

La impugnación judicial de las condiciones generales de la contratación (*)

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR ADOPTADAS EN EL DERECHO ESPAÑOL EN LA CONTRATACIÓN EN MASA.—II. LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. NUEVOS MEDIOS DE TUTELA: ADMINISTRATIVO Y JUDICIAL.—III. ACCIONES COLECTIVAS DE CESACIÓN, RETRACTACIÓN Y DECLARATIVA DE CONDICIONES GENERALES.—IV. LEGITIMACIÓN ACTIVA EXTRAORDINARIA: LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.—V. EFICACIA DE LAS ACCIONES PREVISTAS: a) EFECTOS DE LAS ACCIONES COLECTIVAS; b) EL EFECTO INDEMNIZATORIO DE LA ACCIÓN DE CESACIÓN COMO UN POSIBLE ACERCAMIENTO A LA LLAMADA «CLASS ACTION»; c) INSUFICIENCIA DE LAS ACCIONES COLECTIVAS PARA LA TUTELA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR: c.1. *Procedimiento*; c.2. *Competencia territorial*, d) MEDIDAS DE POTENCIACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS: d.1. *Litisconsorcio activo cuasi-necesario*; d.2. *Plazo de prescripción de las acciones*; d.3. *Recurso de casación y efectos erga omnes de la sentencia*; d.4. *La publicidad de las sentencias*; d.5. *Some-timiento voluntario a dictamen de conciliación*.—VI. ACCIONES DE CESA-CIÓN EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD EUROPEA.—VII. RECAPITULACIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Ha sido una constante intención de la Unión europea la tutela de los consumidores y usuarios. Así, desde 1984, fecha en la que se aprueba la

(*) Esta investigación ha sido desarrollada gracias al Proyecto de Investigación de Presupuesto Simplificado, núm. PS95-002, «Protección al consumidor y acceso a la vivienda», concedido por Resolución de 13 de noviembre de 1996 por el Ministerio de Educación y Cultura, Secretaría General de Investigación Científica y Técnica (DGI-CYT).

primera de las diez Directivas (1) sobre consumo hasta 1998, la Comunidad ha pretendido armonizar las disposiciones legales y reglamentarias de sus Estados miembros en esta materia.

Aunque su preocupación se plasma por primera vez en 1975, el día 14 de abril, fecha en la que se concierta un Programa preliminar de la Comunidad Europea por una política de protección y de información de consumidores (2), el cual se vería completado en el año 1981 con el denominado Segundo Programa de la Comunidad Europea para una política de protección y de información a los consumidores (3), los cuales, fueron posteriormente continuados por diferentes pronunciamientos del Consejo de ministros de la Co-

(1) Las Directivas son las que siguen:

1. Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa (DO L 250 de 19 de septiembre de 1984).

2. Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de establecimientos comerciales (DO L 372 de 31 de diciembre de 1985).

3. Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (DO L 42 de 12 de febrero de 1987). Su última modificación es la Directiva 97/7 CEE.

4. Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO L 298 de 17 de octubre de 1989). Su última modificación es la Directiva 97/36 CEE (DO L 202 de 30 de julio de 1997).

5. Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, vacaciones combinadas y circuitos combinados (DO L 158 de 23 de junio de 1990).

6. Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano (DO L 113 de 30 de abril de 1992).

7. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95 de 21 de abril de 1993).

8. Directiva 93/13/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DO L 280 de 29 de octubre de 1994).

9. Directiva 97/7/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144 de 4 de junio de 1997).

10. Directiva 98/27/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO L 166/51, de 11 de junio de 1998).

(2) Aprobado por Resolución del Consejo (DOCE núm. C 92/1, de 25 de abril de 1975).

(3) Aprobado por Resolución del Consejo (DOCE núm. C 133, de 3 de junio de 1981).

munidad: así en 1986 son dos las resoluciones a tener en cuenta: la que crea el documento denominado «Nuevo impulso para la política de protección de los consumidores» (4), y la denominada «sobre integración de la política de consumo en las demás políticas comunes» (5).

En 1987 el Acta Única Europea (art. 100. apdo. 3.º), y tras ella, el Plan Trienal (1990-1993), presentado por la Comisión europea en 1990 (6), «sobre objetivos de la Comunidad para la política de protección y fomento de los intereses de los consumidores», anteceden la constitucionalización (7) de la protección de los consumidores el 7 de febrero de 1992, fecha del Tratado de la Unión Europea de Maastricht (8) (Holanda), donde se establecen como medidas inmediatas a alcanzar «las relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior» (art. 100.A.1). Así, en el Tratado de la Unión Europea ya se incluye el Título XI denominado «Protección de los consumidores», en el que se declara que la Comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores» (art. 129.A.1) (9).

De toda esta preocupación comunitaria en el ámbito del consumo, las Directivas señaladas no son sino su plasmación práctica. Más de la mitad de ellas (10) inciden en el ámbito de la contratación. Pero será en 1993, con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando se aborde el problema de la adhesión obligada del consumidor en dicha parcela (11).

(4) Resolución de 23 de julio de 1986 (DOCE C/157, de 5 de julio de 1986).

(5) Resolución de 15 de diciembre de 1986 (DOCE 87/C3/01).

(6) COM (90) final, Bruselas, 3 de marzo de 1990. Además, la preocupación comunitaria por la protección del consumidor no descende; reciente es la Comunicación de la Comisión acerca del último Plan de Acción sobre Política de los Consumidores 1999-2001 [COM (1998) 696 final, de 1 de diciembre de 1998], en el que se prevé un cálculo del coste total de la acción 112.500 euros.

(7) CORRIENTE CÓRDOBA, *La protección de los consumidores en la Comunidad europea: de los tratados fundacionales a la Unión Europea (Maastricht)*, Estudios sobre Consumo, Iberdrola, S.A., Bilbao, 1994, pág. 21.

(8) España lo ratifica el 13 de enero de 1994.

(9) MOLINA DEL POZO y ARTUZAR ANDECHAGA, *Tratado de la Unión Europea. Texto refundido y anotado del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Tratado de Amsterdam*, Comares, Granada, 1998, pág. 12.

(10) De las diez Directivas referenciadas, seis de ellas abordan la temática de la protección del consumidor en materia de contratación.

(11) El origen de esta Directiva —cuenta CORRIENTE CÓRDOBA, *La protección de los consumidores en la Comunidad Europea: de los tratados fundacionales a la Unión europea (Maastricht)*, Estudios sobre Consumo, Iberdrola, S.A., Bilbao, 1994, pág. 28—, se encuentra en la propuesta de Karel van Miert, vocal de la Comisión Europea, acogida por la misma en la Propuesta de Directiva de 18 de julio de 1990 [COM (90) 322 y DOCE 90/C 243/02, de 28 de septiembre de 1990],

La contratación en masa (12) tiene sus ventajas de cara tanto del consumidor como del empresario (13), pero también sus indudables inconvenientes (14), a veces calificados, de tono jurídico (15); parecía pues obligado adoptar una vía de freno a la trayectoria despótica del empresario, sobre todo monopolístico, en el tráfico económico (16).

En la mayoría de las Directivas señaladas, la Comunidad no impone la forma de llevar a cabo la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios: si administrativa, si judicial.

Nuestro país, en la labor de trasposición de las Directivas sobre consumo, sigue su línea de preferir la tutela judicial, esencialmente; si bien, en la misma, y por los cambios operados doctrinalmente, ha ido evolucionando, dejando que se tutelen no sólo los intereses individuales y plurales de los consumidores sino los colectivos, e inclusive los difusos.

Al examen de esta temática, entre otras, se prodecerá con el análisis de la recién aprobada Ley 7/98, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación (17), fruto de trasponer la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (18).

(12) En cuanto al origen de la terminología para describir este tipo de contratación y sus diferentes denominaciones, consúltese ROYO MARTÍNEZ, «Contratos de adhesión», en ADC, Tom. II, Fas. I, enero-marzo 1949, pág. 55.

(13) La Exposición de Motivos de la Directiva sobre cláusulas abusivas, respecto del empresario, dirá que esta norma es conveniente porque ayuda a los vendedores y prestadores de servicios dentro y fuera del país y estimula la competencia.

(14) Vid. ROYO MARTÍNEZ, «Contratos de Adhesión», en ADC, 1949, págs. 54 y sigs.

(15) DE CASTRO Y BRAVO, «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», en ADC, 1975, pág. 301, escribe que «han sido consideraciones jurídicas, de justicia, las que hacen que las condiciones generales sean vistas con creciente indignación y con inquietud en la práctica». En las páginas 299 y siguientes contrapone las ventajas y peligros de la utilización de las CGC.

PETER ULMER, «Diez años de la Ley Alemana de Condiciones Generales de los contratos: retrospectiva y perspectivas», en ADC, 1987, pág. 767, relata que una de las críticas que se hacía al control de las CGC era que la prohibición de elevar los precios, v.gr., podía dar lugar a que éstos se elevaran irremisiblemente para precisamente no caer en la prohibición dicha; sin embargo, el autor comenta que no sólo no sucedió lo que se auguraba sino que, contrariamente, ha tenido un efecto estabilizador de los mismos en Alemania.

(16) Dirá DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos*, Estudios sobre Derecho de Consumo, Iberdrola, S.A., Bilbao, 1994, pág. 68, que «el empresario ejercita una especie de "Diktat" respecto del consumidor, una especie de poder normativo como si fuese un legislador que impone cláusulas que no se pueden discutir o derogar».

(17) BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

(18) Nuestro legislador parece posponer cambiando la materia al denominar la Ley «sobre condiciones generales de la contratación», pero ello no es un cambio conceptual, ya que la Directiva comunitaria, a pesar de denominarse «sobre cláusulas abusivas...», se

I. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR ADOPTADAS EN EL DERECHO ESPAÑOL EN LA CONTRATACIÓN EN MASA

No es la primera vez que el legislador español estatal (19) se enfrenta con la temática de la protección del consumidor en el ámbito de la contratación en general (20); ni siquiera en el de la contratación en masa en particular.

Desde 1984, la Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGCU) (21), contempla la materia de la contratación adhesiva con el carácter que su nombre le caracteriza; y aún antes que ella, la Ley 50/80, de 8 de octubre, del Contrato de seguro, se enfrenta al tema de las condiciones generales de la contratación (en adelante CGC), en ese particular ámbito de contratación (22).

está refiriendo siempre a las condiciones generales de la contratación; téngase en cuenta que la posibilidad de existencia de cláusula abusiva que no fuera condición general de contratación se abandona en el *iter* de nacimiento de la norma comunitaria. Pues, en la Propuesta modificada de Directiva del Consejo 92/C73/05, en el artículo 4.1, se previó también como cláusula abusiva aquella que «haya sido o no objeto de negociación por separado... implique una ejecución del contrato indebidamente desfavorable para el consumidor, o haya sido impuesta al consumidor en virtud del poder económico del profesional o a causa de su propia debilidad económica o intelectual».

(19) CLAVERÍA GOSÁLVEZ, «El control de las condiciones generales de los contratos», en *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, 1990, págs. 127 y 128, advierte que, bien por el número 6.º o por el número 8.º del artículo 149.1 CE, la materia relativa a las condiciones generales es competencia exclusiva del poder legislativo del Estado, no pudiendo legislar sobre ellas las CCAA; acierta en ambos números, puesto que la propia LCGC en su Disposición Final 1.ª (Título Competencial) basa la competencia exclusiva del Estado en ellos. Con buen criterio dirá el autor señalado (*ob. cit.*, pág. 132), que el legislador andaluz no reguló el tema de las CGC en su Ley 5/85, de 8 de julio, de Consumidores y Usuarios, por reputarse, actualmente, no competente para ello.

(20) La Ley 50/65, de 17 de julio, sobre la regulación de la venta a plazos de bienes muebles (BOE de 21 de julio de 1965), es claramente una norma protectora del consumidor en materia de contratación de bienes muebles corporales no consumibles; su artículo 14 establece una norma clara *pro consumatore*: «La competencia judicial para el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados en esta ley corresponderá a los Juzgados y Tribunales del domicilio del comprador, siendo nulo cualquier otro pacto». Hoy se reitera con la misma expresión en el artículo 12 de la nueva Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

(21) La norma legal fue la encargada de desarrollar el artículo 51 CE, el cual obliga a los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y sus legítimos intereses económicos.

(22) El artículo 3 dice: «Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro, si la hubiere, y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito».

Al estilo marcado por la entonces legislación francesa (23), esto es, conjuntamente con otras materias, en la LGCU se sientan las bases sobre la que descansa la materia de la contratación adhesiva, comenzando por definir cuándo estamos ante una condición general de contratación (24) (art. 10.2) y cuándo una cláusula deviene abusiva (art. 10.1.c) (25).

Quizá por haberse previsto en nuestro ordenamiento la temática relativa a las CGC, nuestro legislador retrasó cuatro años aproximadamente la trasposición de la norma comunitaria referida (26). La propia Exposición de Motivos de la Ley 26/84, dice estar inspirada en las directrices y principios vigentes en la Comunidad Europea. No resultaba pues tan urgente el cumplimiento de la Directiva comunitaria.

Nuestra LGCU de 1984 representa, en cualquier caso, el prototipo típico y tópico español de ir con diez años de retraso respecto de Europa en la mayoría de los aspectos (máxime en los años setenta); pues en materia de contratación en masa pueden contarse más de una decena de años desde que

Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración pública en los términos previstos por la ley.

Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas».

(23) La Ley francesa número 23, de 10 de enero de 1978, Sur a protection el l'information des consommateurs de produits et des services, es una norma que acomete la tarea de tutelar conjuntamente los tres problemas básicos que —según SÁNCHEZ ANDRÉS, «El control de las Condiciones Generales en el Derecho Comparado», en *RDM*, núm. 157-158, julio-diciembre, Madrid, 1980, pág. 397—, están necesitados de atención especial en favor del consumidor: la publicidad engañosa y prácticas comerciales agresivas, la salud y seguridad frente a daños derivados de los productos y servicios puestos en el mercado y el control de las CG.

Esta normativa, no obstante, ha sido modificada parcialmente por la Ley número 95-96, de 1 de febrero de 1995, sobre cláusulas abusivas y presentación de los contratos.

(24) «A los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate». Es un concepto más restrictivo que el contenido en la Directiva 93/13, pues como puso de relieve la STS de 20 de noviembre de 1996 (RJA 8371), FD 3.º, párr. 3.º, precisa en él un requisito subjetivo; esto es, que el consumidor o usuario afectado por la cláusula no haya podido evitar la aplicación de la condición general para obtener el bien o servicio. En la Directiva, sin embargo, basta que el consumidor no haya podido influir sobre el contenido de la cláusula.

(25) Entiende por tales la Ley «las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios». La cláusula abusiva atenta, por tanto, contra el principio de la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones (ex. art. 10 LGCU).

(26) El plazo de trasposición terminó el 31 de diciembre de 1994 (ex. art. 10, Directiva 93/13).

se promulgó en 1971 la primera Ley europea sobre CGC en Suecia. Tenía razón SÁNCHEZ ANDRÉS (27) cuando en 1980 afirmaba constatando la publicación año a año de normas europeas sobre CGC hasta la última de 1979 en que entra en vigor la Ley austríaca, que «tampoco es impropio ni excesivo concluir que los últimos diez años pueden designarse legítimamente como la década de la legislación sobre CG». Aunque también tendríamos razón en afirmar que tras la Directiva europea 93/13 sobre cláusulas abusivas, ha crecido el interés por la temática de las CGC tanto a nivel legislativo como doctrinal, de tal forma que también los años ochenta y noventa pudieran considerarse décadas de la legislación sobre condiciones generales.

Pero, ¿qué medios preveía y prevé la Ley 26/84 para dispensar la defensa o tutela de los consumidores que demanda el artículo 51 CE, en el ámbito de la contratación en masa?

De forma general, la Ley 26/84 establece un capítulo III relativo a la protección de los intereses económicos de los consumidores y usuarios (arts. 7.º al 12). Y en él se arbitran las reglas que sancionan con nulidad las condiciones generales que falten al principio de la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones (art. 10.4), así como a los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción y la entrega de documento justificativo de la operación comercial realizada, exigidos para su validez; ofrece, asimismo, una lista de doce tipos de cláusulas que pueden considerarse atentatorias del principio de buena fe que ha de presidir la contratación (art. 10.1.º). Finalmente, señala un control administrativo de las cláusulas que, con carácter general, utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos en régimen de monopolio (art. 10.3).

En el Capítulo VI, la LGCU regula el derecho de representación, consulta y participación de las Asociaciones y Confederaciones de Consumidores y Usuarios, ya se constituyan conforme a la Ley de Asociaciones o a la Ley General de Cooperativas, ya lo hagan en relación con productos o servicios determinados o con carácter general. A ellas les encomienda: la defensa de los intereses de la propia Asociación, de sus asociados y la de los intereses generales de los consumidores y usuarios (art. 20).

Particularmente, aunque dentro del Capítulo III, prevé la posibilidad de que las Asociaciones de Consumidores y Usuarios participen activamente en los procedimientos administrativos tendentes a perseguir y sancionar como fraude la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, bien sea iniciando directamente una acción de cesación,

(27) «El control de las Condiciones Generales en el Derecho Comparado», en *RDM*, núm. 157-158, julio-diciembre, Madrid, 1980, pág. 436.

bien sumándose a la ya iniciada administrativamente (art. 8.º 3) (28); amén de que hayan de ser consultadas (29) y oídas (30) en el proceso de elaboración de las disposiciones de carácter general relativas a materias que afecten directamente a los consumidores o usuarios (arts. 10.3 y 22), aunque las funciones de control y vigilancia de las condiciones, cláusulas y estipulaciones que con carácter general utilicen las empresas públicas o sus concesionarias, descansen en las propias Administraciones.

En definitiva, en el marco de la Ley General, la participación de cualquiera de estas Asociaciones en la defensa y tutela de consumidores y usuarios frente a los empresarios públicos o privados en materia de condiciones generales de contratación, no es ni limitada (31) ni «italiana» (32), si bien no se particulariza sino a la acción de cesación o inhibitoria (33) en los procedimientos administrativos para la persecución del fraude en materia de oferta,

(28) Fue nuestra norma vanguardista, comentará FONT GALÁN, «Tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios», en *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, págs. 96 y 97, en tanto que situada del lado del consumidor, pues deja actuar a las Asociaciones de Consumidores la acción de cesación, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos en los que se contempla esta acción, primero para evitar la competencia desleal y, por tanto, para favorecer al empresario, teniéndose que implantar luego en el campo del consumidor.

(29) Será preceptiva la audiencia de estas Asociaciones en determinadas materias contempladas en los apartados a), b), c) y f) del apartado 2 del artículo 22 LGCU.

(30) También habrán de serlo las Asociaciones empresariales, según el artículo 22.3.

(31) Véase lo que se dirá en cuanto a la posibilidad de proteger intereses no sólo colectivos sino difusos en el siguiente epígrafe.

(32) Es una expresión tomada de CLAVERRÍA GOSALVEZ, «El control de las condiciones generales de los contratos», en *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, 1990, pág. 128, cuando califica la protección que brinda al consumidor el artículo 8.3.º de la Ley 50/80, de 8 de octubre, del Contrato de seguro de «italiana». Con la misma se quiere indicar que funciona dicho precepto como el Código Civil italiano de 1942 en esta materia (arts. 1.341 y 1.342); esto es, limita la protección de los consumidores a la mera información acerca de las cláusulas abusivas o lesivas, pero no pasa a disponer la ineficacia de algunas aún aceptadas por el adherente tras su oportuna información por el predisponente. Aunque el control realizado por el Código sea más modesto puesto que sea externo y no vaya al contenido, sin embargo es obligado reconocerle con SÁNCHEZ ANDRÉS, «El control de las Condiciones Generales en el Derecho Comparado», en *RDM*, núm. 157-158, julio-diciembre, Madrid, 1980, pág. 393, que «fue el primer código europeo que se enfrentó con la temática de poner cortapisas a posibles cláusulas vejatorias contenidas en contratos *standards*... pidiendo que las mismas resulten aprobadas específicamente por escrito».

(33) Esta acción —dirá FONT GALÁN, «Tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios», en *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, pág. 95, es fruto de los constantes requerimientos de la Doctrina española que desde los años sesenta venía reclamando en el campo de la competencia y de la defensa del consumidor. Requerimientos que también encontraron eco en el TS (SSTS de 4 de junio de 1962 y 2 de febrero de 1974).

promoción, y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, y a exigir su participación en aquellas disposiciones tendentes a regular las relaciones entre consumidores y usuarios.

Ubicado en el Capítulo VIII de la LGCU, intitulado «Garantías y responsabilidades», se prevé un sistema arbitral cuyo fin es atender las quejas que en el ámbito del consumo se formulen (excepción hecha de los supuestos de intoxicación, lesión, muerte, y delito); en él estarán presentes las organizaciones de consumidores y usuarios y las administraciones públicas competentes (art. 31).

Conclusivamente, dejando a un lado el llamado doctrinalmente control en el consentimiento y en el contenido de las CGC (34), en la LGCU se puede hablar de los siguientes tipos de controles: administrativo, pues será la administración la que vigile las CGC empleadas por las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos que funcionen en régimen de monopolio (art. 10.3), amén de que persiga el fraude de la publicidad engañosa en el que, como hemos visto, pueden también participar las Asociaciones de consumidores y usuarios a través de la acción de cesación; judicial, ya que además de la acción de cesación se prevé la posibilidad de que las condiciones generales de contratación sean declaradas nulas en un procedimiento *ad hoc* (35); y arbitral, siguiendo las pautas establecidas en el artículo 31 de su cuerpo (36).

Era de esperar que el desarrollo reglamentario particularizara las acciones de tutela y defensa que podían llevar a cabo tanto el consumidor como las Asociaciones de Consumidores y Usuarios (37). Sin embargo, la concreta

(34) SÁNCHEZ ANDRÉS, «El control de las Condiciones Generales en el Derecho Comparado», en *RDM*, núm. 157-158, julio-diciembre, Madrid, 1980, págs. 400-407, analiza la forma en que en el Derecho Comparado se realiza el control del contenido del contrato, resumiendo los sistemas de control extrajudicial; de ellos destacamos el sistema de control de contenido que de forma directa realiza Francia con la Ley núm. 23, de 10 de enero de 1978, *Sur a protection el l'information des consommateurs de produits et des services*, y el de Suecia con su Ley 112/1971, *om forbund not oskákiga avtalsvillkor*, o relativa a la prohibición de cláusulas impropias o excesivas. Vid. EDUARDO POLO, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Cuadernos cívitas, 1990, pág. 85.

(35) La nulidad en principio sólo se refiere a la cláusula y no al contrato; estamos ante una nulidad parcial que como solución de origen alemán acoge nuestro legislador para preservar el contrato y así evitar que el predisponente lo deje sin efecto, alegando que él sólo quiso contratar con la inclusión de dicha cláusula.

(36) La Unión de Consumidores Gallega, *A protección dos consumidores e usuarios*, Consellería de Educación e Ordenación Universitaria, Dirección Xeral de Política Lingüística, 1997, pág. 11, considera, no obstante, que con la LGCU sólo puede hablarse de control arbitral.

(37) No obstante, la LGCU se ha ido desarrollando reglamentariamente en determinadas materias y en distintos momentos; v.gr., en el ámbito del arbitraje, el cual se desarrolla por Real Decreto 636/93, de 21 de mayo; o en materia de los derechos de

participación de dichos entes sociales en materia de consumo quedó en agua de borrajas cuando se incumple el mandato legislativo de desarrollar la LGCU con su correspondiente Reglamento por la Administración del Estado (art. 39), como así preceptuaba la Disposición Final 4.^a de la Ley. También se había de esperar sentados (a fin de no cansarse), para ver reflejado cualquier instrumento específico de respaldo a los controles judicial y administrativo previstos (38) parecido al artículo 3.º LCS.

