la Directiva, es toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. Por el contrario, “profesional” es toda persona física o jurídica que actúa dentro del marco de su actividad profesional, pública o privada. Según el nuevo Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, “consumidor o usuario” son las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, a

“abusivas” las cláusulas contractuales no negociadas individualmente “si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”, añadiendo en su apartado 2 que “se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”⁵.

La Directiva, siguiendo el precedente marcado por las legislaciones italiana y alemana, introduce un control de inclusión y un control de contenido. El primero (art. 5) alude a la claridad y comprensibilidad de la cláusula, estableciendo que en caso de duda prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor. El control de contenido⁶ (arts. 2, 3, 4 y 6) que afecta a la validez de la cláusula, define su carácter abusivo, pero añadiendo que pueden tener tal carácter las cláusulas contenidas en su anexo, que actúa a modo de “lista gris”, permitiendo que los Estados introduzcan “listas negras” de cláusulas abusivas.

En su art. 7 la Directiva 93/13 impone a los Estados el establecimiento de medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas, debiendo incluir disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir a los órganos judiciales o administrativos, para *determinar si ciertas cláusulas, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados para que cese su aplicación.*

Promulgada la Directiva, se publicaron dos borradores inspirados en la legislación alemana. Finalmente la norma de transposición fue la Ley 7/1998, de 13 de abril.

3.- La Ley de Condiciones Generales de la Contratación

salvo de lo dispuesto en sus libros tercero (responsabilidad civil por productos defectuosos) y cuarto (viajes combinados).

⁵ En consecuencia, precisa ALFARO, la Directiva, pese a lo que expresa en su denominación, no somete a control las cláusulas abusivas, por el hecho de serlo, sino las cláusulas predispuestas, impuestas a la otra parte sin posible negociación

⁶ Inspirado en la Ley alemana de condiciones generales del negocio, de 1976.

Con base en la Directiva 93/13 el legislador pudo modificar la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGCU, en adelante) de 1984, (que ya contenía una regulación de las condiciones generales predispuestas e impuestas a los consumidores⁷), o bien pudo derogar dicha norma y promulgar una ley especial. No siguió ni un camino ni el otro.

La opción seguida por el legislador español a la hora de transponer la Directiva fue doble: elaborar una ley de condiciones generales de la contratación y elaborar unas normas específicas sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, (lo que hace reformando la LGCU, a través de su disposición adicional primera). A tal fin, comienza por la diferenciación entre condición general y cláusula abusiva⁸.

Una cláusula es *condición general* cuando viene predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes. Pueden existir tanto en contratos entre empresarios, como entre éstos y los consumidores, y no tiene por qué ser abusiva.

Una cláusula es *abusiva* cuando, en contra de la buena fe, causa en detrimento al consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales. Tienen su ámbito propio en relación con los consumidores. Sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional opera plenamente el régimen jurídico previsto en la ley. La cláusula abusiva puede ser al tiempo condición general, o darse en el ámbito de un contrato de adhesión entre particulares.

Por tanto, no toda condición general es necesariamente abusiva, ni toda cláusula abusiva viene predispuesta de forma general⁹. Las condiciones generales se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí, como en las relaciones entre profesionales y consumidores; las cláusulas abusivas se definen porque sólo pueden darse en las relaciones con consumidores.

⁷ Que era la forma en que este control venía siendo plasmado por el legislador español, que quedaba focalizado en las condiciones generales. El precedente de la LCS, art. 3, se refiere a las condiciones generales, sin mayor precisión, sin tomar en cuenta la condición de consumidor de una de las partes. La LGCU, en su art. 10, se refería a las “cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta, promoción y oferta de productos y servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente”.

⁸ La doctrina no deja de criticar, sin duda con razón, la opción legislativa...

⁹La diferencia de conceptos y la posible superposición entre cláusula abusiva y condición general, es objeto de buena parte de la Exposición de Motivos, configurando un divertido pasatiempo lógico.

Definen el concepto de condición general, según el art. 1 de la Ley de Condiciones Generales (LCG, en adelante), las siguientes tres notas:

- a) Predisposición por una de las partes, al tratarse de cláusulas preparadas previamente por un profesional predisponente para ser utilizadas en la contratación propia de su actividad.
- b) Imposición o ausencia de negociación individual, de modo que el adherente solo puede asumirla o rechazar la contratación.
- c) Destino a una pluralidad de contratos.

Definido ya lo que es una condición general, resta por definir lo que es una cláusula abusiva.

Resulta necesario volver nuevamente al concepto proporcionado por el art. 3 de la Directiva 93/13: “...*las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*”, añadiendo en su apartado 3 que “*el Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas*”¹⁰

La norma española de transposición del concepto fue el art. 10 bis, ap. 1 de la LGCU: “*se considerarán abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley*”.

Con la reforma operada por la Ley 44/2006 se añadió, de forma imprecisa¹¹, el inciso “*y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente*”. En uso de la habilitación conferida por la Disposición Final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, se ha promulgado el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los

¹⁰ En consecuencia, las cláusulas del Anexo de la Directiva 93/13 se “presumen abusivas”, lo que quiere decir que, ocasionalmente, pueden no serlo. Por tanto, un sistema de “lista gris”, frente al sistema de “lista negra” seguido por el legislador español.

¹¹ Pues, como observa CLAVERIA, (op. Cit. Pág. 51), es errónea la equiparación entre cláusula y práctica.

Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que constituye la legislación vigente en la materia (en adelante, el TR).

El contenido del art. 10 bis ha pasado al art. 82.1 del TR¹² y la referencia a la “lista negra”, en el apartado .4, integrándose el listado, oportunamente clasificado, en los arts. 85 y ss.

Los criterios de clasificación se enuncian en el art. 82.4 y se desarrollan en los arts. 85 a 90. Su análisis excede del contenido de este trabajo. Se trata ahora de 38 cláusulas¹³ frente a las 32 que venían de la legislación anterior. Se trata de listas abiertas.

El sistema de control finalmente plasmado en nuestra legislación permite distinguir, -siguiendo a CABELLO DE LOS COBOS-, tres tipos de relaciones:

a) Relaciones entre consumidores, sujetas a las normas generales del Código Civil.

b) Relaciones entre profesionales, sujetas a las normas generales del Código de Comercio y Código Civil, y a la LCG cuando en estas relaciones se utilicen condiciones generales¹⁴.

c) Relaciones entre profesionales y consumidores, donde a su vez puede subdistinguirse:

a') con cláusulas negociadas individualmente: se aplicarán las normas generales de la contratación.

b') con cláusulas predispuestas e impuestas, pero circunscritas a un solo contrato: reglas generales y normas especiales de protección de los consumidores respecto de las cláusulas abusivas, del art. 10 bis de la previgente LGCU, actual art. 82 del TR.

¹² Que solo añade, tras la mención del consumidor, la referencia al usuario.

¹³ En realidad su número es mucho mayor, pues en varios apartados se hace referencia a varias cláusulas diferentes.

¹⁴ Puede advertirse que, en las relaciones entre empresarios, el control de contenido, el régimen sustantivo de las condiciones generales, no sufre alteración alguna, aplicándose los criterios del Derecho de contratos. Es esta una singularidad sumamente criticada del Derecho español, desconocedora de la realidad de situaciones de desigualdad en las relaciones entre empresarios. No faltan interpretaciones que llevan a aplicar de forma análoga el régimen de protección del consumidor a estos supuestos.

c) con condiciones generales de contratación (supuesto del adherente-consumidor), en cuyo caso se aplican conjuntamente todas las normas anteriores, esto es, las de protección específica de los consumidores y las de la LCG.

Resulta interesante precisar, en este último caso, que a la protección especial del adherente a condiciones generales se superpone la protección “especialísima” del adherente consumidor. Así lo expresa el art. 59 del TR, cuando regula el ámbito de aplicación de las disposiciones generales de los contratos con los consumidores y usuarios, especifica en su apartado 3º, -después de definir los contratos con consumidores y usuarios como los celebrados entre un consumidor o un usuario y un empresario-, que los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos además a la Ley 7/1998.

4.- El control de incorporación y el control de contenido en la Ley de Condiciones Generales y en el Texto Refundido.

4.1.- El control de incorporación

El control de incorporación actúa en la fase de perfección del contrato, buscando garantizar la correcta formación de la voluntad contractual por el adherente, por lo que incide en la formación del consentimiento. Como indica su denominación, el control de incorporación no analiza la legalidad intrínseca de la cláusula en cuestión, sino si ésta puede o no incorporarse válidamente en el contrato.

Cabe precisar que las cláusulas oscuras o ambiguas cuentan con un doble tratamiento en lo que hace al control de incorporación. De un lado, pueden determinar su exclusión del contrato, conforme al art. 7 b); de otro, cabe la posibilidad de que las dudas de interpretación se resuelvan a favor del adherente, lo que parece depender de las circunstancias de cada caso concreto.

Los requisitos de incorporación se regulan en los arts. 5 y 7 LCG y en los arts. 80 y 81 TR¹⁵. Siguiendo a CLAVERÍA¹⁶, puede distinguirse una norma general y tres normas especiales.

¹⁵ Antes, en el art. 10.1.a) LGCU. Para el contrato de seguro, el art. 3 LCS.

- a) Norma general: para que una determinada cláusula, condición general o no, se entienda válidamente incorporada a un contrato es preciso que se ubique dentro del documento contractual delante de las firmas de los contratantes. En otro caso, -por ejemplo, si las cláusulas se encuentran en folleto aparte-, deberá existir, entre las demás cláusulas particulares del contrato, una cláusula de referencia a las condiciones generales (art. 5 LCG, arts. 80.1 a) y b) TR). A la regla general puede añadirse la previsión del art. 7 b), según el cual no quedarán incorporadas al contrato las cláusulas ilegibles, ambiguas y oscuras. Tampoco las incomprensibles, salvo que hubieran sido expresamente aceptadas por escrito y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato, todo ello en línea con lo dispuesto en el art 5.5, conforme al cual las cláusulas generales deberán redactarse con criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.
- b) Contratos celebrados mediante escritura pública. Los adherentes podrán exigir del notario que no transcriba las condiciones generales en la escritura y que deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo, debiendo comprobar el notario el conocimiento íntegro de las cláusulas por el adherente y su aceptación (art. 5.2, introducido por la Ley 24/2001)¹⁷.
- c) Contratos de conclusión rápida (*quick hands transactions*). Bastará con que el predisponente garantice la posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración del contrato, mencionándose de forma ejemplificativa el anuncio de las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebre el negocio, o la inserción en la documentación del contrato.
- d) Contratación telefónica o electrónica, donde el art. 5.4 remite a una norma reglamentaria, actualmente constituida por el art. 27.4 de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico.

¹⁶ CLAVERIA GOSALBEZ, “Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas”

¹⁷ CLAVERIA opina que en las copias de la escritura deberá igualmente hacerse constar la existencia de las cláusulas.

4.2.- El control de contenido

La norma básica es el art. 8 LCG:

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

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis y disp. adic. 1ª L 26/1984 de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.¹⁸

Por su parte, el art. 83.1 del TR (que sustituye al anterior art. 10 bis 2 LGCU) dispone que *“las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”*.

En su sentido amplio, el apartado primero sanciona con la nulidad las condiciones contrarias a norma imperativa, reiterando lo dispuesto en el art. 6.1 del Código Civil.

En su sentido estricto, el control de contenido de las condiciones generales se refiere a las normas que sancionan con la nulidad las cláusulas abusivas en contratos con consumidores, pues claramente el apartado primero de la norma no añade nada al art. 6.1 del Código Civil. Como se dijo más arriba, en las relaciones entre empresarios, el control de contenido de las condiciones generales habrá de realizar operando con las pautas generales del Derecho contractual¹⁹.

Por tanto, la ley define como nulas las condiciones generales abusivas en contratos con consumidores.

La sanción de la nulidad parcial es la característica reacción del llamado Derecho del consumo frente a las cláusulas abusivas, frente al principio general de la nulidad total del negocio jurídico, sanción típica en el Derecho contractual, donde la nulidad parcial, -reconocida en el art. 1284 del Código Civil-, sólo cabe cuando conste que el contrato se hubiera celebrado igual sin la parte nula y la nulidad declarada no

¹⁸ La remisión ha de entenderse ahora a los arts. 82 y ss. TR. No actualizar la referencia supone un grosero error legislativo.

¹⁹ El proceso legislativo de deja lugar para la duda de que fue ésta la voluntad del legislador. Sobre sus consecuencias resulta de interés: “Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios”, FRANCISCO JAVIER PASTOR VITA, LA LEY, Nº 6367, 25.11.2005.

trascienda al resto del negocio. La nulidad de pleno derecho de una cláusula no determina la nulidad de todo el contrato; el principio de conservación del negocio exige que la cláusula nula sea expulsada del contrato, permaneciendo éste con el resto de su contenido como mejor forma de protección de los intereses del consumidor, pues así no se ve forzado a renunciar al bien o servicio contratado, lo que podría hacerle desistir del ejercicio de la acción de nulidad.

Las notas que caracterizan la nulidad parcial²⁰ son las siguientes:

- a) Es una nulidad de pleno derecho, como textualmente expresan los preceptos citados. No se está ante supuestos de anulabilidad.
- b) Pese a ello, presenta singularidades frente a la teoría general de la nulidad del negocio, porque la acción de nulidad sólo puede ser ejercitada por el consumidor, no por el empresario predisponente, carente de interés en la declaración de nulidad de una cláusula abusiva (la legitimación se condiciona a que la cláusula impugnada opere “*en perjuicio del consumidor*”; el art. 9 LCG así lo expresa con claridad)
- c) Existen dudas sobre si esta nulidad puede ser apreciada de oficio. Al tratarse de una nulidad ope legis, parece que así han de ser las cosas. La jurisprudencia parece mostrarse decidida en esta forma de ver las cosas, a las que algún autor ha opuesto reparos desde el punto de vista de la congruencia²¹.

El TJCE ha afirmado que los órganos jurisdiccionales nacionales ostentan la facultad de apreciar de oficio la ilegalidad de las cláusulas abusivas incluidas en contratos cuya ejecución reclaman los profesionales. Así, en la sentencia de 27 de junio de 2000 (C 240/98 a C 244/98 , Rec. p. I 4941), «Océano Grupo Editorial y Salvat Editores», apdos. 25 y 27 el Tribunal de Justicia²² afirmó que el artículo

²⁰ ALVAREZ LATA, NATALIA, “Invalidéz e ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español”, THOMSON-ARANZADI, 2004, pags. 50 y ss. Es sabido que en algún momento se pensó en configurar doctrinalmente esta ineficacia como supuesto de anulabilidad, en el entendimiento de que la nulidad de pleno derecho pudiera resultar perjudicial en ciertos casos para los intereses del consumidor.

²¹ Vid. ALVAREZ LATA, op. Cit. Pág. 53, (con cita de CLAVERÍA y PASCUAU).

²² Dando respuesta a la cuestión planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 35 de Barcelona, relativa a si la interpretación de la Directiva 93/13 permitía un control

7, apartado 2, de la Directiva introduce la posibilidad de que las organizaciones de consumidores reconocidas acudan a los órganos judiciales con el fin de que éstos determinen si las cláusulas redactadas con vistas a su utilización general tienen carácter abusivo, y en su caso declaren su ilegalidad, aun cuando no hayan sido utilizadas en contratos determinados. Así es porque dicha norma forma parte de un sistema de protección que *«se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información»* y que dicha situación *«sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato»*. De esta manera, concluye, en un sistema así configurado *«cuesta comprender que el juez que conozca de un litigio relativo a un determinado contrato, en el que se estipule una cláusula abusiva, no pueda impedir la aplicación de esta cláusula por la mera razón de que el consumidor no haya planteado su carácter abusivo»* (apdo. 28) Por el contrario, es coherente con el citado sistema admitir una intervención positiva del juez nacional consistente en apreciar de oficio la ilegalidad de la cláusula y, en su caso, en no aplicarla²³.

