

ESTUDIOS

ESPECIALIDADES DE LA FASE DECLARATIVA EN LOS PROCESOS PARA LA TUTELA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS (LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000) (I)

JOSÉ ANTONIO DEL OLMO DEL OLMO

*Profesor Doctor de Derecho Procesal
de la Universidad de Alcalá*

SUMARIO: I. Introducción.—II. La Competencia Judicial: A) Consideraciones Generales; B) La Competencia Judicial Internacional: 1. El Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. 2. El artículo 22.4.º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; C) La Competencia Territorial: 1. La prohibición de la sumisión expresa como cláusula abusiva en los contratos celebrados con consumidores y usuarios. 2. Fueros legales especiales en contratos celebrados con consumidores y usuarios.—III. Los procedimientos aplicables: A) Procedimientos por razón de la materia; B) La determinación de la cuantía.—IV. Las diligencias preliminares: A) Finalidad y contenido; B) Competencia; C) La negativa a la práctica de la diligencia.

1. INTRODUCCIÓN (*)

Una de las novedades esenciales de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ha sido la incorporación a nuestro ordenamiento procesal de un conjunto de especialidades diseminadas por su articulado destinadas a la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios⁽¹⁾. Por ello, el objeto del presente trabajo consiste en el estudio de tales especialidades y no de las previstas en otras leyes especiales, que, de algún modo, inciden en

^(*) Este trabajo ha sido realizado con cargo al Proyecto de Investigación BJU2000-0775, financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, con el título: «La tutela judicial de los consumidores y usuarios en el nuevo proceso civil».

⁽¹⁾ El concepto de «consumidores» o «usuarios» viene definido en el artículo 1, apartados 2 y 3, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

el ámbito de la protección judicial de los consumidores y usuarios. Asimismo, quedan excluidas de este trabajo todas aquellas cuestiones relativas a las peculiaridades de la sentencia y de sus efectos (cosa juzgada y acción ejecutiva), que por su enjundia merecen un tratamiento aparte.

Anteriormente, la LEC de 1881 no preveía ninguna disposición específica sobre tal tutela, puesto que, conforme a las circunstancias históricas económicas y sociales de la época en que se promulgó, respondía a una concepción individualista de las relaciones sociales de los sujetos, de tal modo que lo normal era atribuir la legitimación activa para el ejercicio de acciones a los titulares de las relaciones jurídicas debatidas en el proceso.

Pero, con la evolución social y económica, se ha podido apreciar la existencia de hechos y situaciones cuyos efectos trascienden a las meras relaciones jurídicas individuales porque se proyectan sobre un grupo numeroso de personas, generándose de este modo unos intereses comunes, que deben ser merecedores de protección por un Estado calificado como social.

Estos intereses comunes se manifiestan con toda intensidad en el ámbito del consumo, en el que un grupo más o menos numeroso de consumidores de un producto o de usuarios de un servicio, pueden resultar afectados en sus derechos o intereses legítimos y, consecuentemente, deben disponer de las vías procesales necesarias para formular una pretensión para reclamar individual o colectivamente ante los Tribunales de Justicia la reparación o el resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

Este fenómeno relativamente reciente de la protección procesal de los intereses de los consumidores y usuarios se encuentra claramente amparado por el artículo 51.1 de la CE de 1978, a cuyo tenor *«los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante, procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos»*.

El precepto referido constituye uno de los principios rectores de la política social y económica del capítulo tercero, por lo que, conforme al artículo 53.3 CE, debe informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Este mandato constitucional de regulación en nuestra legislación ordinaria de *«procedimientos eficaces»* para la protección de los consumidores y usuarios no ha sido efectivamente cumplido hasta la promulgación de la LEC de 2000. Así se advirtió en la trascendental Sentencia de la Sala Segunda del TS, de 26 de septiembre de 1997 (RA 6366), dictada en el conocido proceso por el síndrome tóxico por el consumo de aceite de colza desnaturalizado, al señalar, con razón, que *«la legislación española no resulta demasiado generosa con los consumidores en el área de su protección procesal, pues en realidad no existe una normativa concreta, suficiente y adecuada que desarrolle el mandato constitucional del referido artículo 51 sobre protección al consumidor mediante el mecanismo de unos procedimientos eficaces, sin perjuicio de que ese cuasi vacío legal positivo pueda quedar completado medio completado con una interpretación lógica del artículo 20 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984»* (Fundamento Jurídico Primero del apartado IX, relativo al recurso interpuesto por la Organización de Consumidores y Usuarios).

La situación previa a la LEC de 2000, consistía en una inexistencia total en la LEC de 1881 de normas procesales para la tutela de los llamados intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios. No obstante, conviene destacar que, por la vía del Derecho sustantivo, y por medio de diversas leyes especiales, se fueron incorporando a nuestro ordenamiento jurídico normas de atribución de legitimación activa a asociaciones de consumidores y usuarios y a otras entidades habilitadas para la defensa de los derechos e intereses de éstos: así,

el artículo 20.1 de la Ley 86/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁽²⁾, el artículo 25.1 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad⁽³⁾, el artículo 19.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal⁽⁴⁾, y los artículos 12 y 16 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación⁽⁵⁾.

Pero toda esta normativa sectorial resultaba claramente insuficiente para otorgar un tratamiento adecuado y global a la protección jurisdiccional civil de los consumidores y usuarios. En este sentido, el Consejo General del Poder Judicial, en el Libro Blanco de la Justicia, aprobado en 1997, a pesar de optar por una drástica reducción de los procesos especiales, estimó oportuno incorporar a la futura LEC un procedimiento especial para la protección de los llamados intereses colectivos, tanto en su vertiente estrictamente colectiva como en la difusa, que posibilitara resolver las lagunas e indeterminaciones que planteaba el artículo 7.3 de la Ley 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial⁽⁶⁾.

Una vez expuestos, sintéticamente, los precedentes de la LEC de 2000, es preciso señalar que ésta ha cambiado sustancialmente el panorama procesal de la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, desde la óptica de la distinción entre intereses colectivos y difusos, cuyo concepto no es pacífico en la doctrina. A tal efecto, el artículo 11 de la Ley opta por una clasificación propia, diferenciando entre intereses colectivos y difusos, en función de la identificabilidad de los consumidores y usuarios perjudicados por un hecho dañoso: así, los intereses colectivos concurren cuando los integrantes del grupo de afectados están perfectamente determinados o son fácilmente determinables (art. 11.2), mientras que los intereses difusos tienen lugar cuando los perjudicados por un hecho dañoso son una pluralidad de consumidores y usuarios indeterminada o de difícil determinación (art. 11.3).

En consecuencia con esta diferenciación, la Ley, por una parte, en su artículo 11 prevé, como norma general, la legitimación colectiva de las asociaciones de consumidores y usuarios y de otras entidades constituidas para la defensa de éstos, así como la novedosa noción del «grupo de afectados»; distinguiendo a tal efecto según se trate de intereses colectivos o difusos. Y, por otra parte, establece una serie de preceptos específicos en la regulación de diversas instituciones procesales, con el fin de dispensar una protección adecuada a los intereses de los consumidores y usuarios.

⁽²⁾ Según este precepto, las asociaciones de consumidores y usuarios «podrán representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios».

⁽³⁾ Se atribuye legitimación activa a las asociaciones de consumidores y usuarios para solicitar al anunciante la cesación o, en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita.

⁽⁴⁾ Aparte de reconocer en el apartado a) legitimación activa a las asociaciones y corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, el apartado b) la otorga a las asociaciones constituidas para la protección del consumidor; pudiendo ejercitar en ambos casos las acciones declarativa de la deslealtad del acto, de cesación del acto o de prohibición del mismo, de remoción de los efectos producidos por el acto y de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

⁽⁵⁾ El primero de ellos retocado por la Disposición Final Sexta de la LEC 1/2000, mientras que el artículo 16 ha sido ampliado por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, prevé una amplia legitimación colectiva para el ejercicio de las acciones de cesación, retractación y declarativa, reconociéndosela, entre otras entidades, a «las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas y que tengan estatutariamente encomendadas la defensa de éstos».

⁽⁶⁾ Según el criterio expresado en el Libro Blanco de la Justicia: «Sería conveniente incluir en la futura reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil un procedimiento para proteger los intereses colectivos, superando el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para permitir los efectos fundamentales de este tipo de procesos no contemplados en el ordenamiento actual: la no necesidad de la autorización en sustitución y, sobre todo, la eficacia erga omnes y la ejecutoriedad de la sentencia para los afectados, sin necesidad de que hayan sido parte en el proceso. Solo de esta manera se protegerán debidamente los intereses de los consumidores y usuarios»: Consejo General Del Poder Judicial: «Libro Blanco de la Justicia», Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p. 188.