La pregunta que viene a continuación es obvia: ¿era suficiente la tutela prevista por la LGCU? (39)

Quizá, como norma de carácter general no tuviera que contener más que lo que actualmente regula y en los términos que lo hace (40). De hecho, después de la misma, aunque, claro está, por influjo de la Comunidad Europea, se han ido atendiendo diferentes sectores en los que la necesidad de defensa concreta del consumidor era patente: en la publicidad, en la concesión de créditos al consumidor, o en la contratación de viajes combinados, por poner algunos ejemplos. Y en alguno de ellos, la LGCU ha ido completándose con la regulación de medidas de protección más concretas que las ordinarias de las que siempre disponía el consumidor.

La opinión acerca de esta tutela general dispensada por nuestra LGCU y, en general, por nuestro ordenamiento jurídico es, para la mayoría de la Doctrina, o claramente insuficiente u obsoleta. Efectivamente, el consumidor, para la defensa de los derechos proclamados en la LGCU, dispone de una tutela judicial necesitada de renovación en cuanto a los procedimientos a seguir. Esa misma Doctrina coincide en afirmar la desproporción económica entre el daño que en el tráfico sufre el consumidor y los gastos derivados del

representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios (Cap. VII de la LGCU), desarrollado por el Real Decreto 825/90.

(38) EDUARDO POLO, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Cuadernos Civitas, 1990, págs. 118 y 119, declara que uno de los mayores defectos de la Ley en materia de condiciones generales es no haber establecido un mecanismo de superación de los efectos *ultra partes* de las sentencias recaídas, como v.gr. se estableció en materia de seguros por el tan traído y llevado artículo 3 de la LCS.

(39) Aunque se exprese en pasado, la LGCU está vigente, ya que no resulta derogada por la LCGC. La propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación, segunda redacción (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, enero de 1988), sí contenía una Disposición Derogatoria de la Ley 26/84 en materia de condiciones generales. Hoy, la Disposición Derogatoria única de la Ley 7/98, sólo deja sin efecto el apartado 2º de la Disposición Adicional segunda de la Ley 36/88, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

(40) EDUARDO POLO, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Cuadernos civitas, 1990, pág. 91, comenta que ya cuando se discute el contenido de la LGCU, la Comisión General de Codificación en 1980 ya tenía redactado un Anteproyecto de Ley de CGC, por lo que en el Ministerio de Justicia no se tenía intención de incrementar la LGCU con regulación específica sobre la materia.

procedimiento (41), de su inadecuada información, educación y, su consiguiente desconocimiento de los derechos que le asisten. Y yo añadiría, la excesiva prolongación en el tiempo para resolver los pleitos (que, recordemos es la tónica general), dificulta sobremanera esta temática.

Todas estas circunstancias hacen que el consumidor se presente normalmente en el tráfico como un gran «pasota», pues «deja pasar, transije, se resigna», no despertando su conciencia dormida sino en muy escasas ocasiones (42).

Consideraciones como las vertidas y algunas más se ponen de relieve en la Unión Europea (43), dando lugar a que la Comisión, desarrollando el Plan Trienal (1990-1993), financiara varios proyectos experimentales sobre el acceso a la justicia de los consumidores, entre los que destacan los relativos a procedimientos simplificados en materia de reclamaciones de pequeña cuantía implantados en Escocia, Bélgica e Italia, con escaso éxito (44). Es probable que el nuevo Plan de Acción sobre Política de los Consumidores 1999-2001, presentado por la Comisión europea el 1 de diciembre de 1998, provoque la adopción de nuevas medidas de fomento de acceso a una justicia sin demoras (45).

(41) Vid. Considerando 3.º de la Recomendación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 (DOCE L 115/31, de 17 de abril de 1998).

(42) DE ÁNGEL YAOÜEZ, *La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos*, Estudios sobre Derecho de Consumo, Iberdrola, S.A., Bilbao, 1994, págs. 62 y 63.

(43) Vid. Programas Preliminar y Segundo de la CE adoptados por Resoluciones de 14 de abril de 1975 y 19 de mayo de 1981, respectivamente. Esta última resolución del Consejo se pronuncia en dos momentos sobre las CGC: cuando dice en general que «los compradores de bienes o de servicios deben quedar protegidos contra determinadas prácticas abusivas de venta, en particular contra los contratos tipo establecidos por el vendedor...» (párr. 28), y cuando particularizando afirma que «en el sector de las cláusulas contractuales abusivas, la Comisión ya ha emprendido trabajos con los expertos gubernamentales con vistas a la acción de una acción comunitaria» (párr. 30).

(44) Vid. ACOSTA ESTEVEZ, *Tutela procesal de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1995, nota a pie de página núm. 13, págs. 123 a 125. La problemática de estos proyectos experimentales, dirá el autor, es la escasez de medios, por lo que confía más en las soluciones que a nivel particular adopten los Estados miembros de la Comunidad. Nota común a estos proyectos será que estos procedimientos se utilizan tanto para el ámbito del consumo como para otros ámbitos en los que se ventilan cuestiones de pequeña cuantía. Y si bien en Escocia llevaron a la modificación de la legislación procesal nacional en 1985, disponiendo un procedimiento en materia de reclamaciones de pequeña cuantía, en Bélgica no tuvieron reflejo alguno.

(45) De hecho, ya lo está haciendo. Vid. COM (98) 198 final. Comunicación de la Comisión sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo, y la Recomendación de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (98/257/CE; DOCE L 115/31, de 17 de abril de 1998).

Aunque en otro ámbito de protección, principalmente el de la Pequeña y Mediana Empresa, la Unión Europea considera un obstáculo para el éxito del mercado interior, la

A veces, las soluciones adoptadas ante el problema del acceso a la tutela de los consumidores y usuarios en otros países pasan por la creación de órganos públicos especializados, fuera de la organización judicial, encargados de resolver las controversias en materia de consumo (46).

España, con la LGCU de 1984 (art. 31 LGCU), implanta un sistema arbitral que se lleva a cabo en las Juntas Arbitrales de Consumo Municipales (art. 3.2) (47), provinciales o autonómicas; sistema que, a partir de 1993 fue modificado parcialmente por el Real Decreto 636/93, de 21 de mayo, estableciéndose por primera vez la Junta Arbitral de Consumo de ámbito nacional, la cual, adscrita al Instituto Nacional de Consumo, sólo conoce de las solicitudes presentadas por las Asociaciones de Consumidores y Usuarios cuyo ámbito territorial exceda de una Comunidad Autónoma. Desempeñan funciones de mediación y arbitraje respecto de las controversias derivadas de quejas y reclamaciones de consumidores y usuarios (art. 4.c).

No hay que olvidar que en los años setenta (48), en nuestro país proliferaron instancias arbitrales sectoriales que continuaron creciendo con el apoyo normativo de determinadas CCAA (49). A nivel estatal merece destacarse la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, la cual, como su mismo nombre indica y previo sometimiento de las partes al arbitraje, pues es voluntario (50), no sólo realiza funciones de mediación sino que también puede actuar como árbitro, dando solución a los conflictos que se presenten (51).

morosidad en las transacciones comerciales; y en este campo, y a través de la Propuesta de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen las medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales (DOCU C 168/13, de 3 de junio de 1998), indica que «los Estados miembros establecerán procedimientos simplificados que se aplicarán a las deudas hasta un umbral no inferior a 20.000 ecus. Dichos procedimientos permitirán aplicar unos métodos simples y de bajo coste para proceder judicialmente al cobro de las deudas» (art. 6).

(46) Vid. últimamente, por todos AGOSTA ESTEVEZ, *Tutela procesal de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1995, notas a pie de pág. 15 y 16, en págs. 128 y 129.

(47) Integradas en los Ayuntamientos, en sus Oficinas Municipales de Información al Consumidor. Estas son el germen de las llamadas Juntas Arbitrales. A partir del año 1986 comienza la experiencia española en estas Juntas.

(48) V. gr. Decreto 1291/75, Cámaras de Comercio e Industria; Real Decreto 1649/77, Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana; Ley IMAC de 1979.

(49) La Comisión Consultiva prevista en el Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario (art. 31), creado por Ley 12/84, de 28 de diciembre; este órgano fue desarrollado por los Decretos 37/85, 41/88 y 222/89, en el que modifica su nombre por el de Consejo Consultivo de Consumo; el Defensor del Consumidor y Usuario del País Vasco previsto en el Estatuto Vasco del consumidor (art. 26), creado por Ley 10/81, de 18 de noviembre, o el Consejo Andaluz de Consumo que crea la Ley 5/85, de 8 de julio de 1985 (art. 40).

(50) Según la LPI habrá de realizarse dicho sometimiento por escrito (art. 153).

(51) ILLBSCAS ORTIZ, «LOS nuevos arbitrajes sectoriales y la defensa de los consumidores y usuarios», en *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, 1990, pág. 232, cree que deben distinguirse las funciones de mediación y

El fin del sistema arbitral es atender con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas formuladas por los consumidores; y aunque se propugne por parte de la Doctrina como el mejor cauce para sustituir la tutela judicial en vigor (52), sin embargo, adolece, desde nuestra óptica, de un problema insalvable que lo hace menos eficaz: es necesario para que un consumidor pueda llegar a un arbitraje en materia de consumo que el empresario previa o simultáneamente a la formulación de la queja haya dado su conformidad a dicha vía de solución (art. 6.1); esto es, es necesario que el reclamado hubiese realizado la llamada oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo, respecto de futuros conflictos con consumidores o usuarios, pues sólo en este caso el convenio arbitral queda formalizado con la presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante, siempre que dicha solicitud coincida con el ámbito de la oferta.

En definitiva, la necesaria voluntariedad (53) de las partes para someterse al sistema arbitral hace inseguro este sistema; amén de que es una vía que aún aceptada por las partes no está exenta de pegos importantes: así, los plazos previstos tanto para dar audiencia a las partes (tres meses), como para dictar el laudo arbitral desde la constitución del Colegio arbitral correspondiente (cuatro meses) siguen siendo excesivamente largos para dar una solución al

de arbitraje, sobre todo después de la Ley de Arbitraje de 1988. Por ello critica la denominación dada por la Ley de Ordenación de Seguro Privado al órgano que habrá de resolver los conflictos; esto es, la Comisión de Conciliación prevista en su artículo 34, porque el *nomen* —dirá—, «se acerca mucho más a la búsqueda en común de una solución concertada y unánimemente convenida a un conflicto».

(52) Vid. CORDÓN MORENO, *Código de Arbitraje*, Aranzadi, 1988, quien en su exhaustiva revisión del sistema arbitral español insiste en que es una muy buena alternativa a la vía judicial para la solución de los conflictos habidos en el ámbito del Derecho privado; y que las características de dicho sistema para el autor son, principalmente, la rapidez y eficacia, compensables siempre a pesar de que el sistema producirá casi siempre unos mayores gastos que en la vía judicial. Vid. en el mismo sentido ACOSTA ESTEVEZ, *Tutela procesal de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 145. Sin embargo, DE ANGEL YAGÜEZ, *La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos*, Estudios sobre Derecho de Consumo, Ibero, S.A., Bilbao, 1994, pág. 77, alberga ciertas dudas acerca de la efectividad de este sistema.

(53) ILLESCAS ORTIZ, «LOS nuevos arbitrajes sectoriales y la defensa de los consumidores y usuarios», en *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, 1990, pág. 236, parece acertar cuando dice que «la regla de un arbitraje forzoso con laudo ejecutivo y firme resultaría de dudosa compatibilidad con el principio y derecho constitucional de tutela efectiva de las personas por parte de los jueces y tribunales (art. 24.2 CE)...»; de hecho, la Comisión europea en su última Recomendación, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios paliables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, sigue premiando el «principio de libertad» (VI), estableciendo que «la decisión del órgano sólo podrá ser obligatoria para las partes cuando éstas hayan sido previamente informadas y la hayan aceptado expresamente».

consumidor (arts. 12.1 y 14.1, respectivamente) (54). A pesar de esta tacha que se reconoce, en la Federación de Usuarios-Consumidores Independientes (55), se considera que el arbitraje de consumo llevado a cabo en la Junta Arbitral de Consumo de Madrid, es un sistema ágil, eficaz y no costoso para los consumidores. Con todo, las estadísticas recogidas por DÍAZ-ALABART (56) del INC en 1993 arrojan un saldo positivo del arbitraje, pues desde 1986 hasta finales de 1992 se tramitaron 12.592 solicitudes, y el tiempo empleado para dictar los laudos oscila entre uno y tres meses.

Conclusivamente, a la pregunta de la que partimos, relativa a la suficiencia o no de la tutela dispensada por la LGCU al consumidor en la contratación en masa, habrá de contestarse diciendo que la solución legislativa prevista es la misma que la dispensada para todo tipo de problemas que surjan al consumidor o usuario en el tráfico. No se contemplan, por tanto, medidas especiales para la protección del consumidor en el área de la contratación adhesiva, lo que hace que podamos unirnos a los partidarios de tildar la tutela de insuficiente o necesitada de tratamiento individualizado.

II. LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. NUEVOS MEDIOS DE TUTELA: ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

Ya se dijo que el control de las CGC se inicia en España en 1980, con la Ley del Contrato de Seguro y se continúa con la LGCU de 1984. En ambas disposiciones, aunque de forma tardía en comparación con otros países (57), se intenta establecer, o un control legal y administrativo, o además de ello un control judicial de las CGC, respectivamente. En cualquier caso, se trata de

(54) DÍAZ-ALABART, *El arbitraje de consumo* (RD 636/1993, de 3 de mayo), Estudios sobre Derecho de Consumo, Iberdrola, S.A., Bilbao, 1994, pág. 196, apunta que es un hecho que retrasa el sistema arbitral la notificación del laudo a sus interesados; función que llevará a cabo el Secretario del Colegio Arbitral, teniéndose que mandar por correo, ya que los servicios privados son caros.

(55) Don GUSTAVO SAMAYOA ESTRADA, Jefe del Gabinete Jurídico de la FUCI, se pronunciaba en estos términos en la Mesa Redonda «Los consumidores y la Ley de Condiciones Generales de Contratación».

(56) Nota a pie de pág. 2 y de pág. 171.

(57) Basta con recordar con VÁZQUEZ GARCÍA, «El consumidor y los bancos: tensiones y relaciones contractuales», en *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, 1990, pág. 195, las siguientes leyes: Ley israelí sobre contratos *standard* de 1961, la Ley sueca sobre prohibición de cláusulas excesivas de 30 de abril de 1971, o la Ley alemana, sobre regulación de las condiciones generales de la contratación de 1977, Ley mexicana de 1975, Ley finlandesa de 1978, y Ley austríaca de 1979.

un deficiente control como hemos visto, para tutelar los intereses de los consumidores.

Con la llegada de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (58) se incrementan los medios de tutela del consumidor en el área de la contratación en masa. Hay que advertir, no obstante, que se trata de una tutela que no se restringe al destinatario final del producto, sino que se amplía, a diferencia de la LCGU, a los denominados por la Ley «adherentes», concepto más amplio que englobaría no sólo a los consumidores sino a las pequeñas y medianas empresas (59).

El aumento de dichos mecanismos de protección se lleva a cabo por diversas vías:

En la tutela judicial, porque se reconocen, además de las acciones individuales de nulidad y de no incorporación de las cláusulas generales que, o son abusivas o no fueron informadas al adherente como legalmente se dispone, nuevas acciones que podrán interponer, siempre de forma colectiva determinados entes sociales.

En la tutela administrativa, porque se arbitra, por primera vez, la creación (60) de un Registro de Condiciones Generales que prestará asistencia al

(58) Es fruto del Proyecto aprobado por el Congreso de los Diputados, núm. 121/000079 (BOE de 5 de septiembre de 1997).

(59) Así lo expresó la Excm. señora Ministra de Justicia, doña Margarita Mariscal de Gante en la Primera Jornada sobre la Ley de Condiciones Generales de Contratación, organizadas por el Área de Salud y Consumo del Ayuntamiento de Madrid, el día 26 de mayo de 1998. Y así estuvo de acuerdo en el mismo seminario el limo, señor don Antonio Fernández-Golfín Aparicio, Decano del Ilustre Colegio Oficial Notarial de Madrid, quien comenzó su ponencia sobre «La protección notarial de los consumidores» haciendo hincapié en la distinción entre los conceptos de consumidor y usuario, y en que en algunas Directivas comunitarias sobre consumo, la protección que se otorga en dicho ámbito a veces ni siquiera tiene como medida al propio consumidor sino que, abstracción hecha del mismo, se atiende al objeto de consumo (v.gr. Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de establecimientos comerciales, o Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano).

(60) Dice la Exposición de Motivos de la LCGC, que la creación del Registro responde a lo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE. Pero ello no significa que la Directiva obligase a la creación del mismo; tan sólo hay que entender que por virtud del precepto mencionado, el Registro o cualquier otro medio administrativo, además del judicial, pudiera haberse implantado para conseguir el cese del uso de las cláusulas abusivas.

La Directiva 93/13, en el precepto mencionado (núms. 1, 2 y 3), expresa que los Estados miembros han de adoptar los medios adecuados para hacer «cesar» el uso de cláusulas abusivas; y las medidas de control de las condiciones abusivas pertinentes, las cuales podrán ser utilizadas por personas y organismos que tengan, según la legislación nacional, un interés legítimo en la protección de los consumidores; y, asimismo, que estos medios pueden dirigirse contra Asociaciones de empresarios o profesionales que «utilicen o recomienden la utilización de cláusulas similares o generales».

ejercicio de las acciones previstas y, coordinará y unificará la actuación judicial al inscribirse las sentencias recaídas en dichas acciones (61).

Se trata de un Registro cuya organización y funcionamiento vendrá establecida reglamentariamente. Y parecía ser intención del Gobierno (62) actual que estuviera en marcha para el mes de septiembre de 1998, adoptando para ello la organización del Registro de las ventas de bienes muebles a plazos (63). El propósito se ha cumplido con más de un año de retraso, pues el pasado día 23 de febrero de 2000 (64) entró en vigor el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación (artículo único), que pasa a ser la Sección 6.^a del Registro de Bienes Muebles que se crea también (Disposición Adicional única).

Según define el Reglamento de CGC, «El Registro de Condiciones Generales de la Contratación es un Registro de trascendencia jurídica en el tráfico privado, dependiente del Estado, que tiene por objeto la publicidad de las condiciones generales de la contratación y de las resoluciones judiciales que puedan afectar a su eficacia, en los términos previstos por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y este Reglamento».

La Directiva 93/13 no impuso a los Estados miembros un medio de control de condiciones generales específico, aunque no por falta de ganas en el Parlamento Europeo; este órgano intentó instituir un *ombudsman* comunitario encargado de vigilar la aplicación de la norma comunitaria y de resolver por vía amistosa los litigios que, relacionados con cláusulas abusivas, se dieran entre partes domiciliadas en varios Estados miembros (art. 4 bis de Propuesta del Parlamento en su enmienda núm. 49) (65). Además, la función de mediación pareció la primera medida de solución a las controversias nacidas de

(61) Vid. Preámbulo III *in fine*, LCGC.

(62) Por lo menos es el propósito revelado por el Director General de los Registros y del Notariado, el limo, señor don Luis M.^o Cabello de los Cobos, en la ponencia que abrió las Primeras Jornadas Municipales en Madrid, sobre la materia el 26 de mayo del año en curso. El título de la misma fue: «Condiciones Generales de la Contratación».

(63) La Ley 50/1965, de 17 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, ha sido modificada recientemente por la Ley 28/1998, de 13 de julio; y en la misma se prevé la creación de un Registro denominado de Venta a Plazos de Bienes Muebles que llevarán los Registradores de la Propiedad y Mercantiles con sujeción a la normativa que en su día dicte el Ministerio de Justicia (art. 15 y Disp. Ad. 3.^a).

(64) La Disposición Final cuarta establece que el Real Decreto y el Reglamento por él aprobado entrará en vigor a los dos meses de su publicación en el *BOE*, y salió publicado el día 23 de diciembre de 1999 (*BOE*, núm. 306).

(65) Vid. Propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, COM (90) 322-SYN 285 (DOCE núm. C 326/108, de 16 de diciembre de 1991).

cláusulas abusivas, ya que hasta la Propuesta modificada del Consejo no se introduce el artículo 8 en el que se autorizan acciones jurisdiccionales que, finalmente, se aprueban en la Directiva 93/13 en su artículo 7, casi en los mismos términos (66).

El legislador español, de entre las alternativas mencionadas, administrativa y judicial, sigue su *iter* de dar preponderancia a esta última (67). La Exposición de Motivos de la Ley considera que el control de las CGC recae en los órganos jurisdiccionales (68), siendo el sistema registral previsto tan sólo un apoyo al efectivo control judicial por el que se opta (69).

Por lo dicho, las vías señaladas no son compartimentos estancos; al contrario, la ligazón de ambas proviene de que determinadas acciones presupondrán en la mayoría de los casos, como luego veremos, la inscripción de la condición general declarada nula tras haberse ganado por el consumidor una acción de nulidad de la condición general de la contratación. A la vez, piénsese que se evitarán multitud de pleitos al conocerse públicamente tanto las cláusulas que han pasado a engrosar la lista de condiciones generales como la de condiciones consideradas nulas.

En consecuencia, aunque se centre el estudio en la tutela judicial, y dentro de ella en las acciones colectivas, no se puede dejar al margen ni el control administrativo creado por la LCGC, ni tampoco las llamadas acciones individuales previstas en la LCGC, aunque sea muy abreviadamente, puesto que los entes sociales a los que se legitima para interponer determinadas acciones colectivas tendrán que esperar, normalmente (70), a que se haya entablado de forma particular una acción de nulidad para, a su vez, instar las acciones de cesación o retractación, correspondientes.

Estas acciones individuales son: la acción de nulidad de cláusulas abusivas y la acción de no incorporación al contrato de las cláusulas afectadas.

(66) Decimos en los mismos términos porque desaparece en la Directiva el número 4 del artículo 8 mencionado.

(67) La LGP optó por la tutela judicial, abandonando la vía administrativa implantada por el viejo Estatuto de la Publicidad, con su Jurado Central de Publicidad. LEMA DEVESA, «La protección del consumidor en la Ley general de Publicidad», en *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, 1990, pág. 114.

(68) Dirá CABANILLAS SÁNCHEZ, «LOS contratos y la protección del consumidor», en *ADC*, Tomo XXXVI, Fascículo III, octubre-diciembre, 1983, pág. 1197, que es difícilmente aceptable el control administrativo llevado a cabo por otros países, puesto que (y cita al profesor DE CASTRO), el criterio de la administración estará normalmente determinado por consideraciones económicas y políticas. Además este autor es partidario de incrementar la importancia del Defensor del Pueblo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54 CE.

(69) Vid. Preámbulo IV, párr. 3.º, LCGC.

(70) Excepción hecha de lo que luego se dirá respecto de la acción de cesación en el epígrafe III de este escrito.

Se califican de acciones individuales ya que, en principio, únicamente podrán ejercerse por los consumidores de forma particularizada (71).

En el caso de la acción de nulidad, la individualidad característica sólo es predicable a partir del Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1997, ya que en la propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación, segunda redacción (72), se decía (art. 28) que la ineficacia de una CGC o de una parte de la misma podía ser instada por las agrupaciones de empresarios, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, Cámaras Agrarias, Asociaciones de Consumidores y Usuarios que cumplan con los requisitos que reglamentariamente se establezcan y, otras agrupaciones de intereses o profesionales que justifiquen debidamente su interés en el proceso (73).

Actualmente, no cabe duda de que junto con la acción de no incorporación, se trata de una acción individual; así lo expresa la Exposición de Motivos de la LCGC:

«El Capítulo II sanciona con nulidad las cláusulas generales no ajustadas a la Ley, determina la ineficacia por no incorporación de las cláusulas que no reúnan los requisitos exigidos en el capítulo anterior para que puedan entenderse incorporadas al contrato. Esta nulidad, al igual que la contravención de cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, podrá ser invocada, en su caso, por los contratantes conforme a las reglas generales de la nulidad contractual, *sin que puedan confundirse tales acciones individuales con las acciones colectivas de cesación o retractación reconocidas con carácter general a las entidades o corporaciones legitimadas para ello en el capítulo IV y que tienen un breve plazo de prescripción*».