En la misma línea argumenta la sentencia de 21 de noviembre de 2002 (C 473/00, Rec. p. I 10875), *«Cofidis»*, al sostener que procede reconocer a los jueces la facultad de apreciar la ilegalidad de una cláusula abusiva aun cuando el consumidor no la haya invocado dentro del plazo establecido por el Derecho nacional. A tal fin, se afirma que la protección que la Directiva 93/13 pretende garantizar a los consumidores es una *«protección efectiva»* y tiene por objeto que cese la utilización por los profesionales de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (véase el artículo 7), así como impedir que las cláusulas abusivas, eventualmente incluidas en los citados contratos, puedan vincular a los propios consumidores (apdos. 32 y 33). De esta forma, en los procedimientos incoados por profesionales dicho objetivo podría verse perjudicado por el *«riesgo no desdeñable de que (el consumidor) ignore sus derechos»* o de que *«los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos»*. Para

de admisión de la demanda de oficio por el juez en los casos en los que se hubiera pactado una cláusula de sumisión contraria al fuero legal.

²³ Sigue así la opinión mostrada por el Abogado General cuando sostuvo la existencia de un "interés público" en que las cláusulas perjudiciales para los consumidores no produzcan efectos.

evitar este riesgo, es necesario que la citada facultad se extienda, al menos en el caso de las acciones ejercitadas por profesionales, también «a aquellos supuestos en los que el consumidor no invoque el carácter abusivo» de la cláusula incluida en el contrato dentro de «un plazo de preclusión» fijado por una norma nacional (apdos. 33 a 36).

La STJCE de 26 de octubre de 2006 sigue la misma línea de razonamiento.

Un supuesto de aplicación práctica de la doctrina sentada por Luxemburgo puede verse en los frecuentes casos planteados ante los juzgados de primera instancia pretendiendo la ejecución forzosa de laudos, habiéndose dictado, según es conocido, diversas resoluciones denegando, de oficio y en trámite de admisión la ejecución forzosa, por entenderse de oficio nula la cláusula que contenía el correspondiente convenio arbitral.

Recuérdese que tras la reforma operada por la Ley 44/2006 en la LGCU, la nulidad de la cláusula analizada resulta patente, al disponer su art. 31.4 que “*los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo, sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico.*” Hoy, de forma más contundente, el art. 90.1 TR, sanciona con la nulidad en todo caso, a salvo de previsión expresa en ley especial.

Resolviendo este problema puede citarse, a su vez con abundante cita jurisprudencial, el auto de la AP Madrid, Secc. 10ª, 22.1.2008 (EDJ 2008/22586), que argumenta sobre la base de las mencionadas resoluciones del TJCE.

Interesa reseñar que el art. 22. 1 LA dispone que “los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. (...) 2. Las excepciones a las que se refiere el apartado anterior deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción consistente en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que exceda de dicho ámbito. Los árbitros sólo podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada.

Como es sabido, la ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, resultando competente funcionalmente el Juzgado de Primera Instancia²⁴ del lugar en que se

²⁴ La competencia puede venir atribuida a los juzgados de lo mercantil, en los términos del art. 63 ter orgánico, en relación con el art. 8 de la Ley de Arbitraje.

haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del art. 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto al control de oficio del despacho de la ejecución, cabe recordar lo dispuesto en el art. 552 LEC: "1.- Si el tribunal entendiese que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de ejecución, dictará auto denegando el despacho de la ejecución. 2.- El auto que deniegue el despacho de ejecución será directamente apelable, sustanciándose la apelación solo con el acreedor."

La cláusula en cuestión venía inserta en un contrato impreso, en cuyo encabezamiento se hacía constar explícitamente que se trataba de un «contrato promocional de telefonía móvil para particulares». En el apdo. 3, bajo la rúbrica «mecanismos de solución de conflictos» se reconocía a las partes, ante cualquier conflicto o controversia, la facultad de acudir a la jurisdicción, a las Juntas Arbitrales de Consumo siempre que se trate de un consumidor, o a la AEADE, -entidad privada de arbitraje- «..que administrará el arbitraje conforme al Convenio Arbitral que figura al reverso y a la Ley 36/88, de 5 de diciembre..». Alcanzado el laudo, la predisponente pretende su ejecución forzosa. El juzgado de instancia la deniega, apreciando de oficio la nulidad.

Al amparo de la normativa citada, el apelante entendió que al juez de la ejecución le está vedado realizar un enjuiciamiento del fondo del título, que queda cubierto por la excepción de cosa juzgada, ni siquiera puede realizar un control de los presupuestos del laudo o del procedimiento seguido para su obtención. Este control habrá de realizarlo, en su caso, la Audiencia Provincial al conocer del eventual recurso de anulación; si el laudo quedó firme, aquellos presupuestos quedan cubiertos también por la eficacia de cosa juzgada del laudo.

Sucede que, como dispone el art. 550.1 LEC, para instar ante los órganos de la jurisdicción la ejecución de los laudos y resoluciones arbitrales de condena se habrán de presentar además del título ejecutivo, «el convenio arbitral y los documentos acreditativos de la notificación de aquél a las partes»

La Audiencia afirmó que, como regla, en el momento de despachar ejecución, el Juez ejecutor no puede analizar la validez, la suficiencia ni la existencia misma del convenio arbitral; antes bien, debe circunscribir su análisis a la regularidad formal del laudo. Ni siquiera la propia existencia, validez o eficacia del convenio arbitral puede ser alegada como motivo de oposición al despacho de la ejecución.

Como ratio de la decisión, la Audiencia consideró la diferencia sustancial que supone la presencia de un consumidor en la relación jurídica (que estimó concurrente en el supuesto), en cuyo caso, la normativa especial de protección debe prevalecer sobre las previsiones de la Ley de Arbitraje.

Ello así, y en aplicación del art. 10 bis LGCU apreció la nulidad de la cláusula, porque *“a) la cláusula no consta haya sido negociada individualmente pues el contrato es un impreso empleado por la empresa distribuidora de telefonía móvil y en él aparece la cláusula arbitral formando parte del mismo, siendo la misma en todos los casos por lo que*

reúne el carácter de condición general; b) La remisión al arbitraje no es obviamente a una institución pública como son las Juntas de Consumo a las que se refiere el art. 31 de la LGDCU sino a una asociación de carácter privado; c) La cláusula perjudica claramente a los intereses del consumidor y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes. Y ello por cuanto, si como aquí acontece, quien insta la tutela de su derecho no es la empresa contratante, se impide al otro contratante acudir a la jurisdicción ordinaria o a la institución arbitral de consumo en la que participan además de la Administración Pública, profesionales de los sectores implicados, en este caso empresas de telefonía móvil y representantes de los consumidores. En segundo lugar por cuanto en muchos casos se obliga al consumidor a acudir a defenderse a una localidad lejana a su domicilio, lo que unido a la baja cuantía de las reclamaciones, dificulta -cuando no imposibilita- las posibilidades de defensa. En tercer lugar porque se impone al consumidor una carga sobreañadida a la indemnización que se determina a favor de la empresa de telefonía móvil, al consignarse en la cláusula analizada que con independencia de la estimación o desestimación parcial de la reclamación, los costes del proceso arbitral los ha de abonar la parte que hubiese incumplido el contrato. Dichos gastos alcanzan además una cuantía elevada, superior al principal, resultado más perjudicial que el que le depararía el acogimiento de la pretensión en vía jurisdiccional, por aplicación de lo dispuesto en el art. 394 LEC”.

El fundamento undécimo es el dedicado a analizar la cuestión nuclear sobre si la normativa de protección del consumidor puede ser apreciada ex officio iudicis, (con las reseñadas especialidades: proceso de ejecución, no constaba que el ejecutado hubiera comparecido en el procedimiento arbitral ni que hubiera promovido la anulación del laudo). En aplicación de la doctrina de Luxemburgo, la AP de Madrid concluyó que *“en el caso de autos, como se desprende del laudo acompañado a la demanda ejecutiva, y al igual que aconteció en el asunto «Cofidis», existía el riesgo no desdeñable (y que en la práctica se concretó) de que en el procedimiento arbitral incoado por el profesional el consumidor no pudiese ejercitar efectivamente esas facultades bien por ignorancia o bien por el miedo de verse obligado, en el caso de impugnar el convenio arbitral o de que éste se declarase nulo, a afrontar los costes derivados de un recurso ante la jurisdicción ordinaria. Además, la decisión de servirse de las facultades indicadas o bien renunciar a ellas con la esperanza de que el litigio se resolviese de manera más rápida y menos gravosa estaba sometida a plazos tan breves que, en la práctica, su ejercicio resultaba excesivamente difícil, por no decir imposible. En efecto, según se desprende del convenio arbitral y del laudo, la controversia se sometió a un organismo arbitral que concedió a la ejecutada un plazo breve para decidir si rechazaba el arbitraje y, en caso negativo, para formular alegaciones y proponer pruebas en su defensa. Por tanto, el derecho de defensa de la consumidora resultó gravemente limitado”.*

- d) La acción de nulidad está sujeta a un plazo prescriptivo, según opinión general, a diferencia de la teoría general de la nulidad.²⁵

El art. 9 establece las consecuencias del control de contenido, del siguiente modo:

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

2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.”²⁶

II.- TUTELA PROCESAL DE LOS INTERESES DE GRUPO

1.- Introducción

Es conocido cómo la LEC de 1881, inspirada por la ideología liberal, no contemplaba otra posibilidad que la legitimación individual en la defensa de los derechos subjetivos, a diferencia de lo que sucedió de inmediato en otros sectores del ordenamiento. La doctrina y la jurisprudencia mostraban desatención, cuando no un claro rechazo a la admisión de las acciones colectivas en el proceso civil, negando la existencia en éste de una suerte de acción popular (cfr. STS 8.4.1994)²⁷.

²⁵ Pudiera oponerse que las cosas no son tan claras. Se postula la aplicación del plazo prescriptivo general de quince años. Para la acción de cesación existen normas especiales en materia de condiciones generales, en el art. 19 LCG.

²⁶ Tema del máximo interés, que no va a ser tratado en este estudio, es el relativo a la integración del contrato con el derecho dispositivo y el de los supuestos, excepcionales, de la ineficacia general.

²⁷ “CUARTO.- *El último motivo se incardina, como los que le preceden, en el núm. 5, art. 1692 LEC y acusa infracción, por inaplicación, del art. 7 CC, en relación con los arts. 20, 24 y 51 CE y 19 LOPJ, orientándose a que, acogido cualquiera de los anteriores (cual es el caso), se condene a la Caja "X, S.A." a que publique a su costa, durante tres días, en los periódicos de mayor circulación de Barcelona, una relación de las fincas que, garantizando créditos hipotecarios y cuyos cálculos de intereses se hayan hecho por la Caja de modo idéntico al realizado en la escritura de crédito de 25 abril 1979, invite a los prestatarios a pasar por dicha Caja a retirar las cantidades que indebidamente les*

En el ámbito procesal civil, y en la materia que ocupa, relativa a la protección de consumidores y usuarios, el reconocimiento de las acciones colectivas vino de la

hayan sido cobradas por razón de dichos cálculos incorrectos durante los últimos quince años. Tanto el Juzgado como la AP denegaron la pretensión, por precisarse justificar la existencia de un interés o titularidad de la relación jurídica que se cuestiona, a los que no puede asimilarse el ejercicio de la pretendida "acción popular civil", sin sustantividad propia en nuestro derecho, salvo en el ámbito del derecho penal, y no venir amparada en precepto alguno, correspondiendo a los tribunales de Justicia juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, pero sin que la decisión que se adopte pueda basarse en consideraciones sociológicas o de cualquier otra índole no jurídica y sí, sólo, en cada caso conflictual concreto, dentro de la coherencia del sistema jurídico establecido por los órganos legislativos, que exige la concurrencia de legitimación, entendida como la relación que tiene cada parte con el objeto del proceso para defender sus derechos e intereses legítimos, sin que la expresada "acción popular civil" pueda basarse en una simple mención de los arts. 20 y 24 CE, ya que el derecho que consagra el citado art. 24.1º consiste en la posibilidad de acceder a los Tribunales de Justicia estatales para obtener una resolución fundada en Derecho, en relación con los derechos e intereses legítimos del accionante; por otra parte y respecto a la protección de intereses de grupo, señala la AP que tal facultad se reconoce y confiere a aquellas instituciones o grupos cuya finalidad asociativa es la defensa del consumidor y que la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984, dictada en desarrollo de la CE, solo reconoce la facultad de acudir a los Tribunales de Justicia a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios (art. 25), pero sin crear nuevas acciones, por todo lo cual entiende que el debate se plantea únicamente entre los actores que asumieron el pago del préstamo hipotecario y la demandada. La argumentación expuesta es asumida, en términos generales, por este TS, pues sólo la legitimación vincula al Juzgador para dictar una sentencia de fondo, respecto de derechos e intereses legítimos de quien acciona, pero sin que la CE atribuya el derecho a la jurisdicción para defender derechos o intereses ajenos sobre los que ninguna disposición tenga el sujeto accionante, presentándose así la legitimación como una cuestión preliminar al fondo de la controversia, en relación al derecho accionado, siendo difícil, cuando no imposible en la actual concreción legislativa, que, en el ámbito del derecho privado, donde se dilucidan derechos interpartes, puedan postularse derechos ajenos, invocando una acción popular que constituye problema de "lege ferenda", tal como la configuran los recurrentes, pero no de "lege data", por lo que se pretende que el juzgador asuma facultades del poder legislativo que en modo alguno le corresponden. Salvo en los casos concretos que la Ley le otorga (protección al honor intimidad y propia imagen) debe abstenerse el órgano jurisdiccional de otorgar mayor publicidad a sus resoluciones que las que le imponen las leyes de enjuiciamiento. El derecho de petición (art. 29 CE) se limita en su ejercicio a "la forma y con los efectos que determine la Ley". El derecho a la tutela efectiva (art. 24) se atribuye a la persona "en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos". La acción popular (art. 125) no abarca en la actualidad al proceso civil. La protección de intereses legítimos colectivos (art. 7.3º LOPJ) legitima a "las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción", pero no autoriza a cualquiera para que se atribuya tal defensa. Las funciones que corresponden al Mº Fiscal (art. 124 CE) no está previsto se extiendan a los particulares (salvo la acción popular en el ámbito penal). El art. 11.2º LOPJ presupone la legitimación para el acogimiento de las pretensiones. El art. 19 LOPJ, aunque no defina la acción, circunscribe el ejercicio de la popular "a los casos y formas establecidos en la Ley". Y, en fin, por terminar la cita contenida en el motivo, el art. 7 CC (no se concreta que apartado) exige que los derechos se ejerciten conforme a las exigencias de la buena fe y prohíbe el abuso de derecho, pero presupone también la legitimación, pues el ejercicio de derechos ajenos sin la previa autorización (legal o voluntaria) habría de considerarse abusivo y contrario al precepto, que ninguna relación guarda con el art. 29 de la Ley de Consumidores y Usuarios, a interpretar en sus estrictos términos. Por todo cuanto antecede el motivo ha de ser desestimado".

mano del art. 51 CE, (principio rector de la política social y económica, en cuanto ubicado en el capítulo III del Título I) con el reconocimiento de la exigencia de protección de los consumidores y usuarios. Los arts. 9.2 y 24 del mismo texto apuntan en la misma dirección.

En desarrollo del precepto, la LGCU de 19 de julio de 1984, incluyó la previsión, en sus arts. 8.3 y 20, de la legitimación activa colectiva de las asociaciones de consumidores y usuarios; singularmente, éste último facultaba a tales asociaciones para “*ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos (de sus asociados), de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios*”.

Sin embargo, el amparo de estas normas no era suficiente para dar carta de naturaleza ante los tribunales a las acciones colectivas.²⁸

Por su parte, la LOPJ 6/1985, previó en su art. 7.3 la protección por los tribunales de los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, de los consumidores y usuarios, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.

