

ESTUDIOS

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

JOSÉ ANTONIO DEL OLMO DEL OLMO
*Profesor Doctor de Derecho Procesal
de la Universidad de Alcalá*

SUMARIO: V. El régimen de publicidad de la demanda: A) La publicidad de la admisión de la demanda en los procesos para la tutela de los derechos e intereses colectivos y difusos; B) La comunicación previa de la presentación de la demanda en los procesos para la tutela de los derechos e intereses colectivos.-VI. La intervención procesal de consumidores y usuarios: A) Consideraciones generales acerca del artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; B) Ámbito de aplicación del artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; C) El régimen jurídico de la intervención de consumidores y usuarios: 1. Naturaleza jurídica de la intervención. 2. En los procesos para la tutela de los derechos e intereses colectivos. 3. En los procesos para la tutela de los derechos e intereses difusos.-VII. La acumulación de procesos.-VIII. Especialidades probatorias: en especial, la carga de la prueba: A) La carga de la prueba; B) Los medios concretos de prueba.-IX. Las medidas cautelares: A) Consideraciones previas; B) La dispensa del deber de prestar caución en los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios; C) Medidas anticipatorias del resultado del proceso.

V. EL RÉGIMEN DE PUBLICIDAD DE LA DEMANDA

A) LA PUBLICIDAD DE LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA EN LOS PROCESOS PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS

A tenor de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 15 de la LEC, en los procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios u otras entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de éstos y también por los grupos de afectados, se llamará al proceso a los consumidores o usuarios que resultaren afectados por el producto o servicio

que ha originado la pretensión de reparación de daños con la que se ha abierto el proceso, con la finalidad de que puedan defender sus derechos e intereses individuales.

La finalidad del llamamiento previsto en el artículo 15.1 es clara: poner en conocimiento de los eventuales consumidores y usuarios perjudicados la pendencia de un proceso en el que pueden tener interés en defender la misma u otra posición que la de la parte actora, para que, si lo desean, puedan personarse e intervenir en él. La importancia de esta personación radica en que los concretos consumidores o usuarios afectados podrán influir así en el contenido de la sentencia, que de todas formas les vinculará *ex artículo 222.3 LEC*.

Este llamamiento se concreta en la obligación de publicar la admisión de la demanda «*en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses*».

Ahora bien, el régimen de publicidad establecido en el apartado 1 del artículo 15 de la LEC plantea algunas dudas que habrán de ser resueltas por la jurisprudencia que se dicte en el futuro y por una interpretación lógica y razonable del espíritu de la norma y de los objetivos que se pretenden alcanzar con ella. Todos estos problemas interpretativos serán abordados a continuación:

A) Así, en primer lugar, se plantea la cuestión acerca de la *iniciativa* de la publicidad, puesto que el precepto no es explícito al respecto⁽⁵⁴⁾, aunque atendiendo a su tenor literal, al expresarse en términos imperativos («*se llamará*»), parece lógico concluir que el llamamiento es una atribución del órgano jurisdiccional que conoce del proceso, que debe ordenarlo, por tanto, de oficio, sin la necesidad de instancia de parte, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda pedirlo al tribunal si éste no efectúa el llamamiento por sí mismo⁽⁵⁵⁾.

B) En cuanto al *momento* en que debe hacerse el llamamiento, entendemos que, la publicidad debe efectuarse inmediatamente después de la admisión de la demanda, debiéndose ordenar la publicación del llamamiento en el mismo auto en que se acuerde ésta.

C) Una de las cuestiones que genera más incertidumbre en la interpretación de este precepto es la *in concreción* de la *clase de medios de comunicación* a través de los cuales debe darse publicidad de la admisión de la demanda, puesto que lo único que dispone el artículo 15. 1 es que sea cual sea el medio utilizado debe asegurar su difusión en el ámbito territorial en el que se ha manifestado la lesión de los derechos e intereses perjudicados. Sobre el particular, existe un consenso entre los autores que se han pronunciado al respecto en

⁽⁵⁴⁾ Mayor claridad expresaba el artículo 14 del Proyecto de LEC, al disponer que «*este llamamiento se hará, por orden del tribunal y a costa del demandante o demandantes mediante publicidad de la admisión de la demanda...*»: *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 147-1, 13 de noviembre de 1998, p. 27.

⁽⁵⁵⁾ En tal sentido se manifiestan: BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con De la Oliva Santos, A., Díez-Picazo Giménez, I. y Vegas Torres, J., edit. Civitas, Madrid, 2001, p. 111; BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela de los intereses de los consumidores...*, *op. cit.*, p. 10; GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, *op. cit.*, pp. 167 y 188; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con Cordón Moreno, F. y otros, edit. Aranzadi, vol. I, Navarra, 2001, pp. 214 y 215; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Proceso civil práctico* (dir. Gimeno Sendra), t. I, edit. La Ley, Madrid, 2001, p. 230; y MARTÍN BERNAL, J. M., «Tratamiento jurídico de los consumidores y usuarios a la vista de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000», en la revista *Estudios sobre Consumo*, núm. 59, año 2001, p. 58.

Por el contrario, para Samanes Ara, este precepto no ordena de una forma inequívoca que la publicación se efectúe de oficio y, en atención a la poca predisposición de los Juzgados a anticipar gastos, en la práctica se entenderá que constituye una obligación del demandante: SAMANES ARA, C., *Las partes...*, *op. cit.*, p. 153.

Para Pascual Serrats no queda claro, según el tenor literal del artículo 15.1, a quien se dirige la exigencia del llamamiento, por lo que no existe ningún óbice para que pueda ser realizado por el demandante o de oficio: PASCUAL SERRATS, R., *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, con Barona Vilar, S. (coord.) y otros, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 133.

el sentido de que la ley emplea el término «*medios de comunicación*», pretendiendo referirse a medios de comunicación social, distintos a la tradicional comunicación mediante edictos publicados en boletines oficiales, que no tiene ninguna eficacia como instrumento de publicidad que permita un conocimiento, más o menos generalizado y efectivo de la pendencia del proceso entre los consumidores y usuarios individuales perjudicados.

Por ello, es preciso entender que la admisión de la demanda se habrá de publicar en medios de comunicación social, que a falta de previsión legal expresa, podrán ser públicos o privados y escritos (prensa) u orales (radio y televisión)⁽⁵⁶⁾, incluyendo la posibilidad de publicidad a través de internet, en páginas web de medios de comunicación⁽⁵⁷⁾, siempre que, en todo caso, garanticen el posible conocimiento efectivo del llamamiento.

D) Tampoco dice nada el artículo 15.1 acerca del *número de medios de comunicación* en que ha de publicarse el anuncio de admisión de la demanda. Sobre este aspecto, consideramos que el empleo por la ley del término «medios», en plural, no significa necesariamente que el legislador haya pretendido la necesidad de publicación en, al menos, dos medios de comunicación, puesto que puede entenderse perfectamente que el sustantivo plural se ha utilizado en este precepto de una forma genérica. Ante esta indeterminación legal, parece lógico y razonable concluir que será el tribunal, el que, en atención a las circunstancias del caso concreto⁽⁵⁸⁾, de una forma motivada y tratando de compaginar la difusión necesaria del anuncio con la economía de costes, deberá decidir si es preciso la publicación en uno o en varios medios de comunicación⁽⁵⁹⁾.

E) Asimismo, no existe disposición legal acerca del *tiempo de duración de la publicación*, sin que se sepa si es suficiente con la publicación en un solo día, o si queda al criterio del juzgador la posibilidad de modular dicho tiempo, en función de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Ante este dilema, consideramos que bastaría para cumplir con el requisito legal la publicación en un único día.

F) En cuanto al *lugar en que se debe practicar la publicidad*, la Ley dispone que debe efectuarse en el ámbito territorial en que se haya manifestado la lesión de los derechos o intereses de los consumidores y usuarios, lo cual podría plantear algún problema en el caso de los procesos para la tutela de sus intereses difusos, en el que los afectados están indeterminados

⁽⁵⁶⁾ Acerca de tal consideración se pronuncian: BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 111; GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 233; GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 190; y GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 215.

⁽⁵⁷⁾ Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes advierte de la utilidad de internet a estos efectos de publicidad, siendo éste un modo de publicidad y comunicación con los afectados muy utilizado en las *class actions* norteamericanas, para realizar su llamamiento antes de la certificación del proceso como una acción de clase, como foro de comunicación y seguimiento del proceso de todos aquellos que están representados en él, para la cumplimentación de formularios relacionados con el proceso, etc.: GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 215.

⁽⁵⁸⁾ A título de ejemplo, el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Madrid, de fecha 18 de noviembre de 2002, con relación a la demanda interpuesta por la entidad «Ausbanc Consumo» contra «Opening», por el conocido caso de los cobros de créditos bancarios para la financiación de cursos que no se llegaron a realizar, en el mismo auto de admisión, ante la existencia de una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, dispuso la publicación de la admisión a trámite de la demanda en los periódicos de difusión nacional *El País* y *ABC* y a través de Radio Nacional de España.

⁽⁵⁹⁾ Ofrecen esta solución al problema planteado, atendiendo al criterio de la ponderación judicial según las circunstancias del caso concreto: BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 111; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 604; GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 233; GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 191; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 216; y MONTÓN GARCÍA, M. L., «Los consumidores y usuarios ante la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista La Ley*, vol. 6, año 2000, p. 2032.

o son de difícil determinación, pudiendo concurrir la hipótesis de que se desconozca cuál es el concreto ámbito territorial en el que se han producido los daños derivados del consumo de un producto, en cuyo caso, consideramos que habrá que optar por efectuar una publicación con difusión en un ámbito territorial que ofrezca un alto grado de certidumbre respecto de la inclusión en él de todos los posibles consumidores y usuarios afectados⁽⁶⁰⁾, de tal modo que si no se han encontrado datos que lleven a pensar en su repercusión fuera de una provincia o una comunidad autónoma (no sólo porque no se han detectado afectados, si no porque no se tiene noticia de que el producto o el servicio se ofrecieron fuera de ese ámbito) bastará la publicación dentro de ellas, pero si se detectan casos en territorio de dos o más comunidades autónomas, la publicación deberá ser de ámbito nacional.

G) Otra de las cuestiones no previstas por la Ley, es el *contenido de la publicidad*: así, lo único que se indica es que se debe publicar la admisión de la demanda, pero no el contenido concreto del anuncio. A falta de previsión legal, entendemos que el anuncio debería incluir las siguientes menciones: *a*) por una parte, los datos del proceso en el que se ha acordado la admisión de la demanda: identificando el órgano judicial, las partes, el tipo o clase de acción y la causa de pedir (los hechos que motivan la reclamación), y *b*) por otra parte, se debe advertir a los consumidores y usuarios perjudicados que tengan interés en comparecer, la posibilidad de hacerlo en defensa de sus derechos e intereses individuales, dentro del plazo que haya marcado el tribunal al admitir la demanda⁽⁶¹⁾.

En torno a esta última cuestión, surge la duda acerca de si la entidad actora tiene la carga de mostrar al Juez el anuncio que va a publicar antes de hacerlo, a fin de darle el visto bueno o, si por el contrario, basta con que se aporte al procedimiento después de emitido (ejemplar del periódico, cinta de grabación de emisora de radio, etc.). Lo más conveniente, en aras a la adecuación o idoneidad del anuncio, sería que éste fuese supervisado por el juez antes de su publicación.

H) También, en cuanto a la exégesis del apartado primero del artículo 15, se plantea la cuestión de quién debe asumir los *gastos de la publicidad*, por la inserción de los anuncios de la admisión de la demanda en medios de comunicación social. Y aquí la solución aceptada mayoritariamente por la doctrina, es que son gastos que deben ser abonados por la asociación o entidad demandante⁽⁶²⁾, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos dentro de las costas procesales, al amparo del artículo 241.1.2.º de la LEC y, por tanto, repercutirlos sobre la parte contraria en caso de ser ésta condenada a su pago.

