

# Revista del Ministerio Fiscal

nº 4, 2017



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

---

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid  
[www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)

## ***In memoriam de José Manuel Maza Martín***

Con todo el afecto y reconocimiento de los integrantes del Ministerio Fiscal

### **La Protección Jurídica de los Consumidores y Usuarios**

Revista del Ministerio Fiscal, año 2017, número 4

#### **Director de este número:**

José María Paz Rubio. Fiscal de Sala de lo Civil de la Fiscalía del Tribunal Supremo

#### **Consejo de Redacción de la Revista del Ministerio Fiscal**

José Manuel Maza Martín, Fiscal General del Estado

Luis Navajas Ramos, Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

Antolín Herrero Ortega, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

Francisco Moreno Carrasco, Fiscal de Sala de la Unidad de Apoyo

Pedro Crespo Barquero, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

José Miguel de la Rosa Cortina, Fiscal de Sala de la Secretaría Técnica

Fausto Cartagena Pastor, Fiscal de Sala de la Inspección

NIPO: 056160021

ISSN: 2530-0113

#### **Edita:**

Fiscalía General del Estado

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid

[www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)

#### **Maquetación:**

Servicios Gráficos Kenaf, s.l.

# Índice

1. PRESENTACIÓN .....	8
<b>JOSÉ MARÍA PAZ RUBIO</b>	
2. EL PAPEL DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS .....	13
<b>CARLOS-ELOY FERREIRÓS MARCOS</b>	
1. Introducción .....	13
2. La acción individual .....	14
2.1. La protección de personas pertenecientes a grupos vulnerables .....	14
2.2. El consumidor como colectivo vulnerable .....	16
2.3. El papel del Ministerio Fiscal en el marco de la acción individual .....	17
2.3.1. Protección del derecho a la tutela judicial efectiva .....	17
2.3.2. Consumidores susceptibles de protección .....	18
2.3.3. Criterios que deben guiar la actuación del Ministerio Público .....	19
3. La acción colectiva .....	20
3.1. Normativa y recomendaciones de la Unión Europea .....	20
3.2. Referencia al derecho comparado .....	21
3.2.1. Latinoamérica .....	21
3.2.2. Europa .....	23
3.3. El papel del Ministerio Fiscal en el marco de la acción colectiva .....	25
3.3.1. La legitimación activa .....	25
3.3.2. El interés social como guía de la intervención del Ministerio Fiscal .....	28
4. Apunte final .....	30
5. Referencias Bibliográficas .....	30
3. LA EJECUCIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS-MASA. COMENTARIO AL AUTO DE LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA DE 22 DE DICIEMBRE DE 2014. ASUNTO GAS NATURAL ANDALUCÍA .....	32
<b>FERNANDO SANTOS URBANEJA</b>	
1. Planteamiento .....	32
2. Asunto gas natural Andalucía – síntesis del asunto .....	33
2.1. Fase declarativa .....	33
2.2. Fase de ejecución .....	34
3. Doctrina auto de 22 de diciembre de 2014 de la sección primera de la Audiencia Provincial de Córdoba .....	35
3.1. Afirmación de la ejecución colectiva-masa .....	35
3.2. Llamada a la flexibilidad en la interpretación de las normas, para facilitar la ejecución .....	36
3.3. Sobre el deber de colaboración de la compañía ejecutada .....	37
3.4. Aplicación de las normas generales y particulares sobre valoración de la prueba ..	37
3.5. Búsqueda de fórmulas eficaces de pago o devolución .....	38

3.6. Sobre destino de cantidades debidas cuando no es posible hacerlas llegar a los beneficiarios de las mismas .....	39
3.7. Sobre gastos de ejecución .....	40
3.8. Sobre costas .....	40
4. MINISTERIO FISCAL Y PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS CONSUMIDORES. SANIDAD.....	41
<b>MANUEL CAMPOY MIÑARRO</b>	
1. Introducción .....	41
2. Triple y elevado ámbito de protección de los consumidores: salud, seguridad e intereses económicos .....	42
2.1. Por parte de la Unión Europea. Previsión normativa. Competencia compartida. Garantía jurisdiccional-Tutela Judicial Efectiva .....	42
2.2. En el Derecho interno. Constitución Española 1978. ....	43
3. Legitimación constitucional y legal del ministerio fiscal en la protección de los consumidores y usuarios.....	43
3.1. Legitimación constitucional.....	43
3.2. Legitimación legal .....	44
3.2.1. Inicio de procesos .....	44
3.2.2. Procesos ya iniciados por terceros .....	44
3.3. Clases de tutela jurisdiccional ejercitable .....	45
3.3.1. Ante la Jurisdicción civil.....	45
3.3.2. Ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.....	45
3.3.3. Ante la Jurisdicción Penal.....	45
4. Salud y sanidad. Pacientes y consumidores .....	46
4.1. Doble sistema de asistencia sanitaria pública y privada .....	46
4.1.1. Previsiones normativas .....	46
4.1.2. Conclusión.....	46
4.2. Doble condición de Paciente y Consumidor en el ámbito de la sanidad privada. Acto médico-acto de mercado .....	47
4.2.1. Desde el punto de vista subjetivo, en el destinatario de la prestación del servicio de sanidad gestionado por profesionales o empresas privadas, confluye la doble condición de «Paciente» y «Consumidor» .....	47
4.2.2. Desde el punto de vista objetivo, en el ámbito de la prestación del servicio de sanidad gestionado por profesionales o empresas privadas, confluye la doble naturaleza de «Acto médico» y «Acto de mercado» .....	47
4.2.3. Conclusión .....	47
4.2.4. Algunas garantías genéricas de los consumidores en la prestación privada de asistencia sanitaria .....	47
5. Derechos del consumidor -paciente en el ámbito de la salud- sanidad .....	49
5.1. Regulación legal.....	49
5.2. Concepto de Paciente .....	49
5.3. Derechos del Consumidor-Paciente regulados en la LAP) .....	49
5.3.1. Derecho a la Información Asistencial (arts. 4 y 5 LAP) .....	49
5.3.2. Derecho a la Intimidad (art. 7 LAP) .....	50
5.3.3. Derecho al consentimiento informado (arts. 8 a 10 LAP).....	50
5.3.4. Derecho a otorgar «Instrucciones Previas» (art. 11 LAP) .....	51
5.3.5. Derecho de acceso a la «Historia Clínica» (arts. 14 a 19 LAP) .....	51
5.3.6. Derecho a obtener «Informe de alta médica» (arts. 20 y 21 LAP) .....	52
5.3.7. Derecho a obtener «Certificado Médico» (art. 22 LAP) .....	53