Esta línea es seguida de inmediato por las normas sectoriales (art. 25 Ley General de Publicidad 34/1998, arts. 19.2,b) de Competencia Desleal 3/1991) y, en lo que nos interesa, por la comentada LCGC 7/1998. El ámbito de la propiedad intelectual y la gestión colectiva de determinados aspectos de los derechos de autor constituyen también ejemplo de lo que se viene afirmando.

Faltaba, sin embargo, en materia de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, la configuración de mecanismos efectivos de tutela procesal, que pusieran en juego el amplio elenco de normas especiales sustantivas dictadas con aquel designio, singularmente para la protección de sus intereses colectivos.

Es lugar común afirmar la inadecuación de las instituciones procesales clásicas para la tutela efectiva de los derechos de los consumidores y usuarios. Existe un consenso general en la afirmación de que era necesario superar aquel estado de cosas, estableciendo nuevas formas de tutela y reformando las ya existentes.

La afirmación de que los llamados “*litigios de consumo*” presentan características que los singularizan frente al resto de los que conoce la jurisdicción es también cosa obvia. BARONA VILLAR los caracteriza por las siguientes notas:

- a) La pequeña cuantía de las reclamaciones, su carácter “*bagatelario*”, (desde la perspectiva individual) en muchas

²⁸ EXTARANDIO HERRERA, EDORTA, en “*La acción colectiva de cesación en defensa de los consumidores*”, CDJ, 79-2005. Cita en soporte de esta afirmación la STS 8.4.1994, que acaba de citarse, caso Caixa de Catalunya, ejemplificador del “mito de Sísifo”, en aguda observación de VICENT CHULIA, al obligar a cada consumidor a reiniciar todo el camino para la tutela de su derecho individual.

ocasiones, lo que claramente constituye un factor de disuasión al consumidor de acudir a los tribunales.

- b) La peculiaridad que deriva de los protagonistas de la relación jurídico procesal. De una parte, un profesional que actúa en el ámbito de su actividad, ostentando generalmente una posición de control o de superioridad. Del otro, un consumidor o usuario aislado, que precisa del bien o servicio que el empresario le ofrece y que, generalmente, no puede negociar buena parte del contenido del contrato.
- c) El incremento exponencial de los litigios, propio del tráfico económico en masa.
- d) La presencia, consecuencia de lo anterior, de un interés “colectivo”, no individualizado, defendido también de forma colectiva, a través del movimiento asociacionista, que presenta difícil encaje en los sistemas procesales tradicionales.
- e) El incremento de las consecuencias transnacionales de esta clase de infracciones, que demanda medios de tutela coordinada entre los diferentes Estados.

Partiendo de este diagnóstico, las legislaciones estatales optaron por dos caminos diferentes: a) el establecimiento de normas especiales con respecto a los procesos generales; y b) la creación de procesos especiales de tutela de los intereses del consumidor, ello tanto en la configuración de medios de tutela de los intereses individuales, como de los intereses colectivos, individualmente determinados o no (técnicas de control concreto y de control abstracto).

Al margen de otros precedentes, y centrando la cuestión en el ámbito del Derecho comunitario y del Derecho interno, ha de recordarse que el art. 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 15 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dispone en su apartado primero que los Estados velarán por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios y consumidores. Estos medios, -añade el apartado 2-, 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 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.

Por lo tanto, la norma imponía: a) el establecimiento de acciones de cesación de cláusulas abusivas en los contratos entre empresarios y consumidores; b) la previsión de un control abstracto de las cláusulas generales abusivas, al disponer que habrá de permitirse su ejercicio también a "*personas o entidades...que tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores*"; c) precisa el alcance de la legitimación pasiva, cuando establece que las acciones podrán dirigirse contra uno o varios empresarios de un mismo sector, o bien contra las asociaciones de éstos que utilicen o recomienden su utilización con carácter general.

Transponiendo la Directiva, la LCG dedicó su capítulo IV, bajo la rúbrica de "*acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales*" (arts. 12 a 20), a regular esta clase de acciones.

Su contenido fue modificado, como se verá, de forma profunda por obra de la Disposición Final 6ª y de la Disposición Derogatoria única, nº 2, ap. 15, de la LEC, pasándose a diferenciar entre los procedimientos de tutela de los consumidores y usuarios, contenidos en la LEC, y las normas especiales que, con respecto a éstos, establecía la LCG, con la importante precisión contenida en la nueva Disposición Adicional Cuarta, añadida a la LCG, según la cual "*las referencias contenidas en la LEC a los consumidores y usuarios deberán entenderse realizadas a todo adherente, sea o no consumidor y usuario, en los litigios en que se ejerciten acciones individuales o colectivas derivadas de la presente LCG*".

Transcurrido algo más de un año de vigencia de la LEC, se promulga la *ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias*²⁹ en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (la Ley añadió un art. 10 ter y un art. 10 quáter a la LCU, estableciendo un control abstracto para las cláusulas predispuestas e impuestas utilizadas habitualmente, que no fueran condiciones generales, estableciendo diferencias de legitimación con respecto a las contenidas en el art. 16 reformado de la LCGC).

Debe señalarse que el reciente RD-Legislativo 1/2007 (TR de la LGC y otras leyes complementarias) dedica su Título V ("*de los procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de los consumidores y usuarios*") a esta materia, dedicando su capítulo primero (arts. 53 a 56) a las acciones de cesación. Las normas resultan

²⁹ Se trata de la Directiva 98/27, de 19 de mayo.

aplicables a todas las cláusulas abusivas, sean o no condiciones generales.

2.- Excurso: la interpretación de la Disposición Adicional 4ª de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación

La Disposición Final 6ª, apartado 5, de la LEC, de reforma de la LCG, añadió a este texto una Disposición Adicional cuarta, en los siguientes términos:

“Las referencias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a los consumidores y usuarios, deberán entenderse realizadas a todo adherente, sea o no consumidor o usuario, en los litigios en que se ejerciten acciones individuales o colectivas derivadas de la presente Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Asimismo, las referencias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a las asociaciones de consumidores y usuarios, deberán considerarse aplicables igualmente, en los litigios en que se ejerciten acciones colectivas contempladas en la presente Ley de Condiciones Generales de la Contratación, a las demás personas y entes legitimados activamente para su ejercicio.”

En principio, de la literalidad de la nueva Disposición Adicional Cuarta, se sigue una doble consecuencia: a) como quiera que hay adherentes a contratos con condiciones generales que no tienen la condición de consumidores, la LEC quiere que sus especialidades procesales sean también aplicables en tales casos; b) toda vez que para el ejercicio de las acciones colectivas previstas en la LCG se otorga legitimación a sujetos que no son Asociaciones de Consumidores y Usuarios (ACUS, en adelante), la Disposición prevé que las disposiciones relativas a éstas contenidas en la LEC se apliquen también a los otros sujetos legitimados.

Sin embargo, en opinión de DIEZ-PICAZO GIMENEZ³⁰, las especialidades previstas en la LEC para la tutela de consumidores y usuarios no son, en su integridad, aplicables a los procesos en los que se ejerciten las acciones contempladas en la LCG.

Por de pronto, es claro que ninguna razón hay para aplicar las normas de la LEC a las acciones individuales, que instauran un control concreto, en materia de condiciones generales, por la poderosa razón de que las especialidades lo que contemplan son supuestos de tutela colectiva.

³⁰ En “Comentarios a la LEC”, con DE LA OLIVA SANTOS, BANACLOCHE y VEGAS, CIVITAS, 2000, págs.. 1416 y ss.

Pero a criterio de dicho autor, tampoco todas las especialidades, - que se van a analizar en el siguiente epígrafe-, previstas en la LEC resultan de aplicación a las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa, así:

- a) Los grupos de afectados, con capacidad procesal y para ser parte en la LEC, no la tienen para el ejercicio de acciones colectivas, donde la legitimación es exclusiva de los entes a que alude el art. 16 LCG, por tanto, no serán de aplicación las disposiciones relativas a éstos, contenidas en los arts. 6, 256.1.6º y 11 LEC.
- b) La legitimación en materia de acciones colectivas en la LCG cuenta con una disposición específica, que supone un régimen especial con respecto al del art. 11 LEC.
- c) Sí resulta de aplicación el régimen de publicidad del art. 15 LEC. Todo adherente, sea o no consumidor, ha de tener la facultad de intervención procesal regulada en el art. 15 en los procesos en los que se ejerciten acciones colectivas ex art. 12 LCG.
- d) La norma citada cobra pleno sentido cuando se trata de aplicar las especialidades de la LEC a las acciones previstas en el art. 12 LCG cuando, tal como éste autoriza, se ejercitan acciones individuales acumuladas (de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia, y la acción de indemnización de daños y perjuicios). En tales procesos, las especialidades de los arts. 78.4 y, señaladamente, los efectos de la sentencia del art. 221 y su correlato en materia de ejecución, el art. 519, serán plenamente aplicables. Es esta la recta inteligencia de la Disposición Adicional.

3.- Normas procesales generales en procesos para la defensa de consumidores y usuarios³¹

3.1.- Capacidad para ser parte y capacidad procesal

³¹ Debe destacarse, como observa GARNICA (“La acción de cesación”, Estudios de Derecho Judicial, 103/2006, pág. 77), que las normas de tutela de intereses colectivos de la LEC se limitan subjetivamente a los consumidores y usuarios, -al margen de la extensión a todo adherente, que hace la adicional cuarta de la LCG-, por lo que, en puridad, no pueden aplicarse a otras acciones colectivas, que pudieran por ejemplo ejercitar los perjudicados por daños al medio ambiente; otra diferencia con las *class actions* norteamericanas.

El art. 6.1.7º atribuye 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. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.

La reforma 39/2002 añadió un apartado 8º, que incluye a las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios³².

El art. 7.7 atribuye capacidad procesal, respecto a los grupos de consumidores y usuarios afectados, las personas que de hecho o en virtud de pacto interno, actúen en su nombre frente a terceros.

Por tanto, desde el punto de vista de la capacidad para comparecer en juicio y realizar válidamente actos procesales, puede distinguirse:

A.- Grupos de consumidores y usuarios afectados por un hecho dañoso

Se exige, por tanto, la presencia de un grupo de personas, identificadas por el dato subjetivo de resultar afectados por un determinado hecho dañoso, de origen contractual o extracontractual, imputable al demandado (se acciona en defensa de intereses plurales o “*individuales homogéneos*”). La ley contempla la doble posibilidad de que el grupo se haya dotado de una mínima organización, atribuyendo a determinada persona o personas su representación externa, o el caso contrario, en cuyo caso habrá de atenderse al difícil dato de la apariencia.

Precisamente, porque la determinación puede no resultar sencilla, la ley prevé el mecanismo procesal específico previsto en el art. 256.6º³³, configurando una diligencia preliminar típica “*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*

³² En cuanto a la capacidad para ser parte de entidades españolas habilitadas en otros Estados miembros, éstas deberán incluirse en la lista publicada en el DOCE. A tal fin, deberán comunicarlo al Instituto Nacional de Consumo, quien vía MJ, lo notificará a la Comisión.

³³ Parece que la diligencia habrá de jugar un papel esencial, -más de lo que se ve en la práctica-, pues de otro modo, si no se conocen los integrantes, será imposible que el juez controle en trámite de admisión de la demanda si el grupo actúa con capacidad para ser parte.

integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables”, añadiendo una previsión inespecífica, cuando atribuye al tribunal la posibilidad de completar la tutela solicitada mediante la adopción de las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo con las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación.

Para que el grupo de afectados, -ente colectivo que surge espontáneamente por virtud de un hecho dañoso-, pueda ostentar la condición de parte, es requisito necesario la determinación previa o posterior de sus miembros. No se está aquí en presencia de un interés difuso. Es éste un dato esencial que afecta, -luego se verá- a la legitimación, pues en el supuesto de que el grupo no pueda determinarse, -no sólo en su número, sino en su identidad-, la legitimación activa quedará reservada a entes representativos. Y además, es exigible la presencia de la mayoría de los afectados, lo que se antoja de difícil cuantificación. Pero en todo caso aparece como un requisito imprescindible para ostentar capacidad para ser parte (el de acreditar que el grupo se compone de la mitad más uno de sus miembros), de lo contrario habrán de ejercitarse acciones individuales.

Con la demanda, el grupo de afectados deberá acreditar ante el tribunal el cumplimiento de los requisitos anteriores, señaladamente la identidad de los afectados, de los que forman el grupo y de la mayoría que acciona³⁴.

Estas cualidades deben existir durante todo el proceso. Se trata de un requisito de orden público³⁵. Parte procesal lo es el grupo en cuanto tal, por lo que carecen de eficacia los actos de disposición que puedan realizar cada uno de sus miembros, a salvo de que afecte al requisito de la presencia subjetiva de la mayoría de afectados³⁶. Si

³⁴ De este modo se trata de evitar que una minoría pueda imponer su criterio a la mayoría o que se accione por diversos grupos independientes, en procesos distintos, con posibilidad de sentencias contradictorias. De otra parte, la norma no parece que pueda imponer que un afectado individual tenga que plegarse a la actuación del grupo. El afectado individual que quiera defender aisladamente su derecho parece que ha de poder ejercitarlo.

³⁵ No parece que quepa su subsanación posterior. Sí la acreditación, si no resulta de la demanda.

³⁶ Ha sido cuestión discutida (puede verse: “Encuentro de profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, respuesta a 100 cuestiones prácticas”) la de si el grupo puede acogerse, caso de no reunir los requisitos del art. 6.1.7º, al apartado 5º, -uniones sin personalidad-; el carácter de norma especial fundamenta la tesis negativa, a lo que se añade que falta una norma que atribuya al grupo el carácter de parte.

durante el proceso se pierde aquella cualidad, su apreciación podrá hacerse de oficio o a instancia de parte, dando lugar a un incidente de previo pronunciamiento de los arts. 387, 390 y 391.

B.- Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea.

El art. 6.1.8º, introducido por la Ley 39/2002, atribuye capacidad para ser parte a dichas entidades, habilitadas por la normativa europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de consumidores y usuarios.

Es la Directiva 98/27, de 19 de mayo la que determina el régimen jurídico de dichas entidades, entendiéndose por tales cualquier organismo u organización, pública o privada, correctamente constituido con arreglo a la legislación de un Estado miembro, que posea un interés legítimo en la protección de los intereses colectivos de los consumidores.

La habilitación habrá de ser otorgada por cada Estado miembro conforme a su legislación nacional, habiendo de comunicarlo a la Comisión, informando de la identidad y finalidad de las entidades. La comisión elaborará una lista, que se publica en el DOCE. La inclusión en dicha lista será prueba suficiente para apreciar la capacidad de la entidad habilitada, sin perjuicio de que pueda examinarse por el tribunal interno si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman para el ejercicio de la acción.

3.2.- Legitimación

El texto vigente del art. 11 LEC es el que sigue:

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

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un **grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables**, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las

entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos³⁷, así como a los propios grupos de afectados.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una **pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación**, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

4. Asimismo, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el art. 6.1.8º estarán legitimadas **para el ejercicio de la acción de cesación** para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios³⁸.

Las ACUS legalmente constituidas cuentan con legitimación propia para la defensa de sus intereses propios y de los intereses de sus asociados, así como legitimación para defender en juicio intereses generales de consumidores y usuarios.

Siguiendo a GIMENO SENDRA pueden distinguirse tres clases de legitimación, “*sin perjuicio de la legitimación individual*”:

- a) Legitimación ordinaria o propia, para la defensa de los propios derechos o intereses de la asociación, en cuanto sujeto que interviene en el tráfico jurídico (que, en puridad, puede no tener nada que ver con el ámbito del consumo)³⁹.
- b) Legitimación extraordinaria por representación, para la defensa de los intereses de sus

³⁷ Se discute si en esta categoría se ha de incluir al Instituto Nacional de Consumo. MONTON GARCÍA se muestra claramente favorable a su inclusión (vid. “*Acciones colectivas y acciones de cesación*”, MSC, 2004, págs. 28 y ss.)