Efectivamente, los gastos derivados de estos anuncios se pueden considerar, sin ningún impedimento, como costas procesales, en virtud del número 2.º del artículo 241.1, que alude a los desembolsos para la «*inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso*», y resulta evidente que el llamamiento del artículo 15.1 por medio de la publicación de anuncios en medios de comunicación es una actuación imperativa.

⁽⁶⁰⁾ Así lo advierte DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 604.

⁽⁶¹⁾ Se muestran partidarios de este contenido del anuncio GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 189 y GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 214.

⁽⁶²⁾ Así lo expresan: BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 111; BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela de los intereses de los consumidores...*, op. cit., p. 10; GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 233; GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 190; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Proceso civil práctico*, op. cit., p. 230; PASCUAL SERRATS, R., *Tutela de los consumidores...*, op. cit., p. 134; y SAMANES ARA, C., *Las partes...*, op. cit., p. 153.

Ahora bien, esta interpretación -que por otra parte parece la única posible- es susceptible de constituir en la práctica un obstáculo o un freno económico al ejercicio de acciones por parte de las asociaciones y entidades legitimadas para la tutela de los derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios, que deben adelantar el coste elevado de los anuncios en medios de comunicación⁽⁶³⁾, puesto que, a pesar de que tienen reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita en la disposición adicional segunda de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita de 1996, el artículo 6.4 de esta misma Ley, al delimitar el contenido de este derecho, incluye exclusivamente dentro de su ámbito, «*la inserción gratuita de anuncios o edictos, en el curso del proceso, que preceptivamente deban publicarse en periódicos oficiales*».

I) Por último, omite también la LEC cualquier referencia a las consecuencias del incumplimiento por el actor del trámite de la publicación del anuncio, si así se le hubiere encomendado por el Juez. En tal supuesto, al menos, se le debería imponer al demandante la multa del artículo 247.3 de la LEC, por conculcar las reglas de la buena fe procesal.

B) LA COMUNICACIÓN PREVIA DE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA EN LOS PROCESOS PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS

El apartado 2 del artículo 15 de la LEC dispone que cuando se trate de un proceso en el que los consumidores o usuarios perjudicados estén determinados o sean fácilmente determinables, es decir, cuando se trate de un proceso incoado para la tutela de los llamados intereses colectivos de los consumidores y usuarios, «*el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido*».

La interpretación de este precepto plantea numerosas dudas en torno a la forma, el momento y el contenido de la comunicación personal a los consumidores y usuarios individuales perjudicados y las consecuencias de su incumplimiento,

La primera gran duda que surge del tenor literal de este precepto, que ha sido objeto de una relevante atención por parte de la doctrina, es si lo que se debe comunicar previamente es la presentación de la demanda o la intención de presentarla. Consideramos que la solución más idónea ha de ser la exigencia de comunicación previa por parte de la asociación o entidad demandante de la intención de presentar la demanda⁽⁶⁴⁾, con base en los siguientes argumentos:

1.º Se posibilita que el consumidor o usuario individual pueda adherirse a la demanda colectiva que pretenda interponer la asociación o entidad o que pueda formar parte del grupo, para que éste se constituya con la mayoría de los afectados, necesaria para demandar (art. 6.1.7.º de la LEC).

⁽⁶³⁾ Algunos autores sostienen la injusticia y la inconveniencia de que sean las asociaciones de consumidores y usuarios las que tengan que soportar el coste de los anuncios. En este sentido, Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Cabiedes propone como solución práctica que estos gastos sean abonados por el Estado o con cargo a un Fondo para la protección y defensa de los consumidores y usuarios, que podría crearse para distintos fines: GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., pp. 216 y 217.

⁽⁶⁴⁾ Se muestran partidarios de esta interpretación: BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 111; BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela de los intereses de los consumidores...*, op. cit., p. 11; Díez-Picazo Giménez, I., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 598; GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 183; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Proceso civil práctico*, op. cit., p. 231; MONTÓN GARCÍA, M. L., *Los consumidores y usuarios...*, op. cit., p. 2032; PASCUAL SERRATS, R., *Tutela de los consumidores...*, op. cit., p. 140; y SAMANES ÁRA, C., *Las partes...*, op. cit., p. 153.

2.º Se evita la pérdida de facultades procesales para el consumidor o usuario interviniente, a consecuencia de la regla de la preclusión establecida en el inciso final del artículo 15.2.

Pero existe también quien sostiene la posición contraria⁽⁶⁵⁾, es decir, que la comunicación se debe efectuar *después* de la presentación de la demanda, por razón de los siguientes motivos:

1.º Para evitar la indeseable circunstancia de que no llegue a presentarse luego la demanda cuya interposición había sido previamente anunciada, dejando al consumidor o usuarios perjudicado en una situación de incertidumbre.

2.º Por la propia finalidad de la publicidad de la admisión de la demanda, consistente en permitir o posibilitar la intervención procesal de los consumidores o usuarios individuales perjudicados y esto requiere que éstos conozcan el concreto Juzgado en el que se está tramitando el asunto.

En cuanto a la *forma de la comunicación previa*, a falta de previsión legal expresa, consideramos adecuado que deberá realizarse extraprocésalmente, de cualquier modo que permita dejar constancia documental a los efectos de su acreditación posterior ante el tribunal⁽⁶⁶⁾. A tal efecto, debe ser suficiente con una comunicación por correo con acuse de recibo⁽⁶⁷⁾.

Una cuestión directamente relacionada con la forma de la comunicación estriba en cuál debe ser el nivel de exigencia para considerarse cumplido de una forma efectiva el requisito de la comunicación previa, respecto de aquellos casos en los que ésta no se haya podido practicar a través de los medios ordinarios (notificación personal o mediante correo certificado con acuse de recibo). Sobre este aspecto, entendemos que debería bastar con que se haya intentado la comunicación en el domicilio del consumidor o usuario perjudicado del que se tenga constancia, puesto que el grado de cumplimiento de la obligación de efectuar la comunicación previa, debe fijarse en términos razonables, de acuerdo con las circunstancias⁽⁶⁸⁾.

Por lo que respecta al *contenido de la comunicación previa*, si se opta por la solución interpretativa de que ha de comunicarse la intención de presentar la demanda -y no su presentación misma- consideramos que no sería necesario que se comunicase la demanda íntegra, bastando a tal efecto, con la información acerca de la intención de demandar, de las partes, de los hechos que motivan la reclamación y de la pretensión⁽⁶⁹⁾.

Respecto a la procedencia de esta obligación del demandante o demandantes, también se ha suscitado la cuestión acerca de si éstos quedarían exonerados de llevar a cabo la comunicación previa en el supuesto de que, anteriormente, hubieran solicitado la diligencia preliminar del artículo 256.1.6.º de la LEC. Entendemos que, a pesar de haberse practicado esta diligencia preliminar y aunque por medio de ella los consumidores y usuarios individuales perjudicados hubieran tenido conocimiento de la preparación de un proceso para la tutela de los intereses colectivos, ello no obsta a que se deba efectuar la comunicación previa de la presentación de la demanda, puesto que si no fuera así el consumidor o usuario afectado no conocería el

⁽⁶⁵⁾ Lo estima así GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 231.

⁽⁶⁶⁾ En tal sentido se expresa GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 217; y GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 183.

⁽⁶⁷⁾ Comparten esta opinión: GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 231; y PASCUAL SERRATS, R., *Tutela de los consumidores...*, op. cit., p. 141.

⁽⁶⁸⁾ Sobre el planteamiento de este problema y apostando por la solución expuesta, se pronuncia GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 232.

⁽⁶⁹⁾ Sobre la adecuación de este contenido se expresa BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 111; y GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 182.

contenido esencial de la demanda que fuese a interponer la asociación de consumidores y usuarios y no gozaría de la posibilidad de intervención procesal que trata de garantizarle el artículo 15.2⁽⁷⁰⁾.

Otra de las cuestiones relevantes no reguladas en la LEC en torno a las previsiones del artículo 15.2 son las *consecuencias del incumplimiento* del requisito de la comunicación previa por las asociaciones y entidades legitimadas para el ejercicio de acciones para la tutela de los intereses colectivos de consumidores y usuarios. La doctrina que se ha pronunciado sobre esta cuestión, ante el carácter preceptivo de esta comunicación, la ha considerado como un requisito de admisibilidad de la demanda, de tal modo que, de no acreditarse su cumplimiento en el momento de interponer la demanda, ésta no debería admitirse a trámite⁽⁷¹⁾.

Ahora bien, el problema para adoptar esta solución interpretativa deriva del carácter excepcional de los casos de inadmisión de la demanda previstos en el artículo 403 de la LEC, en cuyo apartado 1, se establece que *«las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley»*.

Y sobre este particular, el apartado 3 del artículo 403 dispone la inadmisión de las demandas *«cuando no se acompañen a ellas los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquéllas o no se hayan intentado conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales»*.

Ciertamente, la falta de la comunicación previa del artículo 15.2 no se puede incardinar en el tenor literal del artículo 403.3 si se interpreta en un sentido estricto, pero sí se podría incluir en su ámbito si se efectúa una interpretación en sentido amplio⁽⁷²⁾, considerando que junto a la demanda se deben acompañar los documentos justificativos de tal comunicación. Estimamos que esta solución es la más conforme con la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa de los consumidores y usuarios individuales perjudicados, que resultarían quebrantados si no se emplean todos los medios razonables para poner en su conocimiento la pendencia de un proceso que concluirá con un sentencia cuyos efectos les afectarán directamente.

Por esta misma razón, parece lógico y razonable que el incumplimiento del requisito de la comunicación previa sea un defecto subsanable; debiéndose ofrecer al demandante o demandantes un plazo para la subsanación, tan pronto advierta el tribunal su existencia⁽⁷³⁾.

⁽⁷⁰⁾ Sostiene tal opinión GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 232.

⁽⁷¹⁾ Así se manifiestan: BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela de los intereses de los consumidores...*, op. cit., p. 11; GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 231; GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 184; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 217; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Proceso civil práctico*, op. cit., p. 232; y PASCUAL SERRATS, R., *Tutela de los consumidores...*, op. cit., p. 141.

Contra la consideración de la falta de comunicación previa como causa de inadmisión de la demanda por la imposibilidad de su inclusión en el ámbito del artículo 403.3 de la LEC, se pronuncia SAMANES ARA, C., *Las partes...*, op. cit., p. 154.

⁽⁷²⁾ Sobre la oportunidad o conveniencia de esta interpretación «flexible», se pronuncia BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela de los intereses de los consumidores...*, op. cit., p. 11.

⁽⁷³⁾ Bellido Penadés ofrece una solución alternativa pare el juicio ordinario, consistente en proceder a la admisión de la demanda y corregir el incumplimiento del reseñado requisito ofreciendo la posibilidad de subsanación en la audiencia previa, mediante la aplicación analógica del artículo 418 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela de los intereses de los consumidores...*, op. cit., p. 11.

VI. LA INTERVENCIÓN PROCESAL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

A) CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

El artículo 15 de la LEC, relativo a la «*publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios*», según expresa su rúbrica, constituye un precepto absolutamente novedoso en nuestro ordenamiento procesal, incorporado por la nueva Ley para atender adecuadamente al fenómeno de la protección procesal de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios.

Anteriormente, en la LEC no se preveía ningún precepto similar a éste, no regulando siquiera el mecanismo de la intervención procesal de terceros.

Tampoco en el Anteproyecto de LEC de 26 de diciembre de 1997 figuraba una disposición análoga, que no se estableció hasta el Proyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de octubre de 1998, que incluyó un precepto, el artículo 14⁽⁷⁴⁾, que constituye el antecedente del actual artículo 15, que ha conservado la estructura del apartado 1 pero que ha incorporado unos novedosos apartados 2 y 3.