La consecuencia de ser individual supone que dicha acción no va a ser posible entablarla por ningún ente social como tal; lo que provocará en alguna ocasión, como tendremos ocasión de ver en el epígrafe relativo a la eficacia

(71) Vid. RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios», en AC, núm. 29, semana del 19 al 25 de julio, 1993, pág. 491, cuando indica que un ente social no puede instar una acción individual de anulación o de resolución de contratos celebrados por los consumidores y usuarios de forma colectiva, en nota a pie de página, núm. 9, cita en su apoyo a MARÍN LÓPEZ. Desde nuestro punto de vista, con la LCGC esta afirmación ha de modificarse, pues como luego se expondrá, un ente social podrá no sólo interponer una acción colectiva que lleve implícita una acción de nulidad, sino que por ello mismo podrá interponer de forma colectiva la acción de nulidad.

(72) Boletín de Información del Ministerio de Justicia, enero de 1988.

(73) En este importante punto el Consejo General del Poder Judicial calla asombrosamente, después de que advirtiera del caso contrario (que el sujeto particular no pudiera entablar una acción colectiva podría dar lugar a recurso de amparo vía artículo 24 CE). La posible explicación puede estar en la lógica; véase penúltimo párrafo de este epígrafe.

de las acciones colectivas (74), que un particular entable una acción individual de nulidad para que colectivamente se pueda instar la acción de cesación o retractación correspondiente al haberse perdido el plazo de prescripción legalmente previsto para estas acciones en el artículo 19.2.º Podría —entendiendo— no obstante, entablarse la acción de nulidad por el ente social siempre que actuara como representante de algún concreto miembro.

Además, en principio, y dentro del plazo de prescripción de dos años, la demanda por los entes sociales de cesar o de retractarse en la utilización o recomendación de una cláusula que inscrita en el Registro como condición general no esté calificada de nula, implicará su previa declaración de invalidez.

La declarativa de nulidad y de no incorporación son dos acciones diferentes porque los motivos en los que pueden basar sus pretensiones son distintos (declarar la nulidad o tener por no incorporadas las cláusulas bien por contravenir la normativa imperativa contenida en la Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, bien por falta o deficiencia de información acerca de la misma, respectivamente; ex arts. 7 y 8 LCGC), aunque el *iter* por el que discurrirán las mismas [reglas generales reguladoras de la nulidad contractual contenidas en el Código Civil (75) y normas procesales (76)] y, los efectos de ambas puedan coincidir (nulidad parcial o total, pero siempre absoluta, ex art. 10 LCGC).

III. ACCIONES COLECTIVAS DE CESACIÓN, RETRACTACIÓN Y DECLARATIVA DE CONDICIONES GENERALES

La tutela encomendada a los órganos jurisdiccionales en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación determina las diferentes clases de acciones que pueden interponer, entre otros entes, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, para llevar y propiciar el control efectivo de las Condiciones Generales de Contratación.

Con el nombre «Acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales» se abre el Capítulo IV de los siete en que se estructura (77) la Ley sobre condiciones generales de la contratación.

Dichas acciones son de tres tipos: la acción declarativa para que, como su nombre indica, a través de ella se proceda a declarar una cláusula contractual

(74) IV, c).

(75) Artículos 1.303, 1.305 y 1.306 del Código Civil.

(76) El artículo 249 de la nueva LEC remite al juicio ordinario las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia.

(77) Además, se compone de dos Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria, una Disposición Derogatoria y tres Disposiciones Finales.

como condición general en el mercado y sea conocida por el mismo a través de la oportuna inscripción en el Registro de Condiciones Generales de Contratación previsto. La acción de cesación, dirigida a impedir la utilización de una CGC, y la acción de retractación, cuyo fin es desmentir la adecuada utilización y validez de una CGC, ya sea recomendada por un predisponente o por una Organización cualquiera (arts. 12 y 20).

No resultan extrañas a nuestro Derecho las acciones contempladas en la LCGC (78). Dejando a un lado la acción de cesación prevista en la LGCU (cuyo objeto es cesar la publicidad engañosa y que se brindaba a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios en los procedimientos administrativos), hay normativa posterior a la LGCU en la que pudieron fácilmente fijarse nuestros legisladores para conformar esta tipología de acciones. Sin calificarlas de «colectivas» existen cuatro disposiciones legislativas que contemplan estas acciones.

Así, en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, por empezar por la más cercana a nuestra LCGC, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y las Asociaciones de Empresarios gozan de legitimación activa para entablar, entre otros, los siguientes tipos de acciones (79): la declarativa de deslealtad del acto, si la perturbación subsiste; la de cesación del acto o de su prohibición, si todavía no se ha puesto en práctica; y la de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas (art. 19) (80).

Por su parte, la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, contempla en su artículo 36 la posibilidad de que el titular de una marca registrada pueda ejercitar la acción de cesación de los actos que violen su derecho de marca, así como la adopción de medidas que eviten la continuación de dicha violación, y, particularmente, la retirada del tráfico económico de los productos, embalajes, envoltorios, material publicitario, etiquetas u otros documentos en los que se haya materializado la violación del derecho de marca.

(78) Vid. FONT GALÁN, «Tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios», en *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, 1990, págs. 96 y 97. A la Ley alemana de CGC de 1976, se la encuentra merecedora de los más elevados elogios por parte de su Doctrina. PETER ULMER, «Diez años de la Ley Alemana de Condiciones Generales de los contratos: retrospectiva y perspectivas», en *ADC*, 1987, pág. 768, lo hará mencionando su calidad técnico-jurídica, precisamente por la tan acertada división en tres partes: disposiciones generales, control de contenido y normas procesales; ello no significa que la Ley esté dividida en tres capítulos; se estructura en cinco.

(79) El procedimiento por el que discurrirán estas acciones será el juicio ordinario, según la nueva redacción dada al artículo 22 de la Ley 3/1991 (Disposición Final cuarta LEC).

(80) El Preámbulo de la Ley, en su apdo. 3 califica de «novedad» la legitimación activa colectiva atribuida a las asociaciones profesionales y de consumidores.

La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad dedica el título IV a las acciones de cesación y rectificación de la publicidad ilícita. Acciones que resultan compatibles con el ejercicio de acciones civiles, penales, administrativas o de otro orden que correspondan y con la persecución y sanción como fraude de la publicidad engañosa por los órganos administrativos competentes en materia de protección y defensa de los consumidores y usuarios (art. 32).

Finalmente, tanto la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 como el actual Texto Refundido 1/1996, de 12 de abril (81), contemplan la acción de cesación de la actividad ilícita del infractor de la norma, aunque tanto para que fuera ejercida por personas naturales como jurídicas, pues se dice en el artículo 138: «El titular de los derechos reconocidos en esta Ley... podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor...». Como persona jurídica que puede llevar a cabo la tutela, además de la gestión de los intereses de sus usuarios en este ámbito, están las llamadas «entidades de gestión», de las que dirá el artículo 150 LPI que «una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de los propios estatutos para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales» (82).

En la determinación de las acciones que recoge la LCGC, el legislador también pudo haberse fijado en ciertas Directivas de la Comunidad Europea que contemplan la posibilidad de entablar acciones de cesación en diversas materias. Además de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, que lógicamente da lugar a la Ley 34/1988, señalada más arriba, la Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano y, la Directiva 97/7/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la

(81) El Real Decreto-Legislativo mencionado ha sido modificado últimamente por la reforma llevada a cabo por la Ley 5/98, de 6 de marzo, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos (BOE núm. 57, de 7 de marzo). Consúltese LEMA DEVESA, «La protección del consumidor en la Ley General de Publicidad», en *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*, INC, Madrid, 1990, págs. 114-115, para diferencia las acciones de cesación y rectificación contempladas en la LGP.

(82) La nueva LEC redacta de nuevo este párrafo del artículo 150 LPI y a la vez señala en un segundo párrafo que «Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente» (vid. Disposición Final 2.^a-4).

protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, contienen disposiciones específicas sobre la acción de cesación.

Antes que la Comunidad Europea recogiera específicamente entre sus Directivas sobre consumo esta tipología de acciones colectivas, Europa ya las conocía. Así, primeramente Alemania, en 1976 y, tras ella, Austria en 1979 (83), incluyen en sus respectivas normativas dedicadas a las CGC, las llamadas acciones de cesación o inhibitoria, respectivamente; aunque a su vez dichas acciones denominadas «abstractas» (84) ya había sido objeto de tratamiento en el ámbito de la competencia desleal (85). En ambas normas, la legitimación activa la tienen determinados órganos económicos, profesionales y de protección de los consumidores.

IV. LEGITIMACIÓN ACTIVA EXTRAORDINARIA

¿Quiénes tienen la legitimación activa para la interposición de las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa, previstas en la LCGC?

Siguiendo al artículo 16 LCGC tienen legitimación activa 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 (86).
3. Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios legalmente constituidas y que tengan estatutariamente encomendada la defensa de éstos.
4. El Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas (87) y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de consumidores.

(83) Esta Ley reenvía a la Ley austríaca de Represión de la Competencia Desleal, anterior a la misma en la regulación de la acción inhibitoria.

(84) PETER ULMER, «Diez años de la Ley Alemana de Condiciones Generales de los contratos: retrospectiva y perspectivas», en *ADC*, 1987, pág. 778.

(85) La Ley Alemana de Prácticas Restrictivas de la Competencia es de 1968.

(86) Decreto 1291/75, modificado por otro de 27 de marzo de 1987.

(87) Sólo cinco CCAA han legislado sobre el consumo a pesar de que todas fueron asumiendo entre los años 1979 a 1983 competencias exclusivas en esta materia. El primero fue el País Vasco, quien en 1981 dicta el llamado Estatuto del Consumidor para el País Vasco (Ley 10/1981, de 18 de noviembre), el cual sufrió dos modificaciones importantes: una, con ocasión de la sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 71/82, de 30 de noviembre (**BOPV** de 2 de marzo de 1983), y otra, por el Decreto Legislativo 2/86, de 9 de septiembre (**BOPV** de 29 de octubre de 1986).

En 1985 se publican el Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario, creado por Ley 12/84, de 28 de diciembre de 1984 (*BOE* de 11 de junio de 1985), y el Estatuto de los

5. Los colegios profesionales legalmente constituidos (88).
6. El Ministerio Fiscal (89)».

Del precepto transcrito se deduce que las acciones que regula la LCGC presentan una virtualidad doble: por un lado, sirven para incrementar no sólo los medios de defensa del consumidor en la peligrosa área de la contratación en masa, sino el número de personas jurídicas que pueden defender los intereses de los consumidores en dicho ámbito (cambio cuantitativo) (90), igualándose con ello a las parcelas que anteriormente hemos destacado de otros textos legales; por otro, propician la oportunidad de que a determinados entes sociales se les reconozca legitimación activa extraordinaria para llevar a cabo la defensa de intereses difusos de los consumidores y no sólo de los colectivos en el ámbito de la contratación (cambio cualitativo).

Para indicar este segundo cambio, en la LCGC se tilda a las acciones, no sin razón, de «acciones colectivas». Estamos ante el reconocimiento de una legitimación extraordinaria, en el sentido de que los intereses que se definen bajo ella no son ni individuales ni plurales (91) sino colectivos; lo que supone romper con la regla de que sólo el titular del derecho subjetivo puede disponer de él, y, por tanto, actuar su defensa. En el interés colectivo un grupo determinado de personas se agolpan bajo un ente social con un mínimo

Consumidores y Usuarios de Andalucía, creado por Ley 5/85, de 8 de julio (BOE de 20 de julio de 1985).

La Comunidad Autónoma Valenciana establecerá su Estatuto en 1987, por Ley 2/87, de 9 de abril (BOE de 29 de abril de 1987); y tres años más tarde, lo hará Cataluña con su Ley 1/90, de 8 de enero, sobre la disciplina del mercado y de defensa de los consumidores y usuarios de la Comunidad Autónoma de Cataluña (BOE de 16 de enero de 1990).

(88) Se regulan los Colegios Profesionales por el Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, posteriormente modificado por la Ley 7/97, de Medidas liberalizadoras en materia de suelo y colegios profesionales.

(89) Cuando el fiscal actúa como parte en un proceso, MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 72, dice que cabe hablar de una «publicización de una parcela del derecho material».

(90) Se siguió en este punto al Consejo del Poder Judicial que informando el Anteproyecto de LCGC, indicó que deberían tener también la legitimación activa el INC y órganos análogos de las CCAA y Corporaciones Locales al ser Administraciones Públicas. Sin embargo, se hace caso omiso en cuanto al apunte de que no deberían excluirse de esta legitimación a los propios interesados, ya que podría ser objeto de interposición de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional con base en el artículo 24 CE, «al no reconocérsele el derecho de acceso a los Tribunales, no ya a los titulares de un interés legítimo, sino a los titulares de un derecho subjetivo» (Pleno, segundo trimestre 1977, pág. 73).

(91) Se consideran intereses plurales —según MONTERO AROCA— *La legitimación en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 62, la suma de los intereses individuales, los cuales se encuadran en la legitimación ordinaria articulándose a través de la institución de la «acumulación».

de organización que ostentará así la representación de las mismas. Por lo que la regla jurídica que se dice truncada se vuelve a restablecer cuando se argumenta doctrinalmente que el ente que defiende el interés ajeno lo puede hacer porque le representa gracias a la existencia dentro de él de una organización que ordena esta representación y liga jurídicamente a sus miembros (92).

Ahora bien, la pretensión de tutela del interés ajeno llevada a cabo por ciertos entes sociales ya había calado en nuestro Derecho, no presentándose el precepto novedoso por ese motivo. No hay más que recordar la LGCU, artículo 20, en el que se recoge por primera vez de forma clara la posibilidad de que las asociaciones de consumidores y usuarios defiendan intereses de toda clase de los consumidores (93), es decir, tanto intereses colectivos como difusos (94); o la LOPJ, la cual introduce en el artículo 7.3." la posibilidad incluso de defensa de simples grupos de afectados, y grupos que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción (95).

Por consiguiente, a nivel legislativo parece reconocerse sin limitación ninguna la legitimación extraordinaria de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y la de Empresarios, entre otros entes sociales y, por tanto, la aceptación de la doctrina de la protección de los intereses tanto colectivos como difusos.

Incluso, a nivel jurisprudencial, si sólo tuviéramos en cuenta las sentencias recaídas en procesos contencioso-administrativos, podríamos seguir manteniendo el mismo aserto, aunque el reconocimiento de la legitimación extraordinaria de los entes sociales se haya realizado con ocasión de procedimientos instados para propiciar la anulación de actos y disposiciones de carácter general de la Administración que afectan o inciden directamente bien en los consumidores, bien en sus asociaciones. En dichos procesos la Sala 3." del Tribunal Supremo se muestra partidaria de facilitar la legitima-

(92) Vid. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 65.

(93) Parece que el origen de la norma —según BONET NAVARRO, «Especialidades procesales en materia de consumo», Directiva, *Revista Jurídica de Estudios Monográficos sobre La protección jurídica del consumidor y el Derecho Comunitario Europeo*, PPU, 4.º trimestre, 1990, pág. 174—, se halla en la Resolución 543/73 de la Asamblea del Consejo de Europa que establece el derecho de representación de los consumidores que tiene la vertiente de ser defendidos en juicios por asociaciones creadas al efecto.

(94) Vid. BARRACHINA JUAN, «Las Asociaciones de Consumidores en el proceso contencioso-administrativo», Directiva, *Revista Jurídica de Estudios Monográficos sobre La protección jurídica del consumidor y el Derecho Comunitario Europeo*, PPU, 4.º trimestre, 1990, pág. 157.

(95) Dice el precepto: «3. Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción».

ción extraordinaria, incluso a pesar de que existan obstáculos formales que pudiesen dar al traste con la protección que en principio el artículo 28.1.a) LRJAE, viene a dispensar cuando dispone que «estarán legitimados para demandar la declaración de ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la Administración: a) Los que tuvieren un interés directo en ello...» (96).

Así pues, en el ámbito de la jurisprudencia administrativa he encontrado cinco sentencias; cuatro de ellas se refieren a impugnaciones de reglamentos realizadas por Asociaciones de Consumidores y Usuarios (97), siendo la que resta una impugnación de una asociación de empresarios.

Concretamente, las SSTs de 1 de julio de 1985, de 11 de diciembre de 1991, de 5 de mayo de 1992 y de 10 de mayo de 1992, dan por hecha la legitimación extraordinaria de las Asociaciones de Consumidores y de Empresarios; y en ellas, el TS por una parte, la facilita, a pesar de que no se acredite esa legitimación a través del acuerdo de la Asamblea General de la asociación como correspondería y sólo se aporte un Poder general para pleitos del representante de la misma (caso de la primera resolución), o aun cuando se acredite, no se acompañe el acuerdo del ente social en el momento de entablar el presente recurso (caso de la última) (98). Por otra, la reitera con todo su alcance; es el caso de las otras dos sentencias: la STS de 1991, es clara cuando expresa con ocasión de la impugnación del Real Decreto 825/90, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores, y más concretamente, de los artículos 16 y 18, atinentes a las funciones y competencias de aquellas asociaciones, cooperativas, etc., representadas en el Consejo de Consumidores y

(96) Expresión que siguiendo a BARRACHINA JUAN, «Las Asociaciones de Consumidores en el proceso contencioso-administrativo», Directiva, *Revista Jurídica de Estudios Monográficos sobre La protección jurídica del consumidor y el Derecho Comunitario Europeo*, PPU, 4.º trimestre, 1990, pág. 161, si bien no debe confundirse con el interés legítimo que proclama el artículo 20.1 LGCU, sin embargo, en nada impide considerar que las AACCUU puedan entenderse incluidas. El Tribunal Supremo dirá que siempre ha sido partidario de una interpretación favorable al reconocimiento del interés directo en las pretensiones dirigidas a alcanzar la anulación del acto o disposición combatida..., accediendo al conocimiento de las reales objeciones de fondo, y evitando, de este modo, situaciones que dificulten el acceso de los interesados a la impugnación y revisión jurisdiccional, orientación que llega a alcanzar una mayor potenciación, aún si cabe, en el supuesto de defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios por parte de las Asociaciones correspondientes. El autor trae su apoyo en SSTs de 3 de febrero de 1988 y 23 de marzo de 1988.

(97) La STS de 14 de octubre de 1987, pronunciada con ocasión de la impugnación por parte de una asociación de consumidores de un Reglamento Técnico Sanitario, no la comentamos, pues es anterior a la LGCU.

(98) En este caso se trató de una Asociación de empresarios que impugnaba el Real Decreto 271/88, de 25 de marzo, por el que se regula el ejercicio de actividades propias de las Agencias de Viajes.

Usuarios, que la legitimación de las Asociaciones de Consumidores estén o no representadas en el mencionado Consejo, no es limitada conforme a la Constitución y a la LGCU; lo expresa en estos términos:

«CUARTO.—1... 2.º párr. "Partiendo de la base de que toda Asociación de Consumidores y Usuarios debe constituirse con arreglo a la Ley (art. 20 de la Ley 26/84), y estar inscrita en los Libros Registro que señala el artículo 20.3 de la Ley citada y el artículo 2 del Real Decreto número 825/1990; tanto la Ley 26/84 (art. 20.1) como el artículo 16 del Real Decreto impugnado, reconocen que las Asociaciones legalmente constituidas e inscritas en los Libros Registros correspondientes, pueden representar a sus asociados y ejercitar las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la Asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios dentro del propio ámbito territorial de la Asociación, puesto que el artículo 16 del Real Decreto 825/1990 se está refiriendo a todos los derechos e intereses reconocidos en el artículo 2 de la Ley 26/1984. El artículo 16 ha de ser interpretado, no en función del artículo 18 del Reglamento, sino en relación a la Constitución y a las Leyes. Y dicho artículo no choca con el ordenamiento jurídico. No hay discrepancia alguna entre el Reglamento y la Ley, ni limitación alguna para las asociaciones dichas».

La STS de 1992 recalca que el único límite a la legitimación de las asociaciones será el que venga impuesto en sus Estatutos, lo que luego reconocerá la LCGC. Así lo expresa:

FD. 2.º: «...Concurriendo como finalidad primordial de la entidad recurrente la promoción y defensa de los intereses individuales y colectivos de consumidores y usuarios, según el artículo 9 de sus Estatutos, que es la misma que el artículo 20 de la Ley 26/1984, de 19 de julio... atribuye a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios constituidas con arreglo a la Ley de Asociaciones 191/1964, de 24 de diciembre..., no parece dudoso que incluidos en el catálogo de actividades, los servicios relacionados con el ramo de seguros, deba reconocerse a la accionante, la legitimación necesaria para impugnar una disposición general que afecta al Seguro de Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de vehículos de motor, elevando los límites de indemnización.

Podría denegarse a la "U. de C. de E.", si así se considerase procedente, la pretensión de nulidad del Real Decreto 1546/1988, de 23 de diciembre..., pero en ningún caso la oportunidad de intentarlo, ejercitando las acciones pertinentes, so pena de infringir el derecho de tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española)... objeto de abundantes aportaciones jurisprudenciales, todas ellas en la línea de entender robustecido a tenor de aquel precepto, el principio *pro actione*».

También el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse acerca de los intereses colectivos antes que la LGCU; así en la STC 71/82, de 30 de noviembre (BOE de 29 de diciembre de 1982), cuando resuelve una cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Gobierno socialista a la Ley 10/81 del Parlamento Vasco sobre el «Estatuto del Consumidor», sólo respecto de determinados artículos de la misma; concretamente de nuestra materia, se impugna y se declara inconstitucional su artículo 32, relativo tanto a la legitimación colectiva como a la legitimación que denomina sustitutoria del ejercicio de una acción individual de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, si así optare por dicho ejercicio el consumidor usuario, extendiéndolas más allá del área de lo jurisdiccional, esto es, generalizando dichas legitimaciones al área de defensa del consumidor, cuando la misma está reservada al legislador estatal; razón por la cual deviene inconstitucional el precepto (FD 20).

A colación con la argumentación realizada por el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad del precepto mencionado, llega a afirmar en nuestro tema que:

«La legitimación colectiva tiene algún reconocimiento en nuestro sistema jurisdiccional, pudiendo recordarse, como ejemplo de mayor importancia, el del artículo 32 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, fórmula que, entendida en su verdadera significación, sin rigorismos recortadores de su potencialidad, puede servir a los objetivos que están presentes en el precepto cuestionado, cuando la defensa de los intereses colectivos pueda hacerse valer por los cauces del proceso contencioso-administrativo.»

Hasta aquí todo estaría del lado del mayor acogimiento jurisprudencial de la doctrina de la protección de los intereses colectivos y/o difusos, si no fuera porque en el campo de la contratación en masa, dicho reconocimiento estaba muy limitado, como a continuación se explica.

Ahora ilustran este escrito tan sólo dos resoluciones (STS de 20 de noviembre de 1996 y 31 de enero de 1998) (99) de la Sala Primera del Alto Tribunal, las cuales tienen en común: son anteriores a la LCGC, pero posteriores a la LGCU y a la Directiva, evidentemente no traspuesta; se producen con ocasión de la impugnación de ciertas cláusulas bancarias estimadas lesivas a los intereses económicos de los consumidores y usuarios por parte de la Unión de Consumidores de España.

En las dos SSTs, la legitimación extraordinaria proclamada por la Ley 26/1984, quedará mermada o limitada en tanto en cuanto las Asociaciones han

(99) Ptes.: Señor Gullón Ballesteros y señor González Poveda, respectivamente.

de acreditar el llamado «requisito subjetivo» que se desprende de la propia definición que de cláusula que puede ser declarada abusiva, ofrece la LGCU en su artículo 10.2, y que no es sino que el consumidor o usuario no haya podido evitar la aplicación de la cláusula, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate; extremo éste que, constituyendo una «prueba diabólica» para la Asociación recurrente, por resultar prácticamente imposible que cualquier ente social pueda demostrar que el consumidor o usuario no ha podido sustraerse a las CGC, se mantiene por el TS por considerarlo parte del concepto que de CGC maneja la Ley 26/1984 y, por tanto un requisito legal, aunque afirme que dicha prueba no debe de exigirse con toda su rigidez dada la naturaleza de la contratación de masa.