³⁸ La doctrina critica la limitación de los supuestos de legitimación colectiva en defensa de intereses de grupo a los consumidores y a las condiciones generales, cuando es posible pensar en otros supuestos en los que puedan originarse derechos o intereses específicos de una pluralidad de sujetos, como sucede en materia medio ambiental, o en Derecho de sociedades (vid. COMENTARIOS A LA LEC, art. 11, GUTIERREZ DE CABIEDES, Aranzadi, 2000, págs. 145 y ss.).

³⁹ Resulta interesante constatar las diferentes soluciones jurisprudenciales al supuesto en el que la Asociación ha contratado en su propio nombre una pluralidad de contratos con la sola intención de dotarse de legitimación para el ejercicio de acciones. En ocasiones se ha estimado tal conducta como fraudulenta y constitutiva de abuso del derecho (STS 20.9.1996, 31.1.1998); en otros casos, como actuación perfectamente legítima (STS 21.12.2000).

asociados⁴⁰. En estos casos el derecho que se actúa en el proceso es del consumidor afectado, miembro de la Asociación, por lo que resulta necesario acreditar la identidad de los asociados por cuya cuenta se actúa, así como su pertenencia a la entidad. Sin embargo, no es necesario acreditar la expresa autorización del asociado, pues la legitimación viene atribuida por la ley⁴¹.

- c) Legitimación extraordinaria por sustitución, para la defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios, pero intereses ajenos, en cualquier caso⁴².

Dentro de esta legitimación, en función de la naturaleza del objeto procesal, -en atención a si los consumidores y usuarios están o no determinados-, puede subdistinguirse en: a) legitimación extraordinaria por sustitución en representación de intereses colectivos; y b) legitimación extraordinaria por sustitución en defensa de intereses difusos.

La ley distingue, por tanto, dos supuestos dentro de los llamados “intereses de grupo”: a) existencia de posiciones individuales necesitadas de protección colectiva; y b) supuestos de existencia de relaciones difuminadas, no individuales, entre los sujetos titulares y el bien jurídico afectado, de naturaleza indivisible.

⁴⁰ Supuesto también que no deja de plantear problemas, discutiéndose si se trata de una actuación representativa o de una legitimación por sustitución. Vid. SEOANE SPIEGELBERG, “Tutela procesal de los consumidores y usuarios”, CDJ, 34/2005, págs. 86 y ss. Un supuesto llamativo fue el analizado por la STS 3.11.2006, en el que actuaba la “Asociación de amas de casa” de Miranda de Ebro, en representación de 489 asociados. El TS afirmó que se estaba ante una legitimación por representación del art. 11.1 LEC, que “*faculta a las asociaciones de consumidores a defender, además de sus propios derechos e intereses y los generales de los consumidores, los de sus asociados*”.

⁴¹ Desde hace años, la jurisprudencia se muestra favorable a la admisión de esta forma de legitimación. Vid. STS 18.5.1993, 20.11.1996, y 7.11.2003

⁴² El ordenamiento conoce diferentes supuestos de legitimación por sustitución. El más señalado, por tratarse de una legitimación exclusiva, es el previsto en el art. 150.2 para las entidades gestoras de derechos de propiedad intelectual.

Para el supuesto de ejercicio de acciones en defensa de un grupo de consumidores determinado o determinable (“*intereses colectivos*”⁴³), la legitimación se atribuye:

- a) a las asociaciones de consumidores y usuarios, no exigiéndose más requisitos que su *legal constitución*⁴⁴.
- b) a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa y protección de los consumidores y usuarios. Se trata de entidades diferentes a las contempladas en el art. 23.1 del TR, que puedan tener entre sus fines la defensa de intereses de consumidores y usuarios. Aquí cabría incluir a las entidades mencionadas en el art. 16 LCGC, legitimadas para el ejercicio de las acciones colectivas: asociaciones de empresarios, profesionales y agricultores, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y Colegios profesionales.
- c) a los propios grupos de afectados.

Para el supuesto de ejercicio de acciones en defensa de una pluralidad de consumidores y usuarios indeterminados o de difícil determinación, la legitimación para la defensa de estos “*intereses difusos*” corresponde, en exclusiva, a las ACUS que, conforme a la ley, sean *representativas*. A mi juicio, el criterio clave que determina la legitimación exclusiva por sustitución no es tanto la presencia de un colectivo indeterminado (determinable o no), sino la presencia de un “interés difuso”, entendido como interés abstracto, homogéneo (ejemplo típico lo constituye la acción de cesación o de retractación). El nuevo art. 24.3 TR identifica estas entidades con las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, a salvo que el ámbito territorial

⁴³ Conviene insistir en la precisión terminológica: “interés colectivo” hace referencia a la presencia de un grupo de individuos identificados o fácilmente determinables, con independencia de su número; “interés difuso” hace alusión a un conjunto no identificado. En el primer caso, como observa MONTON GARCIA, existe un vínculo entre los individuos que les hace identificables (por ejemplo, caso de afectados por una errónea tarificación en su servicio eléctrico); en el segundo existe una relación fáctica puramente eventual (intoxicación masiva por un producto defectuoso, tarificación errónea en un servicio de taxi de una gran ciudad). Es cierto que los conceptos no son precisos, y no es difícil pensar en situaciones de intersección. Sin embargo, el texto positivo ha optado por tomarlos como referencia.

⁴⁴ Sobre la interpretación de este requisito se tratará más abajo, en el estudio de la legitimación en materia de acciones de cesación en condiciones generales.

del conflicto sea exclusivamente autonómico, en cuyo caso habrá que estar a la legislación de la Comunidad correspondiente⁴⁵.

Según el art. 38 TR, sólo podrán integrar el Consejo las ACUS de ámbito supraautonómico que, atendiendo a su implantación territorial, número de socios, trayectoria en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios y programas de actividades a desarrollar, sean más representativas, remitiendo para su composición y funciones a ulterior norma reglamentaria.

Para la acción de cesación la legitimación se atribuye también al Ministerio Fiscal y a las entidades de otros Estados miembros, en las condiciones apuntadas más arriba.

3.3.- La intervención

Resulta trascendente, en el estudio del régimen jurídico de las acciones colectivas, el análisis de la norma contenida en el art. 15 LEC:

Artículo 15. Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios

“1. En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses.

2. Cuando se trate de un proceso en el que estén **determinados o sean fácilmente determinables** los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso *en cualquier momento*, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido.

⁴⁵ Se pone fin así a la polémica sobre si la mayor o menor representatividad debía ser apreciada por el tribunal en cada caso. En otro orden, puede afirmarse que la exigencia es lógica, pues se trata de limitar la defensa de intereses difusos, de colectivos formados por individuos no identificados, sólo a entidades que cuenten con cierta implantación en el territorio. Si posteriormente, el individuo afectado, individualmente determinado, desea intervenir en el proceso, cuenta con la vía del art. 15 o, dictada sentencia, con la posibilidad de solicitar el reconocimiento de su condición, ex art. 519.

3. Cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una **pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación**, el llamamiento *suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses* y que se determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. El proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, *no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior*, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 de esta Ley.

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

En consecuencia, ha de diferenciarse:

- a) Procesos para la tutela de intereses colectivos, con determinación de los perjudicados: se exige la previa comunicación de la demanda a los afectados por el hecho dañoso⁴⁶.
- b) En todos los casos, -tanto en procesos promovidos para la defensa de intereses colectivos, como de intereses difusos-, se llamará al proceso, publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación del ámbito de que se trate⁴⁷, a quienes tengan la condición de perjudicados, para que éstos puedan hacer valer su derecho individual. Se deja al arbitrio del tribunal la determinación del ámbito del llamamiento y de su duración. Aunque no se dice expresamente, parece lógico pensar en que el curso del proceso quedará en suspenso durante el tiempo acordado.⁴⁸

⁴⁶ Como observa DIEZ-PICAZO JIMENEZ, (op. Cit. Pag. 598) la ley no precisa si lo que ha de comunicarse previamente es la mera intención de promover un proceso, para lo que bastaría los datos generales de identificación de la acción ejercitada, o si ha de comunicarse la demanda, tal como va a ser definitivamente presentada. Atendiendo a la finalidad de la norma (que los consumidores afectados hagan valer su derecho individual), bastaría la primera opción. Tampoco se precisa el número de medios, bastará uno si cuenta con la difusión adecuada. Se excluye la publicidad edictal.

⁴⁷ Lo que se hará, sin perjuicio de la resolución sobre costas, a cargo del demandante. No quedará tal publicación cubierta por el derecho de asistencia jurídica gratuita, que sólo lo prevé para las publicaciones oficiales.

⁴⁸ Las dificultades prácticas de aplicación del precepto se aprecian en la lectura del fundamento tercero de la sentencia de la AP de Gerona de 18.1.2006: "*TERCERO En cuanto al segundo motivo, es decir, si la asociación demandante ha cumplido o no con la obligación de notificar previamente a la presentación de la demanda su voluntad de demandar a todos los interesados, cabe decir para empezar y aunque sea solo como argumento a mayor abundamiento, que esta Sala tiene serias dudas de que el artículo 15.2 sea aplicable al presente supuesto. La demanda se presenta a raíz del cierre de la*

- c) Una vez verificada la notificación previa de la demanda (en el caso de intereses colectivos), y el llamamiento al proceso mediante anuncios en medios de comunicación (en caso de intereses colectivos y de intereses difusos), los interesados podrán intervenir individualmente en defensa de su derecho, con la diferencia de que si se trata de procesos de tutela de intereses colectivos esta intervención podrá tener lugar en cualquier momento, sin retroacción de actuaciones⁴⁹, mientras que si se trata de procesos de tutela de intereses difusos, se suspenderá el curso del proceso tras el llamamiento, por tiempo no superior a dos meses, a fin de que los interesados se personen; alzada la suspensión, se reanuda el proceso con la intervención de los personados, pero sin que se admitan posteriores personaciones.

academia de idiomas «Cambridge English School» lo que motivó que sus alumnos no pudieran acabar el curso que habían contratado. No solamente por los documentos aportados al proceso sino porque es público y notorio, es conocido que el indicado cierre perjudicó a múltiples alumnos por referirnos solo a nuestra ciudad. El artículo 15.2 se refiere exclusivamente a los casos en que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso de que se trate. Solo en este caso se exige la previa notificación de la demanda «a todos los interesados». Sin embargo, el número 3 del citado precepto alude a los supuestos en que los perjudicados sean una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación. En este último caso no se impone tal comunicación previa. Como puede verse la distinción legal se traza sobre un concepto jurídico indeterminado y susceptible de interpretación subjetiva, cual es la facilidad o dificultad de determinar las personas perjudicadas. Se ha aportado al procedimiento la resolución de alguna Audiencia en la que extrema el rigor interpretativo de lo que ha de estimarse fácil o difícil, viniendo a afirmar que la dificultad ha de referirse al grado de posibilidad de identificar a los afectados, no al trabajo que ello conlleve. Esta afirmación puede encerrar una contradicción en sus propios términos, ya que parece claro que lo que entraña una especial laboriosidad implica como mínimo una cierta dificultad. Lo anterior no se dice con un ánimo de crítica a dicha resolución, sino tan solo para poner de relieve que la interpretación de la Ley no es necesariamente unívoca. Así por ejemplo otras resoluciones, como el auto de la Sección Decimonovena de la Audiencia de Madrid de 19 de mayo de 2005, realizan una interpretación más en la línea de la que estima correcta este propio tribunal. En el caso de que sean muchos los afectados, lo que no deja de ser algo igualmente subjetivo y sometido a interpretación, parece más acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva la aplicación del apartado tercero y no del apartado segundo, por la dificultad misma que entrañara su concreta determinación y el cumplimiento del requisito de la notificación previa a la interposición de la demanda. Si se tienen en cuenta las consecuencias jurídicas que acarrea una u otra interpretación (si se estima fácil la determinación es precisa la comunicación y si se estima difícil no), parece aconsejable moderar el rigor exigible puesto que ni más ni menos afecta al derecho al acceso a la jurisdicción de los usuarios que consideren que han quedado afectados por cualquier tipo de práctica comercial.

Ejemplificando idéntica dificultad, puede verse la SAP Sevilla 22.1.2004. No obstante, lo cierto es que el auto de 11 de junio de 2004 consideró que la comunicación de la presentación de la demanda a los interesados era exigible. Por tanto, de lo que se trata es de examinar si la demandante ha subsanado en los términos interesados la falta de comunicación inicial.

⁴⁹ Norma especial, frente a la general de la intervención de terceros, del art. 13.3.

- d) Como luego se verá, las comunicaciones previas y los llamamientos de afectados no tendrán lugar en el caso de ejercicio de la acción de cesación, por las razones de celeridad que impregnan la reforma operada por la Ley 39/2002.

3.4.- Acumulación

Otra norma especial es la contenida en el art. 78 respecto de la acumulación de procesos. Dicha norma establece el principio general de que no cabe la acumulación de procesos cuando el riesgo de sentencias con pronunciamientos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes pueda evitarse mediante la excepción de litispendencia, ni en los casos en los que en el primer proceso se podrían haber ejercitado las pretensiones ejercitadas luego separadamente. Pues bien, el apartado 4 excepciona dichas reglas en los casos de procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos reconocidos a consumidores y usuarios cuando la diversidad de estos procesos, -cualquiera que fuera el legitimado activo-, no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de acciones o la intervención prevista en el art. 15. Por tanto, el hecho de que la admisión a trámite de una acción de grupo determine el inicio de los efectos de la litispendencia, ello no impide la acumulación de procesos (que sí estaría prohibida por la norma general del art. 78.1).

Además, añade la excepcional previsión de que la acumulación podrá decretarse de oficio, lo que merece una crítica positiva.

No dice la ley a qué proceso ha de hacerse la acumulación, si al más antiguo o a aquél en el que se ejercite una acción colectiva, lo que parece más razonable.

Tampoco se resuelve qué juez es el que ha de decidir sobre la acumulación; siguiendo el mismo criterio, habría de ser el juez que conoce de la acción colectiva.

El problema se agiganta si se tiene en cuenta que la ley 39/2002 ha establecido el cauce del juicio verbal para la acción de cesación en materia de protección de consumidores y usuarios, de modo que se impide la acumulación de procesos que deban tramitarse por cauces diferentes si ello supone merma de derechos procesales. No parece que privar la rapidez que ingenuamente se predica del juicio verbal suponga tal merma, por lo que en el caso de que haya de

acumularse un juicio ordinario, habrá de seguirse este último cauce procesal.

La SAP Madrid 11.2.2005 analizó el supuesto de una demanda interpuesta por la OCU contra diversas entidades bancarias en ejercicio de acciones de nulidad y cesación de la cláusula que imponía al consumidor el pago de los gastos derivados de la eventual litigiosidad del contrato. Planteada la indebida acumulación, por entender los apelantes que los contratos eran diversos, con distintas partes, sin que cupiera alegar que fueran “sustancialmente coincidentes”, el tribunal argumenta sobre la base de la “interpretación flexible” de las normas sobre acumulación, entendiendo que la lectura de la demanda demostraba que las cláusulas en cuestión eran homogéneas. El proceso siguió el cauce del juicio verbal, marcado por la reforma operada por ley 39/2002.

3.5.- *La sentencia y sus efectos. La cosa juzgada*⁵⁰

Art. 221: “1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el art. 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:

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

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

2ª *Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente*⁵¹.

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

⁵⁰ La cuestión, como inmediatamente se verá, presenta notable grado de complejidad. Un estudio más detenido permitiría poner de manifiesto las diferencias entre el sistema elegido por el legislador español y las *class actions* del Derecho anglosajón, así como la conveniencia de adoptar soluciones ensayadas en dicho sistema, con las oportunas propuestas de lege ferenda.

⁵¹ De entrada, la mención resulta por completo equívoca. En ella se incluirán las acciones colectivas en materia de competencia desleal o publicidad ilícita; parece que también la de cesación en materia de condiciones generales.

2. En las sentencias estimatorias de una *acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios* el Tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la *publicación* total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.”