El artículo 15 está destinado, en síntesis, por un lado, a regular la intervención de consumidores y usuarios individuales afectados por el consumo o disfrute de un producto o por el uso de un servicio, en los procesos promovidos para la tutela de los intereses colectivos y difusos, y, por otro, a establecer los mecanismos de publicidad de estos procesos que hayan sido promovidos por las asociaciones, demás entidades y grupos a los que se atribuye legitimación colectiva en el artículo 11,2 y 3 de la LEC.

La estructura del artículo 15 se compone de tres apartados, de tal modo que prevé un régimen jurídico propio y diferenciado para la tutela de los derechos e intereses colectivos (apartado 2) y difusos (apartado 3) de los consumidores y usuarios, mientras que el apartado 1 incluye un régimen de publicidad común a ambos.

B) ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

El apartado 1 del artículo 15 delimita el ámbito objetivo y subjetivo de la intervención procesal y de los mecanismos de publicidad que regula. Así, el objeto de este precepto se circunscribe a «*los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados*»; por lo que la ley se está refiriendo exclusivamente en este precepto a procesos de carácter colectivo, promovidos por las entidades legitimadas en el artículo 11 de la LEC.

⁽⁷⁴⁾ Según este precepto: 1. *En los procesos promovidos por asociaciones o entidades para la protección de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios, se llamará al proceso a quienes, poseyendo esa condición, quisieren intervenir personalmente. Este llamamiento se hará, por orden del tribunal y a costa del demandante o demandantes, mediante publicidad de la admisión de la demanda en diarios que se difundan en el ámbito territorial en que se pretenda haberse lesionado aquellos derechos e intereses.*

2. *Los consumidores y usuarios que acrediten este carácter podrán intervenir en el proceso, conforme a lo previsto en el artículo 12 de esta Ley»: Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 147-1, 13 de noviembre de 1998, p. 27.*

Consideramos pues, que las previsiones del artículo 15 no deben aplicarse a los procesos iniciados a título individual por consumidores y usuarios concretos que hayan resultado afectados ⁽⁷⁵⁾.

Ahora bien, la conclusión anterior no imposibilita que una asociación de consumidores y usuarios, una entidad legitimada o un grupo de afectados, una vez iniciado un proceso, a título individual, por un consumidor o usuario perjudicado, puedan intervenir en él, al amparo no del artículo 15 de la Ley sino del régimen general de intervención de terceros previsto en el artículo 13, aunque en este caso hay que tener en cuenta que el consumidor o usuario individual afectado no tendrían la obligación de comunicar la existencia del proceso a ninguna asociación, entidad o grupo.

Por último, en cuanto a la determinación del ámbito objetivo del artículo 15 se refiere, es preciso hacer alusión a su apartado 4, incorporado por el artículo 1 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. Según este precepto, los procesos en los que se ejercite una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, están exceptuados de la aplicación de los apartados 1 a 3 del artículo 15, no rigiendo, por tanto, respecto de estos procedimientos el régimen de publicidad e intervención específicas previstas en estas últimas disposiciones.

En cuanto al ámbito subjetivo del artículo 15, la intervención procesal y los mecanismos de publicidad están destinados, según su apartado primero a «*quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual*». A la vista de esta disposición, resulta claro que sólo están legitimados para llevar a cabo la intervención prevista en el artículo 15 los consumidores y usuarios particulares que hayan resultado directamente perjudicados por haber consumido un producto o haber usado o contratado un servicio que les haya causado daños en su persona o patrimonio. Pero, además, el artículo 15 limita la intervención de los consumidores y usuarios afectados concretos a la finalidad de la defensa de sus derechos e intereses individuales, que habrán de ser homogéneos y conexos con los que se están discutiendo en el proceso para la tutela de los intereses colectivos y difusos; por lo que, se está excluyendo, *a sensu contrario*, la posibilidad de que estos consumidores y usuarios individuales puedan pretender la defensa o tutela de intereses supraindividuales, ya sean colectivos o difusos ⁽⁷⁶⁾.

Por último, en cuanto a la delimitación del ámbito subjetivo del artículo 15 de la LEC, resulta preciso añadir que su disposición final sexta, apartado 5, añade una disposición adicio-

⁽⁷⁵⁾ En tal sentido se manifiesta expresamente BELLIDO PENADÉS, R.: *La tutela de los intereses de los consumidores...*, op. cit., p. 9.

⁽⁷⁶⁾ Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes sostiene que esta imposibilidad de los consumidores y usuarios concretos de defender los derechos e intereses supraindividuales de los consumidores y usuarios en general, es contraria al artículo 24 de la Constitución y a la jurisprudencia constitucional que interpreta los derechos y garantías que se derivan de él. Para este autor, la única solución interpretativa para salvar esta objeción constitucional, estriba en estimar la posibilidad de la intervención de los consumidores y usuarios en defensa de los intereses legítimos supraindividuales, al amparo de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 13.1 de la LEC, a cuyo tenor «*cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos*», aunque esta interpretación, como advierte este autor, cuanta con el óbice de que el artículo 11.1, párrafo primero, exige al interviniente la acreditación de un interés directo y legítimo en el resultado del pleito: GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., pp. 211 y 212.

nal cuarta a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación⁽⁷⁷⁾, según la cual: a) los preceptos relativos a consumidores y usuarios, establecidos en la LEC, son aplicables a cualquiera que haya suscrito un contrato de cláusulas o condiciones generales (llamadas así de adhesión –aunque la falta de libertad contractual podría existir también en una cláusula no general, siendo también por ello de «adhesión» mas no cubierta ya por esta Ley 7/1998-), se trate o no la parte adherente de un consumidor o usuario, en el marco de las acciones individuales o colectivas derivadas de la LGCC; y b) los preceptos relativos a las asociaciones de consumidores y usuarios, previstas en la LEC, son aplicables en los procesos en los que se substancien acciones colectivas reguladas en la LGCC, respecto de las asociaciones y demás entidades legitimadas para su ejercicio.

C) EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INTERVENCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

1. Naturaleza jurídica de la intervención

Resulta oportuno plantearse en esta sede la *naturaleza de la intervención procesal* de los consumidores y usuarios individuales. Y sobre este aspecto, existe un debate doctrinal acerca de si tal intervención ha de considerarse voluntaria o provocada. Así, existen autores que sostienen que estamos ante una intervención provocada, porque los consumidores y usuarios no se incorporan al proceso por su propia iniciativa, sino por la llamada del demandante⁽⁷⁸⁾.

Ahora bien, frente a esta opinión, entendemos que la comparecencia en el proceso pendiente de consumidores y usuarios concretos afectados no es forzosa sino voluntaria⁽⁷⁹⁾, no sólo porque el apartado 1 del artículo 15 se limita a exigir el llamamiento de aquéllos, pero no su intervención, de tal modo que podrán intervenir o no, según lo estimen oportuno, sino porque los consumidores o usuarios intervinientes no vienen a cumplir con una relación jurídica contractual que les vincula con una de las partes, sino para disponer de la oportunidad de plantear su propia pretensión y defender plenamente su propio derecho.

⁽⁷⁷⁾ Según el tenor literal de este precepto: «Las referencias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a los consumidores y usuarios, deberán entenderse realizadas a todo adherente, sea o no consumidor o usuario, en los litigios en que se ejerciten acciones individuales o colectivas derivadas de la presente Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

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

⁽⁷⁸⁾ Lo consideran así: BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 112; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, con Gimeno Sendra, V. y Moreno Catena, V., 4.ª ed. Edit. Colex, Madrid, 2001, pp. 115 y 116; y ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, Edit. Aranzadi, 2.ª ed., Navarra, 2001, p. 199. Como «caso especial» de intervención provocada lo califica MONTERO AROCA, J.: *Derecho Jurisdiccional*, t. II, edit. Tirant lo Blanch, 11.ª ed., Valencia, 2002, p. 90.

⁽⁷⁹⁾ Como intervención voluntaria la califican: BUJOSA VADELL, Ll. M., *La protección de los consumidores...*, op. cit., p. 47; y Pascual Serrats, quien estima que es una intervención voluntaria, porque con el llamamiento «de lo que se trata es de dar a conocer a los posibles perjudicados la existencia del proceso para que puedan, si así lo consideran conveniente, intervenir para la defensa de su interés individual»: PASCUAL SERRATS, R., *Tutela de los consumidores...*, op. cit., p. 135.

También en este sentido, González Cano estima que «la publicidad sobre la pendencia del proceso no significa que la intervención de un consumidor o usuario sea provocada, sino que es voluntaria, aunque no espontánea, en el sentido de que probablemente el conocimiento del proceso, y a partir de él, la decisión de intervenir, surge a partir de la citada publicidad»: GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 172.

Sentada la premisa de la consideración de una intervención voluntaria, se plantea la cuestión de si se trata de una intervención adhesiva simple o litisconsorcial⁽⁸⁰⁾. Es preciso advertir al respecto que, mientras algunos autores distinguen entre estos dos tipos de intervención adhesiva⁽⁸¹⁾, algunos otros se refieren a la intervención litisconsorcial, sin más, diferenciándola de la intervención adhesiva simple⁽⁸²⁾.

Dado que los concretos consumidores o usuarios perjudicados intervienen en el proceso en defensa de sus propios derechos e intereses directos⁽⁸³⁾, parece que se trata de una intervención litisconsorcial⁽⁸⁴⁾, puesto que aquéllos son titulares de la relación jurídica material deducida en el juicio promovido por la asociación de consumidores y usuarios, por la entidad legitimada o por el grupo y la sentencia que se dicte les afectará directamente.

Otra de las cuestiones relacionadas con la naturaleza de la intervención de consumidores y usuarios perjudicados estriba en la *compatibilidad en la aplicación de los artículos 13 y 15 de la LEC*. Con carácter previo, es preciso advertir que el artículo 13 regula, con carácter general, la intervención de terceros en el proceso civil, disponiendo en el párrafo segundo del apartado primero que: «*en particular, cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos*».

Este precepto es susceptible de plantear la cuestión acerca de si las facultades otorgadas a cualquier interviniente procesal por el apartado 3 del artículo 13, se le deben reconocer o no a cualquier consumidor o usuario perjudicado que intervenga en un proceso para la tutela de los derechos o intereses colectivos o difusos planteado al amparo del artículo 11, apartado 2 y 3.

Sin perjuicio de la explicación dada en los dos apartados siguientes sobre tal extremo, como punto de partida, resulta oportuno reseñar que el artículo 15 debe considerarse como *lex specialis* respecto del artículo 13, en la materia de tutela de los consumidores y usuarios, por lo que debe ser considerado de aplicación preferente en las pretensiones derivadas del consumo de productos o servicios que causan un daño a una pluralidad de consumidores o usuarios y que se ejercitan en un proceso en virtud de la legitimación del artículo 11 de la LEC.

Sería posible la aplicación del artículo 13 en cualquier otra acción de consumo, ejercitada en virtud de otro precepto distinto al artículo 11 de la LEC, como las acciones de cesación previstas en leyes sectoriales (como la Ley General de Publicidad de 1988 y en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998, etc.).

⁽⁸⁰⁾ La doctrina procesal distingue dos tipos de intervención voluntaria: a) la principal, que es aquella en la que el tercero interviniente pretende obtener una tutela incompatible con la pedida por demandante y demandado, y b) la adhesiva, en la que el tercero defiende en el proceso la postura del actor o del demandado, pero la doctrina diferencia, a su vez, entre la intervención adhesiva simple y la litisconsorcial. Así, mientras que en la litisconsorcial el tercero interviniente es titular de la relación jurídica litigiosa, en la simple el tercero no lo es, pero sí que es titular de otra relación jurídica conexa que puede verse afectada de una refleja por la sentencia que se dicte, ostentando, pues, un interés directo en el resultado del pleito.

⁽⁸¹⁾ Sobre esta distinción respecto de la intervención adhesiva se pronuncian: ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, edit. Marcial Pons, Barcelona, 2002, pp. 101 y 102; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pp. 113 y 114; y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil*..., op. cit., pp. 186 a 191.