De nada le sirvió a la asociación recurrente alegar la aplicación de la Directiva 93/13 con su definición de cláusula abusiva o condición general que no puede ser tenida en cuenta por haber sido impuesta al consumidor o usuario sin que éste haya podido influir en su contenido, pues aún pasado el tiempo para trasponer la norma comunitaria, se entiende que no se puede aplicar directamente y, por ello, saltar el obstáculo o barrera que a la legitimación extraordinaria se presenta en este campo (100).

Merece la pena que se reproduzca el siguiente FD 3.º de la STS de 1996, pues es el que cita en el mismo FD la STS de 1998 para basar la falta de legitimación de la asociación de consumidores recurrente:

«El motivo segundo, al amparo del artículo 1.692.4 LEC, acusa infracción de las normas jurídicas siguientes: artículo 24 CE, que establece el derecho a obtener la tutela efectiva; artículo 7.3.º LOPJ, que legitima a las corporaciones, asociaciones y grupos para defensa de intereses colectivos; y el artículo 20.1, Ley 26/1984, que reconoce a las asociaciones (rectius de consumidores) y usuarios la facultad y derecho al ejercicio de las correspondientes acciones de defensa de los intereses generales de consumidores y usuarios...

(100) Esta postura jurisprudencial contrasta con aquellas sentencias que, siendo de la misma época, reconocen la aplicación inmediata de las directivas aún no traspuestas. V.gr., la sentencia de 8 de noviembre de 1996, es inclusive doce días anterior a la citada en el texto y considera de obligado cumplimiento las Directivas de los jueces de los Estados miembros mientras se lleva a cabo la adaptación legislativa en el correspondiente país. Dirá el último párrafo de la sentencia mencionada: «Es obligado el cumplimiento de las directivas comunitarias por los jueces de los Estados miembros mientras se lleva a cabo la adaptación legislativa en el correspondiente país. El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de esas normas, dejando inaplicada, si es preciso, y por su propia autoridad, cualquier disposición contraria a la legislación nacional, incluso posterior, sin que sea necesario solicitar o esperar la eliminación previa de esta última por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional».

...Respecto de la Unión de Consumidores de España también procede la misma desestimación (del recurso —se entiende—), ya que nuestro ordenamiento, hasta que no se adapte la Directiva 93/13, exige para que pueda hablarse de condición general sujeta al artículo 10.1, Ley 26/1984, que reúna los del apartado 2 del mismo precepto, y según la sentencia recurrida no se ha cumplido el requisito subjetivo. De ahí que la legitimación para interponer una acción declarativa de nulidad de condiciones generales la tenga la Asociación de Consumidores y Usuarios cuando la condición lo sea según el precitado artículo 10.2, Ley 26/1984, y que precisamente, por aquel requisito subjetivo, esa legitimación habilite de hecho en la actualidad para obrar en sustitución procesal de un concreto consumidor o usuario afectado, pues es cuando puede demostrar que éste no ha podido evitar la aplicación de la condición general para obtener el bien o servicio. En ningún precepto legal en concreto (por supuesto no en los que se citan como infringidos en el motivo) se excusa a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios de la acreditación de este requisito subjetivo, otorgándoles una legitimación total y absoluta para ejercitar puras acciones declarativas de nulidad de cláusulas hipotéticamente abusivas. No basta con ser legalmente una Asociación de Consumidores y Usuarios.»

La novedad o cambio cualitativo que presenta el artículo 16 LCGC hay que buscarlo en un ente social determinado: las Asociaciones de Consumidores y Usuarios. Son únicamente estas Asociaciones las que podrán defender no sólo los intereses colectivos de sus asociados sino también los intereses de los consumidores en general, aunque ello pueda ahora tan sólo depender de lo reglamentado en sus propios Estatutos, pues desaparecido el requisito subjetivo de la LGCU y acercándose nuestro legislador al concepto más laxo de cláusula abusiva de la Directiva 93/13 en el artículo 10.bis (101), ya no se podrá limitar jurisprudencialmente la legitimación extraordinaria.

Además, estas Asociaciones serán las que utilicen con mayor frecuencia las acciones de cesación y retractación por más que la Exposición de Motivos de la LCGC exprese que la legitimación activa en las acciones colectivas descritas, la tienen otros entes sociales distintos de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, ya que la norma pretende abarcar un mayor campo de actuación. Qué cambio tan enorme se ha operado en la legislación y en la doctrina jurídica, pues de considerar que estas agrupaciones de consumidores

(101) En términos más vagos si cabe que la Directiva, este precepto reza: «1. Se considerarán cláusulas 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 de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la Disposición Adicional de la presente Ley».

constituían un remedio contra el abuso en el tráfico más bien «imposible» (102) a entender, con la presente Ley, que su función es primordial, hay un abismo.

Centremos nuestra atención sobre las Asociaciones de Consumidores y Usuarios. De ellas se predica en el precepto transcrito (art. 16.3), dos extremos para poder entenderlas con legitimación activa: 1) estar legalmente constituidas y, 2) tener estatutariamente encomendada la defensa de los consumidores y usuarios.

La primera exigencia no es más que un recordatorio de que la personalidad jurídica de las asociaciones, sean del tipo que sean, sólo comienza en el instante en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas; esto es, hasta que no se hayan regulado por los estatutos correspondientes (ex. arts. 35 y 37 del Código Civil) (103); éstos —recuérdese— son fruto del principio de autonomía de la voluntad.

El segundo requisito que, por cierto, se adiciona en el último momento del *iter* parlamentario de aprobación de la LCGC (104), es el que hace, a nuestro entender, muy singular la posición de este tipo de entidad ya que, a diferencia de los demás entes sociales que se nombran en el artículo 16 LCGC, si una asociación de consumidores prevé en sus estatutos la posibilidad de defender los intereses económicos de los consumidores y usuarios en general, y no sólo los de sus asociados o miembros, podrá hacerlo sin traba procesal alguna. Esto es, sin necesidad de mediar representación que sostenga el concepto de legitimación extraordinaria, la Ley reconoce legitimadas a las asociaciones en cuyos estatutos se recoja la posibilidad de defender no sólo intereses colectivos, sino difusos (105); lo que supone un avance importante en esta materia de contratación.

(102) ROYO MARTÍNEZ, «Contratos de adhesión», en *ADC*, Tom. II, Fas. 1, enero-marzo 1949, pág. 63.

(103) Por supuesto que las Asociaciones podrán estar sometidas a la antigua Ley de Asociaciones de 1964 o la Ley de Cooperativas, pues el artículo 20 de la LGCU así lo prevé. Pero también podrán constituirse de acuerdo con lo establecido por las CCAA en sus respectivas leyes; este apunte tuvo que ser revelado por el TC en su sentencia 15/89, de 26 de enero, ya que se intentaba interpretar muy estrictamente el artículo 8.º3 LGCU.

(104) En el Proyecto de Ley aprobado por el Congreso de los Diputados, el entonces artículo 15 sólo mencionaba el requisito de que las Asociaciones de Consumidores y Usuarios estuvieran legalmente constituidas para estar legitimadas activamente.

(105) Este tipo de interés se caracteriza por dos notas esencialmente: 1) que no hay grupo social definido al no existir vínculo jurídico entre las personas, sino una relación fáctica en el sentido de que las personas se unen al verse afectadas por determinadas contingencias; y 2) como consecuencia de lo anterior, no puede haber una persona jurídica que ostente la defensa por representación de dicho grupo humano. Vid. MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 65.

Claro está que la posibilidad se limita a tres clases de acciones con características peculiares, como ahora veremos; pero, al menos, se plasma legislativamente y de forma concreta, que un ente social organizado pueda tutelar los intereses de un grupo indefinido de personas que, tras la sentencia correspondiente, podrán verse beneficiadas. Esto es, ya en la LGCU se preveía la posibilidad de que las asociaciones de consumidores pudieran asumir la defensa de intereses difusos; sin embargo, la precisión de en qué tipo de acciones sólo llega con la LCGC. Recuérdese además cómo se recortaba esta legitimación extraordinaria por el concepto de condición general que contenía la LGCU (art. 10.2).

Ahora, la recientemente aprobada Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (106), corrobora la legitimación extraordinaria de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios en su artículo 11, pues prevé por primera vez la condición de parte procesal legítima de dichos entes, tanto en intereses colectivos como en difusos; así se expresa:

«Legitimación para la defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios.

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 los intereses colectivos corresponde a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como 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».

Como puede deducirse, aunque la LEC detalla con mejor acierto que su Proyecto (107) la legitimación extraordinaria, pues distingue acertadamente

(106) BOE número 7, sábado, 8 de enero de 2000.

(107) El proyecto sólo decía: «2. Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y otras entidades legalmente constituidas para la defensa de los derechos e intereses de aquéllos, estarán legitimadas para defender dichos derechos e intereses conforme a las leyes que regulan su protección» (art. 9).

los intereses colectivos y los intereses difusos, sin embargo, en lo referente a la legitimación activa de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, iguala en el sentido de que para todo tipo de intereses «generales», dichos entes podrán pretender su tutela.

Por consiguiente, la división de los intereses generales en colectivos y en difusos es, no sólo para definirlos sino para distinguir que, mientras que en los colectivos, dada la posibilidad de determinación, la tutela puede provenir hasta de los propios grupos de afectados, en los difusos, exclusivamente corresponderá a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas. Por lo que está también confirmando lo ya establecido por LOPJ, pues recuérdese que en su artículo 7.3, la defensa de los intereses que denomina «colectivos» podía llevarse a cabo tanto por «grupos de afectados» como por los que «estén legalmente habilitados para su defensa y promoción»; en definitiva, la LEC habilita la defensa de los intereses difusos sólo a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

Los intereses colectivos se caracterizan por el hecho de que sus titulares están determinados o son, al menos, determinables. Determinación que implica una seguridad indudable en el proceso, y que lleva a dar tratamiento diferente respecto de los intereses difusos en que dicha determinación brilla por su ausencia; v.gr., la llamada al proceso que prevé el artículo 15 LEC, que para la tutela de intereses colectivos sólo exige la previa comunicación de la demanda a todos los interesados, pudiendo éstos concurrir incluso, en cualquier momento del procedimiento (núm. 2), y para los difusos, se prevé por su mayor complejidad, la suspensión del procedimiento por el tiempo que el órgano jurisdiccional crea conveniente (no rebasando el límite de dos meses).

Volviendo al hilo discursivo, la posición de estas asociaciones en la legitimación para la defensa de intereses difusos, se puede decir que es única; a los demás entes sociales que se señalan, excepción hecha de los que tienen naturaleza pública (108), o bien no se les reconoce literalmente la posibilidad de tutela de intereses difusos, o no se pronuncia sobre este extremo.

En el primer caso están las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores, ya que la LCGC expresa claramente que los estatutos sólo podrán pronunciarse acerca de la defensa de los intereses de *sus miembros*. Si así lo realizan podrán tutelarlos, y, por tanto, sólo estarán legitimadas para la defensa de los llamados intereses colectivos.

(108) Cámara de Comercio, Industria y Navegación, el Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de consumidores y el Ministerio Fiscal. En estos entes, el fin o interés público que cumplen, impiden aplicar la doctrina de los intereses colectivos o difusos.

Al segundo, pertenecen los colegios profesionales; son corporaciones disciplinarias, encargadas del auto-control profesional de la clase (109), y gestadas con la bandera de la colegiación obligatoria de sus profesionales.

De ellos podría argüirse que la Ley no impide, como en el caso visto de las asociaciones de empresarios, la tutela de los intereses difusos. Y se podría interpretar que estos entes podrán o no actuar en el tráfico en defensa de los intereses de la clase a quien representan con carácter general (difusos), o de sus miembros específicos (colectivos), dependiendo del tipo de modelo corporativo por el que hayan optado: si de estructura única (nacional), o múltiple (con un ámbito territorial propio de actuación). Pues al igual que la incorporación a un colegio territorial habilita para el ejercicio profesional en dicho territorio, habrá que entender que la defensa o tutela de los intereses en dicho ente queda limitada a los intereses de sus miembros.

Sin embargo, dicho argumento sólo sería atendible bajo la vigencia de la Ley 2/74, de 13 de febrero, pero no con la actual Ley 7/97, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de Suelo y Colegios Profesionales, pues al haber sustituido el anterior artículo 3.2, instituye como regla general (110), la llamada «colegiación única», la cual da lugar a que el profesional colegiado en un colegio determinado territorialmente, pueda ejercer su profesión en todo el territorio del Estado. Consecuencia de lo cual, lo actuado por un colegio territorial podría abarcar la defensa de cualquier profesional. Si esto es así, huelga el planteamiento de la tutela de intereses colectivos solo o también difusos, pues todos podrían ser difusos atendiendo a las funciones asumidas estatutariamente por los propios colegios.

Con mayor motivo, en los colegios profesionales de estructura única no haría falta hablar de la defensa de intereses difusos ya que, siendo un requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas hallarse incorporado al colegio correspondiente (111), la actuación del colegio único siempre beneficiará a todos los de la clase; de este modo, nunca se daría la eventualidad de que un número incierto de personas profesionales no colegiadas pudieran verse tuteladas por la acción que pudiera entablar cualquier colegio al que por profesión esté obligadas a pertenecer, porque sin colegiación, no serían consideradas profesionales del ramo.

(109) CALVO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 62. Últimamente, en el Diccionario Trivium, Derecho-Economía, Trivium, Madrid, 1998, pág. 130, en la Voz Colegio Profesional, se puede leer: «Corporación de derecho público para la ordenación, representación y defensa de los intereses profesionales de los colegiados».

(110) Establece su excepción en el párrafo 2.º del mismo precepto.

(111) Artículo 3.2, Ley 7/97 de Colegios Profesionales.

La verdad es que el legislador podía haberse pronunciado sobre este extremo cuando agrega, junto con el Ministerio Público, a la lista de legitimados activamente, a los colegios profesionales, en el mismo instante en que se aclara, respecto de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, la posibilidad de tutela de intereses difusos. De esta forma no habría quien pudiera argumentar que si el legislador hubiera tenido intención de brindar la misma posibilidad a los colegios profesionales múltiples o territoriales, así lo hubiera hecho constar.

En cualquier caso, cuando entre en vigor la LEC, el artículo 16 LCGC habrá engordado con un segundo párrafo que añade la Disposición Final sexta, número 4, posibilitando que cualquiera de las entidades que menciona puedan personarse en los procedimientos promovidos por cualesquiera de ellas para defender los intereses que ellas representan (112).

Examinemos ahora la clase de acciones que dejan instar a los entes sociales: son acciones cuyo fin consiste, o en solicitar una obligación de no hacer (conseguir la interrupción en la utilización de una CGC abusiva o evitar su recomendación de utilización), o de hacer (perseguir la retractación de la recomendación de una CGC), o en conseguir una declaración de condición general; por lo tanto, son acciones de petición de condenas de no hacer o declarativas puras, a juicio de nuestra Doctrina.

Ello significa que, en materia de condiciones generales de contratación, el legislador deja que las Asociaciones de Consumidores y Usuarios puedan tutelar intereses difusos, pero siempre que las acciones que ejerzan sea de este tipo; no cabría, por consiguiente, la legitimación de las mismas en acciones pecuniarias o indemnizatorias, excepción hecha de lo que se dirá respecto de los efectos de la acción de cesación que analizaremos en el epígrafe V. Por lo que en principio, tiene razón MONTERO AROCA (113) cuando señala que la concesión de legitimación extraordinaria para la tutela de los intereses difusos tiene en España dos límites: 1) No pretensiones de indemnización y, 2) Que se insten sólo por Asociaciones de Consumidores y Usuarios en cuanto que personas jurídicas dotadas de un mínimo de organización.

V. EFICACIA DE LAS ACCIONES PREVISTAS

El título del epígrafe da pie a hablar no sólo de los efectos que la LCGC prevé para cada una de las acciones que regula, sino también obliga a con-

(112) Dice así: «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».

(113) *La legitimación en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 69.

siderar la valoración en positivo o negativo de las acciones de cara a la protección del consumidor.

Antes que nada hay que advertir que estas acciones serán eficaces si el Registro de CGC también resulta serlo. Ya mencionamos anteriormente que las acciones de cesación y de retractación pueden necesitar para su ejercicio la inscripción de una condición general como nula, lo que supone, a su vez, que previamente se ha ganado una demanda de nulidad entablada contra un predisponente por resultar abusiva o contraria a la normativa legal imperante (114).

Pero es que de casi nada servirían las mismas si las sentencias obtenidas por entablar dichas acciones no se vieran reflejadas en el Registro (115).

a) EFECTOS DE LAS ACCIONES COLECTIVAS

En tanto la nueva LEC no entre en vigor (116), la eficacia de las acciones colectivas hay que buscarla tanto en el artículo 20 (que quedaría derogado por su Disposición Derogatoria única, núm. 2. 15.º) (117), como en el artículo 12 LCGC (que quedaría modificado, como ahora se verá, por su Disposición Final sexta), pues este último precepto describe el objeto de cada una de las acciones y, concretamente, en la acción declarativa resultará confuso, como luego se expondrá.

Mientras los efectos de las acciones de cesación y de retractación podrían calificarse de análogos, los de la acción de declaración de condición general de la contratación son particulares; se expresa en el artículo 20.3 que la sentencia dictada con ocasión de dicha acción, llevará no sólo a la declaración que su propio *nomen* indica sino a la inscripción de la misma en el Registro de Condiciones Generales.

La declaración a que se refiere el precepto señalado es sólo sobre que determinada cláusula es una condición general. Y nada más; esto es, la sentencia no se va a pronunciar también sobre la validez o invalidez de la cláusula.

(114) El haber ganado una acción de no incorporación supone que la cláusula es nula en el contrato en que se incluyera pero no por abusiva, sino porque no se cumplió la forma prevista para entender atendido el requisito de su incorporación; esto es, porque no se informó de la misma de la manera en que debió realizarse por mor del artículo 7 LCGC; lo que significa que si se hubiere rellenado dicha forma y así se hubiere aceptado por el adherente, la cláusula sería válida.

(115) De ello se dará cuenta en el subepígrafe c) 4) de este escrito.

(116) Su Disposición Final vigésima primera establece que entrará en vigor al año de su publicación en el *BOE*.

(117) En el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, la derogación es a través de la Disposición Derogatoria 2.ª 18.º

sula. Por ello este tipo de acción normalmente se verá acumulada a las acciones de cesación o de retractación al objeto de conseguir, además de sus efectos propios que ahora veremos, un pronunciamiento acerca de la nulidad o no de la misma.

Por lo dicho, hay que pensar que la acción interesará, ante todo, a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios; en primer lugar, porque con dicha declaración la cláusula quedará sometida, al igual que el contrato donde se halle, al régimen de la LCGC; y en él podrá solicitarse su eliminación por los cauces procedimentales colectivos previstos; y, en segundo lugar, porque es el único medio del que disponen estas entidades para evitar la forzosa autorización del predisponente en la inscripción voluntaria de la cláusula como condición general (art. 11.8 LCGC).

Al predisponente, se le veta la vía de la acción declarativa, pero es lógico, habida cuenta de que como autor de la cláusula ya pudo conseguir la inscripción de la misma como condición general de forma voluntaria por la vía del artículo 11.2 LCGC.

El efecto declarativo de condición general de la acción que se examina dará lugar a que la sentencia disponga también la inscripción de la cláusula, ya calificada como condición general, en el Registro (art. 20.3 LCGC). Y en este punto surge la contradicción con el artículo 12.4 LCGC, pues siguiendo su literalidad (por cierto, nunca modificada en el *iter* parlamentario de la norma), este precepto expresa que la acción declarativa dará lugar «a instar su inscripción únicamente cuando ésta sea obligatoria conforme al artículo 11.2, inciso final, de la presente Ley». Esto es, cuando el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del departamento ministerial correspondiente imponga la inscripción obligatoria en específicos sectores de la contratación.

La incoherencia planteada por la remisión al apartado final del artículo 11.2 LCGC obliga a inclinarse por entender que ha sido un fallo del legislador que, aunque ostentoso, en nada palidece la conclusión acerca de que no sólo la sentencia que declare la cláusula como condición general (118) sino también la cláusula calificada de condición general tendrá un reflejo inmediato en el Registro de CGC (art. 20.3 LCGC).

No obstante, frente a la lógica y conveniencia de lo sostenido, el legislador resuelve la falta de engranaje señalada en la nueva LEC, derogando el artículo 20 LCGC y corroborando, aunque con mejor redacción, el apartado 4.º del artículo 12 de la LCGC (Disposición Final sexta, punto 3). Dice así:

(118) El juez está obligado, como veremos, a propiciar la inscripción de la sentencia estimatoria de cualesquiera acciones colectivas, ex artículo 22 LCGC.

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

Como a través de la acción declarativa de condición general el Juez no va a tener que pronunciarse acerca de la validez de la cláusula, la inscripción en sí misma no tendrá más valor que el señalado; esto es, dar publicidad a la cláusula que desde el pronunciamiento judicial firme se insertará junto con el contrato al que pertenece al régimen de la Ley. Por lo que normalmente se acumularán las acciones declarativas con las otras acciones colectivas; lo cual expresa el artículo 14.2 LCGC, que posteriormente es derogado por la Disposición Derogatoria única, número 2, 15.^o LEC.

Sólo cuando la cláusula se inscriba con el carácter de nula, la inscripción alcanzará otro valor y de cara a los órganos jurisdiccionales, pues quedarán vinculados cuando dicha inscripción refleje la doctrina legal a la que por efecto de la Ley quedarán sometidos (ex. art. 20.4) (119). Piénsese que el Registro que se instaura en esta Ley es un «Registro de depósito» (120), en él no van a presidir los principios hipotecarios de legalidad y exactitud registral, de forma que lo publicado en él no se considerará «verdad oficial», al menos de cara al consumidor. Es, sin embargo, un Registro considerado de carácter «eminentemente jurídico que deriva de los efectos *erga omnes* que la inscripción va a atribuir a la declaración judicial de nulidad, los efectos prejudiciales que van a producir los asientos relativos a sentencias firmes en otros procedimientos referentes a cláusulas idénticas...» (vid. párr. 3.^o Exposición de Motivos del Real Decreto 1828/1999).

Ya dijimos que las acciones de cesación y retractación conllevarán análogos efectos; ambas provocan que el predisponente (121) deje de servirse de

(119) El Reglamento del Registro de CGC, en su artículo 17.2 vuelve a remarcar el efecto *erga omnes* y prejudicial de la sentencia (vid. párr. 4.^o, Exposición de Motivos del Real Decreto 1828/99; esto es el efecto vinculante de las sentencias firmes obtenidas en acciones colectivas para los órganos jurisdiccionales previsto en el artículo 20.4 LCGC.

Lo dicho se mantiene siempre que no entre en vigor la LEC, pues según su Disposición Derogatoria única, núm. 2, 15.^o, el artículo 20 LCGC queda derogado. No es, sin embargo, una novedad, porque desde el Proyecto ya se tendió a derogar este precepto (vid. Disposición Derogatoria 2.18.^o).

(120) Es una expresión del limo, señor don Antonio Pau Pedrón, «La protección extrajudicial de los consumidores», ponencia realizada en las Primeras Jornadas sobre la Ley de Condiciones Generales de Contratación, Madrid, 26 de mayo de 1998.

(121) Hay que tener en cuenta que en el caso de la acción de retractación, la recomendación de una cláusula nula puede realizarse tanto por un predisponente como por otra persona.

una CGC declarada nula (en el caso de la acción de cesación se le impondrá que deje de utilizarla; en el de la acción de retractación se le obligará a cesar en su recomendación de forma pública), y que enmiende su actitud, obligándole a su abstención en cualquiera de dichas actividades, de cara al futuro (art. 12 LCGC).