La determinación del contenido de la sentencia dictada en procesos “*promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios*” es uno de los medios necesarios para la adecuada protección de los intereses colectivos. De nada serviría limitar su efecto al círculo de los intervinientes en el proceso, por amplio que éste pueda haber sido, pues ello obligaría al resto de interesados a promover sucesivos procesos en la defensa de sus intereses. Por tanto, en línea de principio, pudiera partirse de la afirmación de que resulta necesario que una sentencia recaída en un proceso donde se ejercitan acciones de tutela de intereses de grupo debe desplegar efectos más allá del ámbito de los que intervinieron directamente en aquél. Efecto “*erga omnes*”, justificado por el hecho de que los que accionan no lo hacen solo en defensa de sus propios intereses, sino en el de todos los afectados.

Sin embargo, configurar técnicamente esta ampliación de efectos no resulta fácil operando con la técnica tradicional del Derecho procesal, pues pugna con la eficacia limitada inter partes de la cosa juzgada y, aún antes, con las exigencias de respeto de los principios de audiencia bilateral y defensa.

Una primera interpretación atendió al sentido, estimatorio o desestimatorio, del fallo. En el primer caso, todos los miembros de la colectividad interesada se verían afectados por la sentencia. En el segundo, sólo afectaría a los que intervinieron en el proceso directamente⁵².

La solución no era técnicamente satisfactoria (al hacer depender la eficacia de la cosa juzgada de la clase de pronunciamiento), al tiempo que obligaba, en caso de fallo desestimatorio, al empresario o predisponente demandado a defenderse en los sucesivos procesos que por otros legitimados pudieran entablarse. En consecuencia, el sentido del fallo es indiferente a efectos de que la sentencia despliegue sus efectos.

El art. 221 aborda, con notable amplitud en sus términos, el problema de los efectos de las sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios, *pero solo para el caso de que el proceso haya sido promovido por una asociación*

⁵² Vid. “Encuentro de profesores de Derecho Procesal”, cuestión 15, sobre “*cosa juzgada secundum eventum litis*”.

*de consumidores y usuarios*⁵³, invocando cualquiera de las formas de legitimación que reconoce el art. 11, con la aclaración obvia (regla 3ª) de que si en estos procesos se hubieren personado legitimados individuales, la sentencia deberá pronunciarse sobre sus pretensiones.

El precepto distingue dos supuestos:

- a) Sentencia estimatoria de una pretensión de condena, dineraria, de hacer, de no hacer, o de dar cosa específica o genérica: habrá de determinarse individualmente los consumidores y usuarios que han de entenderse beneficiados por la condena. Si la determinación individual no fuere posible, se exige la constancia de los datos necesarios para poder exigir el pago o, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella.
- b) Sentencia en la que, bien como presupuesto de la condena, bien de forma autónoma, se hubiera declarado ilícita o no conforme a la ley una determinada conducta o actividad (supuesto típico de las acciones de cesación): *habrá de determinarse por el juez si el pronunciamiento ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso.*

La Exposición de Motivos de la LEC explica la norma del siguiente modo: *“En cuanto a la eficacia subjetiva de las sentencias, la diversidad de casos de protección impone evitar una errónea norma generalizadora. Se dispone, en consecuencia, que el tribunal indicará la eficacia que corresponde a la sentencia según su contenido y conforme a la tutela otorgada por la vigente ley sustantiva protectora de los derechos e intereses en juego. De este modo, la Ley no provee instrumentos procesales estrictamente circunscritos a las previsiones actuales de protección colectiva de los consumidores y usuarios, sino que queda abierta a las modificaciones y cambios que en las leyes sustantivas puedan producirse respecto de dicha protección.”*

⁵³ Pese a la literalidad del precepto, la doctrina se encuentra dividida entre los partidarios de limitar los efectos a las acciones ejercitadas por las ACUS, y los que extienden su aplicación a los restantes entes dotados de legitimación para tutela de intereses colectivos: grupos de afectados y entidades legalmente constituidas. En otro orden, también se ha afirmado que a lo que se refiere el precepto es a la posible extensión de los efectos de la sentencia a los legitimados pasivos, no a los consumidores legitimados activos, lo que resulta discutible.

Respecto a los legitimados activos, pese a que el precepto se está refiriendo a cualquiera de las tres formas de legitimación que reconoce el art. 11 a las ACUS (legitimación propia, legitimación representativa, legitimación extraordinaria), parece que los efectos de la norma deberán limitarse a la última de ellas, pues las dos primeras no presentan peculiaridad alguna con respecto a las sentencias dictadas en el resto de procesos civiles.

Por otra parte, es cuestión discutida si la norma se refiere tan solo, como indica la rúbrica del precepto, a las demandas promovidas por ACUS o si puede extenderse su aplicación a los procesos promovidos por cualquiera de los otros sujetos legitimados activos para el ejercicio de acciones en defensa de consumidores y usuarios.

Ello así, se abren dos líneas de interpretación fundamentales: a) la de entender que el precepto autoriza extender los efectos de la sentencia a sujetos que no litigaron, por ejemplo, caso de declarar nula una condición general, a los empresarios del mismo sector que la incluyan en sus contratos; b) la de limitar la norma a los efectos generales de las sentencias declarativas de la nulidad de una conducta, sin que quepa extender sus efectos a quienes no han litigado, salvo que se permita su intervención en el proceso.

Una interpretación restrictiva de la norma lleva a pensar que no regula la extensión de efectos de la cosa juzgada a sujetos que no litigaron, sino que lo que hace es proclamar el efecto erga omnes de sentencias constitutivas anulatorias. Visto así, lo cierto es que la norma resulta supérflua o, desde luego, no constituiría especialidad alguna para la tutela de intereses colectivos.

Una interpretación extensiva considera que se trata de una norma que atribuye un efecto general a la sentencia estimatoria que declare ilícita o nula determinada cláusula, actividad o conducta, desligada, por tanto, del proceso en que se dicta⁵⁴.

⁵⁴ De forma similar a la eficacia para terceros de las sentencias dictadas en procesos contencioso administrativos declarativas de la nulidad de una disposición general. En materia de condiciones generales, la cobertura para la extensión de efectos, en la redacción originaria de la LCG resultaba más que dudosa, en la medida en que el art. 20.4, derogada por la LEC, contemplaba expresamente la posibilidad de efectos generales de la sentencia, estableciendo el carácter vinculante de la sentencia de

La pregunta que surge es la de si, desestimada una acción de grupo, cabría la posibilidad de que uno de los afectados, que no haya comparecido en el proceso iniciado por una ACU, en el que ha recaído sentencia desestimatoria de la demanda, puede o no iniciar un proceso ulterior con el mismo objeto.

En el caso de intereses difusos la respuesta negativa parece imponerse. En el caso de la tutela de intereses colectivos, por el contrario, sí resultaría posible.

En punto a los efectos externos de la cosa juzgada material, el art. 222.3 establece otra norma de difícil interpretación: *“3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el art. 11 de esta Ley”*.⁵⁵

La norma parece que sólo puede ser interpretada en el sentido de que los efectos de la cosa juzgada material alcanzarán a terceros que no han sido parte en el proceso, cuando sus derechos o intereses hubieran sido defendido por cualquiera de los entes legitimados ex art. 11 para la defensa de intereses colectivos o difusos⁵⁶. Ello, con independencia de que la sentencia fuera absolutoria o condenatoria. En los dos casos, el tercero no podrá promover un nuevo proceso sobre lo ya debatido. Por tanto, el precepto no se aplica cuando se trata de procesos donde se han decidido acciones individuales de consumidores o usuarios concretos, tanto si ellos mismos las hubieran ejercitado, como si lo hubieran hecho a través de su ACU.

casación, una vez “constituya doctrina legal”, pero siempre que se tratara del mismo predisponente.

⁵⁵ La inteligencia de la norma, -es opinión general-, se ha complicado con la corrección de errores operada con posterioridad a la publicación de la LEC. En el texto originario la remisión no era al art. 11, sino al art. 10 (con su referencia a que serán parte legítima en un proceso quien actúe como titular de la relación jurídica u objeto litigioso, excepto en los casos en los que la ley atribuya legitimación a persona distinta del titular), de modo que el art. 222 en nada afectaba a los efectos de la cosa juzgada en procesos donde se ejercitan acciones de grupo.

⁵⁶ La norma no es cuestionable desde el punto de vista del derecho de defensa. La ley establece medios de intervención y de tutela de los intereses individuales, de los que el afectado ha podido hacer uso: un sistema de publicidad que favorece su intervención (art. 15), la posible acumulación de procesos, incluso de oficio (art. 78), la posibilidad de ser reconocido como legitimado a efectos de ejecución (art. 519).

Puede concluirse con la afirmación de que, en tales casos, todos los sujetos perjudicados por el hecho dañoso quedan vinculados por el pronunciamiento de la sentencia, favorable o no, sin que puedan intentar un nuevo proceso sobre el mismo objeto.

3.6.- La ejecución de sentencias dictadas en procesos promovidos por consumidores y usuarios

El art. 519 LEC dispone:

“Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del art. 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución”

El ámbito propio de aplicación de la norma es el de los procesos en los que se han ejercitado acciones de protección de intereses difusos. Así, se ha dicho que el supuesto que contempla este art. 519 conecta, en sede de declaración, con el art. 11.2 y en fase de ejecución con la regla 1ª del art. 221.1, de manera que requiere para su aplicación la presencia de una sentencia condenatoria en la que no se hayan individualizado los afectados, pero sí habrá fijado sus datos, características y sus requisitos. En tal caso, del propio título no deriva la legitimación ejecutiva, de forma que, con carácter previo, la LEC establece un incidente con intervención del condenado, tendente a dicha determinación.

La imposibilidad de determinación individual debe llegar, por tanto, hasta la sentencia. También cabe exigir que para que el afectado por un hecho dañoso pueda acogerse a las bases indicativas del consumidor-tipo afectado, debe existir un nexo causal, de fácil demostración; si no fuera así, y se requiriese alguna acreditación probatoria de mayor o menor complejidad, se estaría fuera de los límites del precepto. La cuestión, por tanto, dependerá de las circunstancias de cada caso.

El procedimiento regulado en el precepto merece, siguiendo a MONTON GARCIA⁵⁷ las siguientes observaciones: a) solicitud escrita, con expresión de los datos de identificación del solicitante, especificación de su condición de consumidor,

⁵⁷ Op.cit. pág. 58 y ss.

indicación de haberse visto afectado por las actuaciones, bienes o servicios de que se trate, indicación de reunir los requisitos especificados en la sentencia; b) exigencia de abogado y procurador, conforme al art. 539 LEC; c) posibilidad de solicitud individual o conjunta; d) postula la aplicación del plazo de caducidad de cinco años, del art. 518 LEC; e) resulta discutible que quepa como forma de ejecución provisional, antes de la firmeza de la sentencia, si bien las reglas generales parecen abonar la respuesta afirmativa; f) no parece necesario agotar el plazo de espera de los veinte días del art. 519; g) el condenado, al que se dará traslado de la solicitud, podrá oponerse, -por escrito, no siendo necesaria vista-, por razones de fondo o de forma, limitado al objeto que se discute. El auto que resuelva el incidente será susceptible de reposición, no apelable (art. 562.1).

Se ha planteado con frecuencia ante la jurisdicción (especialmente en supuestos de nulidad de la cláusula de redondeo al alza en préstamos hipotecarios) la cuestión de la posibilidad de obtener el reconocimiento de la condición de beneficiario tras la sentencia estimatoria, pero antes de que ésta fuera firme (en los casos examinados, estaba pendiente de casación). La respuesta dada por la AP de Madrid (autos, de la misma fecha, 12.1.2006, secc. 11^a) ha sido negativa, argumentando sobre la base de la ubicación sistemática del precepto, exigiendo por tanto el carácter firme de la sentencia. *“Podría considerarse que existe una laguna legal concerniente al exclusivo reconocimiento de esos efectos, independientemente de la firmeza de esa sentencia, esto es, en el transcurso de tiempo que media desde que fue dictada hasta que adquiere firmeza, en los supuestos de recurso, pero es razonable la falta de regulación de ese mecanismo procesal, ante la incertidumbre jurídica de la confirmación o no, tanto de la acción ejercitada como de los requisitos, datos y características exigibles a los beneficiarios que se acojan a ella, de acuerdo con el artículo 221, lo que haría superflua e inútil una cualitativa y cuantitativa tramitación previa de reconocimientos a título individual o colectivo, caso de modificarse total o parcialmente los pronunciamientos de la sentencia, con una sobrecarga procesal e inseguridad jurídica que no precisan de mayor consideración.”*

4.- Normas especiales para el ejercicio de la acción colectiva de cesación en defensa de consumidores y usuarios, consecuencia de la Ley 39/2002

Sabido es que las acciones de cesación se muestran como especialmente idóneas para la represión de las conductas infractoras de los derechos de los consumidores, supliendo las carencias del ejercicio de las acciones individuales, que agotan sus efectos en la eliminación de la cláusula nula de una concreta relación jurídica y a prever sus consecuencias indemnizatorias. Más allá, la acción de cesación permite prohibir en el futuro su reiteración, permitiendo controlar de forma abstracta contratos todavía no celebrados⁵⁸.

Con esta finalidad, así como con la intención de que las medidas de protección no se vean burladas con el fácil mecanismo de la realización de las prácticas ilícitas en un Estado miembro para que produzcan sus efectos en otro Estado diferente, ve la luz la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, *“relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los*

⁵⁸ Vid. STJCE 9.9.2004.

consumidores”, tendente a “*aproximar en cierta medida las disposiciones nacionales que permiten hacer cesar las prácticas ilícitas...*”⁵⁹.

En punto a la legitimación, la Directiva concede a los Estados miembros la posibilidad de elegir entre, o combinar, dos opciones de efecto equivalente para el ejercicio de las acciones que la norma diseña: a) la previsión de uno o más organismos públicos independientes, encargados de la protección de los intereses colectivos de los consumidores; o b) atribuir legitimación a organizaciones cuyo objeto consista en proteger los intereses colectivos de los consumidores. En cualquiera de estos dos casos, las entidades en cuestión tendrán la consideración de “*entidades habilitadas*” para el ejercicio de la acción de cesación.

Junto a ello prevé también la posibilidad de que los Estados establezcan un sistema obligatorio de consulta previa a la vía judicial, por parte de quien se proponga el ejercicio de una acción de cesación.

El objeto de la tutela que los entes legitimados pueden pretender es, según el art. 2 de la Directiva, triple: a) la cesación o prohibición de la infracción de las normas contenidas en el anexo, “en su caso a través de un procedimiento de urgencia”; b) la adopción de medidas de publicación, total o parcial, de la resolución o de una declaración rectificativa que suprima los efectos duraderos de la infracción; y c) el establecimiento de multas coercitivas en caso de negativa a la ejecución de la sentencia estimatoria.

Según el art. 8, los Estados miembros debían transponer la directiva en el plazo de 30 días tras su entrada en vigor, que tuvo lugar el día 21 de junio de 1998.

La Directiva 98/27 se transpone al Derecho español, tardíamente, por obra de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, denominada “*de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios*”⁶⁰.

En lo que aquí interesa, ha de destacarse que la Ley 39/2002 dedica sus dos primeros capítulos a instaurar una acción de cesación, como instrumento de tutela de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, y lo hace modificando la LEC y las normas sustantivas sectoriales contempladas en la Directiva 98/27.

La técnica legislativa ha optado por la introducción de la acción de cesación en defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios modificando cada uno de los preceptos que, en el diseño

⁵⁹ La Directiva no afecta a la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado relativas a la ley aplicable al fondo del litigio que, normalmente, serán las del Estado donde se hubiere originado la infracción, o la del Estado en el que la infracción surta efectos. De otra parte, la Directiva introduce la acción, como se ha dicho, sólo sobre determinadas materias, con referencia a las nueve directivas relacionadas en su anexo.

⁶⁰ La Ley transpone, además de la directiva comentada, la Directiva 98/7 CE, de 16 de febrero de 1998, modificativa de la Directiva 98/7, en materia de crédito al consumo, y la Directiva 97/55, sobre publicidad engañosa.

originario de la LEC, configuraban especialidades de los procesos para la defensa de los derechos de los consumidores, de modo que sobre estas especialidades se añade otra especialidad más para el concreto supuesto de la acción de cesación.