⁽⁸²⁾ Entre estos autores se hallan: MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, t. II, op. cit., p. 88; y ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pp. 188 a 196.

⁽⁸³⁾ Serra Domínguez define la intervención litisconsorcial como «*la introducción en un proceso pendiente entre dos o más partes de un tercero que alega un derecho propio, discutido en el proceso y defendido ya por alguna de las partes en litigio*»: SERRA DOMÍNGUEZ, M., «*Intervención de terceros en el proceso*», *Estudios de Derecho Procesal*, Edit. Ariel, Barcelona, 1969, pp. 221-225.

⁽⁸⁴⁾ Así lo creen: BUJOSA VADELL, LI. M., *La protección de los consumidores*..., op. cit., p. 47; GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores*..., op. cit., p. 173; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 214; MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, t. II, op. cit., p. 88; y PASCUAL SERRATS, R., *Tutela de los consumidores*..., op. cit., p. 136.

En cuanto a las facultades del consumidor o usuario interviniente, según se explica *infra*, sería aplicable el artículo 13.3 cuando se trate de procesos para la tutela de derechos e intereses colectivos, en los que los perjudicados están determinados o son de fácil determinación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 15.2, que permite su intervención en el proceso en cualquier momento, tal y como posibilita el artículo 13.1. Pero no debe suceder así, respecto de los procesos para la tutela de los derechos e intereses difusos, en los que los perjudicados están indeterminados o son de difícil determinación, puesto que su personación está limitada a un plazo impuesto por el Juez, que no excederá de dos meses.

2. En los procesos para la tutela de los derechos e intereses colectivos

El artículo 15.2 de la LEC dispone que tras el llamamiento a los consumidores y usuarios perjudicados, mediante la comunicación previa de la intención de presentar la demanda, éstos podrán intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrán realizar los actos procesales que no hubieren precluido.

Esta disposición plantea relevantes dudas acerca de cómo debe operar esa intervención procesal y esencialmente, respecto de las facultades procesales del consumidor o usuario interviniente.

La primera cuestión que se suscita en torno a la exégesis de este precepto es si esa intervención debe tener lugar de forma automática una vez que se persone en el proceso tras el llamamiento, sin la exigencia de ninguna resolución judicial que admita su incorporación al proceso⁽⁸⁵⁾, o si, por el contrario, se debe exigir la aprobación judicial de la intervención, aplicando lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 13.1 de la LEC⁽⁸⁶⁾. Según este último precepto, el que pretenda intervenir en un proceso pendiente debe formular una solicitud al tribunal, que resolverá por medio de auto, previa audiencia de las partes personadas, en el plazo común de diez días.

Sobre este particular, entendemos que mientras el Juez no admita la personación como parte de interviniente, mediante el correspondiente auto, éste sigue ostentado procesalmente la posición de «tercero», pues no puede ser parte quien quiera, sino sólo aquél que cumpla con los requisitos legales y eso únicamente lo puede controlar el Juez. Además, si en el Auto de admisión de la demanda se considera como personada a la parte demandante inicial del proceso, no se justificaría que no se hiciera lo mismo respecto de las partes personadas posteriormente, por medio de la intervención procesal. Ello no implica necesariamente la apertura de ningún incidente procesal: bastaría con dar traslado del escrito de personación a las partes, otorgándoles un plazo de audiencia por diez días para formular alegaciones.

Otra cuestión distinta es la acreditación del derecho o interés legítimo del consumidor o usuario perjudicado, a los efectos de justificar su intervención en el proceso pendiente: estimamos que para ello, debería bastar con que el interviniente explicase en su escrito de personación, que él ha adquirido o consumido el mismo tipo de producto o servicio afectado

⁽⁸⁵⁾ Bellido Penadés sostiene el carácter automático de la intervención procesal de los consumidores y usuarios concretos: BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela de los intereses de los consumidores...*, *op. cit.*, p. 10.

⁽⁸⁶⁾ Así lo creen necesario: GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, p. 235; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, p. 218; y GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, *op. cit.*, p. 188. Esta última autora considera que la admisión de la solicitud de intervención estará supeditada a la valoración motivada de la acreditación, al menos «*prima facie*», del interés legítimo en el resultado del pleito, es decir, de su condición de consumidor o usuario perjudicado por un hecho dañoso: *op. cit.*, p. 188.

por el defecto causante de un daño, que también él ha padecido; máxime si con ese escrito aporta prueba documental anexa (ej. una factura).

En síntesis, el interviniente debe acreditar *prima facie* tener un interés directo y legítimo en el resultado del pleito, sin que el Juez pueda entrar a valorar en ese momento procesal si aquél tiene un derecho a su favor, lo que es cuestión de fondo; limitándose únicamente a comprobar si explica o argumenta, suficientemente, su carácter de afectado por el mismo hecho litigioso.

En cuanto a las *facultades procesales de los consumidores o usuarios intervinientes en el proceso*, el artículo 15.2 no establece limitación alguna respecto al momento en que pueden personarse en el proceso e intervenir en él, disponiendo únicamente que no se podrán realizar los actos procesales que hubieran precluido.

En torno a este asunto, cabe plantearse en primer lugar, si este apartado 2 del artículo 15 se puede compatibilizar o no con la aplicación del artículo 13.3 de la LEC, que establece el régimen general sobre las facultades procesales de los terceros intervinientes en un proceso, además de definir perfectamente el *status* de éstos, al considerarlos como partes procesales a todos los efectos⁽⁸⁷⁾.

Es evidente que el artículo 13 establece un régimen de intervención de terceros otorgando a éstos una mayor amplitud de facultades procesales que los apartados 2 y 3 del artículo 15. Conviene advertir al respecto, que mientras que el apartado 2 del artículo 15 fija la limitación de que los consumidores y usuarios concretos personados sólo pueden llevar a cabo los actos procesales que no hubieren precluido, con la consiguiente merma en las posibilidades de defensa, el apartado 3 del artículo 13 permite a los terceros intervinientes formular las alegaciones necesarias para su defensa, que no se hayan podido realizar por corresponder a momentos procesales anteriores a la admisión de aquéllos en el proceso.

Consecuentemente, parece lógico y razonable que la intervención de los consumidores y usuarios concretos perjudicados goce de las facultades del artículo 13.3⁽⁸⁸⁾, puesto que no parece justo que éstos puedan ser de peor derecho que otro tipo de terceros intervinientes, máxime si se tiene en cuenta, por una parte, la *ratio legis* del artículo 15 de la LEC, de dispensar una protección especial al derecho de defensa de los consumidores y usuarios, y por otra, que en el propio artículo 13.1, en su párrafo segundo, se dispone que «*en particular*,

⁽⁸⁷⁾ Según este precepto: «Admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa.

También se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. De estas alegaciones se dará traslado, en todo caso, a las demás partes, por plazo de cinco días.

El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte».

⁽⁸⁸⁾ Se muestran partidarios de la aplicación de este precepto en el ámbito de la intervención específica de consumidores y usuarios: BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela de los intereses de los consumidores...*, op. cit., p. 10; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., pp. 216 y 218; y MARTÍN BERNAL, J. M., *Tratamiento jurídico de los consumidores...*, op. cit., p. 58.

En contra se manifiesta Díez-Picazo Giménez, que advierte que el artículo 15.2 es *lex specialis* y que, por ello, los consumidores y usuarios intervinientes no podrán beneficiarse de las facultades concedidas por el artículo 13.3, lo que, a juicio de este autor, es lógico en atención al elevado número de intervenciones procesales que pueden tener lugar en este tipo de procesos: DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 605. Comparte a misma opinión Pascual Serrats, quien critica la falta de justificación de esta limitación de facultades de los intervinientes: PASCUAL SERRATS, R., *Tutela de los consumidores...*, op. cit., p. 136. También se muestra contraria a tal posibilidad, por el criterio de la especialidad del artículo 15: GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., pp. 192 y 193.

cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos». Entendemos, que esta última disposición permite aplicar el régimen general de intervención procesal previsto en el artículo 13 a los consumidores y usuarios que se personen en procesos para la tutela de los intereses colectivos y difusos.

En consonancia con esta opinión, consideramos que los consumidores o usuarios concretos que se personen en el proceso, dada su condición de parte, pueden defender sus propias pretensiones⁽⁸⁹⁾, sin la exigencia de adherirse a la demanda interpuesta por la asociación demandante. Si los consumidores o usuarios individuales tuvieran el deseo de adherirse a las pretensiones de la demanda inicial, en ausencia de previsión legal, debería ser suficiente con la presentación de un simple escrito de adhesión a ésta.

Ahora bien, las dudas surgen en el supuesto de consumidores y usuarios concretos que no se adhieran a la demanda original, puesto que la LEC no prevé cual sería la forma de ejercitar sus pretensiones, y sobre todo, no se precisa si en tal caso disponen o no de la posibilidad de formular demandas individuales.

El ejercicio de estas pretensiones individuales resultaría amparado por el mecanismo de la acumulación subjetiva de acciones, regulado en el artículo 72 de la LEC, puesto que se trataría del ejercicio simultáneo de acciones por varios demandantes contra un mismo demandado o demandados, por la existencia de un nexo por razón del título o de la causa de pedir, ya que se fundan en el mismo hecho dañoso (clase de producto o servicio).

Como solución a este supuesto, entendemos que el interviniente al personarse y pedir que se le tenga como parte, deberá presentar su demanda autónoma⁽⁹⁰⁾ (o, en su defecto, el escrito donde se adhiere a los términos de la demanda inicial ya presentada) y el Juez el admitirá su personación y concederá plazo al demandado para que la conteste, independientemente de que ya hubiere contestado la demanda original⁽⁹¹⁾, y todo esto, claro, si no estamos ante el supuesto del 15.3 en el que la admisión de la demanda produjo la paralización del proceso, porque en tal caso, ni siquiera habría empezado a contar el plazo para que el demandado contestase la demanda original.

3. En los procesos para la tutela de los derechos e intereses difusos

En el caso de procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios para la tutela de los intereses difusos es decir, cuando el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminados o de difícil determinación, una vez admitida la demanda, se les efectuará el llamamiento al proceso conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 15.

Pero el apartado 3 de este artículo establece que este llamamiento *«suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que se determinará en cada caso*

⁽⁸⁹⁾ En tal sentido se manifiesta: MARTÍN BERNAL, J. M., *Tratamiento jurídico de los consumidores...*, op. cit., p. 58.

⁽⁹⁰⁾ En contra de esta posibilidad se pronuncia Samanes Ara, que advierte que la única posibilidad que tienen los consumidores y usuarios personados después de la publicación de la admisión de la demanda es que concurren a la audiencia preliminar, si llegan a tiempo, y formules peticiones accesorias o complementarias, al amparo del artículo 426.3 de la LEC: SAMANES ARA, C., *Las partes...*, op. cit., p. 154.

⁽⁹¹⁾ A juicio de Pascual Serrats, sería admisible que los consumidores y usuarios concretos personados acumulasen sus pretensiones indemnizatorias individuales si comparecen antes de la contestación de la demanda: PASCUAL SERRATS, R., *Tutela de los consumidores...*, op. cit., p. 137.

atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados».

Una vez transcurrido este plazo, el proceso se reanudará con la intervención de todos los consumidores que hayan acudido al llamamiento y se hayan personado en el proceso pendiente, sin que se admita la personación individual de consumidores y usuarios afectados en un momento posterior; sin perjuicio de que éstos disponen de la posibilidad de hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de la LEC, según dispone el propio artículo 15.3, o incluso, pueden iniciar un proceso autónomo y solicitar después la acumulación de autos.

Este apartado tercero del artículo 15 es susceptible de generar diversas dudas, provocadas por la indeterminación de su tenor literal. Así, la primera de las cuestiones que se puede plantear, es si es necesaria una resolución judicial que decida acerca de la admisibilidad de la intervención de los consumidores o usuarios concretos, con exigencia o no del incidente previsto en el artículo 13.2 de la LEC para la admisión de la intervención de terceros en el proceso con carácter general.