Evidentemente que si la cláusula que se quiere retirar del uso o de la recomendación en el mercado está ya inscrita en el Registro de Condiciones Generales con el carácter de nula, las acciones de cesación y retractación sólo llevarán a la paralización de las actividades que sobre dicha cláusula pueden realizarse en perjuicio del consumidor.

Contrariamente, si la cláusula no está ya calificada de nula en el Registro, dichas acciones supondrán una declaración previa acerca de la invalidez de la misma. Esto es, tanto la acción de cesación como la de retractación llevan implícitamente una declaración de nulidad y, por tanto, presuponen una acción de nulidad. Por eso decía más arriba que no era necesario que la LCGC se pronunciara acerca de la posibilidad de que los entes sociales legitimados para entablar una de estas acciones colectivas pudiera interponer como tal ente una acción de declaración de nulidad; insisto, si inscrita la cláusula como nula, porque ya no va a ser útil la acción y, si es una cláusula cuya nulidad aún no se hubiere discutido, porque las propias acciones colectivas llevan aparejadas las correspondientes declaraciones de nulidad.

Las argumentaciones que sostienen esta declaración son las siguientes:

- a) La LCGC expresa de forma indirecta lo que se acaba de decir. Así, en el artículo 12.2, respecto de la acción de cesación, dirá «que se reputen nulas»; y en el apartado 4, referente a la acción de retractación, empleará igualmente una frase bastante laxa: «con ocasión de cláusulas nulas». Ante estas expresiones, la pregunta que surge es por quién y dónde se ha de reputar la cláusula nula. Cabrían dos contestaciones: por el Juez en un procedimiento anterior al entablado, o por el Juez en el mismo procedimiento en el que se insta alguna de las dos acciones colectivas.
- b) Por si alguna duda pudiera aún sostenerse acerca de la nulidad que implican tanto la acción de retractación como la acción de cesación, la LEC prevé en su Disposición Final sexta, número 1, la reforma del apartado primero del artículo 12 de la LCGC en estos términos:

«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».

Y respecto de la acción de retractación en la misma Disposición Final sexta, número 2, reforma el apartado segundo del artículo 12, así:

«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».

Además, si no entrara en vigor la LEC, coadyuvarían a argumentarlo estos otros preceptos:

- el artículo 20.1 *in fine* LCGC, cuando dice que la sentencia que declare la cesación en la utilización de la cláusula «aclarará la eficacia del contrato» (122), está poniendo de manifiesto que, al implicar la acción de cesación un pronunciamiento sobre la nulidad de la condición general, era también necesario, al igual que en la acción de nulidad, que el órgano jurisdiccional se pronunciara sobre la validez o no del contrato, ya que la misma se verá condicionada a que la cláusula declarada nula le arrastre o no (art. 9.2).
- El artículo 20.4 LCGC, relativo a la eficacia *erga omnes* de las sentencias que, conformando doctrina legal, vinculan a los órganos judiciales, serán las que provengan de acciones colectivas en que se insten la nulidad de las cláusulas.
- Finalmente, el artículo 14.2 LCGC, cuando habla de la posibilidad de acumular acciones colectivas entre sí, se está refiriendo fundamentalmente a las acciones de retractación y de cesación con la acción declarativa, pues siendo un hecho lo dicho de que tal tipo de acción sólo da lugar a declarar una cláusula como condición general, será lo normal acumularla a una acción en que además de detener la utilización o la recomendación de una cláusula, lleve aparejada la declaración de nulidad de la misma.

Sobre la necesidad previa de pronunciarse acerca de la nulidad de la CGC en estas acciones, el Consejo General del Poder Judicial se planteó en el informe emitido al Anteproyecto de LCGC, si dicha declaración de nulidad puede darse en cualquier procedimiento o era necesario un procedimiento *ad hoc* (123). No lo soluciona el texto normativo vigente, pero entiendo que en el propio procedimiento habría que ventilar la cuestión previa de la que se viene hablando.

(122) Este fue un nuevo apunte fruto del paso de la norma por el Senado.

(123) Pleno, segundo trimestre, 1997, pág. 72.

Hasta aquí las alegaciones en favor de que las acciones colectivas de retractación y cesación producen análogos efectos y que pueden implicar una declaración de nulidad de la cláusula controvertida.

Lo que no se ha especificado es qué declaración de nulidad implican, cuando ello fuere pertinente, las acciones de cesación y de retractación. Y en este punto ha de considerarse que la declaración de nulidad sólo podrá referirse a las cláusulas que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la Ley o en cualquier norma imperativa o prohibitiva, particularmente las cláusulas que sean abusivas. Por tanto, no la de aquellas cláusulas que puedan resultar nulas por no haber sido incorporadas, ya que acreditar que la cláusula no se incorporó (elemento muchas veces subjetivo), será un hecho más difícil para el ente social legitimado colectivamente.

b) EL EFECTO INDEMNIZATORIO DE LA ACCIÓN DE CESACIÓN COMO UN POSIBLE ACERCAMIENTO A LA LLAMADA «CLASS ACTION»

Habiendo señalado los efectos comunes a las acciones de cesación y retractación, voy a llamar ahora la atención respecto de la acción de cesación.

De ella se predica: por una parte, que a través de la misma se puede condenar al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo (art. 20.1 LCGC) (124); para el Director General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia, el limo, señor don Luis M.^a CABELLOS DE LOS COBOS Y MANCHA (125), es el efecto más importante de toda la Ley porque llevará a la agilización de los procesos judiciales, sobre todo, porque viene garantizada por la previsión de la multa contemplada en el artículo 24 LCGC para el caso de persistir en la utilización de las CGC, objeto de la acción de cesación. Le denomina efecto horizontal.

De otra, que «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» (art. 12 LCGC).

En la Ley de Enjuiciamiento Civil se vuelven a reiterar estos dos efectos con el siguiente tenor (Disposición Final sexta, núm. 1, párrafo 2.º):

(124) Igualmente se prevé en el artículo 12.2 LCGC reformado por la LEC, Disposición Final sexta, núm. 1. Vid. también otro posible efecto de declaración de nulidad de la acción de cesación en subepígrafe c) 3) del presente epígrafe.

(125) Ponencia intitulada *Condiciones Generales de la Contratación*, en la Primera Jornada sobre la Ley de Condiciones Generales de Contratación, organizadas por el Área de Salud y Consumo del Ayuntamiento de Madrid el día 26 de mayo de 1998.

«A la acción de cesación podrá acumularse, como accesoria, la 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».

Esta referencia a la oportunidad de que el actor de la acción de cesación pueda pedir además de la devolución de las cantidades cobradas (126), una indemnización por los daños y perjuicios causados (se entiende con la utilización de cláusulas nulas), hace que se haya de cuestionar si el límite apuntado de la naturaleza o clase de acción (recordemos, que se trate de acciones meramente declarativas o de condena de hacer o no hacer), a la legitimación extraordinaria para la protección de los intereses difusos, se quiebra en la acción de cesación o no.

Desde mi punto de vista, es claro que el precepto transcrito habla de forma genérica de «actor», por lo que habrá que interpretar que las Asociaciones de Consumidores y Usuarios cuya acción de cesación de utilización de CGC prospere podrán, en nombre de la generalidad de los consumidores y usuarios, solicitar la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios causados al consumidor en dicho uso.

En consecuencia, se está legitimando a estas entidades para actuar intereses difusos en acciones pecuniarias o indemnizatorias. Lo cual nos recuerda a un tipo de acción general conocido en el mundo del Derecho anglosajón que viene a servir para que un daño causado a todo un grupo de personas pueda ser reclamado por una de ellas en nombre de todos los interesados de la misma manera en el asunto: la denominada *class action* (127). De tal forma que la sentencia en este tipo de acción se tendrá que pronunciar imprescindiblemente sobre todos los afectados si los conoce (128), y si son de imposible

(126) El efecto es lógico, habida cuenta de que la acción colectiva implica un pronunciamiento previo acerca de la nulidad de la cláusula controvertida y, por ende, tendrá, en su caso, que pronunciarse respecto de su principal efecto: la restitución de lo dado retroactivamente (ex. art. 1.303 del Código Civil).

(127) RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios», en AC, núm. 29, semana del 19 al 25 de julio, 1993, pág. 489, indica que si bien el origen de estas acciones es Norteamérica, son también conocidas en Inglaterra con el nombre de «representative action», constituyendo una medida disuasoria para los empresarios y comerciales prepotentes e incumplidores.

(128) DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos*, Estudios sobre Derecho de Consumo, Iberdrola, S.A., Bilbao, 1994, págs. 78-80, relata como ejemplo histórico de esta clase de acción reconocida en los países del Common law, el caso del cliente de la General Motors que, sufriendo un perjuicio en su automóvil, reclama por él y por los 67.000 adquirentes del mismo modelo de coche. El supuesto finaliza en transacción por la que la empresa se compromete a pagar a cada uno de los afectados una cantidad de 200 dólares en concepto de indemnización.

determinación (129), con una medida que alcance a la clase de interesados, aunque no coincidan exactamente con los que sufrieron la lesión (130).

Decía RODRÍGUEZ LÓPEZ que en nuestro Derecho el hecho de haberse ampliado la legitimación de las asociaciones y organismos públicos, podía constituir una variante de las llamadas *class action*; pero que realmente no existía una protección de los derechos concretos de cada consumidor, por lo que nuestras medidas de protección del consumidor no son tan eficaces pero sí más prudentes y jurídicamente más equilibradas (131).

Recuérdese lo dicho respecto de la legitimación extraordinaria prevista en la LEC para las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y, concretamente, la especificación de que para los intereses difusos (puesto que no se conocen con exactitud los afectados o perjudicados), el legislador limita la posibilidad de ejercer su tutela a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios representativas y no también a los posibles grupos de afectados. Aquí, en España, se permite pues la posibilidad de tutela de intereses difusos pero siempre con la mediación de una asociación legalmente habilitada; por lo que en definitiva, se controla por seguridad jurídica dicha posibilidad, alejándose de las *class action* en las que cualquier afectado puede entablar una demanda que beneficie al perjudicado de su misma clase o categoría.

En definitiva, tras la declaración del artículo 12 LCGC, respecto de la acción de cesación, creo que el acercamiento a las acciones de clase se ha producido; sólo que el legislador limita la posibilidad de solicitar la indemnización de daños y perjuicios, no a cualquier afectado por los mismos, sino a la Asociación de Consumidores y Usuarios que acredite haber asumido la defensa de los intereses generales en sus estatutos (132).

(129) BARRACHINA JUAN, «Las Asociaciones de Consumidores en el proceso contencioso-administrativo», Directiva, *Revista Jurídica de Estudios Monográficos sobre La protección jurídica del consumidor y el Derecho Comunitario Europeo*, PPU, 4.º trimestre, 1990, pág. 159, nota a pie de página núm. 7, considera que «en la actualidad y dada la profusión de medios de comunicación y publicidad, los intereses difusos pueden convertirse en concretos en corto espacio de tiempo».

(130) Ese fue el caso al que tuvo que enfrentarse un Tribunal de Los Angeles cuando tuvo que pronunciarse acerca de una solicitud presentada por una persona particular que había sufrido la subida de tarifas acordadas por el gremio de taxistas en dicha ciudad. Como no podía determinarse el número de afectados, el órgano jurisdiccional soluciona el asunto considerando mejor imponer una medida general consistente en que durante un lapsus de tiempo dicho gremio tendría que aplicar una rebaja en el servicio de taxis que prestara para contrarestar el perjuicio causado a los clientes. Y ello se acuerda, aunque verdaderamente no se tuviera conocimiento del número exacto de personas que fueron afectadas por la subida de la tarifa, y aunque en algún caso (nos imaginamos que los mínimos o muy hipotéticos) tuvieran que pagar justos por pecadores.

(131) RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios», en AC, núm. 29, semana del 19 al 25 de julio, 1993, pág. 489.

(132) Además, creo con DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La posición del consumidor y el ejercicio de sus derechos. Daños causados por productos defectuosos*, Estudios sobre Dere-

La puesta en práctica de las solicitudes de indemnización la articula la LCGC, nos imaginamos por economía procesal, a través del «trámite» de ejecución de sentencias, verdadero procedimiento pese a su nombre. Y este hecho nos sitúa ante la necesidad de seguir el correspondiente incidente, cuya resolución será susceptible de recurso de apelación en ambos efectos (art. 949 LEC) y, a su vez y en su caso, ulterior recurso de casación (art. 1.687.2.º LEC).

En cualquier caso, el legislador parece que se decidió en el último momento por la posibilidad comentada de permitir solicitar indemnizaciones por daños y perjuicios a través de determinados colectivos, pues dicha opción aparece en el trámite final de aprobación de la LCGC.

c) INSUFICIENCIA DE LAS ACCIONES COLECTIVAS PARA LA TUTELA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR

La Doctrina hace tiempo que muestra no sólo su preocupación por la tutela efectiva del consumidor (133) sino las deficiencias de los procedimientos contemplados en nuestras leyes procesales civiles para llevarla a cabo (134). Aún con todo, siguen habiendo posturas disonantes, como la esgrimida últimamente por FAIRÉN GUILLEN (135).

cho de Consumo, Iberdrola, S.A., Bilbao, 1994, pág. 82, que la entrada por la que se podría adoptar en nuestro Derecho la acción de clase es el artículo 7 de la LOPJ, el cual, si bien podía servir para justificar determinadas demandas encaminadas a una simple declaración (v.gr. nulidad de una cláusula, ilegitimidad de una determinada modalidad comercial, etc.), vemos en él una base para dar cauce a demandas de condenas.

(133) Vid. BONET NAVARRO, «Especialidades procesales en materia de consumo», Directiva, *Revista Jurídica de Estudios Monográficos sobre La protección jurídica del consumidor y el Derecho Comunitario Europeo*, PPU, 4.º trimestre, 1990, págs. 168 y 169, apunta que España establece preceptos procesales tímidos de protección del consumidor; resalta el de la Ley de 27 de julio de 1968, reguladora de la percepción de cantidades anticipadas en la construcción de viviendas y ventas, posibilitada en su artículo 3 que el consumidor utilice el juicio ejecutivo de la LEC para reclamar al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el comprador tuviere derecho conforme a la Ley.

(134) Vid. DÍEZ-PICAZO, *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado (dos esbozos)*. Civitas, Madrid, 1999, pág. 44.

En general la preocupación es extensible a todas las ramas del Derecho. Así, del Ordenamiento mercantil clásico, FONT GALÁN, «La protección de los consumidores en el Derecho Privado: del viejo Derecho de los comerciantes al nuevo Derecho de los consumidores», en *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, págs. 35 y sigs., considera que «está desconectado en buena medida del proceso económico fabril y empresarial y, desde luego, absolutamente tecnológico, insensible a los fenómenos de masificación industrial, social y jurídica, y descomprometido con el consumo». Y, en general, señala que a partir de la década de los años setenta se generaliza la opinión de que el ordenamiento jurídico no es adecuado para proteger eficazmente al consumidor.

(135) *Panorama crítico del proceso civil español (1938-1998)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1998, pág. 45. Dirá: «se culpa a la justicia española de ser "excesivamente

Se dice de nuestras leyes procesales que se pensaron para la defensa individual (136) y que a pesar de ello, tampoco están dando sus mejores frutos. A veces, se consideran demasiado garantistas de los derechos de las partes en el proceso, y ello complica y retrasa la justicia que se solicita. Para algunos no se trata tanto de ofrecer procedimientos eficaces como de acciones que sí lo sean (137).

Una vez más nuestro legislador vuelve a utilizar la normativa procesal existente en nuestro ordenamiento jurídico para conformar los procedimientos por los que discurrirán las acciones colectivas que contempla, no aportando normas procesales especiales, como sí lo hizo en otros ámbitos (138). Concretamente, optará por el procedimiento ordinario de menor cuantía (art. 14 LCGC), siendo el Juez competente el de Primera Instancia del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, el de su domicilio (art. 15 LCGC).

e1. *Procedimiento*

Respecto del procedimiento, es cierto que el juicio de menor cuantía es el procedimiento *standard* en nuestro ordenamiento desde la reforma urgente de la LEC operada por Ley 34/1984, de 6 de agosto; pero también lo es que, junto con el procedimiento de mayor cuantía, suele durar largo y tendido (139). Ya se dijo que al consumidor, al menos de forma individual, le

formalista". Las viejas leyes procesales quizá lo eran; las modernas españolas son de tan mediocre inspiración y factura, que ya no se sabe lo que es "forma" y lo que está justificado o no». Más adelante (pág. 46), dirá: «De excesos formalistas se ha pasado abruptamente —...— a la idea de un proceso sin casi formalidades, volviendo a la tristemente famosa construcción».

(136) ACOSTA ESTEVEZ, *Tutela procesal de los consumidores*, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 145.

(137) RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios», en *AC*, núm. 29, semana del 19 al 25 de julio, 1993, pág. 481.

(138) V.gr. en materia de Propiedad Intelectual, contempló en el Libro III de la Ley 1/96, de 12 de abril de 1996, la tutela judicial, ya que su título I se intitula «Acciones y procedimientos». Se prevé, efectivamente, una acción de cese del infractor y otra para exigir indemnización de daños materiales y morales causados (art. 138, 1.ª párr.). Pero de ellas no se establece el tipo de procedimiento por el que deberán discurrir, por lo que tendrá que aplicarse la LEC para determinarlo según la cuantía.

Asimismo se regulan las medidas cautelares necesarias que se podrán adoptar con carácter urgente en caso de infracción o cuando exista temor racional y fundado de que la misma se va a producir (art. 138, 2.ª párr LPI). Para su adopción, sí se regula un procedimiento específico a seguir (art. 142 LPI).

La Ley General de Publicidad 34/1988, instituye igualmente el procedimiento de menor cuantía (art. 29).

(139) Parece el más adecuado por la mayor brevedad de sus plazos; sobre todo si se le compara con el prototipo de procedimiento anterior a la reforma de la LEC de 1984,

interesa que la Justicia sea rápida y gratuita. Con este procedimiento no se podrán, normalmente, alcanzar.

Por una parte, es un hecho que el juicio de menor cuantía, por su configuración y por las vicisitudes de nuestros juzgados, suele durar entre doce y catorce meses aproximadamente (140) cuando su tiempo de duración normal habría de ser de tres meses; también lo es que el legislador comunitario, visto el retraso en la administración de justicia en el ámbito del consumo, propiciara varios intentos de justicia rápida en determinados países, como ya se comentó (141).

Siendo estos datos de sobra conocidos, hace que se entienda menos la opción del legislador por el juicio de menor cuantía, nunca dudada en todo el proceso de configuración de la norma (142); si no fuera atendiendo a la explicación facilitada por el limo, señor CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA (143), quien ante la interpelación en su ponencia acerca de si el legislador no encontró otro procedimiento más ágil en nuestro Ordenamiento, contestó diciendo que, estando pendiente la modificación de la LEC, el legislador, en el momento de redacción de la norma relativa al procedimiento por el que iban a discurrir las acciones colectivas, prefirió esperar al cambio que inevitablemente habrá de sufrir el juicio de menor cuantía transformándose en un proceso más sumario.

Efectivamente, la que será, cuando entre en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, regula el llamado juicio ordinario; esto es, una clase de proceso declarativo ordinario (art. 248) por el que habrán de plantearse, entre otras, las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de la contratación (art. 249.1.5.º). De él habrá que esperar a que sea en verdad un procedimiento más ágil y sumario que el actual de menor cuantía.

o juicio de mayor cuantía. Vid. su comparación en GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal civil*, Vol. I, *Parte General. El proceso declarativo ordinario*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1979, apéndice, págs. 521 a 526.

(140) Así se pone de manifiesto en el Libro Blanco de la Justicia, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pág. 158. Las cifras dadas por el Consejo parecen ser casi idénticas a las arrojadas en cuanto a la duración de los procesos en general por el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalitat de Cataluña. Además son cifras, las manejadas, que no incluyen el tiempo de ejecución de la sentencia obtenida.

(141) Lo último en la Unión Europea es la Propuesta de Directiva del Parlamento y el Consejo por la que establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales (98/C 168/09) COM (1998) 126 final, 98/0099 (COD), ya que el artículo 6 dice que «Los Estados miembros establecerán procedimientos simplificados que se aplicarán a las deudas hasta un umbral no inferior a 20.000 ecus. Dichos procedimientos permitirán aplicar unos métodos simples y de bajo coste para proceder judicialmente al cobro de las deudas».

(142) Vid. artículo 13.1 del Proyecto de Ley.

(143) Ponencia intitulada *Condiciones Generales de la Contratación*, en la Primera Jornada sobre la Ley de Condiciones Generales de Contratación, organizadas por el Área de Salud y Consumo del Ayuntamiento de Madrid el día 26 de mayo de 1998.

De otra, como apuntaba el representante de la Organización de Consumidores y Usuarios, don ANTONINO JOYA VERDE, hubiera sido preferible encaminar la defensa de los consumidores a través del juicio verbal (que, por cierto, se sigue manteniendo en la LEC), para residenciar, entre otras, las demandas cuya cuantía no exceda de quinientas mil pesetas (art. 250), ya que el juicio de menor cuantía, del mismo modo que el referido «ordinario» (arts. 23 y 31 LEC actual), necesita siempre postulación, lo cual supone un coste importante para las Asociaciones de Consumidores y Usuarios (144). El juicio verbal en la nueva LEC no necesitará ni abogado ni procurador cuando su cuantía no exceda de ciento cincuenta mil pesetas.

Desde mi punto de vista, al quedar vigente la LGCU tras la publicación de la LCGC, podría aplicarse a este tipo de acciones colectivas su artículo 20.1.º y entender que determinadas Asociaciones de Consumidores y Usuarios (145) podrán litigar en forma gratuita, puesto que parece configurarse en la LGCU como una protección prioritaria, la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios que guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado (art. 2.º2). Claro está que, fuera de este supuesto, imperará el criterio de vencimiento para la determinación del pago de las costas y otros gastos originados en los procedimientos que se entablen; v.gr., los derivados de la publicación de las sentencias estimatorias firmes, bien en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y/o en el periódico de mayor circulación de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiera dictado la sentencia que, acordada por decisión judicial, serán de cargo del demandado y condenado, el cual tendrá un plazo de quince días desde la notificación de la sentencia para asumir el cargo (art. 21 LCGC) (146). No se imponen, sin embargo, los gastos de inscripción de las sentencias estimatorias en el Registro de Condiciones de la Contratación, que, por cierto, a diferencia del supuesto de la publicación de la sentencia antes vista, ya no es algo a decidir por el órgano jurisdiccional sino de obligado cumplimiento por el mismo.

No obstante lo dicho, se habrá de recordar con la STS de 20 de noviembre de 1996 —que desestima la alegación de la Asociación de Consumidores de España de no sufragar las costas de la parte contraria en base a la falta de

(144) Para RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios», en AC, núm. 29, semana del 19 al 25 de julio, 1993, pág. 481, hubiera sido deseable que se siguiera el procedimiento laboral regulado en la Ley de Procedimiento Laboral.

(145) Se entiende que únicamente las que se constituyan con arreglo a la Ley de Asociaciones, porque las que lo hagan por la Ley de Cooperativas se contemplan en número distinto dentro del artículo 20 citado.

(146) La imputación de estos gastos fue decidido en el último momento en el Senado, porque el Proyecto de LCGC no mencionaba este extremo.

temeridad al litigar basada en el artículo 20 Ley 26/84—, que aunque la UCE tenga el beneficio de justicia gratuita, ello no la exime de que le sea aplicado el artículo 523 LEC, ni el régimen general de los artículos 47 y 48 LEC, vigentes al momento de iniciarse el litigio, a criterio del Tribunal, si es vencida en juicio (FD 5.º) (147).

c.2. Competencia territorial

En lo relativo a la competencia territorial, si bien el legislador, al señalar al Juez de Primera Instancia del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, el Juez de su domicilio (art. 15 LCGC), parece haber sido no sólo coherente con la filosofía que impera la previsión de las acciones colectivas sino con el extremo apuntado de la imputación del cargo de la publicación de la sentencia en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y/o en el periódico de mayor circulación de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiera dictado la sentencia.