El legislador no ha elegido la opción, pues, de configurar un proceso especial para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios ⁽⁷⁾, sino que sólo ha previsto una serie de relevantes especialidades procesales ⁽⁸⁾. La propia Exposición de Motivos de la Ley declara que «*como cauce para esa tutela, no se considera necesario un proceso o procedimiento especial y sí, en cambio, una serie de normas especiales, en los lugares oportunos*» ⁽⁹⁾.

II. LA COMPETENCIA JUDICIAL

A) CONSIDERACIONES GENERALES

La extensión de la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles, es decir la *competencia judicial internacional*, en el ámbito de la protección procesal civil de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios viene determinada por lo dispuesto en el artículo 22.4.º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial y por lo previsto en el Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

En cuanto a la *competencia objetiva*, la nueva LEC no incorpora ninguna especialidad, por cuanto que, conforme a la regla general prevista en su artículo 45 y también en el artículo 85.1.º de la LOPJ, los procesos en los que se diluciden pretensiones de tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios han de ser conocidos por los Juzgados de Primera Instancia, sin perjuicio de admitir la posibilidad de su atribución a los Juzgados de Paz, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47 de la LEC, cuando la cuantía de la reclamación no exceda de noventa euros ⁽¹⁰⁾, lo cual será una hipótesis difícil de darse en la práctica.

En cambio, la nueva LEC sí que contempla diversos cambios en materia de *competencia territorial* de los Juzgados y Tribunales, que afectan directamente a las pretensiones de tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, estableciendo una serie de limitaciones al carácter dispositivo de las normas reguladoras de este tipo de competencia y fijando unos fueros legales especiales, de aplicación preferente, respecto de materias o cuestiones relativas a actos y contratos realizados por consumidores y usuarios, los cuales vienen a complementar los fueros previstos por el apartado 27 de la disposición adicional primera de la LGDCU.

⁽⁷⁾ Algún autor, como González Cano, sostiene la existencia de razones suficientes para la regulación de un procedimiento especial, censurando la dispersión y asistematicidad que se ha generado con las especialidades procesales, así como las contradicciones e incoherencias entre algunas de ellas y el olvido de algunas cuestiones por la falta de una visión global de estos procesos: GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 75.

⁽⁸⁾ La entidad de las especialidades procesales referidas ha sido destacada por Barona Vilar, que ha puesto de manifiesto que «*no parece descabellado afirmar que se trata de algo más que simples especialidades y que, por la misma naturaleza de los sujetos, de las pretensiones y de las exigencias privilegiadas procesales, puede considerarse como una tutela propia de consumidores y usuarios, pese a que la tramitación para de los condicionantes ordinarios de la regulación común*»: BARONA VILAR, S., *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 35.

⁽⁹⁾ Párrafo quinto del apartado VII de la Exposición de Motivos de la LEC.

⁽¹⁰⁾ La anterior cantidad de 15.000 pesetas para determinar la competencia objetiva de los Juzgados de Paz, ha sido objeto de conversión a 90 euros en virtud del Anexo II del Real Decreto 1417/2001, de 17 de diciembre, por el que se establece la conversión a euros de las cuantías establecidas en la LEC.

B) LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

1. El Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

La extensión de la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles al conocimiento de asuntos relativos a la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios está determinada por la regulación prevista en el citado Reglamento comunitario y también por una norma de Derecho interno propio, el artículo 22.4.º de la LOPJ de 1985.

En cuanto al Reglamento (CE) núm. 44/2001, se ha de indicar que ha sustituido al Convenio de Bruselas de 1968 sobre la misma materia y ha entrado en vigor el 1 de marzo de 2002 (art. 76) para todos los países de la Unión Europea, excepto para Dinamarca, que no participó en su aprobación y para la que aún rige el Convenio de Bruselas.

Este Reglamento establece en su artículo 2 el fuero general de competencia de los tribunales del domicilio del demandado, sea cual sea su nacionalidad, siempre que sea nacional de un Estado miembro. Por otra parte, los demandados no domiciliados en un Estado miembro, estarán sujetos, en cuanto a la competencia judicial, a la Ley nacional del Estado miembro ante el que se presente la demanda (art. 4.1).

Pero, aparte de estos criterios generales, previstos en la Sección 1, el Reglamento establece una serie de fueros especiales, distribuidos en las Secciones 2 a 5 y un elenco de competencias exclusivas de los tribunales de los Estados miembros, sin consideración del domicilio (Sección 6, artículo 22).

A los efectos de este estudio, interesa destacar que la Sección 3 (arts. 10 a 14) está dedicada a regular los fueros especiales de «*competencia en materia de seguros*» y que la Sección 4 (arts. 15 a 17) contempla los fueros especiales de «*competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores*»⁽¹⁾.

En cuanto a la *competencia internacional en materia de seguros*, atendiendo a que constituye una materia en la que pueden gozar de la condición de asegurados tanto las empresas y profesionales como los consumidores y usuarios en el sentido del artículo 1.2 de la LGDCU, resulta oportuno su análisis en esta sede. Así, el artículo 9 establece el criterio general, al establecer los tribunales competentes para conocer de la demanda interpuesta contra un asegurador domiciliado en un Estado miembro⁽²⁾ o no domiciliado pero con sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro⁽³⁾. El artículo 10 señala los fueros para los supuestos específicos de seguros de responsabilidad, de seguros relativos a inmuebles y de seguros referentes a bienes muebles e inmuebles cubiertos por una misma póliza y afectados

⁽¹⁾ En la Exposición de Motivos del Reglamento, en el apartado 13), se expresa claramente la finalidad de estos dos fueros especiales por razón de la materia, al indicar que «*es oportuno proteger a la parte más débil mediante reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales*».

⁽²⁾ El apartado 1 del artículo 9 dispone que «*el asegurador domiciliado en un Estado miembro podrá ser demandado: a) ante los tribunales del estado miembro donde tuviere su domicilio; o b) en otro Estado miembro, cuando se trate de acciones entabladas por el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario, ante el tribunal del lugar donde tuviere su domicilio el demandante; o c) si se tratare de un coasegurador, ante los tribunales del Estado miembro que entendiere de la acción entablada contra el primer firmante del coaseguro*».

⁽³⁾ En este caso, el apartado 2 del artículo 9 considera que el asegurador, para los litigios relativos a su explotación, está domiciliado en el Estado miembro en el que tuviere sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento.

por el mismo siniestro⁽¹⁴⁾. El artículo 11 fija el fuero en materia de seguros de responsabilidad civil⁽¹⁵⁾ y el artículo 12 señala el fuero aplicable en acciones del asegurador⁽¹⁶⁾. Por último, el artículo 13 establece en determinados supuestos la aplicación preferente de los posibles pactos entre las partes acerca del órgano jurisdiccional competente.

Otros de los fueros especiales contenidos en el Reglamento (CE) núm. 44/2001, se integran la Sección 4, dedicada a la «*competencia en materia de contratos celebrados con los consumidores*». Así, el artículo 15.1 establece el ámbito de aplicación de estos fueros, asignándolos a las siguientes materias:

- a) *cuando se tratare de una venta a plazo de mercaderías;*
- b) *cuando se tratare de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de venta de tales bienes;*
- c) *en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades»⁽¹⁷⁾.*

El apartado 2 del artículo 15 precisa que «*cuando el cocontratante del consumidor no estuviere domiciliado en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado*».

La competencia de los tribunales en esta materia específica viene fijada por el artículo 16, cuyos apartados 1 y 2 efectúan una distinción según se trate de acciones entabladas por el consumidor o contra éste: así, si la acción la ejercita el consumidor contra la otra parte contratante, serán competentes los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada esta última o los tribunales del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor (se prevén, pues, dos fueros alternativos para el demandante, que goza del privilegio de poder interponer la demanda ante los tribunales de su propio domicilio); en cambio, si la acción se formula contra el consumidor por la otra parte contratante, sólo se atribuye competencia a los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliado el consumidor, lo cual confirma la intención del legislador comunitario de amparar al consumidor, por ser la parte más débil de la relación contractual.

Por último, finaliza la Sección 4 con el artículo 17 que recuerda, *a sensu contrario*, el carácter imperativo de los preceptos anteriores, al establecer que serán de aplicación preferente los pactos entre las partes en materia de atribución de competencia, únicamente en tres supuestos: 1) cuando tales acuerdos sean posteriores al nacimiento del litigio, 2) cuando los pactos referidos permitan al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la Sección 4, y 3) que habiéndose celebrado entre un consumidor y la otra parte contratante, ambos

⁽¹⁴⁾ En todos estos supuestos el asegurador podrá ser demandado ante el tribunal del lugar en que se hubiera producido el hecho dañoso.