Al igual que hemos sostenido *supra*, con ocasión de la intervención de consumidores y usuarios en los procesos para la tutela de los derechos e intereses colectivos, cuyos argumentos damos por reproducidos en este apartado, consideramos que la intervención en este caso no debe ser automática⁽⁹²⁾, sino que es preciso que el Juez dicte un auto teniendo por personado al interviniente, tras comprobar *prima facie* su condición de consumidor o usuario perjudicado⁽⁹³⁾.

También surgen algunas dudas sobre el *plazo de suspensión del proceso*, que no podrá exceder de dos meses y que habrá de ser fijado por el tribunal mediante resolución motivada, ponderando las circunstancias concretas del caso, la complejidad del hecho y las dificultades de determinación y localización de los consumidores y usuarios perjudicados⁽⁹⁴⁾. Así, una de las cuestiones no previstas en la Ley, es la del inicio del cómputo del plazo, que, entendemos que debería ser desde la publicación del anuncio de la admisión de la demanda y no desde la fecha en que el tribunal lo acuerde⁽⁹⁵⁾. El problema puede venir determinado por la circunstancia de que se efectúe la publicación por medio de varios anuncios, separados por un intervalo de tiempo –posibilidad ésta no excluida por el tenor literal de la Ley– en cuyo caso, parece razonable concluir que, en aras a la máxima efectividad de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa de los consumidores y usuarios afectados, el plazo se compute desde la fecha de publicación del último anuncio.

⁽⁹²⁾ Por el contrario, se muestran partidarios de la admisión automática de la intervención: BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela de los intereses de los consumidores...*, op. cit., p. 12; y GARNICA MARTÍN, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 235.

⁽⁹³⁾ Algún autor como Bellido Penadés aduce que el tenor literal del artículo 15.3 parece conducir a la conclusión de que la intervención es automática, sin necesidad de aprobación judicial, al estar redactado el precepto en términos imperativos («el proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento»). Añade, además, este autor, que la cosa juzgada de la sentencia dictada en un proceso de esta índole, que afectará necesariamente a los consumidores o usuarios individuales, intervengan o no en el proceso, conforme a lo dispuesto en el artículo 222.3 de la Ley: BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela de los intereses de los consumidores...*, op. cit., p. 12.

⁽⁹⁴⁾ Se ha censurado la falta de lógica y de razonabilidad de la utilización del criterio de la dificultad de localización y determinación de los perjudicados para fijar el plazo de la suspensión del proceso: SAMANES ARA, C., *Las partes...*, op. cit., p. 155.

⁽⁹⁵⁾ Advuértase que entre la resolución judicial que disponga la publicación de la admisión de la demanda en medios concretos y la efectiva publicación puede transcurrir un intervalo de tiempo relativamente amplio, que de ser computado a efectos del plazo de suspensión, los consumidores y usuarios perjudicados podrían ver reducido considerablemente su plazo de personación en el proceso pendiente, con el consiguiente quebranto a su derecho a la defensa.

El efecto suspensivo del llamamiento en los procesos para la tutela de los intereses difusos, se justifica por la indeterminación del número de consumidores o usuarios perjudicados que pueden comparecer, con la finalidad de evitar una perturbación excesiva del curso del proceso. Para compensar esta suspensión, el apartado 3 del artículo 15 prevé la preclusión absoluta de la posibilidad de personarse después del transcurso del plazo, no rigiendo en este caso, por tanto; el artículo 13 de la LEC, que legitima para intervenir en cualquier momento procesal; sin perjuicio de que los consumidores y usuarios individuales que no hayan comparecido en el proceso, porque no hayan querido o porque no hayan tenido conocimiento de la pendencia del proceso, puedan beneficiarse de los efectos de la sentencia que se dicte en éste, al amparo de las previsiones de los artículos 221, 222.3 y 519 de la LEC.

VII. LA ACUMULACIÓN DE PROCESOS

La LEC de 2002 establece, con carácter general, límites en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 78 a la posibilidad de iniciar procesos separados, para pedir después su reunión en una misma causa judicial o procedimiento.

Pero en los procesos para la protección de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, ya sean promovidos por las asociaciones, entidades o grupos legitimados o por consumidores o usuarios determinados, el apartado 4 del artículo 78, fija dos normas especiales, que constituyen una excepción al régimen general en materia de acumulación de procesos y que tiene su fundamento esencial en la conveniencia de que tales intereses se tutelén, a ser posible, en un único proceso, cuando exista una conexión subjetiva u objetiva entre las pretensiones, para evitar así la posibilidad de sentencias contradictorias⁽⁹⁶⁾.

La primera regla especial es la no aplicabilidad a estos procesos, de las excepciones a la acumulación de procesos previstas en los tres primeros apartados del artículo 78⁽⁹⁷⁾; de tal modo que si concurren los presupuestos establecidos en los artículos 76 y 77 de la Ley (relativos, respectivamente, a los casos en que procede la acumulación y a los procesos acumulables), se podrá solicitar la acumulación, salvo que concurra la excepción prevista en el propio artículo 78.4: que la diversidad de procesos se hubiese podido evitar mediante la acumulación de acciones o mediante la intervención procesal regulada en el artículo 15 de la LEC, en cuyo caso la acumulación no se admitirá⁽⁹⁸⁾.

Sobre este último particular, resulta oportuno efectuar un análisis de las dos excepciones a la exclusión de las causas de improcedencia de la acumulación de procesos.

Con carácter previo, resulta oportuno señalar que las causas que determinan la improcedencia de la acumulación de procesos, según los apartados 1, 2 y 3 del artículo 78 son las siguientes:

⁽⁹⁶⁾ En tal sentido se expresa González Cano, que, acertadamente, advierte que la economía procesal es un «efecto colateral», pero no el fundamento de la institución: GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 204.

⁽⁹⁷⁾ No le falta razón a Díez-Picazo Giménez cuando advierte que, aunque el tenor literal del artículo 78.4 se refiera expresamente a la falta de aplicación de los apartados anteriores, hay que entender que la inaplicación alude sólo a los apartados 2 y 3, porque el apartado 1 debe ser plenamente aplicable también a estos procesos: DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., pp. 217 y 218.

⁽⁹⁸⁾ Algunos autores han censurado la falta de claridad de la redacción de este precepto: así Serra señala que es una norma totalmente ininteligible: SERRA DOMÍNGUEZ, M., «*La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*», ed. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 22 y 23. En este sentido, Bujosa Vadell incide el uso de «una técnica legislativa poco tendente a la claridad y una redacción farragosa»: BUJOSA VADELL, L. M., *La protección de los consumidores...*, op. cit., p. 50.

1.^a La posibilidad de haber evitado el riesgo de sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes, mediante la excepción de litispendencia.

2.^a La posibilidad de haber acumulado, en la primera demanda, con la ampliación de ésta o con la reconvencción, pretensiones y cuestiones sustancialmente iguales a las de los procesos posteriores que se pretendan acumular.

3.^a Que los procesos que se intentan acumular hayan sido promovidos por el mismo demandante o demandado reconviniente, solo o en litisconsorcio; estableciéndose la presunción legal *iuris tantum* de que éstos procesos se pudieron substanciar conjuntamente desde el inicio del proceso, salvo que medie justificación cumplida del demandante o reconviniente en sentido contrario.

El fundamento de estas excepciones radica en la creencia de que el demandado conoce el contenido de las pretensiones sobre las que se puede formular la excepción de litispendencia o que las partes conocen el contenido de las pretensiones que son susceptibles de ser acumuladas en la demanda que sirva para incoar el proceso. De ahí que la no aplicación de estas excepciones a los procesos para la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, se justifique por las dificultades para que la asociación de consumidores y usuarios, el grupo o los consumidores y usuarios individuales puedan conocer un proceso concreto o una diversidad de procesos existentes, que tengan conexión con el que ellos figuran como partes⁽⁹⁹⁾.

La imposibilidad de evitar la diversidad de procesos mediante la acumulación de acciones, como requisito exigible para la procedencia de este tipo de acumulación de procesos, obliga a distinguir tres posibles supuestos de acumulación de acciones⁽¹⁰⁰⁾:

1.º Cuando el mismo demandante que promovió el proceso inicial se dirija frente al mismo demandado, pidiendo otra tutela colectiva distinta (acumulación objetiva): en este caso, hay que presumir que el demandante inicial podría haber utilizado la acumulación inicial de acciones, por lo que no sería admisible la posterior acumulación de procesos, salvo que se acreditara que el fundamento de las pretensiones de la demanda o demandas posteriores sólo se conoció en un momento posterior a la interposición de la primera de ellas⁽¹⁰¹⁾.

2.º Cuando se trate de una acumulación subjetiva de acciones por parte de varios demandantes contra un demandado (varias asociaciones o grupos, varios consumidores o usuarios individuales perjudicados o asociaciones, grupos y consumidores y usuarios conjuntamente), la acumulación será voluntaria para los interesados, por lo que no se puede presumir que la diversidad de procesos se pudo evitar con la acumulación inicial de acciones y, en consecuencia, será admisible la acumulación de procesos con posterioridad a la interposición de la primera demanda.

3.º Cuando se trata de una acumulación subjetiva de acciones por parte de un demandante contra varios demandados, en cuyo caso parece lógico y razonable presumir que el actor podría haber acumulado en la demanda inicial todas sus acciones, lo cual provocará la inadmisión de la acumulación de procesos. Ahora bien, consideramos que esta regla debe ser moderada por la posibilidad de acordar la acumulación de procesos cuando el demandante

⁽⁹⁹⁾ En términos similares se expresa GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 214.

⁽¹⁰⁰⁾ Con una sistematización similar, se expresa GASCÓN INCHAUSTI, F., «*La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil*», edit. La Ley, Madrid, 2000, pp. 199 y 200.

⁽¹⁰¹⁾ Un ejemplo podría ser el de una asociación de consumidores y usuarios que interpone una segunda demanda contra el fabricante de un producto defectuoso, por haberse manifestado daños nuevos tras la interposición de la primera demanda.

acredite que la acción o acciones que sirvieron de base al segundo o sucesivos procesos no pudieron ejercitarse antes por no haberse producido los hechos que las fundan o por haber sido éstos conocidos por el actor con posterioridad a la interposición de la primera demanda.

La segunda excepción a la regla especial de acumulación de procesos para la tutela de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios está constituida por la imposibilidad de evitar la diversidad de procesos mediante la intervención procesal de consumidores y usuarios individuales prevista en el artículo 15 de la LEC. Ahora bien, esta disposición, aparentemente sencilla, merece ser objeto de algunas precisiones, puesto que, no le faltan razón a los autores de la doctrina que advierten que para justificar la imposibilidad de evitar la acumulación de estos procesos, el consumidor o usuario individual deberá acreditar la causa que le impidió intervenir⁽¹⁰²⁾ o su desconocimiento de la pendencia del proceso, o también, que aún habiendo conocido la existencia del proceso, su intervención, de haberse producido, habría sido en un momento procesal en que sus facultades de alegación y prueba serían muy limitadas⁽¹⁰³⁾, en detrimento de su derecho de defensa y del principio de contradicción.

Siendo acertadas estas consideraciones, conviene establecer una diferenciación a estos efectos entre los dos tipos de supuestos que prevé el artículo 15 de la LEC: así, cuando se trate de procesos para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, en los que éstos se hallen perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, parece lógico y razonable concluir que el consumidor y usuario individual que inicie un proceso independiente, deberá acreditar para solicitar su acumulación a otro proceso anterior, las razones por las que no intervino en éste, a pesar de habersele comunicado personalmente la intención de presentar la demanda (art. 15.2) y de habersele llamado al proceso con la publicación de la admisión de la demanda (art. 15.1). Más difícil resultarán las referidas acreditaciones en el caso de la tutela de los intereses difusos, dada la indeterminación de los consumidores y usuarios perjudicados, puesto que será muy difícil en la práctica la prueba de hechos negativos, tales como el desconocimiento de la pendencia del proceso, por lo que, cuando no exista certeza de esta circunstancia, no debería existir inconveniente en que el consumidor o usuario perjudicado iniciase un proceso autónomo en defensa de sus derechos e intereses y pudiese solicitar su acumulación al proceso pendiente⁽¹⁰⁴⁾.