Sin embargo, tal determinación de la competencia territorial contrasta con la experiencia jurisprudencial y legal vivida en España en los últimos años (148) y, concretamente:

- Con alguna cláusula que desfavorece al consumidor y que ya había sido puesta en entredicho ante nuestra jurisprudencia con anterioridad a la LCGC; nos referimos a la cláusula número 27, recogida en la lista de cláusulas abusivas de la LCGC (Disposición Adicional 1.ª) en el nuevo artículo 10.bis que crea para su incorporación a la LGCU, «de sumisión expresa al Juez o Tribunal distintos del que corresponda al

(147) La nueva Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (BOE núm. 11, del 2 de enero de 1996), que entró en vigor a los seis meses de su publicación, reconoce el derecho de asistencia gratuita a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios en paridad con la Cruz Roja Española y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sin necesidad de acreditar (ahí la novedad legislativa), insuficiencia de recursos para litigar, extremo que sí exige a los únicos entes sociales que menciona el artículo 2 de la Ley como posibles beneficiarios de la asistencia gratuita (v.gr., las Asociaciones declaradas de utilidad pública por la Ley 191/64, de 24 de diciembre, de Asociaciones, y las Fundaciones inscritas en el registro administrativo correspondiente). Vid. en la posible corrección del tema, HERRERO PERZAGUA, «El beneficio de justicia gratuita y las Asociaciones de Consumidores», Directiva, *Revista Jurídica de Estudios Monográficos sobre La protección jurídica del consumidor y el Derecho Comunitario Europeo*, PPU, 4.º trimestre, 1990, págs. 206 y 207.

(148) Pero no sólo actualmente. Ya en la Ley 50/65, de 17 de julio, sobre la regulación de la venta a plazos de bienes muebles, se establecía que la competencia territorial correspondía a los Juzgados y Tribunales del domicilio del comprador, «siendo nulo cualquier otro pacto» (art. 14), lo que viene a corroborarse por la LEC, artículo 52.2.

domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación, o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble...» (149). Como se ha puesto de manifiesto (150), este tipo de cláusulas de sumisión a los Jueces y Tribunales del domicilio del empresario predisponente se generalizó en el ámbito de los contratos de seguros, lo que dificultaba el acceso de los asegurados a los órganos jurisdiccionales, y ello dio lugar a la aparición del artículo 24 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado que estableció como juez competente para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de seguro el del domicilio del asegurado, considerando nulo cualquier pacto contrario.

- Con la proscripción a partir del año 1992 en que se publica una reforma parcial de la LEC por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de la sumisión expresa a fuero en los juicios verbales y ejecutivos, aunque se haya entendido que más que para conseguir la protección del consumidor, la prohibición se encaminaba a evitar la acumulación de pleitos en determinadas jurisdicciones (151). Y,
- con la propia idea originaria del legislador de CGC, quien en el Anteproyecto expresó que el pacto de sumisión expreso es nulo a menos que sea el Juez o Tribunal del domicilio del contratante-consumidor (art. 22).

Por lo dicho estimo que debería haberse hecho caso de la recomendación del Consejo del Poder Judicial cuando apuntó en su día que la competencia territorial debería haberse atribuido, a elección del demandante, el del domicilio del consumidor, el del lugar de celebración del contrato o el del lugar del establecimiento del demandado (152).

En la LEC se deroga el artículo 9.3 sobre competencia territorial (Disposición Derogatoria única 2. 15.º), dejando pues la cuestión sometida a las

(149) Vid. últimamente, BLANCO PÉREZ-RUBIO, «La nulidad de las cláusulas de sumisión expresa en los contratos de adhesión», en *Jurisprudencia Práctica*, núm. 140, Tecnos, Madrid, 1998, autora que, analizando cuidadosamente la jurisprudencia del TS, tanto antes como después de la Directiva 93/13, observa un cambio de jurisprudencia del Alto Tribunal cuando llega a afirmar que las cláusulas de sumisión expresa son abusivas; ante tal infracción y cuando aún la Directiva no había sido traspuesta por España, el Tribunal o la aplicará directamente, dando lugar al llamado efecto horizontal, o lo hará por el llamado efecto horizontal indirecto, dando lugar a la responsabilidad del Estado por incumplimiento del plazo de trasposición de la Directiva.

(150) RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios», en AC, núm. 29, semana del 19 al 25 de julio, 1993, págs. 485 y 486.

(151) RODRÍGUEZ LÓPEZ, «Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios», en AC, núm. 29, semana del 19 al 25 de julio, 1993, pág. 486.

(152) Véase Informe de la Comisión de Estudios e Informes del Consejo del Poder Judicial, Pleno, segundo Trimestre, 1997, pág. 73.

reglas de competencia territorial especialmente previstas en los artículos 50 y siguientes; pero desgraciadamente, la solución dada por la LEC es dual: para las acciones individuales (declarativa de no incorporación al contrato y declarativa de nulidad de las CGC), será competente el tribunal del domicilio del demandante; mientras que para las acciones colectivas la competencia será la del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, el de su domicilio, salvo que fuere un domicilio extranjero, en cuyo caso, el competente sería el del lugar en que se hubiera realizado la adhesión (art. 52.14).

Por tanto, no establece una competencia territorial especial en este ámbito, como sí en otros, v.gr., seguros, ventas a plazos de bienes muebles corporales, contratos de prestación de servicios o relativos a bienes muebles cuya celebración hubiera sido precedida de oferta pública, en cuyos supuestos el Tribunal competente será el del domicilio del asegurado, comprador, prestatario, o del domicilio de quien hubiera aceptado la oferta, respectivamente (ex. art. 50.2).

d) MEDIDAS DE POTENCIACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS

No cabe duda de que la Ley acierta en cuanto a la forma de dar publicidad a la contratación en masa, pues la publicidad se extiende no sólo a las cláusulas que sean declaradas condiciones generales de la contratación y a aquéllas que devengan nulas, sino también a las sentencias dictadas y ganadas en las acciones individuales y colectivas.

Es la primera norma europea que prevé la posibilidad de inscripción de cláusulas contractuales (153). Y el Registro se revela como la medida de apoyo al control judicial imprescindible para, como ya expresé, evitar la multiplicidad de pleitos tanto individuales como colectivos que pudieran derivarse del uso en el tráfico de cláusulas generales de contratación (vid. Exp. Motivos, Real Decreto 1828/1999, párr. 4.º).

Además de esta base, y para mitigar la falta de formulación de normas procesales específicas, la LCGC prevé las siguientes medidas específicas:

d.1. *Litisconsorcio activo cuasi-necesario*

El artículo 18 LCGC, en sus dos primeros números, declara la oportunidad de que las entidades legitimadas colectivamente puedan personarse en

(153) En Alemania y en Portugal sólo se publican las sentencias.

procesos promovidos por otra cualquiera de ellas «para la defensa de los intereses que representan».

A pesar de que tras la vigencia de la LEC el artículo quede derogado (vid. Disposición Derogatoria única, núm. 2, 15.º), lo cierto es que el artículo 16 LCGC queda engordado con un segundo párrafo que añade la Disposición Final sexta, número 4, que expresa la misma idea en idénticos términos.

Se ha procedido a destacar la expresión de la Ley con el entrecomillado para dejar claro que la representación de la que habla el precepto no limita, ni la defensa de los intereses colectivos, ni la de los difusos cuando fuere necesario (154).

De esta manera se está propiciando el litisconsorcio activo cuasi-necesario; esto es, la posibilidad de intervención de otra persona como parte actora en un proceso en marcha, pudiendo desde entonces utilizar los medios de defensa o recursos que existen en el mismo de forma independiente al actor (155).

En la LEC se prevé específicamente la intervención de consumidores o usuarios a nivel individual en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos (art. 13.1.2.º), y también su posible llamada a los procesos promovidos por asociaciones o entidades para la protección de sus intereses colectivos y difusos (art. 15), pero no de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios; de ellas sólo se predica su condición de parte procesal legítima para la protección de intereses colectivos de consumidores y usuarios (art. 11).

Así pues, considerando que el artículo 18 de la LCGC no quedará derogado a la entrada en vigor de la LEC, pues se reproduce en el segundo párrafo del artículo 16 LEC, para poder entender que quedan autorizadas dichas entidades para su intervención en las demandas promovidas por otras asociaciones habría de residenciarse esa oportunidad en el artículo 13, número 1, entendiéndose que cualquier asociación de consumidores tendrá que ser considerada, en principio, con interés directo y legítimo en el resultado del pleito si en sus estatutos queda reflejado el mismo.

(154) Piénsese que en el caso de que se instara una acción colectiva por ente social sólo para la defensa de sus asociados, por virtud de este precepto, una asociación de consumidores y usuarios podría intervenir en la misma pero en representación general de cualquier consumidor y no sólo de sus asociados.

(155) MONTERO AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 80 y sigs., describe así el litisconsorcio cuasinecesario: un proceso ya iniciado, que quien intervenga no sea a su vez ni actor ni demandado y que se admita su intervención por el órgano jurisdiccional en base a la acreditación, bien de su cotitularidad en el derecho que se discute, bien que la imputación de la obligación también debió formularse contra él.

d.2. *Plazo de prescripción de las acciones*

Salvo la acción declarativa y la acción de nulidad (156) que, por lógica, son imprescriptibles (art. 19.3.º LCGC), las demás acciones colectivas están sometidas a un plazo de prescripción de dos años a contar desde el instante en que se practicó la inscripción de las CGC cuya utilización o recomendación pretenden hacer cesar (art. 19.1.º LCGC y artículo 17.1, Real Decreto 1828/1999).

Es un plazo corto y gravoso, a juicio del Consejo General del Poder Judicial (157), pero quizá acorde con las necesidades del tráfico socio-económico (158), con nuestro Derecho (159) y con el Derecho europeo (160).

Sin embargo, se palia y aumenta cuando se otorga la posibilidad de que a través de una acción de nulidad o de no incorporación individualmente instadas, pueda restablecerse el plazo de prescripción perdido. Esto es, el caso que está pensando el artículo 19.2.º LCGC es el siguiente: el ente social legitimado colectivamente se despista respecto de determinada CGC inscrita en el Registro y, pierde el plazo de prescripción para hacerla cesar. Sería inatacable si no fuera porque tras una acción de nulidad ejercitada individualmente se reabriera la oportunidad con un plazo más breve (un año, a contar desde la declaración judicial firme de nulidad o no incorporación).

Con todo, tiene razón el Consejo General del Poder Judicial cuando afirmó respecto de este punto que «no puede sostenerse que merece protección por la simple inscripción el que usa condiciones abusivas», pues entre otros motivos, el Registro que se instaura es un Registro «de depósito», lo que significa que los principios hipotecarios no juegan en el mismo. En consecuencia, hubiera sido más conveniente seguir su consejo y declarar la imprescriptibilidad de las acciones (161).

(156) Se trata de una nulidad parcial, pero absoluta, y sometida a las reglas generales de la nulidad absoluta, cuya característica principal es su imprescriptibilidad.

(157) Lo comparaba, en su informe al Anteproyecto, con los fijados por el Código Civil. Pleno, segundo trimestre, 1997, pág. 74.

(158) La Exposición de Motivos de la LCGC (IV, último párrafo) considera suficiente, a efectos de seguridad jurídica, el plazo de dos años de prescripción contemplado.

(159) Los mismos dos años se contemplan en las acciones de cesación previstas en la LGP, LCD y LPI.

(160) La Ley alemana de Condiciones Generales de la Contratación establece el mismo plazo de prescripción de la acción de cesación en estos términos:

«Las pretensiones previstas en el apartado I prescriben a los dos años contados a partir del momento en que quien tiene derecho a ejercerlas conoció la aplicación o recomendación de las condiciones generales de negocio ineficaces y sin consideración a dicho conocimiento, a los cuatro años de la correspondiente aplicación o recomendación (párrafo 13.IV).

(161) Pleno, segundo trimestre, 1997, pág. 75.

d.3. *Recurso de casación y efectos erga omnes de la sentencia recaída*

Ya ponía de manifiesto la Doctrina (162) que la vía jurisprudencial adolece de inevitables e importantes limitaciones, al no permitir una fiscalización preventiva de los contratos de adhesión y, al no poseer fuerza normativa general la jurisprudencia, pues la sentencia, formalmente hablando, sólo es eficaz respecto del caso concreto que suscita el fallo, y no afecta a los demás, aunque sean análogos e incluso idénticos.

Conforme con la consideración de que las acciones pueden entenderse de cuantía inestimada siguiendo la LEC, el artículo 18.3 LCGC dice que podrán recurrirse en casación ante el Tribunal Supremo. Nada se dice, sin embargo, de las acciones de nulidad o de no incorporación; por lo que habrá que entender que llegarán a casación únicamente si su cuantía sobrepasa los seis millones de pesetas [1.687.1.º c) LEC] (163).

Es singular el efecto de la sentencia vertida en el artículo 20.4 LCGC. Reza así el precepto:

«La sentencia dictada en recurso de casación conforme al artículo 18 de esta Ley, una vez constituya doctrina legal, vinculará a todos los jueces en los eventuales ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la referida sentencia, siempre que se trate del mismo predisponente».

El precepto del que procede el transcrito era el artículo 19.4 del Proyecto de CGC. Y en él el legislador plasmó lo que se denomina «cosa juzgada material» (164) (o la extensión del efecto previsto para una sentencia a otro juicio ulterior), claro está, aunque la configurase con ciertas peculiaridades, pues en él podía no concurrir la perfecta identidad subjetiva exigida por el artículo 1.252.1.º del Código Civil (165).

(162) ROYO MARTÍNEZ, «Contratos de adhesión», en *ADC*, Tom. II, Fas. I, enero-marzo 1949, pág. 64.

(163) El Proyecto de LEC fija en su artículo 480 la cuantía del asunto en quince millones de pesetas. La LEC, recientemente aprobada, eleva la cuantía a veinticinco millones de pesetas (art. 477).

(164) GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal civil*, Vol. I, *Parte General. El proceso declarativo ordinario*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1979, pág. 427, define la cosa juzgada formal como «la preclusión de los medios de impugnación».

(165) La extensión de la sentencia a otros procedimientos en los que haya una controversia sobre una CGC, como en cualquier materia, es siempre posible; claro está, cuando se puedan verificar los requisitos en los que se fundamenta la cosa juzgada material que no son otros sino los que expresa el artículo 1.252 del Código Civil de esta forma: «es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron». Especifica el propio precepto que «hay

La norma sugiere el comentario de que ya la simple expresión particular de que en el supuesto de contratación en masa jugara la cosa juzgada material resultaba ser un hecho novedoso, porque sólo de forma general esta institución ha sido contemplada en nuestro Derecho; así en el artículo 1.252 del Código Civil o en los artículos 161, 544, 1.479 y 1.617 LEC.

Sin embargo, en la fase final de aprobación de la norma, nuestro legislador prefirió apartarse de la institución que hemos comentado y exigir no la firmeza de la sentencia sino la constitución de doctrina legal para entender que los jueces estarán vinculados por la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo en la contratación adhesiva; de donde se deriva que habrán de apreciar la cosa juzgada material de oficio.

Pese a todo albergo ciertas dudas para aplaudir la decisión del legislador plasmada en el apartado 4 del artículo 20; éstas:

1. Que esta vinculación de los órganos jurisdiccionales al Tribunal Supremo podría afectar de lleno al principio de independencia judicial proclamado por la Constitución (art. 117.1). No es loable que el Legislativo someta en ningún caso al Poder Judicial (166). Y no estimo que el interés del consumidor deba de protegerse por dicha vía. Quizá si se restituyera la confianza en el Poder Judicial, tan denostada desde la época de Napoleón, disfrutaríamos de una Justicia más rápida y eficaz para el consumidor.

2. La peligrosidad derivada de que se está otorgando al Tribunal Supremo un acusado carácter de fuente del Derecho; por una parte, porque su doctrina legal vinculará a los otros órdenes jurisdiccionales (carácter de normatividad), y, porque el cambio de doctrina legal llevará, al igual que los cambios legislativos, a seguirla igualmente.

3. La falta de eficacia proviene de que si el propósito de la norma es evitar la multiplicidad de litigios en el tráfico, podría haber utilizado otros medios, como el que resultó en su día novedoso y no fue, sin embargo, seguido posteriormente en el ámbito de la contratación de seguros; nos referimos al último párrafo del artículo 8 de la Ley del Contrato de Seguro que dice:

«Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas».

identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigir las u obligación de satisfacerlas».

(166) Vid. FAIREN GUILLEN, *Panorama crítico del proceso civil español (1938-1998)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1998, págs. 41 y 146.

Precisamente, el artículo 32 del Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación empleó una fórmula bastante parecida al transcrito precepto, obligando no sólo al demandado a eliminar de sus contratos las cláusulas declaradas ineficaces sino también a todos aquellos empresarios quienes, dedicados a la misma actividad emplearen cláusulas iguales a las declaradas ineficaces.

Cierto que de este precepto se realizaron grandes críticas por la Doctrina; v.gr., que podía resultar una norma que alterara el sistema de fuentes de nuestro Derecho, que era inconstitucional que se extendieran los efectos de una sentencia a quien no había podido ser oído en el juicio que dio origen a la declaración de nulidad, o que constituía un límite a los efectos de la cosa juzgada. No obstante, comparto con POLO (167) que la sentencia judicial es un simple mecanismo de puesta en marcha del aparato de vigilancia y control administrativo; por tanto, «la obligada modificación de las cláusulas idénticas no constituye un efecto directo de la sentencia sino una consecuencia del cumplimiento de una orden de la Administración cuyo presupuesto lo constituye precisamente la declaración judicial y su fundamento el mandato legal».

4. Puestos a elegir, prefiero la redacción dada al precepto en el Proyecto de Ley (art. 19.4), ya que, como bien apuntó el limo, señor CABELLO DE LOS COBOS, la picaresca de los predisponentes de no recurrir al TS podría no dar lugar a la exigida doctrina legal, y así evitar la aplicación del artículo 20.4.

5. Además, vemos cierta confusión en la redacción del precepto que podría criticarse de oscuro y ambiguo; confusión que podría dar lugar a realizar la siguiente interpretación:

Que en la acción declarativa caben pronunciamientos relativos a la nulidad de las cláusulas cuando esta clase de acción no está pensada para ello; antes al contrario, el fin de la misma es la declaración de una cláusula como condición general; y ya se dejó apuntado que para entrar en la calificación acerca de su validez o no, necesitaría que se acompañara de una acción de cesación; esto es, que se acumulara una acción de cesación.

En conclusión, no siendo común a las acciones colectivas la posibilidad de pronunciarse sobre la nulidad de las CGC controvertidas, no se entiende que el artículo 20.4 LCGC proclame sin excluir a la acción declarativa, que los órganos jurisdiccionales quedarán vinculados por aquellas sentencias dictadas por el TS en acciones colectivas en los eventuales posteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas; porque dando por supuesto que las cláusulas controvertidas en el segundo proceso han de ser idénticas a

(167) *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990, pág. 88.

las que hubieran sido objeto de la referida doctrina legal, si puede verse identidad es por una de estas dos causas: o bien que las cláusulas en las acciones colectivas pueden ser declaradas nulas, o que sin declararlas nulas, la estimación del *petitum* lleve implícita la declaración previa de nulidad. E insisto, así como parece lógico en las acciones de cesación y retractación, en la declarativa de condición general, creo no ser posible. Y,

6. Que en la Disposición Final sexta 2.15.º de la LEC se deroga el artículo 20 en su totalidad. Parece pues que el legislador ha pensado después los «pros y contras» de este apartado, decidiéndose por su derogación. Por lo que habrá de entenderse también derogado tácitamente el artículo 17.2 del Real Decreto 1828/1999, que dice: «Las sentencias firmes obtenidas en el ejercicio de acciones colectivas deberán inscribirse, conforme al artículo 22 de la Ley, en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, y vincularán a los jueces y tribunales en ulteriores procesos en los términos previstos en su artículo 20, siempre que en el proceso sea parte el mismo predisponente».

En definitiva, muy atrevido, peligroso y sustituible por otros medios parece el configurado por el artículo 20.4 LCGC. Pero debo estar exagerando porque, sin mayor pena ni gloria, la Exposición de Motivos de la LCGC pasa del comentario de este extremo diciendo: «Y la eficacia de las sentencias, que podrán ser no sólo invocadas en otros procedimientos sino que directamente vincularán al Juez en otros procedimientos dirigidos a obtener la nulidad contractual de cláusulas idénticas utilizadas por el mismo predisponente». Y la Exposición de Motivos del Real Decreto 1828/1999, lo reitera en su párrafo 4."

d.4. *La publicidad de las sentencias* (168)

Para conseguir el efecto de la sentencia descrito en el artículo 20.4 LCGC, la Ley arbitra, además del Registro de Condiciones Generales en el que se establece su posibilidad no sólo de inscripción sino de anotación (art. 11.4 y 3 LCGC y arts. 1 y 2 del Real Decreto 1828/1999) de aquella sentencia en que se acuerde la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general, dos medios de publicidad: el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» (BORME) y un periódico de los de mayor circulación de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiere dictado la sentencia (art. 21 LCGC).

El fin de la norma es conseguir la máxima difusión de que ciertas cláusulas generales no se utilicen o recomienden su utilización por considerarse

(168) En el Anteproyecto de Ley de CGC, el artículo 29 preveía la publicación no sólo de la sentencia sino de la admisión a trámite de la demanda.

nulas; y lo hace en dos planos: a nivel general a través del BORME; y a nivel local, vía periodística; qué mejor que se realice la información en el lugar en el que se producen los actos de utilización y recomendación de dichas cláusulas nulas.

En cualquier caso, a diferencia del primer medio de conocimiento de las sentencias (el Registro de las Condiciones Generales), en el que al Juez no se le da la oportunidad de decidir sobre la publicación o no de sus resoluciones estimatorias de acciones individuales y colectivas (art. 22 LCGC), en estos casos, una vez más, descansa sobre el órgano jurisdiccional la posibilidad de dar conocimiento de las sentencias, con la única limitación de que las mismas han de ser firmes y, no además, estimatorias. Por cierto, habrá de hacerlo en la propia sentencia que resuelva la pretensión de condena que fuere y no antes. Por lo que se ha de interpretar que si en dicho momento no se hizo, no se podrá acordar, por seguridad jurídica, en el procedimiento de ejecución de la sentencia.

En el Reglamento del Registro de CGC se prevé con el fin apuntado, que el Registro Central realice una publicación anual de aquellas sentencias judiciales inscritas como consecuencia del ejercicio de acciones individuales o colectivas, clasificadas por sectores y predisponentes, que podrá obtenerse gratuitamente por cualquier interesado, obligando su remisión al Consejo de Consumidores y Usuarios, al Instituto Nacional de Consumo y a los órganos responsables del consumo en cada Comunidad Autónoma (art. 21).

Por supuesto que la publicación de dichas sentencias correrá a cargo del condenado, disponiendo éste de un plazo de quince días desde la notificación de la sentencia para satisfacerlo. Habrá que esperar a otro desarrollo reglamentario para aclarar la consecuencia que la falta del cumplimiento de este extremo pudiera ocasionar, ya que en el Capítulo VII de la LCGC que prevé el Régimen sancionador no se contempla sino la sanción correspondiente al supuesto de la falta de inscripción de las condiciones generales en el Registro cuando ésta sea obligatoria (art. 24 LCGC), o el caso de que se incumplan los efectos sustantivos de las sentencias originadas por acciones colectivas de cesación o retractación. Y el Reglamento de CGC no se pronuncia sobre el particular.