⁽¹⁵⁾ En esta materia, el asegurador podrá ser demandado ante el tribunal que conozca de la acción de la persona perjudicada contra el asegurado, cuando la ley de este tribunal lo permita. En los casos de acción directa entablada por la persona perjudicada contra el asegurador, serán aplicables las disposiciones de los artículos 8, 9 y 10.

⁽¹⁶⁾ Este precepto sienta la regla de que «*la acción del asegurador sólo podrá ser ejercitada ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio estuviere domiciliado el demandado, ya sea tomador del seguro, asegurado o beneficiario*».

⁽¹⁷⁾ El apartado 3 del artículo 15 excluye del ámbito de aplicación de esta Sección al contrato de transporte, «*salvo el caso de los que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento*» (llamados contratos de viajes combinados).

domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro, atribuyeren competencia a los tribunales de dicho Estado, salvo que la ley de este último prohibiere tales acuerdos.

Finalmente, interesa en esta sede hacer una referencia al fuero de las *acciones colectivas de cesación*. Sobre este particular la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sección Sexta) de la Unión Europea, de 1 de octubre de 2002, se ha pronunciado a favor de la aplicación del fuero del artículo 5, apartado 3, del Convenio de Bruselas de 1968, en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978, considerando a la práctica de la imposición de cláusulas abusivas como una materia delictual o casi delictual, a los efectos de fijar el tribunal competente para conocer de las acciones colectivas de cesación.

El asunto debatido en el procedimiento que dio lugar a dicha Sentencia fue el planteamiento de una cuestión prejudicial por el más alto tribunal austríaco (*Oberster Gerichtshof*) sobre la interpretación del artículo 5, apartado 3 del Convenio de Bruselas de 1968; surgiendo dicha cuestión en el marco de un litigio entre una asociación de consumidores austríaca, con domicilio social en Austria, y un ciudadano alemán, domiciliado en Alemania, por la utilización por éste último de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores austríacos.

El alto tribunal austríaco, ante el que se interpuso recurso de casación, en la cuestión prejudicial planteada expresaba su duda acerca de si la acción colectiva de cesación ejercitada por la asociación de consumidores había de incluirse en el apartado 1 del artículo 5, referente a los fueros aplicables en materia contractual o en el apartado 3 del mismo artículo, relativo a la materia delictual o casi delictual.

Formulada dicha cuestión, la Sentencia reseñada parte de las siguientes consideraciones esenciales:

A) El hecho delictual consiste en el menoscabo causado en el ordenamiento jurídico como consecuencia del uso de cláusulas abusivas por el comerciante.

B) Los artículos de la de la Sección 4, dedicada a la «Competencia en materia de contratos celebrados por lo consumidores», no son aplicables a este tipo de litigios. A tal efecto, se cita la Sentencia del propio Tribunal de Justicia, de 19 de enero de 1993, Shearson Lehman Hutton, que declara que no puede reconocerse la calidad de consumidor, en el sentido del Convenio de Bruselas, a una persona jurídica que actúa como cesionario de los derechos de un consumidor final privado, sin ser parte ella misma en un contrato entre un profesional y un particular. En el litigio examinado, se reconocía la aplicación de esta doctrina, por cuanto que era una asociación de consumidores la que había ejercitado una acción colectiva de cesación.

C) El concepto de «materia delictual o casidelictual», en el sentido empleado por el artículo 5, apartado 3 del Convenio del Bruselas de 1968, abarca toda demanda que tenga por objeto exigir la responsabilidad del demandado y que no guarde relación con la materia contractual. Aclara la Sentencia que en litigio enjuiciado no existía una relación de carácter contractual entre la asociación de consumidores y el comerciante, sino que actuaba en virtud de un derecho otorgado por la ley.

Una vez determinado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la aplicación del fuero del artículo 5, apartado 3, del Convenio de Bruselas de 1968, respecto de las acciones colectivas de cesación, es preciso señalar que el tribunal competente en tal supuesto es el del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso⁽¹⁸⁾. Es preciso advertir, que el artículo 5,

⁽¹⁸⁾ Tal y como indica esta Sentencia, el órgano jurisdiccional del lugar donde se ha producido el hecho dañoso es normalmente el más adecuado para conocer del proceso, sobre todo por motivos de proximidad y de facilidad para la práctica de pruebas.

apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 44/2001, reproduce el tenor literal de su equivalente precepto del Convenio de 1968, con una importante modificación en su redacción al señalar que será competente «*el tribunal de lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso*», criterio asimismo establecido en la Sentencia comentada, en el sentido de que la aplicación del fuero del artículo 5, apartado 3, no debe estar subordinada a que se produzca efectivamente el daño.

2. El artículo 22.4.º de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

El artículo 22.4.º de la LOPJ establece los siguiente fueros especiales, para la determinación de la competencia judicial internacional de los juzgados y tribunales españoles, en materia de «*contratos de consumidores*»⁽¹⁹⁾:

a) Si se trata de una venta a plazos de objetos muebles corporales o de préstamos destinados a financiar su adquisición, cuando el comprador tenga su domicilio en España.

b) En el caso de cualquier otro contrato de prestación de servicios o relativo a bienes muebles, cuando la celebración del contrato hubiere sido precedida por oferta personal o de publicidad realizada en España o el consumidor hubiera llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato.

Todos estos fueros especiales constituyen una reproducción del artículo 13 del Convenio de Bruselas de 1968, por lo que, entendemos que, habiendo sido sustituido éste por el Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo y siendo éste de aplicación directa en España⁽²⁰⁾, las previsiones del artículo 22.4.º de la LOPJ deben ser objeto de una interpretación ajustada a las disposiciones de la Sección 4 de dicho Reglamento, relativa a la «*competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores*». Y sobre este particular, es preciso advertir que los fueros reseñados en el anterior apartado b) fueron transcritos del artículo 13.3 del Convenio de Bruselas de 1968 y no han sido reproducidos por un precepto similar en el Reglamento (CE) núm. 44/2001, sino que ha sido sustituido por los fueros reseñados del artículo 15.1.c), que se expresa en unos términos más amplios, e indeterminados a la vez, que los previstos por el actual artículo 22.4.º de la LOPJ, lo que debería significar la necesidad de tener en cuenta los nuevos puntos de conexión que fija el reseñado 15.1.c) del citado Reglamento a los efectos de la determinación de la competencia internacional en el orden civil de nuestros Juzgados y Tribunales.

C) LA COMPETENCIA TERRITORIAL

1. La prohibición de la sumisión expresa como cláusula abusiva en los contratos celebrados con consumidores y usuarios

Una de las características esenciales que define la nueva regulación de la competencia territorial en la LEC de 2000, es la existencia de relevantes limitaciones a la regla general del

⁽¹⁹⁾ La LOPJ no define cuáles son estos «contratos de consumidores». En cambio, el Reglamento (CE) núm. 44/2001 sí que los describe en el artículo 15.1, como aquellos «*contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional*».

⁽²⁰⁾ El artículo 26.1 de la CE de 1978 dispone que «*los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*». Además, el artículo 249 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, establece que el Reglamento tiene alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

carácter dispositivo de las normas que regulan aquélla, limitando la autonomía de la voluntad de las partes con la intención de impedir que una de ellas pueda imponer a la otra un fuero en perjuicio de sus intereses.

De este modo, el artículo 54.1 de la LEC prohíbe la sumisión expresa o tácita de las partes, en los siguientes casos:

1.º Cuando sean aplicables los fueros legales especiales previstos en los números 1.º y 4.º a 15.º del apartado 1 del artículo 52 de dicha Ley, así como los del apartado 2.

2.º En los supuestos en que la propia Ley u otra ley especial atribuya expresamente a una norma carácter imperativo.

3.º En todos los asuntos que deban decidirse por los trámites del juicio verbal. Y es preciso advertir al respecto, que esta importante excepción, por sí sola, ya sirve para excluir a la sumisión expresa y tácita de numerosísimos procesos en la práctica forense.

Pero, además, el artículo 54.2 de la LEC dispone la invalidez de la sumisión expresa, no de la tácita⁽²¹⁾, contenida en contratos que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes (se está refiriendo el legislador a los contratos que incluyen las llamadas condiciones generales de la contratación), o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios.

El fundamento de esta prohibición es evidente: evitar la imposición del fuero por la parte más fuerte a la más débil de la relación contractual, que no tiene más remedio en la mayoría de las ocasiones que firmar un contrato de carácter formulario o estereotipado, en el que se pacta la sumisión expresa a favor de la empresa, renunciado el consumidor o usuario al fuero propio; a favor del domicilio social de aquélla, que de esta manera consigue centralizar en una sola ciudad todas la posibles demandas que se planteen contra ella.