6. Derechos de protección de datos personales del consumidor-paciente en el ámbito de la salud-sanidad. ....	53
6.1. Doble protección. ....	53
6.2. Derechos en la LOPD. ....	53
6.2.1. Derecho de Información en la recogida de datos (art. 5 LOPD) ....	53
6.2.2. Derecho a prestar consentimiento para el tratamiento de datos (arts. 6 y 7 LOPD) ....	53
6.2.3. Derechos de acceso, rectificación y cancelación (arts. 15 y 16 LOPD). ....	54
6.3. Protección administrativa y jurisdiccional (arts. 18 y 19 LOPD). ....	54
7. Profesiones sanitarias. Intrusismo. Competencia desleal. ....	54
7.1. Profesiones Sanitarias y necesidad de titulación. ....	54
7.2. Distinción legal entre Profesiones sanitarias tituladas y Profesionales del área sanitaria de formación profesional. ....	54
7.3. Reserva legal de diferentes funciones sanitarias a Licenciados y Diplomados. Especialidades. ....	55
7.3.1. Funciones atribuidas legalmente a los diferentes Licenciados Sanitarios (art. 6 LOPS).. ....	55
7.3.2. Funciones atribuidas legalmente a los diferentes Diplomados Sanitarios (art. 7 LOPS). ....	55
7.3.3. Funciones atribuidas legalmente a los diferentes Especialistas Sanitarios en Ciencias de la Salud (arts.15 y 19 LOPS). ....	55
7.4. Intrusismo. Afectación a los derechos de los Consumidores-Pacientes. ....	56
7.4.1. Problemática. ....	56
7.4.2. Diferentes respuestas legales. ....	56
8. Publicidad ilícita en el ámbito de la sanidad. ....	57
8.1. Publicidad en el ejercicio privado de las profesiones sanitarias. ....	57
8.1.1. Actos de publicidad prohibidos. ....	57
8.1.2. Acciones ejercitables por el Ministerio Fiscal por publicidad ilícita sanitaria. ....	57
8.2. Publicidad de medicamentos y productos sanitarios. ....	57
8.2.1. Medicamentos y productos sanitarios. ....	57
8.2.2. Requisitos para la publicidad de medicamentos y productos sanitarios. ....	58
8.2.3. Acciones ejercitables por el Ministerio Fiscal por publicidad ilícita de medicamentos y/o productos sanitarios. ....	59
9. Conclusión. ....	59
5. TUTELA CAUTELAR DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. ....	60
<b>JUAN AGUIRRE SEOANE</b>	
1. Planteamiento general. ....	60
2. Requisitos de las medidas cautelares. ....	61
2.1. Apariencia de buen derecho. ....	61
2.2. Peligro por la mora procesal. ....	61
2.3. Variación sobrevenida de los requisitos. ....	62
3. Solicitud. ....	62
4. Caución. ....	64
5. Prueba. ....	64
6. Elenco de medidas. ....	65
6.1. Sistema abierto. ....	65
6.2. Prohibiciones cautelares. ....	66
6.3. Publicidad. Eficacia <i>ultra partes</i> de la sentencia. ....	66

6.4. Anotaciones preventivas. ....	68
6.5. Otras medidas. ....	69
7. Medidas anticipatorias. ....	69
8. Vigencia de las medidas. ....	72
8.1. Sentencia no firme. ....	72
8.1.1. Sentencia no firme absoluta. ....	72
8.1.2. Sentencia no firme parcialmente estimatoria. ....	72
8.1.3. Sentencia no firme condenatoria. ....	72
8.2 Sentencia firme. ....	73
9. Ejecución. ....	73
6. EL HIPOTECANTE NO DEUDOR Y EL CONSUMIDOR EN MATERIA DE ENERGÍA ELÉCTRICA COMO CONSUMIDORES VULNERABLES. ....	76
<b>M<sup>a</sup> DOLORES HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA</b>	
1. Introducción: una aproximación al concepto del consumidor vulnerable. ....	76
2. Consumidor medio y consumidor vulnerable: referencia a la STS 608/2017 de 15 de noviembre. ....	77
3. El hipotecante no deudor como consumidor vulnerable: especial referencia a la sstc 75/2017 de 19 de junio. ....	85
4. El consumidor en materia de energía eléctrica: examen del concepto dado por el rd 897/2017 de 6 de octubre sobre el consumidor vulnerable. ....	93
7. EL MINISTERIO FISCAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES. EL TRABAJO DE FISCALES Y REGISTRADORES POR UN MERCADO INTERIOR EFICIENTE POR EQUILIBRADO. . .	102
<b>CARLOS BALLUGERA GÓMEZ</b>	
1. Ajuste fino del mercado. ....	102
1.1. Los protagonistas jurídicos de la contratación masiva: el ministerio fiscal. ....	102
1.2. La desigualdad según Luxemburgo. ....	103
1.3. Justificación de la intervención de oficio. ....	104
1.4. Las particularidades de la contratación masiva: necesario enfoque desde la ineficacia parcial. ....	105
1.5. Las diferencias entre el contrato por negociación y contrato por adhesión. ....	105
1.6. Compendio de las diferencias entre el contrato por negociación y el contrato por adhesión. ....	107
2. El nuevo ministerio fiscal de consumo. ....	109
2.1. La legitimación del ministerio fiscal. ....	109
2.2. Una vuelta al art. 11.5 Lec. ....	110
2.3. Una lista de preceptos legitimadores de la actuación del ministerio fiscal. ....	110
2.4. Dos circulares importantes. ....	112
3. El registrador de la propiedad ante la contratación masiva. ....	113
3.1. Doctrina actual de la calificación registral. ....	114
3.1.1. Cláusulas no negociadas individualmente que puede denegar el registrador. ....	114
4. Un ejemplo de las posibilidades de acción del Ministerio Fiscal. ....	118
5. Conclusiones. ....	120
6. Bibliografía. ....	120
6.1. La legitimación del ministerio fiscal. ....	120
6.2. Calificación por registradores de cláusulas abusivas. ....	122