La otra norma especial que prevé el inciso final del artículo 78.4 de la LEC respecto de los procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, es la *posibilidad de proceder a la acumulación de este tipo de procesos*, no sólo a instancia de parte⁽¹⁰⁵⁾, sino también *de oficio*.

Según el tenor literal de tal disposición: «*En tales casos, se decretará la acumulación de procesos, incluso de oficio, conforme a lo dispuesto en la Ley*».

La interpretación de esta previsión legal de carácter especial, requiere efectuar las siguientes precisiones o aclaraciones:

⁽¹⁰²⁾ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 218.

⁽¹⁰³⁾ GASCÓN INCHAUSTI, F., «*La acumulación de acciones...*», op. cit., p. 201; y GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 223.

⁽¹⁰⁴⁾ Bellido Penadés se muestra partidario de estas soluciones, según los supuestos descritos: BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela de los intereses de los consumidores...*, op. cit., p. 13.

⁽¹⁰⁵⁾ La regla general relativa a la legitimación para solicitar la acumulación de procesos se establece en el artículo 75 de la LEC, que, en defecto de previsión legal expresa, atribuye tal facultad a quienes sean parte en cualquiera de los procesos pendientes cuya acumulación se pretende.

En primer lugar, la acumulación sólo se podrá acordar de oficio por el tribunal cuando no concurra ninguna de las dos causas que determinan la imposibilidad de la acumulación, es decir, siempre que no se hubiere podido evitar la diversidad de procesos mediante la acumulación de acciones o mediante la intervención procesal del artículo 15 de la LEC.

En segundo lugar, la utilización de términos imperativos («se decretará»), parece indicar que el tribunal que conociere la pendencia de dos o más procesos susceptibles de acumulación, tendrá la obligación de acordar su acumulación; lo cual tendrá sentido respecto de aquellos casos en los que el tribunal tenga información suficiente que le permita conocer la tramitación separada de distintos procesos para la tutela de los derechos e intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios que tengan conexión entre sí y esto será fácil cuando los procesos pendan ante el mismo tribunal, pero será difícil que suceda en otro caso⁽¹⁰⁶⁾.

Por otra parte, conviene señalar que la acumulación de oficio no excluye la posibilidad de que ésta sea acordada a instancia de cualquiera de las partes de los procesos que se pretendan acumular, tanto por los demandantes (ya se traten de asociaciones de consumidores y usuarios, de entidades, grupos o consumidores y usuarios individuales), como por los demandados (empresario o profesional, productor, fabricante, importador o suministrador del producto o servicio). Consideramos, además, que los consumidores y usuarios individuales que se hayan personado en el proceso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 de la LEC, y que gozan de la condición de parte procesal a todos los efectos desde su personación, también disponen de la facultad de solicitar la acumulación de procesos.

Una última particularidad respecto de la acumulación de procesos para la tutela de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios es la relativa a la *competencia* para el conocimiento de los procesos acumulados en el supuesto que los procesos estén pendientes en distintos tribunales. Y sobre esta cuestión, es preciso señalar que la LEC no ofrece una solución satisfactoria, al prever que, en tal caso, dicha competencia se atribuirá al tribunal que conozca del proceso más antiguo (art. 79); siendo ésta una disposición que puede ser poco operativa en algunos supuestos, como cuando la acumulación la solicitare una asociación de consumidores y usuarios o un grupo de afectados que hayan interpuesto una demanda con posterioridad a la de alguno o algunos consumidores o usuarios concretos. Sin embargo, hay que reconocer que lo normal será el supuesto contrario, es decir, que la demanda iniciadora del proceso haya sido promovida por la asociación de consumidores y usuarios o por un grupo de afectados y que sea esta pretensión la que determine el tribunal competente.

Quizás hubiera sido más conveniente atribuir la competencia para conocer de los procesos acumulados al tribunal ante el que se hayan ejercitado las acciones de carácter colectivo, de una forma similar a cómo establece el artículo 98.2 de la LEC respecto de la acumulación de procesos singulares a un proceso universal de tipo concursal o sucesorio⁽¹⁰⁷⁾.

VIII. ESPECIALIDADES PROBATORIAS: EN ESPECIAL, LA CARGA DE LA PRUEBA

Las especialidades en materia probatoria de los procesos para la tutela de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios se centran sobre todo en el tema de la

⁽¹⁰⁶⁾ Formulan también esta advertencia GASCÓN INCHAUSTI, F., *La acumulación de acciones...* op. cit., pp. 201 y 202; y GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 208.

⁽¹⁰⁷⁾ Propone esta solución BELLIDO PENADÉS, R.: *La tutela de los intereses de los consumidores...*, op. cit., p. 13.

carga de la prueba, que presenta diferencias esenciales, respecto del régimen general. Pero conviene hacer en esta sede alguna breve referencia a la idoneidad u oportunidad de la práctica de algunos medios de prueba distintos a los tradicionales, por su adecuación al fenómeno del consumo.

A) LA CARGA DE LA PRUEBA

Las reglas de la carga de la prueba aparecen reguladas, con carácter general, en los apartados 2 y 3 del artículo 217 de la LEC, atribuyendo al demandante y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos constitutivos, y al demandado o actor reconvenido, le asigna la carga de probar la certeza de los hechos extintivos, impositivos y excluyentes.

Pero en materia de procesos para la tutela de los derechos e intereses de consumidores y usuarios, es preciso tener en cuenta dos reglas especiales, directamente relacionadas con la necesidad de distribuir la carga de la prueba con arreglo al criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria de cada una de las partes⁽¹⁰⁸⁾, como señala el apartado 6 del artículo 217⁽¹⁰⁹⁾.

La primera de estas normas especiales aparece prevista en el artículo 217.4 de la LEC, que, con relación a los *procesos en materia de competencia desleal y publicidad ilícita*, establece que corresponde al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente⁽¹¹⁰⁾.

Esta disposición prevé una inversión de la carga de la prueba, que afecta plenamente a las pretensiones de tutela formuladas, en su caso, a favor de consumidores y usuarios, de tal modo que: el actor deberá probar los hechos constitutivos de su demanda que en este caso se circunscriben al hecho de haberse producido un acto de publicidad ilícita o de competencia desleal y también su carácter o condición de consumidor, como destinatario de esa publicidad o como adquirente de un producto o un servicio en el mercado en el que se ha producido el acto de competencia; lo que el demandante no tendrá que probar, a tenor de lo dispuesto por el artículo 217.4 de la LEC es la antijuridicidad del hecho, que se considera presunta, incumbiendo al demandado la prueba de su legalidad⁽¹¹¹⁾.

La segunda de las normas especiales en materia de prueba que tiene una incidencia clara en la protección procesal de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios es el artículo 217.5 de la LEC, a cuyo tenor: «las normas contenidas en los apartados precedentes

⁽¹⁰⁸⁾ En opinión de Montero Aroca, mediante este criterio «se pone de manifiesto que es necesario distribuir la carga de la prueba atendiendo, no tanto a una serie de principios teóricos o a la posición que se ocupa en el proceso, cuanto a criterios prácticos y en concreto a la proximidad real de las partes a las fuentes de prueba»: MONTERO AROCA, J.: «Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad», en *La prueba*, Cuadernos de Derecho Judicial, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 41.

⁽¹⁰⁹⁾ Según este precepto: «Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio».

⁽¹¹⁰⁾ A tenor de lo dispuesto en el artículo 217.4 de la LEC: «En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente».

⁽¹¹¹⁾ Como indica Sanchís Crespo esta regla especial constituye una especificación del criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria, previsto en el artículo 217.6, puesto que la empresa autora de la publicidad ilícita o del hecho generador de competencia desleal posee una mayor proximidad real a las fuentes de prueba que los consumidores y usuarios: SANCHÍS CRESPO, C., *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, con Barona Vilar, S. (coord.) y otros, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 287.

se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes».

Este apartado del artículo 217 introduce la posibilidad de que una ley especial pueda modificar los criterios generales de distribución de la carga de la prueba. Y esto es precisamente lo que sucede en materia de protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, por ejemplo con los artículos 26⁽¹¹²⁾ y 28 de la LGDCU⁽¹¹³⁾.

El artículo 26 de la LGDCU establece un sistema de responsabilidad subjetiva por culpa, pero con una inversión de la carga de la prueba, de tal modo que deben ser los productores, importadores y suministradores de productos o servicios generadores de daños y perjuicios a los consumidores y usuarios, quienes tienen que probar que han cumplido las exigencias, los requisitos y cuidados y las diligencias requeridos⁽¹¹⁴⁾.

En consecuencia, el consumidor o usuario perjudicado que presente una reclamación judicial, de conformidad con el artículo 26, sólo ha de probar el correcto consumo o uso del producto o servicio dañoso, así como el daño y la relación de causalidad entre ambos⁽¹¹⁵⁾, puesto que existe una presunción legal de la culpa de productor, importador o suministrador y deben ser éstos quienes acrediten el cumplimiento de las exigencias reglamentarias y las demás diligencias y cuidados exigidas por la naturaleza del producto o servicio.

Por otra parte, el artículo 28 de la LGDCU establece un sistema de responsabilidad objetiva, al disponer que se responderá de los daños y perjuicios originados a consecuencia del correcto consumo o uso de bienes y servicios⁽¹¹⁶⁾, lo que supone que sólo cabrá exoneración de la responsabilidad del productor, importador o suministrador cuando el uso o el consumo sea incorrecto, es decir, cuando intervenga culpa del consumidor o usuario perjudicado o de quienes deba responder civilmente, lo cual habrá de ser probado por el demandado y no será fácil en múltiples asuntos que éste pueda demostrar si el consumidor o usuario hizo un uso incorrecto o inadecuado de un determinado producto o servicio⁽¹¹⁷⁾.

Ahora bien, este sistema de responsabilidad objetiva, según el tenor literal del artículo 28.1, no se aplica con carácter general a todos los daños ocasionados en el correcto consumo o uso de todos los bienes y servicios, sino sólo respecto de aquéllos que, por su propia naturaleza o por haberse establecido reglamentariamente, incluyan necesariamente la garantía de unos niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario.

⁽¹¹²⁾ Este precepto dispone que: «las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios a los consumidores o usuarios, determinantes de daños o perjuicios a los mismos, darán lugar a la responsabilidad de aquéllos, a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad».

⁽¹¹³⁾ Igual sucede con los artículos 6 y 8 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por lo daños causados por productos defectuosos.

⁽¹¹⁴⁾ Como señala Frigola Riera, «el artículo 26 de la Ley no sería más que el reflejo de la objetivación que del principio de responsabilidad por culpa contemplada en los artículos 1101 y 1902 del Código civil ha realizado la jurisprudencia mediante la técnica de la inversión de la carga de la prueba haciendo recaer en el demandado la demostración de que el daño no fue causado por una acción u omisión a él imputable a título de culpa»; FRIGOLA RIERA, A., «El tratamiento de la responsabilidad objetiva en el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en la revista *La Ley*, vol. 3, 1998, Madrid, p. 1594.

⁽¹¹⁵⁾ En tal sentido se expresa GONZÁLEZ CANO, M. I.: *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 88.

⁽¹¹⁶⁾ El artículo 28.1 señala que «no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario».

⁽¹¹⁷⁾ En torno a estas cuestiones se pronuncia GONZÁLEZ CANO, M. I.: *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 89.

Para paliar la indeterminación de esta última exigencia, el apartado 2 del artículo 28 de la Ley enumera los siguientes productos y servicios que, en todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad objetiva: los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor, juguetes y productos dirigidos a los niños.