Este tipo de cláusulas tan frecuentes en contratos de adhesión o en contratos celebrados con consumidores y usuarios ya habían sido objeto de análisis por parte de la jurisprudencia del TS con anterioridad a la LEC de 2000. Y sobre este particular, es preciso destacar el cambio en la posición del Alto Tribunal sobre la validez o nulidad de tales cláusulas. Así, en una primera línea jurisprudencial se sostuvo su validez⁽²²⁾, con apoyo en la falta de un precepto legal que amparase la nulidad de las cláusulas susceptibles de producir un perjuicio a la parte más débil del contrato, que se ve ante la necesidad de concertarlo sin tener la oportunidad de negociar cuestiones concretas⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ La sumisión tácita se deduce de ciertas conductas o actuaciones de las partes procesales que presuponen su conformidad con el juez o tribunal elegido y que, por tanto, no implican la imposición por ninguna de las partes del fuero, sin que se produzca ningún desequilibrio entre los derechos de las partes de una relación jurídica o contractual. Este tipo de sumisión, que sí puede operar en el ámbito de los procesos para la tutela de los derechos e intereses de consumidores y usuarios, se puede producir, a tenor del artículo 56 de la LEC, «por el demandante, por el mero hecho de acudir a los tribunales de una determinada circunscripción interponiendo la demanda o formulando petición o solicitud que haya de presentarse ante el tribunal competente para conocer la demanda»; o «por el demandado, por el hecho de hacer, después de personado en el juicio, tras la interposición de la demanda, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria».

⁽²²⁾ En este sentido se pronuncian las SS TS de 31 de mayo de 1991 (RA 3955), de 18 de junio de 1992 (RA 5326) y de 22 julio de 1992 (RA 6449).

⁽²³⁾ Ahora bien, en estas Sentencias, sin llegar ninguna de ellas a declarar la nulidad de la cláusula de sumisión expresa, se contemplaba la posibilidad de acordarla, cuando un precepto legal la ampare (como por ejemplo, el artículo 24 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, a cuyo tenor «será juez competente para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de seguro el del domicilio del asegurado, siendo nulo cualquier pacto en contrario»), cuando sea manifiestamente contraria a precepto imperativo o entre en conflicto flagrante con los parámetros del artículo 6 del Código Civil, o cuando no reúna las condiciones que el artículo 56 LEC (según este precepto, la sumisión expresa o tácita sólo podía tener lugar ante un juez con jurisdicción ordinaria para conocer de la misma clase de asuntos y en el mismo grado) y la jurisprudencia que lo interpreta exigen para la perfección y eficacia de la cláusula de prorrogación (STS de 22 de julio de 1992, RA 6649).

Pero, esta posición jurisprudencial resultó modificada notablemente⁽²⁴⁾, a consecuencia de diversos cambios legislativos que tuvieron lugar en nuestra legislación a causa de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores. Esta Directiva, en el apartado primero de su artículo 3 define a las «cláusulas abusivas», al disponer que «*las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de un contrato*»⁽²⁵⁾. Finaliza el artículo 3 señalando que «*el Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas*»; y en este Anexo, en su letra Q, se consideran como cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, aquellas que tengan por objeto «*suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor...*».

La transposición de la Directiva 93/13/CEE al ordenamiento jurídico español se llevó a cabo por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Sobre la cuestión tratada en este epígrafe, destaca la modificación llevada a cabo por la disposición adicional primera de esta Ley operada sobre la LGDCU, añadiendo a ésta el artículo 10 bis, que incorpora una definición de las «cláusulas abusivas», considerando como tal a «*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 Primera de esta Ley*»⁽²⁶⁾.

Igualmente, la reseñada Ley 7/1998 añadió, mediante la Disposición Adicional Primera, una disposición adicional primera a la LGDCU, en la que se establece una enumeración a título enunciativo de las cláusulas que se consideran abusivas, incluyendo como tales, en la norma V, regla 27, «*la previsión de pactos de sumisión expresa a juez o tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor; al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble...*».

Los efectos previstos para este tipo de cláusulas en contratos estipulados con consumidores y usuarios se establecen en el apartado 2 del artículo 10 bis de la LGDCU, que las sanciona con la nulidad de pleno derecho, teniéndose por no puestas «*las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie carácter abusivo*».

Las previsiones de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, supuso, necesariamente, un cambio en la orientación de la jurisprudencia del TS⁽²⁷⁾, que comenzó a declarar la nulidad de

⁽²⁴⁾ Sobre la evolución de la jurisprudencia en esta materia, *vid.* FRIGOLA I RIERA, A., «La cláusula de sumisión expresa después de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación», en *Revista La Ley*, vol. 2, Madrid, 1999, pp. 1789-1796.

⁽²⁵⁾ En el apartado segundo del artículo 3 de la citada Directiva, se aclara que «*se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión*». Y esto es lo que realmente sucede con la cláusula de sumisión expresa, que desde luego suele estar redactada unilateralmente por la empresa y expresada en contratos-modelo que no permiten la negociación individual de los consumidores y usuarios.

⁽²⁶⁾ El artículo 10 bis y la disposición adicional primera de la LGDCU se aplican a contratos celebrados con consumidores y usuarios, tanto si incluyen condiciones generales de la contratación como si contienen cláusulas individuales; mientras que tales preceptos no son aplicables a contratos de condiciones generales, estipulados entre profesionales (adherentes no consumidores), cuyos posibles abusos han de ser corregidos o reparados a través del Derecho Común, según expresa la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998.

⁽²⁷⁾ Esta doctrina jurisprudencial comenzó a asentarse con las SS de 23 de julio de 1993 (RA 6476), de 20 de julio de 1994 (RA 6518), de 29 de junio de 1995 (RA 5270), de 12 de julio de 1996 (RA 5580) y de 14 de septiembre de 1996 (RA 6715), y se ha consolidado en otras muchas SS posteriores.

las cláusulas de sumisión expresa, por ser abusivas. A título de ejemplo, la STS del TS de 12 de julio de 1996 (RA 5580) declara que:

«Si bien es cierto que existe jurisprudencia anterior en la que se aplicaba con criterio taxativo la literalidad de la cláusula de sumisión expresa que la entidad demandante hizo figurar en los contratos impresos que firmaban los beneficiarios de los servicios de mantenimiento de tales aparatos instalados en toda la geografía nacional por la entidad demandante, en aquel tiempo los tribunales españoles no disponían de un apoyo legal para declarar no vinculante una cláusula de sumisión formalmente establecida aunque supusiera un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, modificándose tal panorama legal a partir de la Directiva 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993, disposición que tiene el carácter de norma de obligada transcripción a los derechos nacionales de los Estados miembros, y mientras se lleva a cabo tal establecimiento, los tribunales judiciales de cada Estado deben actuar como jueces comunitarios, siendo así que la cláusula de sumisión expresa que figura en el contrato básico de adhesión es abusiva...»

Esta nueva línea jurisprudencial considera la cláusula de sumisión expresa como abusiva y, por tanto, mercedora, de la nulidad, cuando constituya una cláusula impuesta por una de las partes del negocio jurídico o contrato, inserta en un contrato impreso, sin que el consumidor o usuario haya tenido la oportunidad de intervenir en su redacción y, significando, por tanto, un privilegio para el empresario, en detrimento del derecho de defensa del consumidor o usuario adherente.

2. Fueros legales especiales en contratos celebrados con consumidores y usuarios

El apartado 27 de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU incluye entre las cláusulas abusivas a *«la previsión de pactos de sumisión a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble...»*.

Del tenor literal de este precepto, se desprende la existencia de tres fueros legales especiales en materia de contratos celebrados con consumidores y usuarios, cuya vulneración se prohíbe en cláusulas de sumisión expresa: a) el tribunal del domicilio del consumidor, b) el tribunal del lugar del cumplimiento de la obligación, y c) el tribunal del lugar en que se halle el bien inmueble.

Uno de los problemas que se pueden plantear acerca de la interpretación de estos fueros, es el de su compatibilidad con algunos de los enumerados en el artículo 52 de la LEC, habida cuenta, que en algunos casos no son coincidentes. Entendemos que, al tratarse el apartado 27 de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU, de una *lex specialis*, dirigida específicamente a la tutela de consumidores y usuarios, los fueros previstos en él deben ser de aplicación preferente, *rationae personae*, respecto de los establecidos en el citado precepto de la LEC, por razón de la materia.

El artículo 54.1 de la LEC establece como excepción al carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial, excluyendo consecuentemente la aplicabilidad de la sumisión expresa y táctica, los fueros legales especiales previstos en los números 1.º y 4.º a 15.º del apartado 1 y en el apartado 2 del artículo 52 de dicha Ley.

Al objeto de este estudio, interesa, a efectos ilustrativos, poner de manifiesto exclusivamente aquellos fueros legales especiales atinentes que guarden relación con los actos, negocios o contratos en que intervengan consumidores y usuarios, sin perjuicio de la aplicación preferente de que gozan, a nuestro juicio, los fueros del apartado 27 de la disposición adicional primera de la LGDCU.