4.1. Configuración de la acción de cesación

Como se ha dicho, la Ley 39/2002, introduce como novedad una acción de cesación en materia de protección de derechos e intereses de los consumidores y usuarios, y lo hace tanto en la LGCU, como en cada una de las leyes sustantivas que mencionaba el anexo de la Directiva⁶¹. Nos detendremos en este lugar en la reforma introducida en el primero de los textos citados. Más adelante se analizará la modificación introducida en la acción de cesación que ya recogía la LCG.

La introducción en este ámbito de la acción de cesación debe poner fin a las dudas de las que se había hecho eco la jurisprudencia⁶², relativas a la dificultad de entender aplicable el régimen de acciones contenido en la LCG para el control abstracto de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores, y ello por el hecho elemental de que en el momento del control se desconoce si la cláusula en cuestión, inserta en un contrato que no es objeto de negociación individual, va a ir destinada a la contratación con consumidores o con profesionales.

⁶¹ A tal fin, introduce la acción de cesación, -con sensibles diferencias, de difícil entendimiento en muchos casos-, en las siguientes leyes especiales: art. 10 Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; arts. 13 y 14 Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados; art. 16 bis, Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias; arts. 120 y 121, Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento; arts. 21 y 22, de la Ley 25/1994, de 12 de julio, de incorporación de la Directiva 89/552 CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva; art. 25, 26 y 29 Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad; art. 20 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.

⁶² Vid. sentencia Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, 26.7.2005. La sentencia resulta de interés, entre otras razones, porque se ve forzada a discriminar el ámbito del control de contenido respecto de contratos destinados a consumidores y a no consumidores. A tal fin, de la pluralidad de cláusulas impugnadas, contenidas en diferentes pólizas de seguro, somete a control de contenido de abusividad únicamente aquéllas destinadas, en exclusiva, a la contratación con consumidores. Sólo éstas fueron analizadas a la luz del ejercicio de una acción colectiva de cesación con base en la consideración de su carácter abusivo. El resto, -afirma-, pueden examinarse también en el ejercicio de la acción de cesación pero no por su abusividad, sino por contravenir normas imperativas o prohibitivas, en el caso, el art. 3 LCS.

La Ley 39/2002 introduce los arts. 10 ter y 10 quáter en la LGCU y añade una Disposición Adicional Tercera.

El TR dedica su Título V a los “*procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de los consumidores y usuarios*”, dedicando su capítulo I a la regulación de las acciones de cesación (arts. 53 a 56).

Sobre el esquema del art. 12 LCG, el art. 10 ter, introducido por la Ley 39/2002, disponía en su apartado primero que “*contra la utilización o la recomendación de utilización de cláusulas abusivas que lesionen intereses colectivos e intereses difusos de los consumidores y usuarios podrá ejercitarse la acción de cesación*”. Esta mención ha desaparecido en el TR.

La finalidad de la acción se establecía en el apartado 2: “*la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la utilización o en la recomendación de utilización de dichas cláusulas y a prohibir la reiteración futura de dichas conductas*”, a lo que se añade la finalidad de “*prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato*”⁶³.

La norma ha pasado a integrar el art. 53 del TR, modificándose el objeto de la acción, que pasa de ser el cese en la utilización o recomendación de las cláusulas abusivas, para fijarse en los siguientes términos. “*que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura*”, manteniendo la prohibición de realización.

El párrafo segundo del art. 53 del TR añade “*a efectos de lo dispuesto en este capítulo, también se considera conducta contraria a esta norma en materia de cláusulas abusivas la recomendación de utilización de cláusulas abusivas*”.

Una primera diferencia salta a la vista en la configuración de la acción de cesación general en materia de consumidores y la prevista en el art. 12 LCG, en la medida en que ésta, tras la modificación operada en por la LEC, permite acumular las acciones individuales de devolución y de indemnización de daños. El art. 53 TR guarda silencio sobre el particular, por lo que cabe la duda acerca de si esa acumulación es o no posible.

⁶³ La sentencia estimatoria de una acción de cesación en materia de condiciones generales deberá contener: a) la declaración de nulidad de la cláusula; b) la condena al demandado predisponente a su eliminación; c) la condena de futuro a abstenerse de su utilización futura (¿También de los ya celebrados?); d) en su caso, la condena a la devolución de cantidades indebidamente cobradas; e) en su caso, la condena a la indemnización de daños y perjuicios. En estos dos últimos casos, resulta exigible la determinación individual de los beneficiados o de su perfil.

El TR, en su art. 54, ha refundido las normas sobre legitimación en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados. Incorpora también el texto de la Disposición Adicional Tercera que había sido introducida por la Ley 39/2002:

“1. Frente a las conductas contrarias a lo dispuesto en la presente norma en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados, *estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación:*

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

b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta norma o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

c) El Ministerio Fiscal.

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

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

2. Todas las entidades citadas en el apartado anterior podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan.

3. La legitimación para el ejercicio de la acción de cesación frente al resto de conductas de empresarios contrarias a la presente norma que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios, se regirá por lo dispuesto en el art. 11, apartados 2 y 3, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Asimismo, estarán legitimados para el ejercicio de esta acción:

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

b) El Ministerio Fiscal.”

En consecuencia, la legitimación es exclusivamente colectiva (vid. art. 11 LEC), sin que pueda ejercitar la acción de cesación, -ni en contratos con consumidores, ni en el ámbito de las condiciones generales-, el perjudicado individual⁶⁴, que sólo podrá accionar con base en el art. 9 LCG.

El art. 56 TR declara imprescriptibles todas las acciones de cesación, sin perjuicio del art. 19.2 LCG en relación con las inscritas en el Registro. Norma novedosa en relación con los consumidores, al regular una cuestión sobre la que guardaba silencio la Ley 39/2002, frente a lo dispuesto en el art. 19 LCG. Llamativamente, sí se estableció por la Ley 39/2002 el carácter imprescriptible de la acción de cesación en el ámbito de los viajes combinados regulados en la Ley de 1995 (art. 14.2).

El art. 55 TR, (que sustituye al anterior art. 10 quáter LGCU), determina la legitimación activa para el ejercicio de la acción de cesación en otro Estado miembro, disponiendo que el Instituto Nacional de Consumo, o los órganos autonómicos o locales semejantes, así como a las asociaciones de consumidores y usuarios presentes en el Consejo de Consumidores y Usuarios, podrán ejercitar la acción de cesación en otro Estado miembro cuando estén incluidos en la correspondiente lista publicada en el DOUE. El texto pasa a ser el art. 55 del TR. Principio de reconocimiento mutuo, previsto en el art. 4 de la Directiva 98/27.

4.2.- Especialidades procesales. Reforma de la LEC

1.- Capacidad para ser parte, art. 6.1.8º

Atribuye capacidad para ser parte para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios a las entidades habilitadas a tal fin conforme a la normativa comunitaria europea.

Se trata de una norma sobre legitimación, no sobre capacidad, deficientemente ubicada, por tanto.

2.- Legitimación, art. 11.4

⁶⁴ Vid. sentencia Juzgado de lo Mercantil de Alicante 3.1.2005. Por entenderse que se estaba ante una cuestión atinente a la legitimación entendida como “capacidad de conducción procesal” la excepción de falta de legitimación activa fue resuelta en la audiencia previa, siendo asumida de forma voluntaria por la actora, que desistió de sus pretensiones de control abstracto.

Atribuye legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación al Ministerio Fiscal y a las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea.

3.- Publicidad e intervención procesal, art. 15.4

Excluye para el ejercicio de la acción de cesación todas las reglas establecidas en el art. 15 con respecto a la publicidad del ejercicio de la acción y posibilidad de intervención de terceros en los procesos para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos de consumidores o usuarios, de forma que no procederá la suspensión de las actuaciones para efectuar llamamientos.

¿Cabe la posibilidad de intervención de terceros, afectados individuales, en procesos donde se ventilen acciones de cesación?, la reforma parece apoyar una respuesta negativa.

4.- Competencia territorial, art. 52.1.16º

Establece el fuero especial, para el ejercicio de la acción de cesación, del tribunal del lugar donde el demandado tenga un establecimiento y, subsidiariamente, el de su domicilio; en el caso de que el demandado no tenga domicilio en el territorio español, será tribunal competente el del lugar del domicilio del demandante.

Habrà que entender que si el demandado tiene establecimiento en diversos lugares, el fuero entre éstos será electivo.

5.- Publicación de la sentencia, art. 221.2

Además de las especialidades que respecto de los procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios establece el art. 221, se prevé que la sentencia estimatoria de la acción de cesación pueda, a juicio del tribunal y a cargo del demandado, acordar su publicación total o parcial, o incluir una condena a emitir una declaración de rectificación cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse en el tiempo.

Parece que la facultad del tribunal deberá venir instada por los legitimados activos, pese al tenor literal de la norma, como exigencia del principio dispositivo. La publicación, obviamente, no ha de ser necesariamente escrita, pudiendo tener lugar por cualquier medio idóneo.

6.- Cauce procesal, art. 250.1.12º

Las demandas en las que se ejerciten acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios se tramitarán por el cauce del juicio verbal.

La opción legislativa, de aplicación sumamente confusa (en la medida en que limita objeto a la acción de cesación, no a otras formas de tutela de grupo) sólo merece reproches⁶⁵.

7.- Multas coercitivas, art. 711

En caso de inejecución de la sentencia estimatoria de la acción de cesación, la ley prevé una cuantía fija de la multa coercitiva, entre 600 y 60.000 euros por día de retraso, atendiendo a la naturaleza e importancia del daño y la capacidad económica del condenado. El beneficiario de la multa es el Tesoro Público.

Se exige así que la sentencia estimatoria contenga un pronunciamiento expreso referido al posible incumplimiento por el condenado, lo que merece un juicio positivo, pues, por definición, sólo así podrá lograrse la ejecución de una condena de no hacer, en que consiste la pretensión de cesación.

8.- Exención de caución en la tutela cautelar, art. 728.3

En los casos de medidas cautelares de acciones de cesación, el tribunal puede dispensar al solicitante del deber de prestar caución, en atención a las circunstancias del caso, la entidad económica y la repercusión social de los intereses afectados.

Existe, por tanto, un amplio margen al arbitrio judicial. Si la resolución acuerda la adopción de medidas pero no exime de la prestación de caución, existen dudas sobre si cabría recurso devolutivo.

En punto a la legitimación pasiva y acumulación subjetiva de acciones, la sentencia AP Madrid de 11.5.2005 admitió la acumulación de las acciones de cesación dirigidas por una asociación de consumidores contra el clausulado contenido en diversos contratos formulados por cuatro entidades financieras. En el caso se acumulaban más de cuarenta acciones colectivas. Las demandadas sostenían que faltaba identidad en la causa de pedir, con infracción del art. 72 LEC y 17.4 LCG. Se cuestionaba, igualmente, la procedencia del cauce del juicio verbal, ante la

⁶⁵ Vid. como síntesis de las opiniones doctrinales, puede citarse GARNICA, "La acción de cesación", op. Cit. Pág. 106. La norma, en tanto que se refiere a la acción de cesación en exclusiva, y por el juego de la Disposición Adicional 4ª LCG, plantea el absurdo de que si se acciona pretendiendo la acción de cesación, acumulada a una de indemnización que haya de tramitarse por el ordinario, o el resto de acciones del art. 12 LCG, la primera deba tramitarse por el verbal, y las otras separadamente, lo que carece de lógica.

complejidad que el asunto presentaba. La sentencia desestima la excepción. La procedencia del cauce procesal resultaba directamente de la aplicación de la reforma operada por la Ley 39/2002. La conexión entre las diferentes acciones derivaba de la práctica identidad de las cláusulas objeto de impugnación, todo ello con base en un criterio “flexible” de interpretación en materia de acumulación subjetiva de acciones, con cita de las SSTs 9.7 y 5.10.1999, 3.10.2000, 3.10 y 26.12.2002, y 21.12.2004.

5.- Normas especiales en el ámbito de las condiciones generales de la contratación

Como ha quedado dicho con anterioridad, la mayoría del contenido procesal de la LCG⁶⁶ fue modificado por obra de la LEC, derogando determinados preceptos que se entendieron superfluos y reformando otros por obra de la Disposición Final 6^a.

El examen de las acciones especiales en materia de condiciones generales de la contratación obliga a partir de la distinción entre acciones individuales y acciones colectivas.

5.1.- Acciones individuales

Son acciones individuales aquellas que puede ejercitar cualquier particular adherente, persona física o jurídica, contra el predisponente, para obtener la nulidad⁶⁷ o la no incorporación de la condición general de que se trate en un determinado contrato.

Estas acciones podrán ejercitarse por vía de acción o de reconvencción. Cabrá también acudir a la excepción de nulidad, del art. 408.2 LEC en el juicio ordinario.

Estas acciones legitiman al adherente individual, persona física o jurídica, parte de un contrato en el que se han incorporado condiciones generales, para obtener una sentencia que declare la nulidad de las cláusulas del contrato que sean ilegales y la declaración de subsistencia o no del contrato y su eficacia, o bien la declaración de no incorporación al contrato si las condiciones generales no reúnen los requisitos de inclusión previstos en la ley.

El art. 52.1, apartado 14, establece una norma especial con respecto al fuero territorial:

⁶⁶ Como observa VICENT CHULIA, la conexión entre el derecho procesal y el sustantivo aparece ejemplificada en este texto, que juzga muy negativamente .

⁶⁷ Como quedó apuntado más arriba, resulta discutible su apreciación de oficio.

“En los procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, será competente el tribunal del domicilio del demandante. Y, sobre esa misma materia, cuando se ejerciten las acciones declarativa, de cesación o de retractación, será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, el de su domicilio; y si el demandado careciere de domicilio en el territorio español, el del lugar en que se hubiera realizado la adhesión.”

En consecuencia, para las acciones individuales el fuero improrrogable, por evidentes razones de protección del interés más débil, se atribuye al juez del lugar del domicilio del demandante.

El art. 22 LCG establece también para el caso de ejercicio de acciones individuales, de nulidad o no incorporación, que en el caso en que la acción hubiere prosperado, el juez dictará mandamiento al titular del Registro de condiciones generales de la contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo.

5.2.- El mecanismo de control abstracto. Las acciones colectivas en la LCG

La LCG estableció, junto a las acciones individuales de nulidad y no incorporación (arts. 7, 8, 9, y 10) tres clases de acciones colectivas: la acción de cesación, la acción de retractación y la acción declarativa, introduciendo como novedad, junto a la legitimación individual de los afectados, la legitimación colectiva o supraindividual para el ejercicio de pretensiones de control abstracto, de finalidad preventiva, dirigidas a la eliminación por parte del profesional demandado de las condiciones generales predispuestas que se reputen nulas, absteniéndose de su utilización futura o retractándose de su recomendación de uso.

En la actualidad (en la redacción dada por la LEC) el art. 12 sigue manteniendo dichas acciones, en los siguientes términos:

“1. Contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en esta Ley, o en otras leyes imperativas o prohibitivas, podrán interponerse, respectivamente, acciones de cesación y retractación.

2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia por medio de la cual se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Declarada judicialmente la cesación, el actor podrá solicitar del demandado la devolución de las cantidades cobradas en su caso, con ocasión de cláusulas nulas, así como solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados. En caso de no avenirse a tal solicitud, podrá hacerse efectiva en trámite de ejecución de sentencia.

2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz.

A la acción de cesación podrá acumularse, como accesorio, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones.

3. La acción de retractación tendrá por objeto obtener una sentencia que declare e imponga al demandado, sea o no el predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro.

4. La acción declarativa se dirigirá a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación y ordene su inscripción, cuando ésta proceda conforme a lo previsto en el inciso final del apartado 2 del art. 11 de la presente Ley”.