Por último, con relación a la inversión de la carga de la prueba, conviene advertir, que ésta sólo puede ser establecida por una Ley, sin que sean válidos los pactos de las partes que alteren las reglas generales de la carga de la prueba, que, perfectamente, podrían incluirse entre las condiciones generales de la contratación⁽¹¹⁸⁾, dando lugar a abusos en detrimento de los consumidores y usuarios.

Sobre este particular, es preciso señalar que el número 19 de la disposición adicional Primera de la LGDCU, considera como cláusula abusiva, la imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los supuestos en los que debería atribuirse a la otra parte contratante⁽¹¹⁹⁾.

B) LOS MEDIOS CONCRETOS DE PRUEBA

Por lo que se refiere a los medios de prueba que se pueden practicar en el ámbito de los procesos civiles para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, la LEC no prevé ninguna prueba específica ni ninguna especialidad procesal en su práctica, por lo que, serán aplicables todos los medios de prueba enumerados, con carácter general, en los apartados 1 y 2 del artículo 299 de dicha Ley.

Ahora bien resulta oportuno exponer en esta sede algunas consideraciones sobre la oportunidad e importancia de la utilización de medios de prueba distintos a los clásicos que se han venido utilizando en el proceso civil hasta tiempos recientes.

Así, el artículo 299.2 de la Ley incluye entre los medios de prueba a «*los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso*».

La prueba mediante cintas o grabaciones de vídeo o de audio puede ser especialmente relevante, por ejemplo, en procesos sobre publicidad ilícita y también puede tener una enorme trascendencia como prueba la utilización de soportes informáticos (diskettes, cd-roms, discos duros, etc.), por ejemplo, para la determinación de los consumidores y usuarios perjudicados a consecuencia del consumo o uso de un producto o servicio, de los que queda constancia en algún tipo de archivo o registro.

Sobre la *prueba documental*, resulta oportuno hacer referencia a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico que, con relación a los contratos celebrados por vía electrónica por consumidores, establece la validez

⁽¹¹⁸⁾ Como señala Montero Aroca, las normas sobre la carga de la prueba «*tienen naturaleza procesal, pues se dirigen al tribunal como destinatario y sólo se aplican en el proceso (...), son de ius cogens, no estando sujetas a la disposición de las partes, por lo que no caben reglas convencionales sobre carga de la prueba*»: MONTERO AROCA, J., *Nociones generales sobre la prueba...*, op. cit., p. 39.

⁽¹¹⁹⁾ En opinión de Sanchís Crespo un precepto de esta índole no hubiera sido necesario, porque las cláusulas en las que se pacte la inversión de la carga de la prueba son inválidas por ilegales, más que abusivas: SANCHÍS CRESPO, C., *Tutela de los consumidores...*, op. cit., pp. 288 y 289.

del consentimiento prestado por vía electrónica, equiparando el documento consignado en soporte informático o electrónico con el redactado en soporte de papel⁽¹²⁰⁾. En este sentido, el artículo 24.2 de la Ley reseñada dispone que: «en todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental».

Asimismo, es preciso señalar sobre el particular, que el artículo 3.8 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, dispone que: «el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio». Si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica reconocida, con la que hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se procederá a comprobar que por el prestador de servicios de certificación, que expide los certificados electrónicos, se cumplen todos los requisitos establecidos en la ley en cuanto a la garantía de los servicios que presta en la comprobación de la eficacia de la firma electrónica, y en especial, las obligaciones de garantizar la confidencialidad del proceso así como la autenticidad, conservación e integridad de la información generada y la identidad de los firmantes⁽¹²¹⁾».

Por otra parte, merece un comentario el planteamiento en la práctica forense de algunas cuestiones relacionadas con la consideración de los consumidores y usuarios como sujetos de los medios de prueba de *interrogatorio de las partes y de testigos*, que no tienen un tratamiento expreso en la LEC.

Así, la primera duda surge respecto de los procesos en que se substancia una demanda interpuesta por una asociación de consumidores y usuarios, para el supuesto que la empresa o profesional demandados deseen utilizar como medio de prueba la declaración de uno o varios consumidores o usuarios perjudicados, en cuyo caso es preciso determinar si lo deben proponer como interrogatorio de partes o como interrogatorio de testigos. A tal efecto, entendemos que, aún no siendo parte procesal el consumidor o usuario individual llamado a declarar, no debería citársele como testigo, puesto que no gozaría de tal condición, por no ser un tercero imparcial, al tener un interés directo en los resultados del pleito.

Estimamos aplicable a este supuesto la previsión del artículo 301.2 de la LEC⁽¹²²⁾, como precepto que parece estar destinado a los supuestos de legitimación por sustitución, entre los que se encuentra la actuación de asociaciones de consumidores y otras entidades en representación de los consumidores y usuarios afectados: de este modo, considerando al consumidor o usuario perjudicado como titular del derecho subjetivo en virtud del cual la asociación de consumidores y usuarios interpone la demanda, el interrogatorio de aquéllos se debe articular bajo las normas del interrogatorio de partes y no de testigos.

Por último, cabe apuntar una posible especialidad en torno a la *prueba pericial*, al ser viable en el ámbito del consumo, como modalidad de este medio de prueba, la práctica de las

⁽¹²⁰⁾ Según el artículo 23.1 de esta Ley: «Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez.

Los contratos electrónicos se registrarán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial».

⁽¹²¹⁾ La disposición adicional décima de la esta Ley ha añadido, en consecuencia, un apartado tres al artículo 326 de la LEC, según el cual: «Cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo pida o se impugne su autenticidad, se procederá con arreglo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica».

⁽¹²²⁾ Según el tenor literal de este precepto, ubicado en la regulación del interrogatorio de las partes: «cuando la parte legitimada, actuante en el juicio, no sea el sujeto de la relación jurídica controvertida o el titular del derecho en cuya virtud se acciona, se podrá solicitar el interrogatorio de dicho sujeto o titular».

llamadas pruebas demoscópicas o estadísticas, que podrían ser muy útiles en los procesos para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, para la determinación de los sujetos afectados y para un cálculo global de la cuantía de la indemnización⁽¹²³⁾.

IX. LAS MEDIDAS CAUTELARES

A CONSIDERACIONES PREVIAS

En el ámbito de las medidas cautelares el único precepto que, de un modo específico, prevé una particularidad respecto de los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios es el párrafo cuarto del artículo 728.3 de la LEC, que contempla la facultad del juzgador de dispensar la obligación de los solicitantes de medidas cautelares de prestar caución, con relación a los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de sus intereses colectivos o difusos.

Pero, además, resulta oportuno el análisis de la incidencia y utilidad en el ámbito de la tutela judicial de los derechos e intereses de consumidores y usuarios de las previsiones establecidas en los artículos 726.2 y 727.7.^a de la LEC: así el primero de ellos, de una manera genérica, atribuye al juez o tribunal la posibilidad de acordar como medidas cautelares órdenes y prohibiciones de contenido similar a la tutela que se pretenda en el proceso, otorgando así un reconocimiento expreso a las llamadas medidas cautelares anticipatorias del resultado de aquél; y el segundo de los preceptos, enumera tres tipos de medidas cautelares (órdenes judiciales de cesar provisionalmente en una actividad, de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo), que, aparte de tener una clara aplicación en el ámbito del consumo, comportan también medidas cautelares de carácter conservativo o anticipatorio de los resultados del proceso, con la importancia que ello significa para la adecuada protección de los derechos e intereses de consumidores y usuarios.

B) LA DISPENSA DEL DEBER DE PRESTAR CAUCIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS EN LOS QUE SE EJERCITE UNA ACCIÓN DE CESACIÓN EN DEFENSA DE LOS INTERESES COLECTIVOS O DIFUSOS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

La *adopción de medidas cautelares* exige la concurrencia de *tres presupuestos*, que vienen precisados en el *artículo 728 de la LEC*.

1. *El peligro por la mora procesal o periculum in mora*

Es el fundamento o la razón de ser de las medidas cautelares y consiste en el riesgo de que la eventual sentencia estimatoria que se dicte en el proceso sea inefectiva o no se pueda ejecutar.

Este presupuesto, bajo la rúbrica de *«peligro por la mora procesal»*, viene regulado en el artículo 728.1 LEC, a cuyo tenor: *«Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las*

⁽¹²³⁾ Sobre la utilidad y conveniencia de esta prueba pericial específica, se expresan: GONZÁLEZ CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores...*, op. cit., p. 91; y SANCHÍS CRESPO, C., *Tutela de los consumidores...*, op. cit., pp. 306 y 307.

solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria».

Este precepto, ha optado por acogerse a un sistema de determinación *in abstracto* de los riesgos derivados de la duración del proceso, sin que se haya efectuado una determinación de los riesgos concretos

2. La apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*

Mediante este presupuesto, se exige al solicitante de las medidas cautelares, que acredite, al menos indiciariamente, el fundamento de la pretensión formulada en el procedimiento principal, aportando al proceso una prueba semiplena, que, aunque no permita el tribunal la plena convicción sobre dicha pretensión, sí le permita alcanzar un juicio de probabilidad o de verosimilitud sobre tal fundamento.

Sobre este particular, el artículo 728.2 de la LEC dispone que *«el solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte de tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios».*

3. La prestación de caución

Según exige el artículo 728.3 de la LEC, *«salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado».*

A la vista de este precepto, la finalidad de esta caución procesal⁽¹²⁴⁾ es clara: sirve para responder los posibles daños y perjuicios que pudieran causarse al demandado si, con posterioridad, se llega a la conclusión de que la medida cautelar carecía de fundamento y es por ello revocada⁽¹²⁵⁾.

Ahora bien, es preciso advertir que, en sentido estricto, como advierten algunos autores de la doctrina procesal, la prestación de la caución no es un presupuesto de la adopción de una medida cautelar, sino un presupuesto de su ejecución⁽¹²⁶⁾: así, para acordar una medida

⁽¹²⁴⁾ La caución procesal, con carácter general, se puede definir como *«un medio de garantía legal y genérico que presta una parte del proceso que pretende realizar un acto procesal, cuya finalidad es asegurar las eventuales responsabilidades pecuniarias que pudieran derivarse de dicha realización, de tal manera que la prestación de la caución se convierte en presupuesto o requisito objetivo del acto a realizar»*: DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., *Las cauciones procesales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Edit. Civitas, Madrid, 2001, p. 32.

⁽¹²⁵⁾ Conviene tener en cuenta el elemento psicológico de cualquier caución procesal, tal y como advierte De Lucchi López-Tapia: así, aparte de la función de aseguramiento, es preciso añadir una función psicológica a la caución, por cuanto su exigencia provoca en el ánimo del sujeto obligado a prestarla una mayor responsabilidad a la hora de solicitar una medida cautelar y una constricción del ejercicio de esta facultad procesal: DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., *Las cauciones procesales...*, *op. cit.*, p. 37.

⁽¹²⁶⁾ En este sentido se pronuncian, considerando a la prestación de la caución como una condición y no como un presupuesto de la medida cautelar: BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional. Proceso Civil*, t. II, con Montero Aroca, Gómez Colomer y Montón Redondo, edit. Tirant lo Blanch, 11.ª ed., Valencia, 2002, p. 672; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. Ejecución Forzosa. Procesos Especiales*, edit. Centro de Estudios Ramón Areces, 2.ª ed., Madrid, 2002, p. 393; y MOSCOSO TORRES, P., *Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, Coords. Marina Martínez-Pardo, J. y Loscertales Fuertes, D., edit. Sepín, 2.ª ed., Madrid, 2001, p. 1462.

cautelar, basta con el ofrecimiento por parte del solicitante de prestar caución para el caso de que la medida sea acordada, siendo su efectiva prestación una condición indispensable para llevar a cabo la medida⁽¹²⁷⁾.

Sobre la prestación de caución en el ámbito de los procesos para la tutela de los derechos e intereses de consumidores y usuarios hay que tener en cuenta que la reseñada Ley 39/2002, de 28 de octubre, por medio de su artículo primero, apartado noveno, ha añadido un nuevo párrafo al apartado 3 del artículo 728 de la LEC, a tenor del cual:

«En los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el Tribunal podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados».