En materia de derechos *reales sobre inmuebles*, el artículo 52.1.1.º alude a «*los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles*, entre los que se debe considerar comprendidos a todos aquellos procesos derivados de contratos celebrados por consumidores con la finalidad de adquirir una vivienda o cualquier otro bien inmueble. En estos casos la competencia territorial se determina por el criterio tradicional del *forum rei sitae*, siendo competente «*el tribunal del lugar donde esté sita la cosa litigiosa y, cuando la acción real se ejercite sobre varias cosas inmuebles o sobre una sola que esté situada en diferentes circunscripciones, será tribunal competente el de cualquiera de éstas, a elección del demandante*».

En materia de *juicios sobre arrendamientos de inmuebles y desahucios*, el artículo 52.1.7.º reitera el criterio del *forum rei sitae*, al atribuir la competencia territorial exclusivamente al tribunal del lugar en el que esté la finca⁽²⁸⁾.

En materia de *juicios sobre competencia desleal*, el artículo 52.1.12.º prevé un fuero preferente y varios sucesivamente subsidiarios. Así el fuero principal, de aplicación preferente, determina la atribución de competencia al «*tribunal del lugar en que el demandado tenga su establecimiento*», criterio que sólo se podrá aplicar cuando el demandado sea una sociedad, entidad, empresario o profesional que tenga un establecimiento conocido en España.

Si el demandado no tiene establecimiento conocido en España, sería de aplicación el primer fuero subsidiario, consistente en el tribunal del lugar del domicilio o lugar de residencia del demandado; y, en tercer lugar, como último fuero subsidiario, para el supuesto que el demandado no tuviera tampoco ni domicilio ni residencia en España, será competente bien «*el tribunal del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal*», o bien el del lugar «*donde se produzcan sus efectos*», a elección del demandante⁽²⁹⁾.

En materia de *condiciones generales de la contratación*, el número 14.º del artículo 52.1 de la LEC, prevé respecto de los «*procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación*», que «*será competente el tribunal del domicilio del demandante, teniendo en cuenta, que si se ejercitan las acciones declarativas, de cesación o de retractación, será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de*

⁽²⁸⁾ Se podría considerar como el objeto de un contrato celebrado con consumidores o usuarios el arrendamiento de un bien inmueble, si el arrendador fuera un profesional o empresario dedicado a concertar este tipo de contratos, puesto que si fuese un particular el arrendador no concurriría una relación de consumo.

⁽²⁹⁾ Este último fuero, subsidiario y electivo para el demandante, es susceptible de generar dificultades para la determinación de la competencia territorial en aquellos casos en que el hecho o acto que incurre en competencia desleal proyecte sus efectos sobre varios lugares. Esta cuestión problemática ha sido abordada por Barona Vilar, quien señala que se originó por la circunstancia de que esta norma se formuló en el Proyecto de Ley de Competencia Desleal de 1991 para el supuesto de actos realizados en el extranjero pero que produjesen sus efectos en España, con el fin de que los Juzgados y Tribunales españoles pudiesen conocer también esos actos de competencia desleal. Sin embargo, la Ley de Competencia Desleal lo fijó como norma general de competencia territorial, al igual que la LEC de 2000, lo que suscita la cuestión de cuál será el tribunal competente cuando los efectos del acto de competencia desleal se produzcan en distintos lugares dentro del territorio nacional: si puede ser competente el tribunal del lugar de cualquiera de ellos o si lo más sensato es que se adopte el fuero del lugar en donde se produzcan por primera vez los daños o donde los efectos hayan causado más impacto. Opta esta autora, en defecto de previsión legal expresa, por la posibilidad de demandar en cualquier lugar donde se produzcan los efectos: BARONA VILAR, S., *Competencia Desleal (Doctrina y Jurisprudencia)*, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 212 a 213.

éste, el de su domicilio o, si careciera de éste en el territorio español, el del lugar en que se hubiera realizado la adhesión».

Este último precepto distingue claramente entre el ejercicio de acciones individuales⁽³⁰⁾ y acciones colectivas⁽³¹⁾ con relación a las condiciones generales de contratación, de tal modo que si lo que se ejercitan son acciones individuales el tribunal competente es el del domicilio del demandante⁽³²⁾ y si lo que se ejercitan las acciones colectivas de retractación y declarativa, el fuero preferente corresponde al tribunal del lugar donde esté situado el establecimiento mercantil del predisponente de las condiciones generales y, para el caso de que el demandado no disponga de establecimiento en España, se aplicará el fuero subsidiario de su domicilio, y en defecto de este último, se debe atender al criterio del lugar en el que se haya realizado la adhesión, advirtiendo que es perfectamente posible que, al ejercitarse algunas acciones colectivas, no se haya estipulado ningún contrato de adhesión.

Pero, respecto de las acciones colectivas, es preciso añadir un fuero legal especial, relativo a la *acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios*, incorporado recientemente a la LEC de 2000, por medio de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios⁽³³⁾, que, en su artículo primero, añade un punto 16.º al apartado 1 del artículo 52 de la LEC, con el siguiente tenor literal:

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

Este último fuero es distinto del previsto en el artículo 52.1.14.º de la LEC, con relación a las demás acciones colectivas en materia de condiciones generales de la contratación, que establece como último fuero el del lugar de realización de la adhesión.

Pero, además, se plantea un problema, puesto que, mientras que el fuero del artículo 52.1.14.º es norma imperativa, que excluye la sumisión expresa y tácita, el fuero del número 16.º no está incluido dentro del ámbito de la prohibición de éstas (art. 54.1 de la LEC); por lo que, cabe formularse la duda de si constituye o no una norma de competencia territorial de carácter imperativo⁽³⁴⁾.

⁽³⁰⁾ Son acciones individuales, las instadas por el adherente para la declaración de no incorporación al contrato o nulidad de las cláusulas que contengan condiciones generales de la contratación (art. 9.1 de la Ley 7/1998).

⁽³¹⁾ Las acciones colectivas en materia de condiciones generales de la contratación son la de cesación, la de retractación y la declarativa. Están definidas en el artículo 12 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y, esencialmente, están destinadas a impedir la utilización o recomendación de condiciones generales que resulten contrarias a la Ley.

⁽³²⁾ Barrón de Benito considera que *«el establecimiento del fuero del demandante tiene sentido cuando estas acciones son ejercitadas por consumidores, a pesar de la generalidad de su formulación, dado el carácter tuitivo que impregna la legislación de consumo, pero no ocurre lo mismo cuando se trata de un demandante profesional al que se le otorga un privilegio que no aparece suficientemente justificado ni cuenta con antecedentes en la legislación vigente»*: BARRÓN DE BENITO, J. L., *Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Aspectos procesales*, edit. Dykinson, Madrid, 1999, p. 42.

⁽³³⁾ Esta Ley se encarga de transponer a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, estableciendo el marco procesal adecuado para que la acción de cesación se constituya en un instrumento efectivo para la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, modificando para ello diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y añadiendo algunos otros.

⁽³⁴⁾ González Cano, en relación con el entonces Proyecto de Ley, advierte esta cuestión, planteándose esta misma duda, llegando a la conclusión que este nuevo fuero se debe aplicar en defecto de sumisión tácita o expresa, pero que si la acción de cesación colectiva deriva de contratos de adhesión o contratos celebrados con consumidores y usuarios, resultaría aplicable la prohibición de la sumisión

Entendemos que, a falta de norma expresa, no debería reputarse como un precepto imperativo, a pesar de que parezca que la falta de inclusión del número 16 dentro del artículo 54.1 de la LEC obedezca a un olvido del legislador.

Por último, también el *apartado 2 del artículo 52 de la LEC* establece una amalgama variopinta de materias específicas, que están directamente relacionadas con los consumidores y usuarios, respecto de las que se prevé una norma imperativa de competencia territorial que excluye la aplicabilidad de la sumisión expresa y tácita. Para la aplicación de estos fueros legales especiales, el propio precepto exige que no sean aplicables a tales materias ninguna de las normas del artículo 52.1 de la LEC, lo cual no tiene mucho sentido puesto que las materias específicas relacionadas en esta disposición no parece que puedan incardinarse en ninguna de las reglas de dicho precepto.

Los fueros regulados en este precepto son los siguientes:

- En materia de *seguros*, será competente el tribunal del domicilio del asegurado, lo cual se antoja loable en aras a facilitar a éste el acceso a la Jurisdicción y a evitar los abusos de las compañías aseguradoras.

- En materia de *ventas a plazos de bienes muebles corporales y contratos destinados a su financiación*, será competente el tribunal del lugar del domicilio del comprador.