---

8. PROTECCIÓN PENAL DEL CONSUMIDOR .....	124
<b>JAVIER MUÑOZ CUESTA</b>	
1. Introducción .....	124
2. Delitos destinados a proteger al consumidor .....	126
2.1. Aspectos generales .....	126
2.2. Manipulación de oferta de materias primas o productos de primera necesidad. . . .	127
2.3. Publicidad engañosa .....	130
2.3.1. Elementos que conforman el delito .....	131
2.3.2. Concurso con otros delitos .....	133
2.4. Fraude de inversores .....	134
2.4.1. Tipo básico .....	134
2.4.2. Causación de un perjuicio económico .....	136
2.4.3. Concursos de delitos .....	137
2.5. Facturación de cantidades superiores .....	138
3. Disposiciones comunes .....	140
Bibliografía .....	141

# Presentación

Autor: José María Paz Rubio

Fiscal de Sala de lo Civil de la Fiscalía del Tribunal Supremo

Me cumple el honor de presentar el número 4 de la Revista del Ministerio Fiscal, que ve puntualmente la luz, consolidando la periodicidad y los objetivos con que se impulsó esta segunda etapa. He de comenzar agradeciendo al Consejo Editorial de la Revista la confianza que depositó en mí, al encargarme la dirección de este número. Bajo estas premisas presentamos el nuevo número de la Revista del Ministerio Fiscal que está dedicado a la Protección Jurídica de los Consumidores y Usuarios.

La revista será muy importante de cara a exponer la labor y los retos que el Ministerio Fiscal tiene en esta área de protección de los consumidores y en ella colaboran magníficos Fiscales, y otros muy cualificados profesionales del Derecho.

Carlos Eloy Ferreirós Marcos, Fiscal de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, con el trabajo: *El papel del Ministerio Fiscal en la protección jurídica de los consumidores y usuarios*:

La intervención del Ministerio Público en la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios ha experimentado una gran evolución en los últimos años. Los efectos de la crisis económico-financiera y el incremento del número de asuntos en los Juzgados obligan a una reflexión sobre nuestra misión en dicha área. Un mínimo estudio exige abordar las razones que sustentan tales actuaciones.

*En nuestra tradición jurídica, desde los orígenes de la codificación, la intervención del Fiscal en la protección de personas pertenecientes a colectivos vulnerables ha sido la regla. Así, por ejemplo, en el marco de la jurisdicción voluntaria, tras la reorganización llevada a cabo en nuestra institución en la primera mitad del siglo XIX, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, recogió, dentro de las disposiciones generales de la jurisdicción voluntaria, el artículo 1.208, apartado 5º, que contenía una cláusula general relativa a la intervención del Fiscal: «Los actos de jurisdicción voluntaria, de que no hace especial mención esta Ley, se acomodarán a las reglas siguientes: (...) 5ª Se oirá precisamente al Promotor Fiscal: 1º. Cuando la solicitud promovida afecte los intereses públicos: 2.º cuando se refiera á persona ó cosa, cuya protección o defensa competan á las autoridades constituidas» [sic]. Los comentaristas de la época indicaban que las personas a las que se refería el precepto eran «personas y bienes de menores, incapacitados, ausentes con ignorado paradero, el Estado, los establecimientos de beneficencia, Ayuntamientos, etc.» entendiendo que «siempre que la solicitud pueda afectar o perjudicar a estas personas y corporaciones» debe ser oído el «Promotor fiscal», aun en el caso de que la solicitud haya sido deducida a nombre de ellas y en su beneficio y con mayor razón cuando pueda resultarles perjuicio. El Tribunal Supremo entendió (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 30 de octubre de 1856, dictada en recurso de casación) que, en estos casos, «el Promotor fiscal no interviene como parte, sino como protector de dichas personas y corporaciones». Tenemos que tener en cuenta que dicha norma es anterior a la delimitación de funciones que supuso la creación de la Dirección General de lo Contencioso y el Cuerpo de Abogados del Estado. Disposiciones similares se encontrarían más tarde en los arts. 1.815 y 2.111 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y son fundamento del actual art. 4 LJV 15/2015.*

*Junto con las referencias en las leyes procesales, las normas de carácter orgánico (Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 1870, Estatuto del Ministerio Fiscal de 1926 y los sucesivos reglamentos orgánicos) también reflejaron, de forma sucesiva, tales facultades. Hoy día dichas referencias pueden encontrarse en el art. 3 del actual Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre, en adelante EOMF).*

## 2.2. El consumidor como colectivo vulnerable

«Consumidores, por definición, nos incluye a todos». Estas palabras del presidente Kennedy suelen citarse de forma habitual como precedente de la política de protección al consumidor desarrollada en décadas posteriores. En el marco de los derechos humanos, suelen citarse los trabajos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (Resolución nº 543 [1973], de 17 de mayo) que elaboró la Carta de Protección al Consumidor, fijando cinco derechos (protección y asistencia, reparación del daño, información, educación, representación y consulta), constituyéndose en modelo para los países de la entonces Comunidad Económica Europea, y la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas nº 39/248, de 9 de abril de 1985, sobre directrices de protección al consumidor.