Como ha quedado dicho, junto a las acciones individuales, la LCGC tuvo el mérito de introducir una regulación sistemática de las acciones colectivas, siguiendo el tímido precedente de normas anteriores, entre ellas, la LOPJ, art. 7.2, en línea con el art. 9.2 CE. Es de hacer notar que como presupuesto, las tres acciones parten de la existencia de una condición general de la contratación, en los términos del art. 1.1 de la LCG, lo que se erige como *prius* lógico en todas ellas.

La legitimación para el ejercicio de las tres acciones inicialmente previstas (retractación, cesación y declarativa), se atribuye en exclusiva a determinados entes, sustrayéndose a la legitimación individual de los afectados.

Mediante su ejercicio se articula procesalmente el denominado control abstracto, y operan, -según suele afirmarse-, con un carácter preventivo en la medida en que permiten controlar la actividad del predisponente en el momento de su elaboración o adopción, antes de que sea efectiva su incorporación a la pluralidad de contratos a que van destinadas. Operan como si la cláusula enjuiciada fuera una norma legal, autónoma, al margen del acuerdo de voluntades en que se inserta, en cuanto tienen, como condiciones generales, vocación de generalidad. El parámetro de enjuiciamiento exige comprobar que la norma enjuiciada atiende al control de incorporación y al control de contenido.

Precisamente, este control denominado abstracto fue una de las novedades más destacadas de la legislación de condiciones generales. Claramente es objeto de este comentario el ejercicio judicial de esta

forma de control, al margen de otros mecanismos que la ley establece guiados por idéntica finalidad, como son los sistemas de información a notarios y registradores, previstos en el art. 23, o la creación del registro, del art. 11.

Como se ha apuntado, el régimen deficiente de su ejercicio⁶⁸ fue profundamente modificado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto por el juego de la reforma expresa de la LCG, como por la previsión de normas específicas, con el designio de lograr la unidad legal que el legislador procesal se propuso, sin conseguirlo plenamente.

En efecto, la redacción originaria de la LCG había sido criticada por no regular en forma adecuada el problema de la conexión entre las acciones colectivas y las individuales, así como los efectos de las sentencias estimatorias que declararan la nulidad de determinada cláusula.

La reforma operada por la LEC retoca la redacción de cada una de las tres acciones. En lo que respecta a la acción de cesación, añade la previsión de que, en acumulación accesoria, podrá acumularse la pretensión de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de condiciones a las que afecte la sentencia, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiese causado la aplicación de dichas condiciones.

De la misma forma, al suprimirse el art. 20, se incorpora a la definición de la acción de cesación que la sentencia determinará o aclarará, cuando sea necesario, el contenido del contrato que se considerase válido y eficaz (art. 12.2, I).

En lo que hace a la acción de retractación, la reforma suprime la exigencia de que la condición general recomendada hubiera sido efectivamente utilizada por algún predisponente.

⁶⁸ Como afirma VICENT CHULIA, "Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial", RGD, N° 688, mayo 2000, uno más, sino el más grave, de los errores del legislador de condiciones generales, fue no tener en cuenta en el momento de la elaboración de la ley los trabajos prelegislativos, avanzados, destinados a la reforma del proceso civil, como tampoco el precedente de los textos que ya regulaban acciones colectivas, -señaladamente, la LCD-, por lo que hubiera bastado tomar como "plantilla" dicha norma y sobre ella regular las especialidad de las acciones colectivas de condiciones generales. La acción colectiva de cesación ya figuraba en textos anteriores: Ley sobre obtenciones vegetales, de 12.3.1975 (art. 18.5.a), Ley de Patentes, art. 62 y 63, a), Ley de Marcas de 1988, art. 36, a), Ley General de Publicidad, de 1988, art. 25.1, la citada LCD, art. 18. No así la acción de retractación, que constituye novedad en la legislación de condiciones generales.

Tal como quedan las cosas, siguiendo a VICENT CHULIA, pueden destacarse dos peculiaridades de la ley española, frente a la regulación procesal de otros Estados europeos:

- a) A las dos acciones clásicas (de cesación y de retractación, también denominadas de inhibición y de revocación⁶⁹), se añade una acción “mero declarativa”, tendente a conseguir una sentencia que declare que determinada estipulación contenida en el contrato es condición general, y como tal ha de inscribirse en el Registro. Más adelante se entrará en detalle sobre esta acción, respecto de la que bastará en este lugar decir que exige el análisis de que en determinada cláusula contractual concurren los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad, añadiendo la petición de condena a la inscripción⁷⁰. No constituye una novedad, pues ya figuraba en la LCD (acción declarativa de deslealtad del acto). Frente a las otras dos acciones, la declarativa no pretende la nulidad de la cláusula en cuestión.
- b) Al definir la acción colectiva de cesación, la ley española permite acumular a ésta, “como accesoria”, dos acciones más: la devolución de las cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia, y la indemnización de daños y perjuicios (modalidades, también, de acciones colectivas, que pueden denominarse, respectivamente, “de restitución o remoción de los perjuicios por cobro de lo indebido”, y acción colectiva “de reparación”).

La LCG regula, pues, las siguientes acciones, con la siguiente finalidad:

A.- *Acción de cesación*: con la que se pretende obtener una resolución judicial por la que se condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas, y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

⁶⁹ Que vienen a ser acciones de contenido mixto, declarativo-de condena, en la medida en que postulan la declaración de nulidad de la cláusula como presupuesto del pronunciamiento principal.

⁷⁰ VICENT, (op. cit.) critica la no incorporación de una acción “declarativa negativa”, por cuya virtud el profesional pudiera conseguir una declaración de que determinada cláusula es conforme al control abstracto de licitud.

La acción de cesación es la respuesta adecuada frente a conductas que implican o pueden implicar un acto no instantáneo, manteniendo una situación en el tiempo de potencial infracción de los derechos protegidos⁷¹.

Lógicamente, la puesta en juego de esta acción exige, como *prius* lógico, la petición de la declaración de nulidad de la cláusula en cuestión. Otra cosa es que se exija esta petición en forma expresa, lo que no parece en todo caso necesario. Lo que es claro es que el primer pronunciamiento de la sentencia estimatoria debe ser la declaración de nulidad de la cláusula en cuestión.

En el análisis de su naturaleza, como aprecia BARONA VILAR⁷², se está ante una prestación que obliga a un comportamiento positivo del deudor, al exigirse que “elimine de sus condiciones generales las que se reputen nulas”.

La sentencia deberá, si es preciso, proceder a determinar o aclarar el contenido del contrato que ha de considerarse válido y eficaz.

Parece presuponerse que la acción sólo procede cuando se haya celebrado un contrato en el que se hubieran incorporado condiciones generales.

B.- *Acción de retractación*: pretende una sentencia en la que el demandado, sea o no el predisponente, se retracte de la recomendación que haya efectuado de utilizar condiciones generales que sean consideraras nulas, así como que se abstenga en el futuro de seguir con su recomendación.

Ya no se exige, a diferencia de la previsión originaria de la LCG, que la condición hubiera sido efectivamente usada con anterioridad, bastando con la previsión de su utilización. Sin embargo, la cuestión sigue siendo dudosa. En efecto, el art. 12.3 fue reformado por la Ley de Enjuiciamiento Civil en tal sentido, suprimiendo la exigencia de que en el pasado se hubiera utilizado efectivamente la condición objeto de la recomendación. Sin embargo, la previsión continúa en la norma sobre legitimación del art. 17.2. No modificada la norma, la interpretación literal obliga a entender que la exigencia continúa. Sin embargo, esta interpretación resulta en la práctica absurda por inoperante: lo que se pretende con el ejercicio de la acción de retractación es que una

⁷¹ El ordenamiento conoce numerosos supuestos de tipificación de estas pretensiones inhibitorias. Así, art. 63, a) Ley de Patentes, la Ley de Marcas, art. 18.2 LCD, arts. 25 y 26 Ley General de Publicidad, entre otras.

⁷² SILVIA BARONA VILAR, comentarios al art. 12, op. Cit. Págs.. 451 y ss.

cláusula no se utilice en el futuro; si ya se ha utilizado, lo procedente será la acción de cesación.

C.- *Acción declarativa*: se pretende con ella que una cláusula sea considerada condición general de la contratación, y se ordene su inscripción en el Registro. Lógicamente, cuando la ley imponga tal inscripción, art. 11.2 LCG, pues en otro caso el interés en la tutela judicial estará ausente.

Se trata, según observa GARNICA⁷³, de una acción ligada a la existencia del original registro establecido por el legislador español

5.2.1.- *Competencia objetiva*⁷⁴

El art. 86 ter, 2, atribuye a los juzgados de lo mercantil el conocimiento de las “*acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esa materia*”.

Ya se ha visto como las “acciones” con nomen iuris específico, que contempla la LCG son las de cesación, retractación, y mero declarativa.

Por tanto, una primera interpretación restrictiva de la norma opera con una doble restricción: a) la competencia de los juzgados mercantiles sólo en el caso de ejercicio de las acciones típicas; y b) legislación sobre la materia sólo lo es la LCG.

Frente a ello cabe otra interpretación de más amplias miras: a) junto con las acciones típicas, la LCG contempla la posibilidad de un control concreto, legitimando a los interesados individuales; b) el doble control de incorporación y de contenido puede fundamentarse también en la normativa general que disciplina la nulidad contractual; y c) “legislación sobre la materia” no es sólo la LCG, sino también el TR, en la medida en que éste contempla también el control frente a las

⁷³ GARNICA MARTI, op. Cit. Pág. 83. Son muy numerosas las resoluciones judiciales que se han ocupado de la cuestión. Sin ánimo exhaustivo: sentencias Juzgado Mercantil Málaga 12.10.2007 y 1.9.2006, Alicante 3.1.2005, Juzgado Mercantil nº 1 Madrid 276.7.2005, Oviedo 30.3.2007, entre otras).

⁷⁴ La jurisdicción internacional de los tribunales españoles vendrá determinada por el dato de que el daño o hecho que lo cause hubiera tenido lugar en España, art. 5.3 Reglamento 44/2001, por entenderse que la acción de cesación, como acción no contractual, se incluye en la categoría de acción delictual o cuasidelictual (STJCE 1.10.2000).

cláusulas abusivas en contratos con consumidores (art. 80), introduciendo, además, la acción de cesación (art. 53).

La segunda interpretación parece que se va imponiendo en las resoluciones de los tribunales. A mi juicio resulta más conforme con la evolución seguida en nuestro Derecho con la regulación de las condiciones generales.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid de 26.7.2005, se planteó la cuestión de la competencia objetiva del juzgado mercantil en relación con la mención orgánica de “legislación sobre la materia”, optando por la solución que aquí se postula, en el sentido de entender que el criterio utilizado por el legislador orgánico en el art. 86 ter no atiende a textos positivos sino a grupos de materias, de forma que las cuestiones sobre condiciones generales de los contratos se atribuyen a la jurisdicción especializada con independencia de que vengan o no fundadas en la LCG, por tanto, comprende también la regulación de las cláusulas abusivas contenidas en la LGCU.

Otros supuestos conflictivos:

Acumulación de acciones de nulidad y de no incorporación de condiciones generales, y de acción de reclamación de cantidad, como efecto económico de la declaración de nulidad. Puede estimarse, con base en la cita del art. 9 LCG (que remite a las normas generales de la nulidad contractual) y art. 1303 del Código Civil que la reclamación de cantidad es una consecuencia económica de la nulidad, por lo que la competencia objetiva del juzgado mercantil se extiende a su conocimiento (Auto Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, 12.6.2006).

Acumulación de acciones de nulidad de cláusula abusiva en contrato con consumidores y reclamación de cantidades indebidamente percibidas por la demandada. La cita del art. 10 bis 2 LGCU permite al juez pronunciarse al tiempo sobre la acción de nulidad y sobre las consecuencias económicas de la ineficacia de la cláusula impugnada (auto JMercantil nº 1 Madrid, 5.1.2006).

Son conocidos los problemas que la creación legislativa de concretas atribuciones de competencia objetiva a determinados órganos genera, especialmente en dos ámbitos: la acumulación de acciones y la reconvención.

- a) Acumulación de acciones: el art. 71 LEC permite la acumulación objetiva de acciones como principio general, con la excepción, de orden público, de que alguna de las acciones acumuladas no sea de la competencia objetiva del tribunal⁷⁵.

⁷⁵ La imposibilidad de acumular acciones excluidas de algún modo de la competencia del juez o tribunal que conoce de la principal ya venía exigida en la legislación procesal previgente. Así, con respecto a la acumulación de acciones competencia de los juzgados de familia, puede verse la STS 2.6.1994. Sobre la imposible acumulación

Desde esta consideración, se entiende que la competencia objetiva es norma imperativa, apreciable de oficio.

En consecuencia, no resulta posible acumular ante la jurisdicción civil general acciones basadas en condiciones generales, ni tampoco la situación contraria.

El trámite será el previsto en el art. 73.4 LEC: requerimiento al actor por cinco días para la subsanación del defecto. Caso de no subsanación, la demanda se archivará sin más trámites. El vicio puede ser denunciado por el demandado en la contestación, en cuyo caso la cuestión será resuelta en la audiencia previa o en la vista del juicio verbal. Del mismo modo, puede ser apreciada en cualquier momento del procedimiento, incluso en instancias posteriores.

- b) Reconvencción: de la misma forma que en el caso anterior, no cabe plantear reconvencción en los casos de falta de competencia objetiva del órgano que conoce de la demanda principal (art. 406.2 LEC). De esta forma, presentada demanda reconvenccional en la que se ejercite una acción no contemplada en el art. 86 ter, lo procedente será dictar auto de inadmisión (art. 48 LEC), previa suspensión del curso de las actuaciones, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal.

Tratamiento procesal

El tratamiento procesal de la falta de competencia objetiva no presenta especialidad alguna, por lo que bastará la remisión a la normativa procesal contenida en los arts. 48 y 49 LEC.

El problema puede plantearse en los supuestos, -frecuentes en la práctica-, de conflictos negativos de competencia objetiva, ausentes de regulación expresa. Ante ello, parece la solución más adecuada la de la aplicación analógica de las normas sobre conflictos negativos de competencia territorial, del art. 60.3 LEC: remisión de los autos por el órgano que declinó la competencia en segundo lugar al superior común,

de una acción sobre la que existía cláusula de sometimiento a arbitraje, la STS 28.4.1994. La STS de 21.12.2001 se pronunció sobre la imposible acumulación de una acción de propiedad industrial con la de competencia desleal, al venir la primera atribuida a un órgano específico por norma de competencia objetiva.

con emplazamiento de las partes por diez días, a fin de que por medio de auto, sin recurso, se fije definitivamente la competencia⁷⁶.

El auto de la Sección 28 AP Madrid de 25.5.2006 aplica analógicamente lo dispuesto en el art. 60, 2º y 3º LEC para resolver la cuestión negativa de competencia planteada.

El auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, de 24.7.2007 apreció la falta de competencia objetiva de la jurisdicción mercantil⁷⁷, cuando previamente el juzgado de primera instancia también había declinado su competencia. El juzgado, admitiendo como solución idónea la impugnación a través del oportuno recurso devolutivo de la resolución que declina la competencia, “para evitar a la parte actora el peregrinaje por distintos órganos judiciales”, planteó a la Audiencia Provincial cuestión de competencia negativa, con fundamento en la cita de la resolución de la AP anteriormente referenciada.

5.2.2.- Competencia territorial: art. 52.1º.14

El precepto diferencia los supuestos de control individual y las acciones colectivas.

En el primer caso, en los procesos en los que se ejerciten acciones individuales para la declaración de no incorporación o nulidad de las “*cláusulas de condiciones generales de la contratación*”, será competente el tribunal del domicilio del demandante.

En el supuesto de acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa, la competencia territorial corresponde al tribunal donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, su domicilio. Si el demandado carece de domicilio en España, será competente el tribunal del lugar donde se hubiere “realizado la adhesión”.