- En materia de *contratos de prestación de servicios*, la competencia se atribuye al tribunal del lugar del domicilio del prestatario.

- Finalmente, en materia de *contratos cuya celebración haya sido precedida de oferta pública*, será competente el tribunal del domicilio de quien hubiere aceptado la oferta.

III. LOS PROCEDIMIENTOS APLICABLES

A) PROCEDIMIENTOS POR RAZÓN DE LA MATERIA

La LEC no prevé ninguna especialidad, en cuanto al procedimiento aplicable, con carácter general, a los procesos para la tutela de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, por lo que, habrá de estarse a la aplicación de los criterios generales previstos en sus artículos 249 y 250.

Y se puede apreciar claramente que entre las materias específicas del ámbito de juicio ordinario y del juicio verbal, no se encuentra ninguna que haga referencia a dicha tutela, con las salvedades de los artículos 249.1.4.º y 5.º y 250.1.12.º de la LEC, según la redacción dada por el artículo primero, apartado sexto, de la Ley 39/2002, de 28 de octubre.

Así, el artículo 249.1.4.º, en su redacción actual, asigna el juicio ordinario a *«las demandas en materia de competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame. No obstante, se estará a lo dispuesto en el punto 12.º del apartado 1 del artículo 250 cuando se trate del ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios en materia de publicidad»*⁽³⁵⁾.

expresa del artículo 54.2 de la LEC, por lo que solamente cabría sumisión tácita, y, en su defecto, serían de aplicación los criterios del número 16 del artículo 52.1: GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., pp. 84 y 85.

⁽³⁵⁾ Este último inciso del punto 4.º del artículo 249.1 ha sido incorporado por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, permaneciendo inalterado el resto del precepto.

A los efectos de la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, interesa destacar que los procesos que versen sobre cuestiones de competencia desleal y publicidad ilícita, se substanciarán por los trámites del juicio ordinario, pero siempre que la pretensión litigiosa no sea exclusivamente una reclamación de cantidad, puesto que en tal caso habría que aplicar las reglas de determinación del procedimiento por razón de la cuantía. La novedad incorporada por la Ley 39/2002, de 28 de octubre consiste en que, como excepción, las demandas por las que se ejercite la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios en materia de publicidad, exclusivamente, habrán de tramitarse, en todo caso, por los cauces del juicio verbal.

Por otra parte, el número 5.º del artículo 249 de la LEC dispone que se han de tramitar por el juicio ordinario «*las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, salvo lo dispuesto en el punto 12.º del apartado 1 del apartado 1 del artículo 250*»⁽³⁶⁾.

Por último, en concordancia a lo anterior, la Ley 39/2002, de 28 de octubre, ha adicionado el punto 12.º al apartado 1 del artículo 250 de la LEC, relativo al ámbito de aplicación del juicio verbal, por razón de la materia, a cuyo tenor se han de substanciar por este tipo de procedimiento «*las demandas que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios*». Esta disposición asigna al juicio verbal el enjuiciamiento de todas las acciones de cesación establecidas ahora también en la Ley 26/1984 y en distintas leyes sectoriales para la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios (condiciones generales de la contratación, contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, viajes combinados, derechos de aprovechamientos por turno de bienes inmuebles de uso turístico, publicidad en medicamentos de uso humano, programación televisiva, publicidad en general y créditos al consumo) y se debe advertir que el precepto reseñado no prevé, para el supuesto de ejercicio acumulado –junto a la acción de cesación– de una pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios, la posibilidad de aplicar el procedimiento correspondiente a la cuantía del asunto, por lo que, conforme al tenor literal del precepto, se debe colegir que ambas pretensiones deberían substanciararse por los trámites del juicio verbal, con independencia de la pretensión indemnizatoria⁽³⁷⁾.

B) LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA

En consecuencia con lo dispuesto en todos los preceptos enumerados en el apartado anterior, se puede afirmar que, aparte de los procesos sobre competencia desleal, publicidad ilícita y condiciones generales de contratación, que, como regla, habrán de tramitarse por la vía del juicio ordinario y de los procesos en que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, habrá de aplicarse el criterio subsidiario de la elección del procedimiento adecuado por razón de la cuantía de la pretensión, previsto en los artículos 249.2 y 250.2 de la LEC.

Una cuestión interesante que se plantea sobre la determinación de la cuantía del asunto, consiste en la situación surgida de un incremento de la cuantía inicial de las indemnizaciones de daños y perjuicios reclamadas a consecuencia de la intervención de consumidores y usua-

⁽³⁶⁾ La última salvedad también ha sido añadida por la reiterada Ley 39/2002, de 28 de octubre.

⁽³⁷⁾ En tal sentido se manifiesta GONZÁLEZ CANO, M. I.: *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 73.

rios individuales afectados, en virtud de las facultades que les otorgan los artículos 13.1.II y 15 de la LEC.

Como punto de partida, es preciso advertir que la valoración económica del asunto debatido en el proceso, dependerá de varios factores:

1.º Lo que se pide: si se trata o no de una reclamación de cantidad, o de una prestación de hacer, en cuyo caso se aplicará el 251.1.ª o el 251.11.ª de la LEC, respectivamente, etc.

2.º Si se reclama por una asociación de consumidores y usuarios, o por un grupo de afectados: se supone que sólo pretenden una tutela jurídica para los miembros o afectados incluidos en la demanda, teniendo en cuenta que el empresario o comerciante, si es condenado, puede tener que satisfacer la prestación a nuevos consumidores que se personen en el trámite ejecutivo del 519 de la LEC

Ahora bien, consideramos que sólo puede calcularse la cuantía del asunto respecto del valor de las pretensiones de las personas, consumidores o usuarios afectados, que constan en la demanda. Respecto de los consumidores o usuarios no incluidos en la demanda (quienes, en virtud de las normas de notificación y/o publicidad de la demanda, intervendrán o no en el proceso), estimamos que no deben ser tenidos en cuenta a efectos de valoración económica del proceso.

Sentadas estas premisas, cabe plantearse qué solución cabe ofrecer, con arreglo a la LEC, cuando la cuantía inicial del proceso no exceda de tres mil euros y se haya elegido el cauce del juicio verbal y, como consecuencia de la intervención posterior a la demanda de consumidores y usuarios, la cuantía exceda de dicho importe. Podría considerarse aplicable a este supuesto el artículo 253.1 de la LEC, a cuyo tenor: *«La alteración del valor de los bienes objeto del litigio que sobrevenga después de interpuesta la demanda, no implicará la modificación de la cuantía ni la de la clase de juicio».*

Aunque, consideramos que, a falta de previsión legal expresa, que la solución más lógica y razonable debería ser la reconversión del juicio verbal en juicio ordinario, de oficio o a instancia de cualquiera de los demandantes. Así, resulta fundado sostener que, conforme al artículo 254.1 de la LEC, al Juez o Tribunal le corresponde el control de oficio de la clase de juicio elegido por razón de la cuantía, de tal modo que, si a la vista de las alegaciones de los consumidores o usuarios intervinientes con posterioridad a la interposición de la demanda inicial, considera que la cuantía del asunto enjuiciado excede de tres mil euros o es inestimable o indeterminable, mediante providencia, debería acordar su tramitación por el juicio ordinario, amparándose en una interpretación extensiva de los apartados 1 y 2 del artículo 254, pero que es la más acorde con la efectividad de los derechos y garantías procesales de los justiciables, en el sentido de gozar de gozar de un procedimiento como el juicio ordinario, que está compuesto por un mayor número de trámites procesales que garantizan en mayor medida que el juicio verbal las posibilidades de defensa y contradicción, lo cual resulta especialmente interesante cuando se ejerciten acciones de reclamación de cantidades de un importe razonablemente relevante.

Además, es preciso tener en cuenta, para evitar el supuesto hipotético que se ha planteado en el párrafo anterior, que la asociación de consumidores y usuarios u otra entidad habilitada legalmente o un grupo de afectados que inicie un proceso, en la demanda inicial, al amparo del artículo 253.2 podría indicar la cuantía en forma *relativa*, y no con claridad y precisión como se exige con carácter general, si justificare debidamente que el interés económico del litigio al menos iguala la cuantía mínima correspondiente al juicio ordinario o que no rebasa la máxima del juicio verbal. Y la asociación o entidad demandante tendría aún otra posibilidad

mejor para tratar de evitar el problema derivado del cambio de la cuantía del procedimiento, aunque le llevaría directamente a la elección del juicio ordinario, en aquellos casos en que en la demanda inicial se adujera la imposibilidad de determinar la cuantía, ni siquiera en forma relativa, por imposibilidad de determinar la regla de cálculo en el momento de interposición de la demanda, conforme permite el apartado 3 del artículo 253.