La protección del consumidor se funda en el desequilibrio existente en las posiciones en la contratación de bienes y servicios. El modelo de intercambio evolucionó desde una relación interpersonal (consumidor/comerciante) a un modelo de contratación en masa. La producción en serie destinada a grandes sectores de población, la aparición de grandes empresas, modelos de contratación con clausulados generales, técnicas de venta agresiva, el acceso al crédito y otros factores han dado lugar a que los principios que estructuraron la contratación en el código civil decimonónico resulten hoy insuficientes. El consumidor, generalmente, carece de la capacidad económica, del conocimiento y del poder de negociación para configurar la relación de consumo, encontrándose en seria desventaja.

Se parte de un principio general de protección al consumidor que se desarrolla en una pluralidad de normas heterogéneas, tanto de Derecho público como privado, y en las propias normas constitucionales, de las que son ejemplo el art. 51 CE y, en el marco de la Unión Europea, los arts. 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el art. 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Al mismo tiempo, la emergencia de fraudes y abusos de todo tipo (alimentarios, en la seguridad de los productos, en las condiciones económicas...) han obligado a las autoridades a prestar una particular atención.

Surge así una nueva categoría de personas que el Estado debe proteger. Sin embargo, no resulta sencillo concretar las circunstancias que configuran esa vulnerabilidad, tanto desde un punto de vista subjetivo (diferencias en cuanto a las características personales) como desde un punto de vista objetivo (definición del propio concepto de vulnerabilidad). Lo anterior se proyecta en el ámbito normativo dado que, si las leyes se estructuran alrededor de un concepto de consumidor alejado de la situación real de los ciudadanos, puede dar lugar a situaciones de desprotección. La evolución de la política de protección de la Unión Europea es buena muestra de ello. No es lo mismo legislar en función de las características del «consumidor medio» que atendiendo a las peculiaridades de consumidores que se encuentran en situación de particular desventaja.

Fernando Santos Urbaneja, Fiscal Fiscalía Provincial de Córdoba, con el trabajo: «La ejecución de las acciones colectivas-masa. Comentario al auto de la Sección Primera de la Audiencia provincial de Córdoba de 22 de diciembre de 2014. Asunto gas natural Andalucía»:

*Respecto de las «acciones colectivas-masa», esto es, aquellas que se ejercitan en interés de decenas o cientos de miles de afectados (telefonía, productos bancarios, energía, etc...), la Ley de Enjuiciamiento Civil regula una legitimación para ejercerlas (art. 11) o para intervenir en los procesos derivados de su ejercicio (art. 15), así como el procedimiento para su enjuiciamiento, pero nada más.*

*Incluso, cuando una vez finalizada la fase declarativa hay que encarar la ejecución de la sentencia condenatoria, la Ley de Enjuiciamiento Civil reconduce la misma dejándola a la iniciativa particular.*

*Carece de sentido que a una acción colectiva no le siga una «ejecución colectiva».*

*Se precisa de modo urgente una iniciativa legislativa que aborde esta cuestión.*

Mientras tanto y, en cierto modo adelantando la reforma, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba en Auto de fecha 22 de Diciembre de 2014 (Pte. Sr. Vela Torres) recaído en el asunto «Gas Natural Andalucía» ha establecido una doctrina y criterios que merecen ser comentados y tenidos en cuenta los cuales son objeto de explicación y examen en este trabajo.

Manuel Campoy Miñarro, Fiscal de la Fiscalía Provincial de Valencia. Coordinador Sección Social, Contencioso Administrativo y Mercantil, con el trabajo *Ministerio Fiscal y protección de la salud de los consumidores. Sanidad*:

*Se trata de apuntar y exponer la naturaleza transversal del régimen jurídico de consumidores y usuarios, en el ámbito de la protección de la salud.*

*Se apunta la legitimación del Ministerio Fiscal para defender los derechos de los consumidores y usuarios, no solo ante los operadores privados en el marco de relaciones jurídico privadas (consumidores-empresas), sino también en las relaciones jurídico públicas, frente a las Administraciones Públicas, pudiendo utilizar tanto la vía de la jurisdicción civil, como la vía administrativa y contencioso administrativa, además de la penal.*

*Se exponen sin ánimo exhaustivo, parte de las materias afectantes a la salud de los consumidores y usuarios, sobre los que el Ministerio Fiscal puede y debe promover la acción de la justicia: sanidad privada, profesiones sanitarias, publicidad sanitaria, medicamentos y productos sanitarios.*

Juan Aguirre Seoane, Fiscal de la Fiscalía Provincial de A Coruña, con el trabajo: «Tutela Cautelar de los consumidores y usuarios»:

En ocasiones es imprescindible adoptar medidas cautelares para alcanzar una protección eficaz de los derechos de los consumidores y usuarios. Ante conductas claramente lesivas, la tutela judicial perdería gran parte de su efectividad si se retrasara al momento en que se dicte la sentencia. A continuación, analizaremos aquellos aspectos de las medidas cautelares que se estiman más relevantes en los procesos que tienen por objeto la protección de los consumidores y usuarios. Dedicaremos especial atención a las medidas anticipatorias y a los aspectos procesales que pueden condicionar el resultado de la pretensión cautelar, como son las particularidades relativas a la solicitud, la prueba y la ejecución.