La novedad de la publicación de la sentencia ha producido distintas reacciones en los diferentes tipos asociativos de consumidores:

Muestras de satisfacción presenta la Unión de Consumidores de España (169), quien ha expresado que la norma contenida en el artículo 21 LCGC

(169) En su representación hablaba doña Carmen Cabrero Acosta en las Primeras Jornadas sobre Condiciones Generales de Contratación celebradas en Madrid el día 26 de mayo de 1998.

será altamente positiva, pues gracias a ella, los jueces tendrán el basamento jurídico para conceder lo que en la práctica de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios era habitual pedir: la publicación de la sentencia. No obstante, también se apunta por este sector social, que lo criticable es que quede a la discrecionalidad del juez la publicación de las sentencias; a lo que hay que apuntalar que sólo queda a la reflexión judicial la publicación de sentencias que no hayan sido estimadas, pues, en claros términos imperativos se expresa el artículo 22 LCGC en este punto.

La Federación de Consumidores-Usuarios Independientes (170) (FUCI), ha expresado no ser suficiente dicha publicidad, calificando al BORME y a cualquier periódico de gran tirada de un capital de medios de información de muy difícil acceso. Por lo que se espera que se prevean reglamentariamente otros mecanismos más directos.

d.5. *Sometimiento voluntario a dictamen de conciliación*

Se pretende agilizar el control judicial *a posteriori* a través del denominado por la Ley «dictamen de conciliación», constituyéndose como un paso previo, aunque voluntario, a la interposición de las acciones colectivas.

Intenta ser un mecanismo disuasorio de la acción judicial. Como lo son también los sistemas de arbitraje y mediación; inclusive el inmerso en el propio juicio de menor cuantía que, evidentemente, no se caracteriza por ser declarativo plenario rápido, pero que desde la reforma de la LEC operada por la Ley de 6 de agosto de 1984, de reforma urgente, se constituye como el proceso ordinario base o «protomodelo» español, con *vis* atractiva sobre formas confusas en el ámbito civil (171).

Sin embargo, en la práctica son escasos los éxitos de estos mecanismos por diversas causas.

Respecto del trámite de conciliación previa previsto en el procedimiento de menor cuantía ante el propio órgano jurisdiccional, la causa es el propio órgano; existen bastantes reticencias por parte de los jueces de Primera Instancia a orientar a las partes a llegar a un acuerdo, para que esta tarea de acercamiento de posiciones no se pueda tachar de «prejuzgar» los hechos. Trasladándose la misma labor de mediación al Registrador de las Condiciones Generales puede que se consiga el efecto deseado. Claro está, que dicha tarea

(170) Así lo dijo su representante don Gustavo Samayoa Estrada.

(171) FAIREN GUILLEN, *Panorama crítico del proceso civil español (1938-1998)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1998, pág. 111. Vid. también artículo 26 LGP: el acto de conciliación que se prevé para hacer cesar la publicidad ilícita sin pasar por la organización judicial.

está limitada a la cuestión de la adecuación de las cláusulas controvertidas a la LCGC. Por lo tanto, el Registrador sólo ha de dar su parecer a esta adecuación; y lo hará a través de la emisión de un dictamen que, al no ser vinculante, las partes podrán no seguir y meterse, finalmente, en pleito. Claro está que las partes pueden expresamente hacerlo vinculante en la solicitud del mismo, o que incluso se pueda convertir en vinculante cuando el Registrador aprecie que la cláusula está dentro de las contenidas en la Disposición Adicional primera de la LGCU (art. 22.2 Reglamento de CGC).

Cierto que el dictamen emitido por el Registrador, se entiende, será imparcial; máxime cuando la LCGC expresa que en el dictamen el Registrador puede llegar a proponer una redacción alternativa de las cláusulas controvertidas. Por ello, y por buscarle alguna utilidad al dictamen que —aunque no se diga, muy probablemente las partes costearán por mitad—, la parte a cuyo favor se pronuncie el mismo, podrá aportarlo en el trámite procedimental correspondiente como prueba escrita. El valor que a la misma se le haya de dar por el órgano jurisdiccional será otro tema distinto, pero no menos importante; lo previsible es que tenga un cierto valor de peso, por lo que las partes preferirán no acudir al sistema de conciliación previsto; y así, el mecanismo pensado para la disuasión del camino judicial se iría poco a poco quedando en el abandono.

Por lo dicho, hubiera sido mejor que el legislador no hubiera abandonado su primitiva idea de obligar a pasar por este peldaño de conciliación antes de la interposición de la acción colectiva correspondiente (172); sin embargo, en aras de no producir un retraso importante en esta materia, afortunadamente, la LCGC transforma el verbo utilizado por el Proyecto de Ley («deberán») por «podrán».

VI. ACCIONES DE CESACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

De nada serviría lo dicho hasta aquí respecto de los diferentes medios de control en general adoptados por los Estados miembros de la Comunidad Europea, en opinión de la misma, si después de todo, dichas prácticas ilícitas producen sus efectos en un Estado miembro distinto de aquél de origen de las mismas.

(172) Salvadas las distancias, la LGP, en su artículo 26 fuerza tanto a los consumidores y usuarios como a las asociaciones que quieren hacer cesar una publicidad ilícita, a solicitar por escrito su cese previamente al anunciante, para que quede constancia fehaciente de su fecha, recepción y contenido, pues el requirente ha de justificar haber realizado la solicitud de cesación para ejercitar las acciones ante los órganos jurisdiccionales.

Llevada esta opinión al campo de la contratación en masa y a las condiciones generales de la contratación, tendríamos que decir, igualmente, que de nada habrían valido los esfuerzos de creación jurídica vertidos en la LCGC para paliar las prácticas de utilización y recomendación de CGC ilícitas, si se deja de controlar el caso siguiente: un empresario fuerte en el tráfico incluirá entre su clausulado una condición por la que ambas partes someten expresamente su acuerdo al Derecho de un país en el que el contenido del contrato sea enteramente válido; o bien establezca que se firmen sus acuerdos en un país donde la cláusula general que quiere imponer al consumidor no es en principio considerada abusiva o nula; en ambos supuestos habría logrado evitar la aplicación de las medidas de protección previstas en su país de origen contra dichos acuerdos, ya que por aplicación del número 5 del artículo 10 del Código Civil habría de aplicar la norma reguladora de la contratación en masa del país extranjero.

Unfair Contracts Terms Act, inglesa de 1977, en su sección 27, párr. 2.º, contempla este caso, prohibiendo la posibilidad de someter el contrato al Derecho extranjero sin causa justificada. Y antes, la Ley alemana sobre CGC (parágrafo 7) prohibía eludir la Ley diciendo que «esta Ley será aplicable también a los supuestos en que se intente eludir sus preceptos mediante otras formulaciones». Y en su parágrafo 10, dedicado a la llamada por la doctrina (173) lista de cláusulas «sospechosas» (esto es: las que sin ser *a priori* ineficaces por invalidez lo son posteriormente cuando así lo sean apreciadas por el Juez), se hace referencia con el número 8 a que es especialmente ineficaz «el acuerdo de sometimiento al Derecho extranjero... en los supuestos en que no exista para ello interés de reconocido valor». Es un problema de fraude de ley difícil de perseguir, por lo que aún previsto con carácter general (vid. Código Civil español, art. 6), es necesario adoptar otras medidas.

De ahí que la Comunidad Europea considere imprescindible la puesta en común y la coordinación de los esfuerzos de todos los Estados ante la eventualidad de que determinadas prácticas ilícitas nacidas en un Estado en el que son perseguidas, puedan producir efectos en otro en el que no lo son, y conseguir, por tanto, imponerse en contra del consumidor.

Para evitar ese resquicio de ineficacia de las normas nacionales en materia de protección de los intereses de los consumidores ante las infracciones intra-comunitarias que, evidentemente, pueden producirse en el ámbito de la contratación en masa (174), la UE ha elegido la acción de cesación o inhibitoria en

(173) SÁNCHEZ ANDRÉS, «El control de las Condiciones Generales en el Derecho Comparado», en *RDM*, núm. 157-158, julio-diciembre, Madrid, 1980, pág. 414.

(174) Vid. que la Directiva 98/27 hace referencia expresa a la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores en la lista aneja a la norma.

el seno del Derecho Comunitario desde el procedimiento previsto en el artículo 189.B Tratado. Se aprueba un mes más tarde que nuestra LCGC, la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (175), que entró en vigor el 30 de junio de 1998.

La UE ha elegido, fundamentalmente, el control judicial llevado a través de la acción de cesación para contrarrestar las infracciones intracomunitarias (art. 1). Lo cual es lógico si de lo que se trata es de idear una fórmula en la que se intente brindar protección a los llamados intereses colectivos.

Constituyen pues el ámbito de aplicación de la norma, en principio, sólo los intereses colectivos: ni los individuales ni los plurales. Aunque sí podrían protegerse los intereses difusos; puesto que la norma, en su artículo 7, aclara que la misma no impedirá el mantenimiento o la adopción de los Estados miembros de disposiciones que tengan por objeto garantizar, a escala nacional, una facultad de actuación más amplia a las entidades habilitadas y a cualquier persona afectada. En este sentido, ha de esperarse del legislador español cierta coherencia con la legitimación extraordinaria otorgada a las Asociaciones de consumidores y usuarios en la LCGC y en el Proyecto de LEC y, considerar que también estos entes sociales tendrán derecho a defender no sólo intereses colectivos sino difusos.

Así se expresa la Directiva en sus Consideraciones iniciales: «Considerando que los mecanismos que existen actualmente para garantizar el cumplimiento de dichas Directivas (176) no siempre permiten poner fin, a su debido tiempo, a las infracciones perjudiciales para los intereses colectivos de los consumidores» Cond. (2).

El articulado de la Directiva no define lo que se entiende por intereses colectivos, teniéndonos que remitir una vez más a sus Consideraciones; en ellas brinda una definición de los mismos de forma negativa:

«que por intereses colectivos se entiende los intereses que no son una acumulación de intereses particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción» Cond. (2).

(175) DOCU L 166/51, de 11 de junio de 1998. El origen de la Directiva es la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a las acciones inhibitorias en materia de protección de los intereses de los consumidores (96/C107/03). Pero a partir del Dictamen del Parlamento Europeo emitido sobre la propuesta de Directiva de 14 de noviembre de 1996 [C4-0127/96-96/025(COD)], quedará fijado el mismo tipo de acciones pero denominándolas «acciones de cesación». Finalmente, la Posición Común (CE) núm. 48/97 es aprobada por el Consejo el 30 de octubre de 1997, con vistas a la adopción de la Directiva señalada.

(176) Se está refiriendo a las que figuran en la lista aneja al documento que establecen normas de protección de los intereses de los consumidores. Vid. nota a pie de página núm. 1 de este escrito.

Sin embargo, sí que parte de un concepto de «infracción», como «cualquier acto contrario a las Directivas que figuran en el anexo, tal y como estén incorporadas al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, que atente contra los intereses colectivos a que se refiere el apartado 1» (art. 1.2).

¿Quién atiende la acción de cesación prevista?

Parece que este tipo de acción podrá interponerse tanto ante órganos jurisdiccionales como administrativos. El artículo 2.1 habla de que los Estados miembros «designarán las autoridades judiciales o administrativas competentes para resolver las acciones ejercitadas por las entidades habilitadas».

Lo que no aclara la norma en su articulado, aunque sí en sus consideraciones (177), es qué autoridades: las del lugar en que se realiza el acto ilícito o las del país del que es nacional el infractor, Estado del que normalmente también lo será el perjudicado. Es de suponer que las del país en el que la práctica constituye un acto ilícito a cesar.

Siguiendo con el ejemplo de partida; producida una infracción en Holanda (país caracterizado por su espíritu liberal en diversos aspectos), España podría, a través de sus entidades habilitadas, instar la acción de cesación de la utilización de las cláusulas contenidas en el contrato que fueron ya consideradas por la normativa española como abusivas, ante las autoridades españolas, las designadas por nuestro Estado, las cuales, aplicando nuestra LCGC, prohibirían el uso de dichas cláusulas.

¿Quién habrá de instar el control judicial?

La Directiva lo dejará a la elección de los Estados miembros, porque considera que los mismos pueden hacerlo por dos vías: previendo la formación de órganos públicos independientes que, por estar específicamente encargados de la protección de los intereses colectivos de los consumidores, puedan ejercitar en su nombre la acción de cesación prevista; o autorizando el ejercicio de la acción de cesación a determinadas organizaciones cuyo objeto sea igualmente la tutela de los intereses colectivos de los consumidores (art. 3).

Y los Estados miembros, una vez elegido el camino, que podrá ser también mixto, tendrán que poner en conocimiento de la CE los órganos designados para interponer la acción colectiva, a los efectos de que, imperando el principio de reconocimiento mutuo entre los Estados, se acepten en todos ellos (art. 3.1).

¿Para qué sirve la acción de cesación?

(177) Dirá en la Consideración núm. 11: «Considerando que a los efectos de las infracciones intracomunitarias, debería aplicarse a tales organismos y/u organizaciones el principio de reconocimiento mutuo; que los Estados miembros deberían comunicar a la Comisión, a instancia de sus entidades nacionales, la denominación y finalidad de sus entidades nacionales habilitadas *para ejercer una acción en su propio país* con arreglo a lo dispuesto en la presente Directiva».

El artículo 2 de la Directiva expresa que serán tres los pronunciamientos que podrán obtenerse por el órgano jurisdiccional mediante la interposición de la acción de cesación por las entidades habilitadas:

1. Ordenar cesar, valga la redundancia, de realizar actos que puedan ser constitutivos de infracción. En este caso, es curioso que la norma comunitaria lo exprese haciendo hincapié en dos extremos: que la orden se emita con la diligencia debida y, que se haga, en su caso, mediante procedimiento de urgencia.

Respecto a la diligencia o no de la orden, tiene su razón de ser, puesto que habrá que extremar el cuidado en la ejecución de la sentencia recaída, ya que podrá tener sus inevitables incidencias en el país en que se produjo y nadie discutió la licitud de la infracción. Dense cuenta que para ello servirá el principio de reconocimiento mutuo del que se habla en la norma.

Tampoco es casualidad que se apunte como posibilidad seguir un procedimiento abreviado o más rápido por el que habrán de transcurrir las acciones de cesación que se entablen. Es claro que la CE, habiendo analizado las legislaciones actuales de los Estados miembros, concediera oportuno indicar que se arbitren procedimientos rápidos para dilucidar la defensa de los intereses colectivos.

Esto *in mente*, si España traspusiera esta futura Directiva y previera un procedimiento sumario a seguir al entablar las acciones de cesación por infracción intracomunitaria, por coherencia interna de su ordenamiento, debería proceder a modificar la LCGC en lo relativo a la necesidad de seguir el juicio de menor cuantía en las acciones colectivas vistas (178).

2. Que se adopten las medidas que se estimen oportunas para dar publicidad e información de la sentencia que se obtenga de la acción de cesación, con el fin de paliar los efectos duraderos que la infracción haya ocasionado en el tráfico. A título de ejemplo, la norma comunitaria indica dos posibles medidas: publicar total o parcialmente la sentencia, o una declaración rectificativa.

La primera medida ya fue adoptada por la LCGC con la creación *ex novo* del llamado Registro de las Condiciones Generales y, con la oportunidad de que a juicio del órgano jurisdiccional, se publicare en el «Boletín del Registro Mercantil» y/o también en un periódico del territorio en que se ventilo judicialmente la materia debatida; la segunda, no se prevé en la LCGC, pero sí en la Ley General de Publicidad.

3. Condenar, en su caso, al pago de una cláusula penal que se impondrá a la parte demandada cuando pierda, para el caso de incumplimiento de la resolución judicial, consistente en el pago de una cantidad fija por cada día

(178) Sobre la oportunidad del juicio de menor cuantía y su posible sustitución por el nuevo previsto en el Proyecto de LEC, vid. epígrafe V.c) de este estudio.

de retraso o cualquier otra cantidad prevista en la legislación nacional. El abono de la misma ha de realizarse al Tesoro Público o al beneficiario designado por la legislación nacional.

La norma comunitaria nos parece singular en este apartado por las siguientes razones:

- Porque la cláusula penal prevista viene impuesta *ope legis*, cuando la institución es prototipo de las relaciones jurídico-privadas.
- Porque opera sólo en perjuicio del demandado, nunca del demandante; por lo que no sigue el criterio de vencimiento para imponerla. Habrá que pensar que es un beneficio más concedido al consumidor.
- Porque no aclara los criterios que se habrán de seguir para adjudicar la cuantía de la pena impuesta al beneficiario o al Tesoro Público del Estado que dirige el conflicto.

Sólo estos tres pronunciamientos pueden conseguirse al finalizar la acción de cesación vista. No caben otras peticiones ni añadir otros pronunciamientos como peticiones de condena, los cuales, como se vio, sí estaban permitidos en la LCGC.

Además del control judicial, la Directiva considera importante que los propios Estados miembros puedan evitar cuanto más juicios mejor a través de lo que denomina «consulta previa» a cargo de la parte que se proponga interponer una acción de cesación. Recomendando para ello que los Estados miembros la establezcan con carácter obligatorio; esto es, que sin haber solicitado la consulta previa, no se pueda ejercitar la acción de cesación. Salvo que la consulta no se atienda en el plazo de dos semanas a contar desde la recepción de su petición. El no atenderse significa que la consulta no haya dado lugar a la cesación de la infracción. Consciente de la posible dilatación en el tiempo de la consulta previa, propone a los Estados que sería aconsejable establecer un plazo de caducidad de quince días a contar desde la recepción de la solicitud de consulta; pasado el cual se podrá instar la acción de cesación (art. 5).

También autoriza a los Estados miembros que la consulta se haga, bien directamente con la parte demandada, bien en presencia de un organismo público independiente específicamente encargado de la protección de los intereses colectivos, si es que existiera este tipo de entidad en los Estados miembros, no pudiendo elegir la entidad legitimada para interponer la acción sino el propio Estado, si ha de estar o no presente en dicha consulta el organismo. A mi modo de ver resultaría interesante y más adecuado en España llevar la regulación de la consulta previa a las llamadas Juntas Arbitrales de Consumo, porque cumplen la condición de ser entidades encargadas de la protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

El control interno, tanto de la consulta como de la acción de cesación, no se verá mermado por el hecho de que sea la Comisión de la Unión Europea la competente para emitir informe sobre la efectividad de las medidas previstas para la protección de los intereses colectivos de los consumidores (art. 6). Pero para ello, los Estados estarán obligados a remitir a dicho órgano, tanto la lista de los organismos administrativos y/o entidades habilitadas para instar las acciones de cesación (179) (art. 3), o para realizar la consulta conjunta (art. 5.1), como las normas por las que habrán de regularse las llamadas consultas previas (art. 5.2) (180).

Es también obligación de la Comisión dar publicidad en el Diario Oficial a las entidades habilitadas mencionadas.

Conclusivamente, me gustaría, en verdad, que dentro de diez años, cuando retomemos el tema de la valoración de la LCGC en nuestro tráfico, pudiéramos no ser calificados de «optimistas» por hacer de la norma un balance positivo; al decir, como así lo hizo de su Ley alemana en 1985, SCHLOSSER de la acción de cesación, que las acciones colectivas tratadas «han conseguido borrar del mercado la totalidad de las cláusulas generalmente ilegales» (181).

VII. RECAPITULACIÓN

1. PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN: LA TUTELA JUDICIAL DE LOS INTERESES DE LOS CONSUMIDORES EN LA LCGC

Las Condiciones Generales de la Contratación y la protección del consumidor es una temática que si bien no es nueva, vuelve a renacer su interés científico y técnico con la aprobación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación el pasado día 13 de abril de 1998.

Ha sido intención en esta investigación poner de manifiesto los medios de los que dispone el consumidor para ejercitar sus derechos; para hacerlos valer cuando sean lesionados en el tráfico. Pero más aún, se va reconduciendo a lo largo de la misma, a los que tiene frente a una de las posibles instancias que existen en nuestro Derecho: la judicial. De ahí que el presente trabajo se mueva, principalmente, en este específico medio de control de las Condiciones Generales de la Contratación.

(179) Es curioso como no en el articulado de la norma pero sí entre sus Consideraciones se pueda leer algo de tanta importancia como: «se presumirá que una entidad habilitada tiene capacidad jurídica si su denominación figura en dicha lista» (Cdo. 12).

(180) Esta normativa sobre consultas previas serán publicadas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

(181) PETHR ULMER, «Diez años de la Ley Alemana de Condiciones Generales de los contratos: retrospectivas y perspectivas», en *ADC*, 1988, pág. 746.

Y lo primero que se plantea es la cuestión siguiente: ¿cómo quiere actuar el consumidor en la defensa de sus derechos?; ¿solo?, ¿junto a otros posibles afectados en el tráfico jurídico?, o ¿a través de las determinadas entidades que van a proteger y representar sus intereses económicos?

Si éstas son las posibles formas de actuación del consumidor en la tutela jurisdiccional a la que tiene derecho, la principal misión del presente trabajo consiste en averiguar si son efectivamente ofertadas por nuestro ordenamiento jurídico.

Adelantándoles el final de esta historia, les diré que, actualmente, se puede afirmar que las posibilidades de actuación que el consumidor tiene ante los órganos jurisdiccionales, máxime después de la aprobación de la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación son casi absolutas.

2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR ADOPTADAS POR EL DERECHO ESPAÑOL ANTES DE LA LEY 7/98

El origen de la recién aprobada Ley 7/98, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, es la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, norma que nace de la preocupación general de la Comunidad Europea por la protección del consumidor, y concretamente, del Plan Trienal 1990-1993, presentado por la Comisión en 1990, «sobre objetivos de la comunidad para la política de protección y fomento de los intereses de los consumidores» [COM (90) final, Bruselas, de 3 de marzo de 1990]; si bien, la materia relativa a la contratación en masa ya había sido objeto de atención y tratamiento con anterioridad en la Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por lo que se comienza por analizar la reseñada normativa.

La LGCU es la encargada de desarrollar el artículo 51 CE, precepto que obliga a los Poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y sus legítimos intereses económicos. Y por dicho motivo comenzaba por avanzar, en la temática aquí reseñada, dos conceptos fundamentales:

- el de «condiciones generales de contratación», entendiéndose por tales «las cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas, previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate» (art. 10.2); y,

- el de «cláusulas abusivas» considerando que lo son «las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios» (art. 10.1.c); además, estas últimas derivan del requisito de la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones que junto a los restantes requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción y la entrega de documento justificativo de la operación comercial realizada exige el artículo 10 de la Ley.

En consonancia con su carácter general, la Ley 26/84 regula el derecho de representación, consulta y participación de las Asociaciones y Confederaciones de Consumidores y Usuarios, ya se constituyan conforme a la Ley de Asociaciones o a la Ley General de Cooperativas, ya lo hagan en relación con productos o servicios determinados o con carácter general, en su capítulo VI. A estas personalidades les encomienda la defensa no sólo general de los intereses de la propia Asociación sino la particular de los intereses del consumidor (ex art. 20). Por lo que estaba ya presente en el espíritu de la norma la defensa no sólo de los intereses individuales del consumidor sino de los colectivos y/o difusos.

Particularmente y en aras de materializar la defensa de este tipo de intereses, ya previo la posibilidad de que las Asociaciones de Consumidores y Usuarios participen activamente en los procedimientos administrativos tendentes a perseguir y sancionar como fraude la oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, a través de la interposición directa de una acción de cesación o sumándose a la ya iniciada por la Administración (art. 8.3).

Asimismo, pese a que el control y vigilancia de las condiciones, cláusulas y estipulaciones que con carácter general utilicen las empresas públicas o sus concesionarias descansen en las propias Administraciones, estas asociaciones (también las de empresarios) debían no sólo ser consultadas, pues era preceptiva la audiencia de las mismas en determinadas materias contempladas en los apartados a), b), c) y f) del apartado 2 del artículo 22, sino oídas en el proceso de elaboración de las disposiciones de carácter general relativas a materias que afecten directamente a los consumidores o usuarios (arts. 10.3 y 22).

En definitiva, la participación de cualesquiera Asociaciones en la defensa y tutela de consumidores y usuarios frente a los empresarios públicos o privados en materia de condiciones generales de contratación, en principio no se preveía limitada, pues hasta los intereses difusos podían ser protegidos; si bien la LGCU sólo regula la acción de cesación reseñada en los procedimientos para la persecución del fraude en materia de consumo, y su posibilidad de

exigir su participación en aquellas disposiciones tendentes a regular las relaciones entre consumidores y usuarios.