5.2.3.- Legitimación activa, art. 16 LCGC

⁷⁶ La opción es preferible a la atribución de recurso devolutivo contra la resolución del tribunal que conoce en segundo lugar, con el evidente riesgo de pronunciamientos contradictorios, tanto más cuanto que, las apelaciones contra las resoluciones de los juzgados de lo mercantil se atribuyen a secciones especializadas dentro de la audiencia provincial, lo que no sucede en el caso de apelaciones contra las resoluciones de los jueces de primera instancia. Especialmente inadecuada, por la evidente razón de que se trata de una atribución estrictamente jurisdiccional, es la remisión en trámite de reparto por el servicio del decanato correspondiente, como a veces ocurre.

⁷⁷ De la lectura de la resolución no se conoce la clase de pretensiones acumuladas.

El texto del art. 16 fue modificado por la Ley 36/2002, que modificó también el art. 19 relativo a la prescripción. Actualmente la regulación de la legitimación activa queda como sigue:

“Las acciones previstas en el art. 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 que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.

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

5. Los colegios profesionales legalmente constituidos.

6. El Ministerio Fiscal.

7. Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas». Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.”

Se añade en el párrafo último la previsión de que todas estas entidades podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno, para la defensa de los intereses que representan.

La compatibilidad de esta norma, -así como de otras normas especiales que especifican la legitimación activa en sus concretos ámbitos de aplicación-, con las normas generales de la LEC, anteriormente examinadas, no es cuestión sencilla.

Puede partirse de la afirmación de que, al menos en lo que hace a la acción de cesación, en la que por definición se tutela un interés de grupo y difuso, la norma de legitimación del art. 16 debe ser entendida como norma especial, que desplaza a la general del art. 11 LEC.

Con respecto a la posible acumulación de acciones de resarcimiento, la cuestión no está tan clara. En principio, no parece posible negar la legitimación individual del afectado, por lo que habrá de acudir a las normas generales. Pero respecto de las otras entidades caben dos soluciones: a) interpretación literal de la norma, de modo que todos los legitimados por el art. 16 tienen legitimación para todas las acciones del art. 12, lo que incluye las acciones de devolución e indemnizatorias acumuladas; b) interpretación correctora, la remisión lo es sólo a las acciones colectivas, de modo que las entidades mencionadas en el art. 16 carecen de legitimación para las acciones individuales acumuladas.

Aunque la segunda tesis parece más conforme con la naturaleza de las cosas, lo cierto es que choca frontalmente con el tenor literal de los preceptos, por lo que se está ante una prueba más de la deficiente configuración legal de las acciones colectivas.

Tampoco contempla la ley el supuesto de intervención de una ACU en un proceso promovido por un particular. Pudiera pensarse en la aplicación de la norma general del art. 13 LEC.

Legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios.

En punto a la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios, la LCG exige que éstas reúnan los requisitos previstos en la ley; por tanto, no impone ningún requisito adicional, más allá del genérico de que cumplan con lo dispuesto en la LDCU o en la norma autonómica aplicable. El actual art. 24 del TR es la norma de referencia.

Cuáles sean esos requisitos establecidos en la ley, legitimadores para que una ACU pueda ejercer la acción de cesación en materia de condiciones generales (y en materia de cláusulas abusivas, pues el art. 54 TR contiene similar mención), sigue siendo cuestión polémica, discutiéndose la interpretación que haya de darse a tres normas: el art. 20 LGCU, el art. 18 RD 825/1990, de 22 de junio, y el art. 11 LEC, distinguiéndose dos tesis contrapuestas⁷⁸:

- a) Tesis positivas: que admiten legitimación de las ACUS en todo caso, tanto para el ejercicio de las acciones colectivas, como para el ejercicio acumulado de la acción de restitución o indemnizatoria, por el sólo hecho de quedar válidamente

⁷⁸ Vid. GIMENO SENDRA y MIRA ROS, "La legitimación de las asociaciones de consumidores para la impugnación de las condiciones generales de la contratación", LA LEY, Nº 6263, 30.5.2005.

constituidas, con arreglo a la Ley de Asociaciones (LO 1/2002). La inscripción en el Registro del Ministerio de Sanidad y Consumo, es exigencia atinente a la publicidad, no constitutiva⁷⁹.

- b) Tesis negativas: para ostentar legitimación en defensa de intereses colectivos o difusos, las ACUS deberán estar inscritas en el Registro. La tesis, seguida en algunos precedentes jurisprudenciales, se sostiene en la cita de los arts. 16 LCG, en relación con el previgente artículo 20.3 LCU y Real Decreto 825/1990, de 22 de junio⁸⁰. Desde este punto de vista, suele afirmarse que la acción de cesación, por propia definición es una acción sostenida en defensa de intereses difusos, pues se desconoce, en la medida en que supone un medio de control abstracto de la legalidad de las condiciones generales, quién o quiénes pueden ser los adherentes (consumidores o no) afectados, por lo que la legitimación de las ACUS queda limitada a las representativas.

La polémica ha girado, en primer término, sobre la interpretación que haya de darse a la expresión utilizada por el art. 20.3 LCGU, cuando exigía que para poder “gozar de cualquier beneficio que les otorgue la presente ley y disposiciones reglamentarias concordantes, deberán figurar inscritas en un libro registro que se llevará en el Ministerio de Sanidad y Consumo, y reunir las condiciones y requisitos que reglamentariamente se establezcan para cada tipo de beneficio”; ¿qué debía entenderse por “beneficio⁸¹”, en otros términos: ¿puede entender como “beneficio” el ejercicio de acciones ante la jurisdicción?. La respuesta negativa parece implícita en la propia formulación de la cuestión, pues del ejercicio de derechos fundamentales se trata⁸², (SSTC 115/1984, 15/1989, 326/1994, entre otras).

⁷⁹ Vid. SSTC 5/1996, 291/1993, 85/1986)

⁸⁰ Como soporte jurisprudencial de esta forma de ver las cosas suelen citarse las sentencias del T.C. de 22 de marzo de 1983, TS. de 18 de julio de 1997, 8 de abril de 1984 y 2 de diciembre de 1991, en cuanto a la imposibilidad de ejercitar acciones populares en el proceso civil, y en la misma línea de razonamiento la de A.P. de Alicante de 8 de julio de 1999; esta última resolución negó legitimación a AUSBANC (Asociación de Usuarios de Banca) para el ejercicio de la acción de cesación.

⁸¹ Expresión que, en su sentido literal, significa “derecho que compete a alguien por ley o privilegio”. El término viene ligado generalmente a la percepción de ayudas o subvenciones de los entes públicos.

⁸² SSAP Madrid, 10.10.2002 y 21.2.2006; Baleares, 17.3.2003, citadas también por la SAP Barcelona, 13.7.2005. Sin embargo, la sentencia de la misma sección de la AP Barcelona, 23.3.2006, llegó a conclusión diferente, entendiendo por “beneficio” el ejercicio de acciones judiciales y, en consecuencia, entendiendo que para el ejercicio

La invocación del RD 825/1990 abonaba la tesis que postulaba la falta de legitimación, en cuanto que establece, en su art. 16, que las ACUS inscritas podrán “representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos”; por su parte, el art. 18 establece que las asociaciones, federaciones, confederaciones y cooperativas representadas en el Consejo de Consumidores y Usuarios “...podrán: 1. Ejercer las correspondientes acciones en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios, dentro del ámbito territorial propio de la asociación”.

En este contexto, parece claro que la norma legitimadora del art. 16 es norma especial frente a la legitimación general que establece el art. 11.3 LEC. Para la defensa de intereses difusos precisa la ACU ostentar la condición de representativa. Para el ejercicio de la acción de cesación en materia de condiciones generales, basta con que esté legalmente constituida.

El TR parece confirmar esta interpretación, cuando en su art. 24.2 establece que a efectos del art. 11.3 LEC tendrán la consideración de representativas las ACUS integradas en el Consejo de Consumidores y Usuarios. El art. 16 LCG no exige la condición de representativa para ostentar legitimación.

No parece posible restringir la legitimación con base en una norma reglamentaria, de toda evidencia⁸³. No puede el reglamento establecer requisitos adicionales a los establecidos en una ley para el ejercicio de acciones judiciales⁸⁴. Sí puede hacerlo una norma con rango de ley, como sucede ahora con los arts. 54 y 55 TR (que se corresponden con los anteriores 10 ter y quáter de la LGCU, fruto de la reforma operada por la Ley 39/2002) con respecto a la legitimación para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de consumidores (para la que basta con que la ACU esté legalmente constituida) y la legitimación para el ejercicio de acciones de cesación en otro Estado miembro de la

de acciones colectivas la ACU precisaba estar inscrita en el Registro especial del Ministerio de Sanidad y Consumo, exigencia, -razona-, lógica en relación con la finalidad de la ley. En cambio, ante la interpretación dada por la STS, Sala Tercera, al RD 825/1990, consideró que no resultaba requisito legitimador la pertenencia al Consejo.

⁸³ SSTC 65/1985, 75/1996, STDH 21.2.1975

⁸⁴ SAP Barcelona, secc. 15, 13.7.2005; cita la STS, Sala Tercera, de 11.12.1991, que procedió a una interpretación correctora de los preceptos citados del RD 825/1990, entendiendo que su inteligencia no era la de limitar la legitimación, sino la de incluir la exigencia de implantación territorial en relación con su actuación. En la misma línea la SAP Barcelona 23.3.2006.

UE, en cuyo caso se exige que la ACU forme parte del Consejo y que esté incluida en la lista publicada en el DOCE.⁸⁵

En suma, prescindiendo de las restricciones reglamentarias, y existiendo norma especial en la LCG que legitima sin ulteriores requisitos adicionales a las ACUS, no resulta de aplicación la norma general del art. 11.3 LEC. Otra cosa será que, en el concreto supuesto de que se trate, puedan advertirse fines espúrios en el ejercicio de la acción, o algún género de actuación procesal fraudulenta, supuestos que habrán de corregirse con los medios generales.⁸⁶

Tampoco podrá examinarse, en sede de legitimación, si la ACU accionante se encuentra incurso en alguno de los supuestos de infracción del deber de independencia del art. 27 TR (que sustituye, en regulación más depurada, al art. 21 LGCU); la referencia legal se hace a las ACUS legalmente constituidas. Puede una asociación perder su condición por incurrir en alguna de las prohibiciones legales, pero tal es una decisión que compete a la Administración, revisable por los cauces oportunos, sin que pueda ser analizada en el proceso civil⁸⁷.

5.2.4.- Legitimación pasiva colectiva, art. 17

El art. 17 legitima pasivamente a “cualquier profesional⁸⁸”. respecto de la acción de cesación, ésta habrá de dirigirse contra cualquier profesional que utilice condiciones generales que se reputen nulas, mientras que la de retractación procederá frente a cualquier profesional que recomiende públicamente, o que manifieste de la misma forma su intención de utilizarlas, la utilización de determinadas

⁸⁵ Observa GIMENO SENDRA la tendencia existente en el Derecho comparado para frenar los abusos cometidos en el reconocimiento de legitimaciones asociativas, identificando dos sistemas: el seguido en el Reino Unido, que limita la legitimación en ciertos casos a entidades públicas, y el seguido en Francia, exigente de rigurosos requisitos de implantación territorial, número de afiliados, antigüedad o, incluso, autorización administrativa, para que las asociaciones puedan entenderse legitimadas.

⁸⁶ La sentencia de la AP Barcelona citada utiliza, como criterio válido para apreciar la legitimación en el supuesto concreto, el establecido en el art. 16.7 LCG con respecto a las entidades de otros Estados miembros: la posibilidad de que el tribunal examine si la finalidad de la asociación y los intereses afectados legitiman para el ejercicio de la acción.

⁸⁷ SAP Barcelona 23.3.2006. En punto al tratamiento procesal de la legitimación, la La SAP Barcelona 29.3.2005 hace alusión a su apreciación en la audiencia previa.

⁸⁸ “Profesional”, en la concepción de la Ley, incluye a la persona física que desarrolla el comercio, a la persona jurídica, o a los profesionales autónomos, empresarios en el más amplio sentido.

condiciones generales que se reputen nulas, exigiéndose en el segundo caso que las condiciones, en alguna otra ocasión hubieran sido efectivamente utilizadas por algún predisponente.

Interesa la norma del apartado 4, cuando permite que las acciones colectivas, con carácter general la acumulación subjetiva, previendo, en primer término, la posibilidad de dirigir la acción conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico (lo que no añade nada), sino también contra sus asociaciones que utilicen o recomienden la utilización de condiciones generales idénticas que se consideren nulas. La norma es especial para condiciones generales.

En punto a la legitimación pasiva, en el proceso civil el actor es libre para elegir a los demandados, destinatarios de su acción. Ninguna norma impone la obligación de demandar a todos los empresarios de un sector determinado, por ejemplo, por el hecho de venir utilizando determinadas cláusulas. Precisamente para evitar las consecuencias de dicha exigencia está la regla 2ª del art. 221 LEC⁸⁹.

6.- Algunos supuestos de nulidad de cláusulas atinentes a cuestiones procesales

6.1.- Sobre la validez de las cláusulas de sumisión expresa

Con fundamento en la cita del art. 54.2 LEC, según el cual no será válida la cláusula de sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios, puede sostenerse la afirmación de la nulidad de tales cláusulas.

En el ámbito de los consumidores y usuarios, en la medida en que la acción de cesación ha de ejercitarse por el cauce del juicio verbal, la norma del art. 54.1 permite sostener la misma conclusión.

Vid. SSTS 14.4 y 29.11.2000, 27.12.2001, 14.10, 22.11.2002, que las consideran nulas por abusivas debido al desequilibrio que ocasionan entre las partes.

La nulidad se extiende también a las cláusulas en las que se determine la competencia del tribunal del otorgamiento del contrato.

⁸⁹ Vid. SAP Madrid 8.9.2005, fundamento jurídico cuarto.

Distinto es el supuesto en el que las cláusulas de préstamo hipotecario contengan sumisión expresa a la jurisdicción del lugar donde radique la finca, porque en tal caso la competencia viene legalmente determinada, de forma imperativa, para el caso de ejercicio de la acción real sobre la finca hipotecada.

Se ha argumentado, como en otros casos sucede, que los contratos en los que se inserte la cláusula de sumisión pueden ir dirigidos tanto a consumidores como a no consumidores. Sin embargo, el art. 54 también impone la nulidad en el caso de contratos con condiciones generales impuestas, aunque el adherente no sea consumidor.

La sentencia citada declaró también la nulidad de la cláusula de sumisión al domicilio del contratante adherente, con el argumento de que no puede privarse a éste de la posibilidad legal de elección de fuero.

6.2.- Cláusula sobre costas

La SAP Madrid 11.5.2005 (demanda interpuesta por la OCU contra varias entidades bancarias) declaró la nulidad de la cláusula que imponía al prestatario el pago de los gastos extrajudiciales que el banco tuviera que satisfacer para obtener el cumplimiento del contrato, incluso los honorarios de letrado y procurador, por considerarla contraria a la norma del art. 394 LEC, al entender que las normas sobre imposición de las costas son imperativas, quedando fuera del poder dispositivo de las partes, recordando que el pacto sobre costas no puede vincular al tribunal (STS 20.5.1998, en línea con lo establecido en el art. 1168 Código Civil).

Por el contrario, declara válida la cláusula que extiende la garantía de la hipoteca al pago de las costas procesales, por conforme con los arts. 1861 CC y 105 LH.

La SAP Burgos 10.1.2007 (EDJ 2007/40696) declaró nula la cláusula inserta en un préstamo hipotecario que establecía que “*serán de cargo del prestatario los gastos extrajudiciales y costas judiciales que se ocasionen a la entidad acreedora derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago*”, con cita de la citada de la AP Madrid.

6.3.- Cláusulas sobre preconstitución de pruebas

“Se pacta expresamente que será prueba suficiente de la cantidad reclamada la certificación expedida por la entidad”. Se trata del pacto de liquidez, admitido de antiguo por la jurisprudencia, desde la STC 10.2.1992, y STS 7.5.2003 y 3.2.2005, admitido por la propia LEC en su art. 572.2, sin perjuicio de la admisión de prueba en contrario.