M<sup>a</sup> Dolores Hernández Díaz-Ambrona, Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, con el trabajo: *El hipotecante no deudor y el consumidor en materia de energía eléctrica como consumidores vulnerables*:

*Constituye una ardua tarea elaborar un conjunto de normas jurídicas que aborden la vulnerabilidad del consumidor y en concreto, parece difícil dar un concepto de lo que debe entenderse por consumidor vulnerable debido a la fluidez del mismo.*

*Son los tribunales, los que en ocasiones, y en aplicación del principio pro consumatore, se refieren al consumidor vulnerable, para diferenciarlo del consumidor de tipo medio y del consumidor cualificado. Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 225 / 2017 de 26 de mayo, a propósito de un préstamo multidivisa garantizado con hipoteca, del que se solicitaba la declaración de abusividad de alguna de sus cláusulas por parte de los prestatarios, habla por una parte del consumidor vulnerable, para referirse a aquel que se encuentra en una situación tan vulnerable como es la que se produce en el momento de la solicitud de financiación para la compra de la vivienda habitual, lo que hace que sea precisa una intervención del legislador para remediarla.*

*La vulnerabilidad por otra parte, va siempre unida a diversidad y complejidad dadas todas las situaciones que se pueden presentar y en las que se puede hallar el consumidor. Vulnerabilidad no implica sólo que el consumidor que contrata se encuentre sujeto a un régimen legal de protección, sino que existe una vulnerabilidad sectorial, teniendo en cuenta la educación, la situación social y financiera, el acceso a internet, etc., lo que hace que sea difícil abordar el tema de la vulnerabilidad del consumidor de un modo unitario, puesto que hay que tener en cuenta sus distintas necesidades, capacidades y circunstancias.*

*No obstante aun reconociendo esta dificultad, sería deseable que en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios se diera un concepto de lo que debe entender por consumidor vulnerable, lo mismo que por la Ley 15 / 2014 de 27 de marzo se modificó el concepto de consumidor para ampliarlo e incluir a las personas jurídicas y a las entidades sin personalidad jurídica que actúan sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, que se tenga en cuenta al consumidor vulnerable, y que no basta con que se limite a mencionarlo en la Exposición de Motivos, como sucedió en esta última Ley, que se limita a señalar que el consumidor puede verse influido por el factor sorpresa y verse sometido a presión psicológica.*

El consumidor vulnerable se merece algo más que una simple mención en una Exposición de Motivos.

Carlos Ballugera Gómez, Registrador de la Propiedad, con el trabajo: *El trabajo de fiscales y registradores por un mercado interior eficiente por equilibrado*:

*La intervención de las autoridades públicas en pro del equilibrio en la contratación masiva es un postulado del Derecho europeo y español, consagrado en el vértice del ordenamiento jurídico y que lo penetra hasta sus expresiones más pequeñas.*

*Sin embargo, la lucha por un mercado interior eficiente ni está acabada ni es fácil. El trabajo que enfrentan las autoridades para establecer una paridad de poder contractual y de información de las partes, tiene delante la enorme dificultad de la desigualdad de fuerzas de los actores del mercado.*

*Por un lado, la gran empresa, acuciada por la obtención del lucro, enfrascada en la planificación al menor coste de la producción y distribución masivas tiende a eliminar y elimina de la negociación del contrato a sus clientes, personas consumidoras y pequeñas empresas y trabajadores autónomos.*

*Son ellos los que conforman la otra parte del contrato, reducidos a meros comparsas en la formulación del contenido y que se limitan a adherirse a las propuestas de la empresa o profesional y que sufren las llamadas cláusulas vejatorias o abusivas.*

*No negamos que la contratación masiva ofrece a la sociedad grandes ventajas, pero estamos convencidos que esas ventajas han de distribuirse equitativamente y que la justicia y el equilibrio en los tratos son el mejor combustible para la eficiencia y desarrollo del mercado. Las personas consumidoras, los clientes, seguimos aspirando a ser los reyes del mercado, no sus súbditos.*

*Para que esa tarea no se quede en un pío deseo, las personas consumidoras necesitamos la ayuda del Estado, del Estado social y democrático de Derecho, para que cree unas condiciones seguras y efectivas para un mercado equitativo y si equitativo, también eficiente.*

Fiscales, notarios y registradores son instrumentos importantes de ese Estado para llevar adelante esa tarea. En las próximas líneas pintaré el telón de fondo de la contratación masiva, sus diferencias con la contratación por negociación, y sobre ese fondo la silueta que proyectan el Ministerio Fiscal y también los registradores, cuyas funciones, aunque distintas corren paralelas en la defensa de la legalidad en la contratación entre particulares.

Javier Muñoz Cuesta, Fiscal de la Sección de lo Civil de la Fiscalía del Tribunal Supremo, con el trabajo: *La protección penal del consumidor*

*La protección del consumidor se refleja en el art. 51.1 CE al establecer que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, pudiendo serlo desde el punto de vista civil, administrativo o penal, en este caso cuando supone una conducta intolerable para la normal convivencia y las relaciones del consumidor con el prestador de los servicios, teniendo la condición de consumidores las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.*

*Hoy, el usuario de servicios de telefonía móvil o de internet, que es llamado reiteradamente de tal manera insistente y en horarios que pudiéramos denominar no habituales, que llegan a alterar la vida cotidiana de esos destinatarios, motiva una conducta cercana al delito de acoso del art. 172 ter CP, introducido por LO 1/2015.*

*Los delitos netamente dirigidos a proteger a los consumidores dentro de la rúbrica que los tipifica en el CP, son los previstos en los arts. 281, 282, 282 bis y 283, en los que el sujeto pasivo es el consumidor fundamentalmente y en alguno de ellos el usuario de servicios, teniendo como características comunes que se protegen esencialmente sus intereses económicos, son delitos dolosos, es necesaria denuncia previa del agraviado y generan responsabilidad penal a la persona jurídica si se perpetran en su seno y en las condiciones exigibles en el art. 31 bis 1 CP.*

*El delito de manipulación de oferta de materias primas o productos de primera necesidad, art. 281CP, perjudicará necesariamente a los consumidores porque llevará inherente un alza en los precios de los productos que deban adquirir éstos, constituyendo las primeras los bienes esenciales*

*o básicos utilizados en todo tipo de industria y los segundos se pueden concretar en todo lo que se halla alrededor de sanidad, alimentación, educación o vestido.*

*La publicidad engañosa prevista en el art. 282 CP consiste exponerse al ciudadano o consumidor, unas expectativas en los productos o servicios que se ofrecen, que no se corresponden con la realidad, no siendo objeto de protección la salud, la seguridad, ni el patrimonio del consumidor, estos bienes jurídicos, caso de verse afectados, serán tutelados por los delitos contra la salud pública o por las defraudaciones.*