En cuanto a las posibilidades de actuación procesal de las partes frente a esta posible transformación del tipo de procedimiento elegido inicialmente, cabe aducir, en defecto de disposición expresa en la LEC, que no debería existir inconveniente alguno en que el demandante inicial o cualquiera de los intervinientes posteriores pueda solicitar mediante escrito dirigido al Juzgado o Tribunal la reconversión del tipo de juicio; sin olvidar que, consideramos que sería de aplicación en este ámbito las facultades del demandado previstas en el artículo 255 de la LEC, de impugnación de la adecuación del procedimiento por razón de la cuantía.

V. LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES

A) FINALIDAD Y CONTENIDO

El apartado 6.º del artículo 256.1 de la LEC prevé una novedosa diligencia preparatoria del juicio, consistente en la posibilidad de que tiene quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, de pedir la práctica de ciertas diligencias con el objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. En estos casos, el tribunal, previa petición parte, adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación.

Este precepto no figuraba ni en el Borrador de Anteproyecto ni tampoco en el Proyecto de Ley presentado ante el Congreso de los Diputados y fue incorporado a la Ley en virtud de la enmienda núm. 295 presentada por el Grupo Socialista del Congreso, que propuso una redacción más abreviada a la actual: *«por petición de quien pretenda iniciar un procedimiento en acciones colectivas para que se determine los integrantes de los grupos de afectados o perjudicados»* ⁽³⁸⁾. Sin duda alguna, la redacción del precepto vigente es más clarificadora y completa que la de la enmienda señalada, precisando mejor los procedimientos en los que es aplicable esta diligencia preliminar y su objetivo.

La exégesis de este precepto plantea, sobre todo, dos cuestiones fundamentales: 1) La finalidad de esta diligencia preliminar, y 2) El contenido de las medidas concretas que se pueden adoptar.

Respecto de la *finalidad*, entendemos que la razón de ser de la petición de la diligencia preliminar del artículo 256.1.6.º radica en dos causas:

A) Facilitar a las entidades con legitimación activa para solicitar judicialmente la tutela de los intereses colectivos de consumidores y usuarios (ex artículo 11.2 de la LEC) el cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 15.2 de dicha Ley, a tenor del cual cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los

⁽³⁸⁾ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, 26 de marzo de 1999, núm. 147-9, p. 253.

perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados ⁽³⁹⁾.

No existe la posibilidad de pedir estas diligencias preliminares en procesos para la tutela de los intereses difusos de consumidores y usuarios ⁽⁴⁰⁾, en los que éstos están indeterminados o son de muy difícil determinación, lo que guarda coherencia con la no exigencia en tales procesos de la reseñada obligación del artículo 15.2 de la LEC, estimando el legislador suficiente la publicidad de la admisión de la demanda, a través de medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión (art. 15.1).

B) La otra finalidad de esta diligencia preliminar es la integración del grupo de afectados para lograr que éste se constituya con la mayoría de ellos y tenga así capacidad para ser parte, conforme a lo exigido por el artículo 6.1.7.º de la LEC ⁽⁴¹⁾.

En cuanto al *contenido de las medidas concretas de averiguación* de los integrantes del grupo de afectados, el artículo 256.1.6.º es absolutamente indeterminado, por cuanto que se refiere genéricamente a «*las medidas oportunas*», señalando dos parámetros que debe tener en cuenta el tribunal que las acuerde: a) las circunstancias del caso concreto, y b) los datos suministrados por el solicitante. Incluye el precepto reseñado como posible medida de averiguación el requerimiento al demandado para que colabore en la determinación de los consumidores o usuarios perjudicados. Sin duda alguna, ésta podría ser la medida más eficaz, ante la posibilidad fundada de que el futuro demandado posea un listado de los adquirentes de los productos dañosos o de los usuarios afectados ⁽⁴²⁾, pero es muy dudoso que, en la práctica, aquél se muestre favorable a colaborar ⁽⁴³⁾ indicando quiénes pueden ser los que le pueden demandar y/o reclamar una indemnización o reparación.

Una cuestión estrechamente relacionada con el contenido de las medidas de averiguación, la de los *sujetos legitimados pasivamente* con quien deben substanciarse. Sobre este particular, se puede apreciar que el tenor literal del artículo 256.1.6.º de la LEC no establece ninguna limitación, por lo que, además del futuro demandado, puede tener legitimación pasiva cualquier tercero que hubiera participado en los hechos causantes de los perjuicios y que pudiera tener conocimiento ⁽⁴⁴⁾ de los consumidores o usuarios afectados ⁽⁴⁵⁾.

⁽³⁹⁾ Entre los autores que señalan esta finalidad de la diligencia preliminar analizada, figuran: BARONA VILAR, S., *Tutela de los consumidores...*, op. cit., p. 148; BELLIDO PENADÉS, R., «La tutela de los intereses de los consumidores en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista Tribunales de Justicia*, núm. de diciembre de 2002, p. 3; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, con De la Oliva Santos, A., edit., Centro de Estudios Ramón Areces, 2.ª ed., Madrid, 2001, p. 603; y GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 126., y GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con Cordón Moreno y otros, edit. Aranzadi, vol. I, Pamplona, 2001, p. 955.

⁽⁴⁰⁾ Algún autor, como Lorca Navarrete, ha censurado la falta de aplicación de esta diligencia preliminar a los procesos para la tutela de los intereses difusos de consumidores y usuarios. En opinión de dicho autor, «*La Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido en este punto extremadamente tímida*»: LORCA NAVARRETE, A. M., «La regulación de las diligencias preliminares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Una regulación inconstitucional», en *Revista La Ley*, vol. 6, año 2000, p. 1923.

⁽⁴¹⁾ Acerca de este objetivo, se pronuncian: BARONA VILAR, S., *Tutela de los consumidores...*, op. cit., p. 148; BUJOSA VADELL, LL. M., «La protección de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 2001, p. 35; GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 125, y SAMANES ARA, C., *Las partes en el proceso civil*, edit. La Ley, Madrid, 2000, p. 113.

⁽⁴²⁾ En muchas ocasiones el requerimiento al futuro demandado no será eficaz, como sucede en aquellos casos frecuentes en los que el tipo de producto vendido o de servicio prestado no es de los que requieren que el comerciante, empresario o profesional tengan constancia de la identidad de los adquirentes o usuarios.

⁽⁴³⁾ Así lo advierte expresamente Lorca Navarrete, al indicar la dificultad de que se logre la colaboración de quien envenena, adultera oferta mala calidad: LORCA NAVARRETE, A. M., *La regulación de las diligencias preliminares...*, op. cit., p. 1924.

⁽⁴⁴⁾ Piénsese, por ejemplo, en un tercero, como el suministrador de unos productos, que posee los datos de los compradores, siendo responsable de los daños el fabricante de ellos.

⁽⁴⁵⁾ Se muestran partidarios de la posibilidad de solicitar la colaboración a un tercero, entre otros: BARONA VILAR, S., *Tutela de los consumidores...*, op. cit., p. 150; BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela de los intereses de los consumidores...*, op. cit., p. 4; BUJOSA

Por último, en referencia a la adopción de medidas de averiguación, es preciso plantearse el *grado de vinculación del tribunal* a las medidas concretas solicitadas por el futuro demandante. A falta de previsión legal expresa que aclare tal cuestión, el tenor literal del artículo 256.1.6.º de la LEC parece dar a entender que el tribunal no está sujeto a las medidas pedidas, sino que podrá acordar las medidas más adecuadas a la finalidad pretendida⁽⁴⁶⁾. Así, según la dicción literal del precepto citado, «*el tribunal adoptará las medidas oportunas... conforme a los datos suministrados por el solicitante*».

En todo caso, el tribunal acordará la práctica de la diligencia preliminar si concurren los tres presupuestos para su adopción, establecidos en el artículo 258.1 de la LEC: *a)* adecuación de la diligencia a la finalidad pretendida, *b)* justa causa, y *c)* interés legítimo.

El interés legítimo se dará cuando exista la apariencia de una lesión de los derechos de los consumidores o usuarios, que pueda fundar o justificar la incoación de un futuro proceso para la tutela de sus intereses colectivos. En cuanto a la justa causa, aparte de la propia lesión o perjuicio causado a un grupo de consumidores o usuarios, que no estando determinados son fácilmente determinables, entendemos que pueden operar como justa causa otras circunstancias como: *a)* la imposibilidad de averiguar la identidad de los sujetos afectados sin la práctica de esta diligencia preliminar, y *b)* la idoneidad de la medida para determinar los concretos consumidores o usuarios afectados, al objeto de lograr la mayoría del grupo necesaria para poder interponer una demanda, según exige el artículo 6.1.7.º de la LEC⁽⁴⁷⁾.