Como con posterioridad no se produce el tan deseado desarrollo reglamentario preconizado por la Disposición Final 4.^a de la Ley, no se llegan a particularizar las acciones de tutela y defensa que podían llevar a cabo estas Asociaciones de Consumidores y Usuarios y de empresarios en algún ámbito.

En consecuencia, con la LGCU el consumidor podía, actuar sólo, hacer que actuaran por él sus derechos a través de la Asociación de la que era socio; o finalmente, que actuaran por él, sin su permiso, puesto que las Asociaciones de Consumidores gozaban de una legitimación extraordinaria para ello reconocida en la Ley.

Pero, fuera cual fuera su opción en el intento de la tutela de sus derechos, ¿de qué acciones judiciales disponía? De todas las existentes en nuestro Derecho para conseguir poner freno a las condiciones generales que mermaran sus derechos, y de ninguna en particular, pues piénsese que la acción de cesación se reduce a limitar la publicidad engañosa o ilícita a través del correspondiente procedimiento administrativo.

Por consiguiente, como queda apuntado, a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, quitando su concreta participación en la acción que hemos comentado, no se les ofrece ninguna acción concreta. La verdad es que decir al consumidor «puede usted actuar como quiera, con o sin acompañante, por representación...» y no decir nada, era lo mismo.

Además, aunque hubiera previsto más tipos de acciones judiciales, la oportunidad de que las asociaciones de consumidores llevaran la defensa de los intereses colectivos y/o difusos de los consumidores no estaba nada clara; en las contadas ocasiones en que la jurisprudencia ha tenido que resolver demandas planteadas por Asociaciones de Consumidores y Usuarios para la defensa de los intereses de los consumidores en materia de contratación en masa, ha limitado la legitimación extensa o extraordinaria prevista en el artículo 20 LGCU, al exigir un requisito diabólico por lo subjetivo, cual es, demostrar que el consumidor o usuario no pudo evitar la aplicación de la condición general discutida en el procedimiento.

Conclusivamente, son básicamente dos las causas que merman la posibilidad de defensa de los intereses económicos de los consumidores con la vigencia en exclusiva de la LGCU: 1) la inconcreción de las acciones que podía ejercer el consumidor o sus asociaciones junto con el eterno problema de los procedimientos clásicos de reclamación en los que la duración del pleito nunca compensa la reclamación discreta de los daños sufridos en el tráfico y, 2) la interpretación jurisprudencial que de la LGCU se estaba haciendo en relación con la legitimación extraordinaria de estas últimas.

La consecuencia de ello será no sólo la escasez de pleitos entablados por los consumidores, sino el mayor abrazo o la mayor aceptación de la vía

arbitral prevista en el artículo 31 LGCU para la solución de sus conflictos, claro está, pese a sus innegables limitaciones, siendo la principal el voluntarismo de las partes para acogerse a dicho sistema dirimente.

Se pasan a solucionar, pues, los dos problemas detectados que disminuyen la posibilidad de tutela de los intereses de los consumidores en el ámbito de la contratación en masa.

3. SOLUCIÓN AL PRIMER PROBLEMA: LA CONCRECIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EN DOS TIPOS DE ACCIONES INDIVIDUALES Y COLECTIVAS

Ahora, con la LCGC, el consumidor verá concretadas sus vías jurisdiccionales para ejercitar la tutela de sus derechos. De forma individual, porque podrá ejercitar dos tipos de acciones: la de nulidad y la declarativa de no incorporación. Y acompañado, a través de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios correspondientes, porque se prevén tres tipos de acciones colectivas: la acción de cesación, la acción de retractación y, la acción declarativa de CGC.

El consumidor y usuario, pese a las dudas que en el *iter* parlamentario de la LCGC mostró el legislador, puede entender hoy que las acciones que él únicamente puede instar ante los órganos jurisdiccionales son sólo dos: la acción de nulidad y la acción declarativa de no incorporación.

Responde la primera de las acciones mencionada a la necesidad de eliminar del contrato en que se halle aquella CGC que, en perjuicio del adherente, contradiga lo dispuesto en la LCGC o en otra ley cualquiera siempre que sea imperativa o prohibitiva; y, en particular, así podrá ser calificada de abusiva la CGC que pueda identificarse con alguna de las que conforman la denominada lista negra de cláusulas abusivas que viene a establecer, en sustitución a la ya habida en la LGCU, el artículo 10.bis creado para la Ley señalada por la Disposición Adicional primera de la LCGC.

La segunda acción permitirá, igualmente, tener por no puesta aquella CGC de la que no se haya respetado su escrupulosa información por el predisponente y su aceptación por el adherente, en los términos previstos en el artículo 5 LCGC.

Por lo tanto, el consumidor, de forma particular podrá instar al órgano jurisdiccional la nulidad o la no incorporación de las CGC que considere lesivas a sus derechos, a través de estos dos tipos de acciones, las cuales, por el tipo de invalidez a la que pueden llevar (la nulidad absoluta total o parcial del contrato en ambos casos, dependiendo de si la nulidad afecta a un elemento esencial del contrato o no en los términos del art. 1.261 del Código Civil), no estarán sujetas a plazo de prescripción alguno (art. 9.1 LCGC).

De acciones «colectivas» se tilda por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, al Capítulo VII (uno de los siete en que se estructura), referente a las acciones de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales.

Dichas acciones son:

- La acción declarativa para que, como su nombre indica, a través de ella se proceda a declarar a una cláusula contractual como condición general en el mercado y sea conocida por el mismo a través de la oportuna inscripción en el previsto Registro de Condiciones Generales de Contratación (art. 15 LCGC). Constituye esta acción otro de los modos de llegar a la inscripción de CGC en el Registro, y será la vía que, normalmente utilizarán las Asociaciones de Consumidores y Usuarios para obligar a los empresarios predisponentes a pasar por el filtro judicial sus CGC. La otra forma es seguir los pasos de la inscripción voluntaria de cualquier CGC, previstos en el artículo 15 LCGC, según el cual las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, entre otros, necesitan la autorización del predisponente si quieren promover la inscripción de una CGC.
- La acción de cesación, dirigida a impedir la utilización de una CGC, y a eliminar la ya utilizada si fueran consideradas nulas. Y,
- la acción de retractación, cuyo fin es desmentir la adecuada utilización y validez de un CGC, ya sea recomendada por un predisponente o por una organización cualquiera.

No resultan extrañas a nuestro Derecho las acciones contempladas en la LCGC. Sin calificarlas de «colectivas», la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal; la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas; la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, y la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 como el actual Texto Refundido 1/1996, de 12 de abril, regulaban este tipo de acciones.

También en el ámbito europeo se contemplaban determinadas acciones colectivas, v.gr. en la Directiva 84/450/CE, la cual dará lugar a la Ley 34/1988, arriba señalada. Y antes que en estos ámbitos y en los años sesenta y setenta, Alemania y Austria en sus normas sobre Prácticas restrictivas de la Competencia y sobre CGC ya las habían incorporado a sus ordenamientos.

4. SOLUCIÓN AL SEGUNDO PROBLEMA: LA LEGITIMACIÓN EXTRAORDINARIA DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Las acciones colectivas dibujadas por la LCGC sólo van a poderse entablar por numerosos entes sociales y órganos públicos:

- a) Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros.
- b) Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, reguladas por el Decreto 1291/75, modificado por otro de 27 de marzo de 1987.
- c) Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios legalmente constituidas y que tengan estatutariamente encomendada la defensa de éstos.
- d) El Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de consumidores. Sólo seis CCAA han legislado sobre el consumo tras asumir las competencias exclusivas en esta materia.
- e) Los colegios profesionales legalmente constituidos. Se regulan los Colegios Profesionales por el Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, posteriormente modificado por la Ley 7/97, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y colegios profesionales. Y,
- f) El Ministerio Público.

Por mucha numeración de entes a los que se les otorga la oportunidad de demandar en favor de otras personas, serán las Asociaciones de Consumidores y Usuarios las que más lleguen a utilizar estas acciones colectivas.

En el caso de la reseña hecha a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, es clara la legitimación para la defensa de los intereses, no sólo colectivos sino difusos, pues dependerá de si en los estatutos de la misma se encomienda la defensa de los consumidores en general para entenderlo. Por consiguiente, se ha asumido hasta el extremo la doctrina de los intereses difusos.

Suponen éstos el reconocimiento de legitimación sin previa acreditación de la titularidad que se ostenta, como asimismo se reconoce a otros supuestos como la sustitución procesal, la acción pública o la intervención del Ministerio Público en determinados procedimientos. Lo que supone una excepción a la legitimación ordinaria que se basa en el principio de que nadie, que no sea titular de un derecho, puede disponer de él, ni por tanto deducirlo en un proceso; por esta razón, los supuestos reseñados se englobarían dentro de la llamada legitimación extraordinaria.

A *contrario sensu*, en principio, nadie puede ejercer en nombre propio un derecho ajeno, salvo las excepciones mencionadas. La pregunta es obvia: ¿Por qué se puede hablar de excepciones? Porque además del interés individual se reconocen la existencia de «intereses colectivos», que no «plurales», o que sólo suponen la acumulación de acciones, y, por tanto, no son más que la suma de intereses individuales que se van a solventar en un único procedimiento atendiendo al Principio de Economía Procesal. Esta oportunidad de

defensa de los intereses colectivos y de los difusos se brinda por la nueva LEC sólo a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios.

Las Asociaciones de Empresarios sólo podrán defender los intereses colectivos, ya que la dicción del artículo 16 LCGC es clara, no dando lugar a alguna interpretación más amplia: «que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros». Sólo los asociados serán los que, representados por la Asociación de Empresarios correspondiente, podrán verse defendidos a través de estas acciones.

En definitiva, dejando a un lado los entes públicos que menciona el artículo 16 LCGC, únicamente las Asociaciones de Consumidores y Usuarios podrán no sólo defender los intereses de sus asociados sino también los de los consumidores en general. Y lo harán a través de las tres clases de acciones que se han mencionado y adjetivado de colectivas.

Con la LCGC se materializa la legitimación extraordinaria anteriormente prevista en la LGCU (art. 20); y, por tanto, en el campo de la contratación en masa, el consumidor ve especificada la tutela de sus derechos cuando actúa una Asociación de Consumidores y Usuarios. Y, cómo no, podrán también actuar individualmente las acciones de nulidad y declarativa de no incorporación.

Llegados a este punto sólo queda por afirmar que la jurisprudencia no podría limitar la legitimación extraordinaria reconocida por la LCGC a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios exigiendo la acreditación de que el consumidor por el que actuaban no había podido evitar la aplicación de la cláusula que se impugnaba por abusiva para obtener el bien o servicio, ya que se ofrece por la norma una nueva noción de CGC, más acorde con la Directiva sobre cláusulas abusivas en la que desaparece el denominado requisito subjetivo.

5. EL EFECTO INDEMNIZATORIO DE LA ACCIÓN COLECTIVA DE CESACIÓN COMO UNA POSIBLE APROXIMACIÓN A LAS DENOMINADAS «ACCIONES DE CLASE»

Las acciones colectivas sirven para pedir una condena de nulidad de una CGC, si es que ya no estuvieran calificadas las cláusulas, así cuando se solicite la eliminación de las mismas o su no recomendación, o una declaración de que se estará ante una CGC. En cualquiera de los casos, son acciones que van a dar lugar a peticiones que podríamos denominar de «declarativas puras o de condena de hacer o no hacer»; por tanto, en principio no son pecuniarias.

Sin embargo, la excepción se dará con la acción de cesación. De ella se dice que sirve tanto para impedir la utilización de una CGC en el tráfico que se repunte nula con la correspondiente devolución de las cantidades cobradas

en su caso, como para que, declarada judicialmente la cesación, el actor pueda solicitar del demandado la correspondiente indemnización de daños y perjuicios causados (art. 12.2 LCGC).

De ello se deduce que no sólo se amplía la legitimación activa de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios a la defensa de los intereses difusos, sino que además podrán defenderlos en peticiones de indemnizaciones de daños y perjuicios o pecuniarias; lo que supone un acercamiento al sistema anglosajón de las denominadas *class action* o acciones de clase, que permiten este tipo de condenas, incluso a los particulares que acreditando su perjuicio digan actuar en nombre de todos los afectados. Pero, eso sí, sólo un acercamiento, porque siguiendo la nueva LEC, la legitimación para reclamar por intereses difusos no la tendrá cualquier grupo de afectados, ni siquiera un particular afectado, sino tan sólo las Asociaciones de Consumidores y Usuarios representativas.

Se materializa por consiguiente lo que el artículo 7.3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial venía anunciando: que los simples grupos de afectados podrían reclamar aún sin estar organizados bajo la denominación de cualquier ente social, los intereses colectivos. Y que sólo los legalmente habilitados podrían ejercer la tutela de los intereses difusos.

6. CUESTIONES PROCESALES

6.1) *Procedimientos clásicos y obsoletos por los que dirimir una acción colectiva*

Las acciones colectivas se han de sustanciar por el juicio de menor cuantía, según reza el artículo 14 LCGC. Procedimiento tipo previsto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil desde la reforma urgente operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto. Pese a lo cual, en el tráfico jurisdiccional está, por muchos problemas de sobra conocidos, claramente obsoleto para resolver los problemas del consumo con la celeridad que la sociedad demanda. Cuando entre en vigor la nueva LEC, será sustituido por el denominado «juicio ordinario» al que se constriñen las demandas relativas a CGC. Se depende, por tanto, del éxito del mismo.

6.2) *Competencia territorial no proteccionista del consumidor en las acciones colectivas*

Corresponde a la jurisdicción ordinaria su conocimiento (art. 14.1 LCGC). Siendo competente el Juez de Primera Instancia del lugar donde el demanda-

do tenga su establecimiento, y a falta de éste, de su domicilio (art. 15 LCGC). Propuesta legislativa que contrasta, entre otras razones, vivamente con la propia expresión de su cláusula abusiva de sumisión expresa a determinado fuero (cláusula núm. 27, art. 10.bis de la Disposición Adicional primera LCGC). Y que parece enmendarse en la recientemente aprobada LEC, por lo que a las acciones individuales se refiere.

6.3) *Las sentencias*

Las sentencias que recaigan en estas acciones se caracterizan por las siguientes notas:

- Extienden sus efectos *erga omnes* (art. 20.4 LCGC) pues vincularán a todos los jueces en los eventuales ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas. Pero para ello será necesario que se den los siguientes requisitos: *a)* que constituyan doctrina legal; *b)* que las cláusulas cuya nulidad se inste sean idénticas a las que ya fueron declaradas nulas en el procedimiento anterior; y, *c)* que se trate del mismo predisponente.

El precepto plantea muchos problemas de adaptación técnica a nuestro ordenamiento jurídico, que parece haber advertido el legislador posteriormente, por lo que la LEC lo deroga.

- Las sentencias estimatorias deberán ser publicadas en el Registro de Condiciones Generales (art. 22 LCGC). Instrumento de apoyo eficaz a todo el conjunto de acciones que brinda la Ley. Podrán, no obstante, también difundirse inclusive las sentencias no estimatorias a través del Boletín del Registro Mercantil y del periódico de mayor circulación de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiere dictado la sentencia (art. 21 LCGC), si ajuicio del órgano jurisdiccional fuere conveniente (art. 22 LCGC).

6.4) *Prescripción de las acciones*

El plazo de prescripción de las acciones de cesación y retractación es de dos años desde la inscripción de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales. Plazo que podrá resucitarse, si después de ganada una acción de nulidad individual (se entiende, desde que sea firme la sentencia), la entidad legitimada correspondiente interpone la acción colectiva que necesite, en el plazo de un año (art. 19 LCGC). Plazo que, a mi juicio, es acorde con el tráfico económico, nuestro Derecho y con el Derecho europeo.

Como las acciones de nulidad y declarativa de no incorporación, la acción declarativa de CGC es imprescriptible (art. 19 LCGC).

7. LA UTILIDAD DEL DENOMINADO «DICTAMEN DE CONCILIACIÓN»

Ideado por la LCGC para constituirse en mecanismo disuasorio de la acción judicial, sin embargo, sólo servirá como prueba escrita a aportar en el trámite procedimental oportuno con cierto valor, puesto que ha de ser emitido por el Registrador, por aquella parte en el futuro proceso a la que favorezca. Y ello porque el legislador se queda a medias y, al igual que pasa con el arbitraje de consumo, deja a las partes libertad para utilizar o no este mecanismo antes de interponer o no la acción colectiva correspondiente. Por ello hubiera sido aconsejable que se hubiera establecido como obligatorio.

8. ACCIONES DE CESACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

Todos los aciertos y logros que con la LCGC se pueden llegar a alcanzar, quedarían en papel mojado, si después las prácticas ilícitas censuradas por la normativa se producen en otro Estado miembro distinto sin pudor ninguno. Se refiere por ello el trabajo en su último aspecto a las denominadas infracciones infracomunitarias.

A la solución de este resquicio de ineficacia de las normas nacionales no sólo en la referida temática del control de las cláusulas abusivas y de las CGC, sino, en general a cualesquiera materia que se proponga la tutela de los consumidores, viene la recién aprobada 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 consumidores, llevando escasamente en vigor en el ámbito europeo, al igual que nuestra LCGC, un año.

La acción de cesación prevista por la norma es también calificada de colectiva, y de ella se concluye en el trabajo, básicamente, lo que sigue:

- a) No sólo se tutelarán los intereses colectivos, pues así los denomina la norma comunitaria, sino también los difusos, porque el artículo 7 determina que los Estados miembros podrán dar el alcance de protección que estimen por conveniente. Por lo que es de esperar que el legislador español sea coherente con la legitimación extraordinaria brindada en la LCGC.
- b) Deja igualmente la norma libertad a los Estados para que señalen los que podrán interponer la acción de cesación, siendo de esperar que en España se deje, por lo menos, a determinadas Asociaciones de Con-

sumidores y Usuarios, la posibilidad de actuación de la correspondiente acción de cesación.

- c) El procedimiento por el que ha de discurrir la acción de cesación y que parece querer imponer la norma comunitaria a los Estados miembros es de urgencia, por lo que cuando del Estado español trasponga la Directiva habrá de modificar la LCGC en cuanto a lo señalado respecto del juicio de menor cuantía; y, por tanto, imponer el mismo abreviado ideado para sendos ámbitos.

CONCLUSIÓN FINAL

El consumidor y usuario, tras la aprobación de la Ley 7/98, debe reconocer al legislador español el haber ideado y establecido nuevas fórmulas de control judicial de las CGC en el tráfico; ya que la tutela de sus derechos relativos al ámbito de la contratación en masa se especificará en las acciones judiciales que podrá llevar a cabo:

- De forma individual podrá ejercer tanto la acción de nulidad como la declarativa de no incorporación de una CGC. Normalmente estas acciones llevarán a la nulidad parcial del contrato, y, por consiguiente a la sola eliminación de la CGC, conservándose el contrato que suscribió.
- De forma colectiva verá como el legislador dispensa a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios la posibilidad de entablar acciones que faciliten su *status* de consumidor o usuario, pues al impedir que se utilicen o recomienden determinadas CGC estarán preservando y previniendo los derechos de los consumidores en el tráfico. A la vez, a través de la acción declarativa de CGC conseguirán que el empresario predisponente pueda pasar por el filtro de la Ley las cláusulas que redacte para su incorporación a una multitud de contratos. Y,
- De forma difusa, porque las Asociaciones de Consumidores y Usuarios podrán ejercer la defensa de los intereses difusos de los consumidores. E, inclusive, podrán hacerlo con peticiones de indemnización de daños y perjuicios, lo que supone un gran acercamiento a las acciones de clase propias del Derecho anglosajón, y una concreción de la declaración contenida en el artículo 7.3.º LOPJ.

Y es claro que en la tutela judicial por la que opta el legislador de los intereses económicos de los consumidores, desempeñan un papel primordial las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, entes de los que ya no podrá decirse que no constituirán un remedio efectivo frente al abuso del más fuerte en el tráfico.

BIBLIOGRAFÍA

General:

- DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.
- *Las condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1975.
- «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes». Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en *ADC*, 1961, y Civitas, Madrid, 1975.
- «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en *ADC*, 1982.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado* (dos esbozos). Civitas, Madrid.
- GARCÍA AMIGO, M.: *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1969.
- GARRIGUES: *Contratos bancarios*, Madrid, 1958.
- GORDILLO: «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal», en *ADC*, 1975.
- HART, DIETER: «Un caso ejemplar: la jurisprudencia sobre las condiciones generales del contrato», en BARCELLONA, HART, MUCKENBERGER: *La formación del jurista*, Madrid, Cuadernos Civitas, 3.¹ edición, 1988.
- LÓPEZ FRÍAS: «Clases de nulidad parcial del contrato en el Derecho español», en *ADC*, 1990.
- DE LOS MOZOS, J. L.: «La teoría general del negocio jurídico: su oportunidad e importancia», en *ADC*, 1986.
- ROYO MARTÍNEZ: «Contratos de adhesión», en *ADC*, 1949.
- SALEILLES: *La declaration de volonté*, París, 1901.

Específica:

- ALFARO AGUILA-REAL: *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991.
- BERCOVITZ, R.: «La defensa contractual del consumidor y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *AC*, 1987-1.
- «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en BERCOVITZ, A. y BERCOVITZ, R.: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987.
- BERLIOZ: *Le contrat d'adhésion*, París, 1973.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor», en *ADC*, 1983.
- CLAVERÍA GOSÁLVEZ, H.: «El control de las condiciones generales de los contratos», en *La Ley*, 1989-2.
- *Las condiciones generales de la contratación: hacia un nuevo Derecho del contrato*, Academia Sevillana del Notariado, Madrid, EDERSA, 1988.
- «La predisposición del contenido contractual», en *RDP*, 1979.
- COCA PAYERAS y otros: *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Civitas, Madrid, 1992.

- DÍAZ-ALABART, S.: *Tribunales arbitrales de consumo*, Estudios sobre Derecho de Consumo. Bilbao, 1991.
- DUQUE Y RODRÍGUEZ ARTIGAS: *Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación*, Valladolid, 1987.
- «La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Comentarios a la Ley General sobre Consumidores y Usuarios*, *Estudios sobre Consumo*, núm. 3, diciembre 1984.
- FELIU REY, M.: *Legislación básica sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Tecnos, Madrid, 1998.
- GARCÍA AMIGO, M.: «Ley para la defensa de los consumidores y usuarios: responsabilidad civil extracontractual», en *AC*, 1986, vol. 1.
- «Ley alemana occidental sobre condiciones generales», en *RDP*, 1978.
- GARCÍA CANTERO, G.: «Venturas y desventuras del artículo 10 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios», en *AC*, 1991, vol. 2.
- GIOVANNI B. FERRI: «Condizioni Generali di contratto, diritto dispositivo e ordine publico», en *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970.
- JORDANO BAREA, J. B.: *La interpretación de los contratos*, Academia Sevillana del Notariado, Madrid, EDESA, 1988.
- LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M.: «Las condiciones generales de la contratación y su control en el ámbito registral», en *La Ley*, enero 1998.
- Di MAJO GIAQUINTO, A.: «Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo», en *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970.
- POLO, E.: *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1990.
- REICH, NORBERT: «La experiencia práctica de la Ley alemana sobre condiciones generales de los contratos», en *Estudios sobre consumo*, núm. 6, diciembre 1985.
- *Mercado y Derecho*, Barcelona, 1985.
- RODOTA, E.: «Condizioni generali di contratto, buona fe e poteri del giudice», en *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: «El control de las condiciones generales en el Derecho comparado: panorama legislativo», en *RD Mercantil*, 1980.
- ULMER, PETER: «Diez años de la Ley alemana de Condiciones Generales de los contratos: retrospectiva y perspectivas», en *ADC*, 1988.
- VARIOS AUTORES: *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Università di Catania (atti della Tavola rotonda tenuta presso l'Istituto de diritto privato dell'Università di Catania, 17-18 maggio 1969), Milano, 1970.