Este precepto recoge la especialidad de la facultad del juzgador de dispensar de la obligación de prestar caución al solicitante de medidas cautelares en los procesos en que se ejerciten acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos o difusos de consumidores o usuarios, atendiendo a tres parámetros: *a)* las circunstancias del caso concreto; *b)* la entidad económica de los distintos intereses afectados, y *c)* su repercusión social; los cuales dejan un margen de discrecionalidad bastante amplio al Juez para exigir o no la prestación de caución.

C) MEDIDAS ANTICIPATORIAS DEL RESULTADO DEL PROCESO

Con la nueva LEC se ha superado la teoría clásica acerca de las medidas cautelares, que sostenía que su única finalidad era asegurar la ejecución de la sentencia (función exclusiva de aseguramiento). Hoy en día, a tenor de lo dispuesto en el artículo 726.2 de la LEC y en virtud del contenido y de la naturaleza de algunas de las medidas cautelares específicas previstas en el artículo 727 de la LEC, se puede afirmar no sólo existen medidas cautelares de carácter asegurativo, sino también de carácter conservativo y anticipatorias del resultado del proceso.

Así pues, como punto de partida, en la actualidad se pueden distinguir tres tipos de medidas cautelares, por razón de su finalidad⁽¹²⁸⁾:

1.º Medidas cautelares de aseguramiento: son las clásicas, las que pretenden asegurar la ejecución o la efectividad de la futura sentencia que pueda dictarse en su día.

2.º Medidas cautelares conservativas: son las que están destinadas a evitar que el demandado, durante la pendencia del proceso, se pueda aprovechar de los resultados de los actos considerados ilícitos por el demandante (uno de los ejemplos más claros es la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo hasta el momento de interposición de la demanda).

3.º Medidas cautelares anticipatorias del resultado de la estimación de la demanda.

Un análisis detallado merecen las llamadas doctrinalmente *medidas cautelares anticipatorias*, por cuanto que, parecen estar reguladas en el artículo 726.2 de la LEC, aunque no se diga así expresamente. De este modo, según este precepto: *«con el carácter temporal, provisional,*

⁽¹²⁷⁾ Sobre este particular, el párrafo primero del artículo 737 de la LEC establece que *«la prestación de caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada».*

⁽¹²⁸⁾ Trazan esta distinción: BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional...*, op. cit., pp. 669 y 673; y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 1221.

condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte».

Esta disposición no describe una característica de las medidas cautelares, sino que está haciendo referencia a que se pueden acordar como medidas cautelares órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pida en el proceso, con lo que se está refiriendo a las medidas anticipatorias del resultado del proceso⁽¹²⁹⁾. Ahora bien, es preciso tener en cuenta que las actuaciones cautelares (*órdenes y prohibiciones*) pueden ser de un «*contenido similar*» a la pretensión⁽¹³⁰⁾, pero la similitud es semejanza o analogía, pero no identidad⁽¹³¹⁾, puesto que si así fuese se estaría incurriendo en una ejecución sin título que la legitime.

Por otra parte, un aspecto esencial en esta materia estriba en que la adopción de este tipo de medidas cautelares anticipatorias o satisfactivas⁽¹³²⁾ debe estar condicionada a la plena reversibilidad de la situación creada por la medida, para el supuesto de la desestimación de la pretensión ejercitada en el proceso principal⁽¹³³⁾.

Las posibilidades ofrecidas por el artículo 726.2 de la LEC en cuanto a la solicitud de medidas cautelares consistentes en órdenes y prohibiciones judiciales de contenido similar a la pretensión deducida en el proceso, resulta muy interesante en el ámbito de los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, por cuanto que es en este campo, en el que puede resultar muy adecuado este tipo de medidas (cesación provisional de actividades ilícitas o lesivas, omisión temporal de realización de conductas o actividades, etc.), en aras de una protección eficaz de aquéllos durante la substanciación del proceso⁽¹³⁴⁾.

⁽¹²⁹⁾ Así lo consideran: Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 1221, y también este autor en *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 386; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., pp. 3265 y 3266; MOSCOSO TORRES, P., «*Ley de Enjuiciamiento Civil*», op. cit., p. 1453; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con Cordón Moreno, F. y otros, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 682.

⁽¹³⁰⁾ En opinión de Cortés Domínguez, estas ordenes y prohibiciones no pueden ser consideradas medidas cautelares, porque existe una total identificación de la llamada medida cautelar con la tutela efectiva del derecho, de modo que «*se protege el derecho, y no se asegura el periculum in mora*». Según este autor, la Ley dispensa a estas actuaciones el mismo tratamiento procesal y procedimental que dichas medidas, pero sin que diga que constituyan medidas cautelares: CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 581.

⁽¹³¹⁾ A juicio de Ormazábal Sánchez la similitud de contenido indicada en este precepto no significa la inadmisibilidad de una medida, que, en cuanto a su materialidad, resulte idéntica al otorgamiento de lo pedido en la demanda, sino que, pudiendo ser materialmente iguales la pretensión y la actuación en que consista la medida cautelar, la falta de identidad de ésta estriba en su carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento, tal y como prevé el propio artículo 726.2 de la LEC. Agrega este autor que, en su opinión, la expresión «*de contenido similar*» se introdujo por el legislador con la finalidad de evitar recursos o cuestiones de inconstitucionalidad contra el precepto, puesto que de haberse referido expresamente a medidas cautelares de contenido idéntico o igual a la pretensión, se habría otorgado carta de naturaleza a una ejecución sin título: ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 682.

⁽¹³²⁾ Como «*medidas satisfactivas*» las califica ORTELLS RAMOS, M.: *Las medidas cautelares*, edit. La Ley, Madrid, 2000, p. 146.

⁽¹³³⁾ Así lo sostiene Ortells Ramos, que considera que no se pueden acordar medidas que generen un estado irreversible y prácticamente equivalente al que puede ser efecto de la sentencia principal: ORTELLS RAMOS, M.: *Las medidas cautelares*, op. cit., pp. 148 y 149. Con la misma opinión se manifiesta ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., pp. 681 y 683.

⁽¹³⁴⁾ A tal efecto, resulta muy interesante el Auto dictado en fecha 24 de enero de 2003, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Sevilla, con relación a un litigio de gran repercusión social y económica a nivel estatal, como ha sido el llamado «*caso Opening*». En el supuesto enjuiciado, las entidades para la protección de los derechos e intereses de los consumidores, ejercitaron una acción de cesación en defensa de los intereses difusos de consumidores y usuarios afectados por el cierre de los centros de enseñanza de idiomas «*Opening*», solicitando la adopción de dos medidas cautelares: a) la paralización del cobro de las mensualidades de los créditos a la financiación para un contrato de enseñanza, y b) la cancelación de datos en los ficheros de morosos que se pudieran haber

Pero, el artículo 726.2 de la LEC ha sido concretado o desarrollado por el artículo 727.7.^a de la LEC⁽¹³⁵⁾, al establecer los tres tipos siguientes medidas cautelares específicas, que anticipan en cierta manera la tutela pretendida en la demanda⁽¹³⁶⁾, satisfaciendo el interés del demandante antes de que se dicte sentencia estimatoria:

- a) La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad.
- b) La orden judicial de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta.
- c) La prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.

Con carácter previo a la regulación de estas medidas cautelares específicas en la LEC de 2000, ya se regulaban en diferentes leyes sectoriales medidas de este tipo: así se establecen en el artículo 30.1, *a)* y *b)* de la Ley General de Publicidad (cesación provisional o prohibición temporal de la publicidad ilícita), artículo 25.1 de la Ley de Competencia Desleal (cesación provisional del acto lesivo del régimen de la competencia), artículo 134 de la Ley de Patentes (cesación de los actos lesivos del derecho del peticionario y la retención y depósito de los elementos producidos o importados con violación de su derecho), artículo 141.2 de la Ley de Propiedad Intelectual (la suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública), etc.

Estas medidas cautelares específicas previstas en el artículo 727.7.^a de la LEC poseen una indudable importancia, por razones de aplicación práctica, en el ámbito de los procesos para la tutela de los derechos e intereses de consumidores y usuarios.

En este precepto, se pueden distinguir dos clases de medidas cautelares, según su finalidad: *a)* las anticipatorias del resultado del proceso, que serían las órdenes judiciales de cesar provisionalmente en una actividad o de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta⁽¹³⁷⁾; y *b)* las de carácter conservativo, que vendrían determinadas por la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo⁽¹³⁸⁾.

realizado con relación a los alumnos que, habiendo sufrido la interrupción de la prestación de los cursos de enseñanza de idiomas, hubieran dejado de abonar las mensualidades de los créditos concedidos en su día para la financiación de los citados cursos.

Tras efectuar el juzgador un análisis de los distintos motivos de oposición de los demandados a la adopción de las medidas cautelares solicitadas por la parte actora, el Auto invocado dedica un apartado relevante a fundamentar su procedencia, habida cuenta que no suponen una anticipación de la Sentencia –tal y como aducían los demandados– en virtud de la posibilidad establecida en el artículo 726.2 de la LEC, declarando expresamente al respecto que: «no es determinante que las medidas sean similares, análogas, iguales o parecidas, sino que no prejuzgue, y, para evitar ese juicio sumario anticipado, la ley estatuye que las medidas de prohibición SEAN TEMPORALES. La diferencia no es de contenido, sino de eficacia temporal. (...). La adopción TEMPORAL O CAUTELAR de medidas iguales o similares a las peticiones de la demanda no prejuzga la Sentencia, la prejuzgaría si se adoptaren con carácter definitivo...».

Con base en estos razonamientos el Auto concluye acordando en su parte dispositiva las dos medidas cautelares solicitadas, dejando constancia expresa que tanto la paralización del cobro de las mensualidades de los créditos a la financiación como la cancelación o supresión de datos en los ficheros de morosos, tienen carácter temporal, debiendo mantenerse en tanto se dicte sentencia en el pleito principal: revista *LEC Forum*, núm. 28, marzo de 2003, pp. 79 a 83.

⁽¹³⁵⁾ Ortells Ramos indica que el artículo 727.7.^a de la LEC constituye «un desarrollo abierto y ejemplificativo» del artículo 726.2 de dicha Ley: ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, op. cit., p. 144.

⁽¹³⁶⁾ Como medidas anticipatorias del resultado del proceso las considera ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., p. 691.

⁽¹³⁷⁾ Como medidas anticipatorias las califica DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil...*, op. cit., p. 399; también este autor en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., pp. 1227 y 1228. De igual modo, las considera BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional...*, op. cit., p. 676.

⁽¹³⁸⁾ Sobre el carácter conservativo de esta medida, se expresa: BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional...*, op. cit., pp. 673 y 677.

Mediante las medidas anticipatorias se asegura la pretensión de condena a obligaciones de hacer y no hacer, que pueden ser muy frecuentes en el ámbito del consumo. Así, la cesación provisional de una actividad concreta hace referencia a impedir que se siga haciendo algo que ya se está llevando a cabo (por ejemplo, una cesación en la venta de un producto defectuoso o en la prestación de un servicio de un modo lesivo para los consumidores o usuarios). En el caso de la abstención temporal de la realización de una conducta, se pretende impedir que no se lleve a cabo una actividad (considerada ilícita por el demandante) que se pretende hacer (por ejemplo, la abstención de iniciar una inminente campaña publicitaria sobre un determinado producto).

Como novedosa previsión incorporada por la LEC, destaca la posibilidad de acordar la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo. Esta disposición permite imponer al demandado, como medida cautelar, la continuación de una obligación de hacer, lo cual es sumamente importante en el ámbito de los contratos de suministro, en los que el consumidor o usuario afectado, podría resultar notable e irreversiblemente perjudicado si durante la substanciación del proceso se interrumpiese la prestación del servicio objeto del litigio.