B) COMPETENCIA

Frente a la regla general del párrafo primero del artículo 257.1 de la LEC, que atribuye la competencia para el conocimiento de las peticiones de diligencias preliminares al Juez de Primera Instancia del domicilio de la persona que hubiere de declarar, exhibir o intervenir en las actuaciones, el párrafo segundo de dicho artículo establece la competencia del tribunal ante el que haya de presentarse la demanda, para la diligencia preliminar del artículo 256.1.6.º de la LEC, destinada a concretar a los integrantes de un grupo de consumidores o usuarios afectados, cuando no estando determinados, sean fácilmente determinables.

Los fundamentos de esta especialidad son dos: *a)* evitar problemas de determinación del órgano competente ante la posible concurrencia de una pluralidad de sujetos requeridos, y *b)* la mayor intervención del tribunal en la decisión y práctica de esta diligencia preliminar, con relación a las demás, resultando oportuna la coincidencia con el tribunal que ha de conocer del pleito principal⁽⁴⁸⁾.

VADELL, LL. M., *La protección de los consumidores...*, op. cit., p. 35; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 480; y SAMANES ÁRA, C., *Las partes en el proceso civil*, op. cit., p. 113.

⁽⁴⁶⁾ Acerca de esta falta de vinculación del juzgador a las medidas concretas solicitadas por el futuro demandante, se pronuncian: BARONA VILAR, S., *Tutela de los consumidores...*, op. cit., pp. 162 y 172; GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Fernández-Ballesteros, M. A.; Rifa Soler, J. M. y Valls Gombau, J. F.), edit. Iurgium Editores, Barcelona, 2001, p. 1156; y GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., pp. 132 y 135. En opinión de Díez-Picazo Giménez, «*debe entenderse que el tribunal no puede adoptar medidas que no le hayan sido en absoluto solicitadas. No obstante, parece razonable entender que sí puede acordar medidas que, aunque no sean exactamente las solicitadas, sean homogéneas o similares a aquéllas aunque menos intensas*»: DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 480.

⁽⁴⁷⁾ Sobre la necesidad de la concurrencia de estos tres presupuestos y sobre las exigencias que implica cada uno de ellos, se expresa BARONA VILAR, S., *Tutela de los consumidores...*, op. cit., pp. 170 a 172.

⁽⁴⁸⁾ Sobre esta justificación de la norma de competencia especial, se expresa GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 128.

Estamos, pues, ante un fuero imperativo, que debe ser controlado de oficio por el juez o tribunal, quedando vedada la posibilidad del requerido de interponer la declinatoria, conforme dispone el artículo 257.2 de la LEC.

C) LA NEGATIVA A LA PRÁCTICA DE LA DILIGENCIA

Para el supuesto de que la persona requerida o cualquier otra que pudiese colaborar en la determinación de los integrantes del grupo de afectados, se negaren a prestar tal colaboración, el artículo 261.5.ª de la LEC dispone que el tribunal, mediante providencia, ordenará que se acuerden las medidas de intervención necesarias, incluida la de entrada y registro, para encontrar los documentos y datos precisos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiese incurrir por desobediencia a la autoridad judicial.

El precepto reseñado, alude a la posibilidad de adoptar «*las medidas de intervención necesarias*» para encontrar los documentos o datos precisos para la determinación de los consumidores o usuarios afectados, pero, a excepción de la medida de entrada y registro, no se precisa qué medidas concretas se pueden acordar.

Un análisis especial merece la *medida de entrada y registro en lugar cerrado*, en cuanto ha sido objeto de crítica por la mayor parte de la doctrina procesal, que aprecia ciertas dudas sobre su constitucionalidad, en virtud de los siguientes argumentos:

1.º La falta de proporcionalidad entre esta medida y la finalidad pretendida⁽⁴⁹⁾ (la preparación de un futuro proceso), resultando excesivo que para la práctica de una diligencia preliminar se ordene una medida tan aflictiva como la de entrada y registro en lugar cerrado.

El Consejo General del Poder Judicial ya formuló algunas consideraciones sobre los riesgos derivados de esta medida, con ocasión del Informe al Anteproyecto de la LEC de 1997, sin llegar a plantear su inconstitucionalidad, pronunciándose al respecto en los siguientes términos:

«La dificultad de determinación del lugar en que puedan hallarse los documentos en cuestión, ante la negativa del requerido, puede derivar en registros y entradas en lugares o domicilios sin garantías de hallar lo buscado. Bajo esta perspectiva es factible que se generen situaciones de conflicto con el derecho a la inviolabilidad del domicilio, con las consecuencias problemáticas que la casuística puede plantear, incluyendo desde luego la necesidad de un expreso razonamiento y de un juicio de proporcionalidad sobre la necesidad de la medida, aunque con una eficacia relativa a efectos pretendidos. El hecho de que el juez civil pueda en estos casos ser considerado al propio tiempo juez de las libertades, que esté facultado para llevar a cabo la ponderación preventiva de los intereses en juego como garantía del derecho fundamental (STC 160/1991), no excluye ciertamente la necesidad del cumplimiento de los demás requisitos establecidos por la doctrina constitucional (SSTC 126/1995, 59/1995, 22/1984 y 137/1985).»

2.º Es una medida restrictiva del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la Constitución), que se regula en una norma con rango de Ley ordinaria como es

⁽⁴⁹⁾ En torno a la ausencia de proporcionalidad y la inconstitucionalidad de la medida, se pronuncia LORCA NAVARRETE, A. M., *La regulación de las diligencias preliminares...*, op. cit., pp. 1929 y 1930.

la LEC, cuando un precepto de tal naturaleza sólo puede establecerse mediante Ley Orgánica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 81 del texto constitucional⁽⁵⁰⁾.

3.º También reviste una notable gravedad la previsión de que la autorización judicial de esta medida coactiva se realice bajo la forma de providencia, ya que ésta, conforme a lo dispuesto en el artículo 208 de la LEC, no necesita motivación, pudiendo incluir únicamente una sucinta motivación⁽⁵¹⁾ cuando así lo disponga la ley o el tribunal lo estime conveniente.

Ante una medida que supone una intromisión en un derecho fundamental como el de la inviolabilidad del domicilio, resulta inexcusable la exigencia de una resolución judicial motivada, como el auto⁽⁵²⁾, que contenga, como mínimo la identificación de las persona o personas afectadas, el domicilio o local concreto cuyo registro se autoriza, el período de tiempo durante el que se podrá practicar la medida, debiendo fundamentar debidamente los hechos en base a los cuales se acuerda la medida, con expresión de necesidad y proporcionalidad y la conexión existente entre la entrada y registro y la finalidad que se pretende⁽⁵³⁾.

Por último, en cuanto a la exégesis del artículo 261.5.ª de la LEC, no se entiende a qué se refiere este precepto cuando se refiere a la posibilidad de adoptar medidas de intervención contra personas que, sin ser requeridas, se hayan negado a colaborar en la determinación de los consumidores o usuarios afectados. Si lo que quería expresar el legislador con esta alusión es la aplicación de dichas medidas frente la negativa de un tercero a colaborar, debería haberlo precisado mejor, porque el tercero debería ser objeto también de requerimiento de colaboración al amparo del artículo 256.1.6.º, puesto que resulta ingenuo pensar en la hipótesis de una negativa sin un previo requerimiento.

(Continuará.)

⁽⁵⁰⁾ GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 139; y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, con Cortés Domínguez, V., y Gimeno Sendra, V., 4.ª ed., edit. Colex, Madrid, 2001, p. 174.

⁽⁵¹⁾ A juicio de Díez-Picazo Giménez, si la providencia en la que se acuerde la medida está suficientemente motivada, esta última no incurriría en inconstitucionalidad: Díez-Picazo Giménez, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 487.

⁽⁵²⁾ Entre los autores que reclaman la necesidad de un auto para acordar esta medida, están: BARONA VILAR, S., *Tutela de los consumidores...*, op. cit., pp. 180 y 181; GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 139; y LORCA NAVARRETE, A. M., *La regulación de las diligencias preliminares...*, op. cit., p. 1929.

⁽⁵³⁾ Este es el criterio seguido en la cuestión de inconstitucionalidad, de fecha 18 de julio de 2002, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Barcelona, contra el artículo 261.5.ª de la LEC, en la que se plantea la inconstitucionalidad de la adopción de la medida en entrada y registro, mediante autorización en forma de providencia, considerando que, en todo caso, conforme a la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional respecto de la entrada y registro en el ámbito del proceso penal, sería necesario un auto motivado. Se advierte, además, en esta cuestión que, de acordarse tal medida mediante providencia, las partes afectadas por ella podrían alegar la concurrencia de prueba ilícita, por haberse obtenido vulnerando un derecho fundamental como es el de la inviolabilidad del domicilio: Revista *LEC FORUM*, núm. 33, septiembre de 2003, pp. 79-82.