*El fraude de inversores del art. 282 bis CP persigue la transparencia y fiabilidad de los mercados financieros, en cuanto a la concordancia que debe existir entre la información que deben tener los destinatarios del mercado y su realidad y por otro lado se establece una protección del consumidor o adquirente de los productos financieros en lo que se refiere a su patrimonio.*

*Finalmente la facturación de cantidades superiores prevista en el art. 283 CP, es genuinamente de protección de los consumidores por el que se pretende que no se manipulen aparatos automáticos que puedan defraudar a aquéllos, facturando precios más elevados a los debidos y pueden producirse en servicios de gas, agua, telefonía, luz o en taxi y crean una situación de indefensión del consumidor con un más que probable perjuicio económico*

Tengo que decir que el resultado de la revista es una visión real de los retos que tiene que afrontar el Ministerio Fiscal en la protección de los Consumidores y Usuarios, que su nivel técnico es de una magnífica calidad, y que para mí ha sido un honor colaborar en la Dirección de este número de la Revista que me ha enriquecido personal y jurídicamente, y que será muy útil para los miembros del Ministerio Fiscal.

# El papel del Ministerio Fiscal en la protección jurídica de los consumidores y usuarios

Autor: Carlos-Eloy Ferreirós Marcos  
Fiscal de la Secretaría Técnica

## Resumen

*La intervención del Ministerio Público en la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios ha experimentado una gran evolución en los últimos años. Los efectos de la crisis económico-financiera y el incremento del número de asuntos en los Juzgados obligan a una reflexión sobre nuestra misión en dicha área. Un mínimo estudio exige abordar las razones que sustentan tales actuaciones.*

## 1. Introducción

La disposición adicional segunda de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, *por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*, incluyó un nuevo apartado 5 en el art. 11 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil* (en adelante LEC) con el siguiente tenor: «El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios».

El anterior precepto culmina una serie de disposiciones que arrancan de la reforma de la LEC motivada por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, *de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios*. Dicha modificación introdujo, en su art. 11.4, la legitimación activa del Ministerio Fiscal –entre otros organismos e instituciones– para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, previsión que también incorporó a distintas leyes sectoriales.

La ampliación de nuestras funciones fue reclamada por el propio Consejo Fiscal en su informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo<sup>1</sup> y por algunos autores<sup>2</sup>. Esta orientación puede resultar sorprendente si tenemos en cuenta algunas críticas que señalan que la idoneidad de nuestra institución para dicho cometido precisaría de la garantía de «su independencia del resto de poderes públicos, junto con su especialización y suficiencia económica y de personal»<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> CONSEJO FISCAL. *Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo*. Madrid, 3 de mayo de 2010, página 21: «Resulta difícil de justificar que la legitimación del Ministerio Fiscal esté limitada, conforme prevé el artículo 11.4 de la LEC, al ejercicio de la acción de cesación, siendo por lo demás indiscutible que el interés público puede verse comprometido en el marco de cualesquiera otras acciones colectivas, sin que la iniciativa del Fiscal en su defensa pueda aparecer condicionada a que una asociación de consumidores tome la iniciativa ejercitando la acción en los supuestos, por ejemplo, a que se refiere el artículo 11.3 del mismo texto legal. Es por ello, que, sin perjuicio de mantener la legitimación de las asociaciones en los términos ya previstos, en cuanto a la del Ministerio Fiscal se refiere, debería modificarse el artículo 11 de la LEC, incluyendo un ordinal con el siguiente tenor: «El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios».

<sup>2</sup> Así, por ejemplo, con anterioridad a la reforma, Planchadell Gargallo expresaba: «El Ministerio Fiscal, como defensor de los intereses generales, podría tener en este tipo de procesos una intervención mayor de la que tiene si se entendiera que en estos procesos el principio dispositivo, como ocurre en los procesos especiales, debe matizarse o atenuarse, considerándose que los intereses de los consumidores y usuarios suponen, en realidad, una categoría intermedia entre los intereses privados y públicos, lo que justificaría una actuación e intervención directa del Ministerio Fiscal en estos procesos». (PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. *Las «acciones colectivas» en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*. Ed. tirant lo blanch. Valencia, 2014, pág. 165).

<sup>3</sup> COROMINAS BACH, Sergi. *La legitimación activa en las acciones colectivas*. Tesis doctoral. Universitat de Girona, 2015, págs. 292 y 293.

No están, desde luego, carentes de razón las voces que señalan la precaria situación actual del Ministerio Fiscal. La carga de trabajo se ha incrementado considerablemente con reformas como la derivada de la nueva concepción de los plazos en la fase de instrucción, consecuencia de la modificación del art. 324 de la LECrim (Ley 41/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales*), o la multiplicación de las comparecencias motivada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*. Por otro lado, la deficiente gestión de los medios tecnológicos ha dado lugar a que, en muchas ocasiones, se vea ralentizado el trabajo, motivando las quejas de todos los profesionales que desarrollan su labor en el ámbito de los Juzgados y Tribunales<sup>4</sup>.

Un apunte más lo constituiría el hecho de que el legislador, con cierta frecuencia, introduce la figura del Fiscal como si fuera una especie de «manto protector» destinado a salvar la posible insuficiencia de las normas, sin especificar su concreto papel. Un ejemplo reciente de ello lo constituyó la comunicación al Ministerio Fiscal de las autorizaciones de los ensayos clínicos con medicamentos establecida en el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero. La carencia de eficacia práctica de dicha intervención, máxime cuando ya existía un aparato administrativo que efectuaba (y realiza en la actualidad) un control riguroso, ha sido puesta de manifiesto por el nuevo Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, *por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos*, que deroga el anterior y suprime la intervención del Ministerio Público<sup>5</sup>. En la práctica, resultaría difícil encontrar a un miembro de la Carrera que pueda conocer la totalidad de las funciones que las normas atribuyen a nuestra institución, fuera del marco, naturalmente, de la propia especialidad.

Incluso para los propios ciudadanos, acostumbrados al papel del Fiscal como acusación pública, resultan extrañas las funciones del Fiscal en este campo del consumo que parece, inicialmente, ajeno a sus tareas tradicionales.

La nueva norma no diferencia entre la acción individual y la acción colectiva, siendo posible la intervención del Ministerio Público en ambos casos. Diferenciaremos ambas al objeto de determinar el concreto papel de nuestra institución.

## 2. La acción individual

### 2.1. La protección de personas pertenecientes a grupos vulnerables

La acción individual constituye la fórmula tradicional de dirimir las controversias en los ordenamientos procesales. Una breve referencia al derecho comparado nos permitirá la comprensión de nuestro papel en esta área en que se ventilan intereses propiamente privados.

En el contexto internacional, la intervención del Ministerio Público fuera del marco del proceso penal no constituye una regla. Dicha atribución depende de la tradición procesal y de la específica configuración de los servicios jurídicos del Estado de cada país. Ello no implica la ausencia de instituciones de carácter público que desempeñen las actividades de protección jurídica que, en España, se atribuyen al Fiscal.

En el marco europeo, la Recomendación Rec (2012) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, *sobre el papel del Ministerio Fiscal fuera del sistema de Justicia Penal*<sup>6</sup>, aunque subraya que las materias concretas entran dentro del margen de competencia de cada Estado, sí indica algunos supuestos que revisten cierta frecuencia, como lo son la defensa de colectivos vulnerables, los asuntos de familia y la protección de los derechos fundamentales. En cualquier caso, señala la recomendación, dicho marco debe estar establecido por ley, con competencias bien definidas y dotado de los medios materiales y personales necesarios.

<sup>4</sup> En este sentido, véanse los comunicados sobre la Justicia digital emitidos por la Asociación de Fiscales (AF), Unión Progresista de Fiscales (UPF) y Asociación Profesional Independiente de Fiscales (APIF) fechados el día 10 de julio de 2017.

<sup>5</sup> Véase, en este sentido, el Dictamen 2/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Menores, *sobre la incidencia de la reforma legislativa operada por el RD 1090/2015, de 4 de diciembre, relativa a la intervención del Ministerio Fiscal en materia de ensayos clínicos e investigación biomédica*.

<sup>6</sup> Recommendation CM/Rec (2012)11 of the Committee of Ministers to member States on the role of public prosecutors outside the criminal justice system (Adopted by the Committee of Ministers on 19 September 2012 at the 1151st meeting of the Ministers' Deputies).

En nuestra tradición jurídica, desde los orígenes de la codificación, la intervención del Fiscal en la protección de personas pertenecientes a colectivos vulnerables ha sido la regla. Así, por ejemplo, en el marco de la jurisdicción voluntaria, tras la reorganización llevada a cabo en nuestra institución en la primera mitad del siglo XIX, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, recogió, dentro de las disposiciones generales de la jurisdicción voluntaria, el artículo 1.208, apartado 5º, que contenía una cláusula general relativa a la intervención del Fiscal: «*Los actos de jurisdicción voluntaria, de que no hace especial mención esta Ley, se acomodarán á las reglas siguientes: (...) 5ª Se oirá precisamente al Promotor Fiscal: 1º. Cuando la solicitud promovida afecte los intereses públicos: 2.º cuando se refiera a persona o cosa, cuya protección ó defensa competan á las autoridades constituidas*» [sic]<sup>7</sup>. Los comentaristas de la época indicaban que las personas a las que se refería el precepto eran «personas y bienes de menores, incapacitados, ausentes con ignorado paradero, el Estado, los establecimientos de beneficencia, Ayuntamientos, etc» entendiéndose que «siempre que la solicitud pueda afectar o perjudicar a estas personas y corporaciones» debe ser oído el «Promotor fiscal», aun en el caso de que la solicitud haya sido deducida a nombre de ellas y en su beneficio y con mayor razón cuando pueda resultarles perjuicio. El Tribunal Supremo entendió (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 30 de octubre de 1856, dictada en recurso de casación) que, en estos casos, «el Promotor fiscal no interviene como parte, sino como protector de dichas personas y corporaciones»<sup>8</sup>. Tenemos que tener en cuenta que dicha norma es anterior a la delimitación de funciones que supuso la creación de la Dirección General de lo Contencioso y el Cuerpo de Abogados del Estado<sup>9</sup>. Disposiciones similares se encontrarían más tarde en los arts. 1.815 y 2.111 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y son fundamento del actual art. 4 LJV 15/2015.

Junto con las referencias en las leyes procesales, las normas de carácter orgánico (*Ley provisional sobre organización del Poder Judicial* de 1870, *Estatuto del Ministerio Fiscal* de 1926 y los sucesivos reglamentos orgánicos) también reflejaron, de forma sucesiva, tales facultades. Hoy día dichas referencias pueden encontrarse en el art. 3 del actual *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (Ley 50/1981, de 30 de diciembre, en adelante EOMF).

Este tipo de normas tienen precedentes muy antiguos. Pueden encontrarse, por ejemplo, referencias a la protección de grupos vulnerables por el poder público en el denominado «Código de la Alianza» del Antiguo Testamento, en concreto a las viudas y huérfanos<sup>10</sup>. Del mismo modo, las funciones del monarca medieval como protector de sus súbditos tienen su reflejo en el nombramiento, por Fernando IV de Castilla en las Cortes de Valladolid de 1312, de un Procurador Fiscal que demandara y razonara y defendiera por el Rey sus pleitos é los de las viudas pobres, é de los *huerfanos pobres, é comunalmente de todos los otros pobres que ovieren pleyto en la mi córte* [sic]<sup>11</sup> <sup>12</sup>. Otro ejemplo puede observarse en la protección y defensa de los indios que tomó a cargo el Ministerio Público en la América hispana<sup>13</sup>.

La tarea de protección de colectivos vulnerables no se agota, naturalmente, en la protección jurídica ni esta es asumida únicamente por el Ministerio Fiscal. Las actuales normas anti-discriminación, por ejemplo, engloban una gran variedad de medidas dirigidas a tal efecto<sup>14</sup>.

<sup>7</sup> He manejado la edición oficial de 1855.

<sup>8</sup> MANRESA Y NAVARRO, José-María/REUS Y GARCÍA, José. *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*. Tomo V. Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, 1868 (págs. 21 y 22).

<sup>9</sup> Real Decreto de 10 de marzo de 1881 (Gaceta de Madrid, nº 70 de 11 de marzo de 1881).

<sup>10</sup> «No maltratarás a la viuda ni al huérfano. Si maltratas, él clamará a mí y yo escucharé su clamor; mi ira se encenderá y os mataré a filo de espada; vuestras mujeres serán viudas y huérfanos vuestros hijos» (Éxodo, 22,22-23).

<sup>11</sup> Colección de Cortes de los Reinos de León y de Castilla. Cortes de Valladolid celebradas en la era 1350 (año 1312) por Fernando IV. Imprenta de la viuda de Calero. Madrid, 1845.

<sup>12</sup> La institución del abogado de pobres, también de origen medieval (probable antecedente del actual sistema de asistencia jurídica gratuita), que se extenderá en Francia, Italia y España en el siglo XV y cuya razón de ser tiene sus orígenes en la inferioridad del pobre ante los tribunales, que constituía fuente de escándalos cotidianos y de justas protestas, constituye otra muestra de la intervención del poder público en defensa de los colectivos desfavorecidos. (MOLLAT, Michel. *Les pauvres au Moyen Age: étude sociale*. Ed. Hachette. 1976, pág. 176).

<sup>13</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. «El Fiscal en los inicios del constitucionalismo español». *Revista de derecho político*, ISSN 0210-7562, nº 83, 2012 (Ejemplar dedicado a: La Constitución Española de 1812 [2]), págs. 335-358.

<sup>14</sup> Como muestra, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la *Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, recoge un amplio abanico de medidas contra la discriminación (art. 66), medidas de acción positiva (art. 68), medidas de fomento y defensa (arts. 69 y ss), medidas sancionadoras (arts. 78 y ss)...

## 2.2. El consumidor como colectivo vulnerable

«Consumidores, por definición, nos incluye a todos». Estas palabras del presidente Kennedy<sup>15</sup> suelen citarse de forma habitual como precedente de la política de protección al consumidor desarrollada en décadas posteriores. En el marco de los derechos humanos, suelen citarse los trabajos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (Resolución nº 543 [1973], de 17 de mayo) que elaboró la *Carta de Protección al Consumidor*<sup>16</sup>, fijando cinco derechos (protección y asistencia, reparación del daño, información, educación, representación y consulta), constituyéndose en modelo para los países de la entonces Comunidad Económica Europea<sup>17</sup>, y la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas nº 39/248, de 9 de abril de 1985, *sobre directrices de protección al consumidor*.

La protección del consumidor se funda en el desequilibrio existente en las posiciones en la contratación de bienes y servicios. El modelo de intercambio evolucionó desde una relación interpersonal (consumidor/comerciante) a un modelo de contratación en masa. La producción en serie destinada a grandes sectores de población, la aparición de grandes empresas, modelos de contratación con clausulados generales, técnicas de venta agresiva, el acceso al crédito y otros factores han dado lugar a que los principios que estructuraron la contratación en el código civil decimonónico resulten hoy insuficientes. El consumidor, generalmente, carece de la capacidad económica, del conocimiento y del poder de negociación para configurar la relación de consumo, encontrándose en seria desventaja.

Se parte de un principio general de protección al consumidor que se desarrolla en una pluralidad de normas heterogéneas, tanto de Derecho público como privado, y en las propias normas constitucionales, de las que son ejemplo el art. 51 CE y, en el marco de la Unión Europea, los arts. 38 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*<sup>18</sup> y el art. 169 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*<sup>19</sup>. Al mismo tiempo, la emergencia de fraudes y abusos de todo tipo (alimentarios, en la seguridad de los productos, en las condiciones económicas...) han obligado a las autoridades a prestar una particular atención.

Surge así una nueva categoría de personas que el Estado debe proteger. Sin embargo, no resulta sencillo concretar las circunstancias que configuran esa vulnerabilidad, tanto desde un punto de vista subjetivo (diferencias en cuanto a las características personales) como desde un punto de vista objetivo (definición del propio concepto de vulnerabilidad). Lo anterior se proyecta en el ámbito normativo dado que, si las leyes se estructuran alrededor de un concepto de consumidor alejado de la situación real de los ciudadanos, puede dar lugar a situaciones de desprotección<sup>20</sup>. La evolución de la política de protección de la Unión Europea es buena muestra de ello. No es

<sup>15</sup> «Consumers, by definition, include us all». J. F. Kennedy. *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*, March 15, 1962 (Disponible en Internet: <https://www.jfklibrary.org/Asset-Viewer/Archives/JFKPOF-037-028.aspx>).

<sup>16</sup> Sobre la labor inicial del Consejo de Europa, puede consultarse: BRETAL VÁZQUEZ, José-Manuel. «La actividad del Consejo de Europa en el ámbito de la protección del consumidor». *Revista de Administración Pública*. Nº 90, 1979, págs. 327-352.

<sup>17</sup> Sobre los orígenes y evolución de la normativa comunitaria, ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. «La base jurídico constitucional de la protección de los consumidores en la Unión Europea». *Revista de Derecho Político*, nº 70, 2007, págs. 225-254 y LASARTE, Carlos. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 8ª edición. Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2016.

<sup>18</sup> Artículo 38. Protección de los consumidores. En las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores.

<sup>19</sup> *Artículo 169 [antiguo artículo 153 TCE]* 1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.

2. La Unión contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante: a) medidas que adopte en virtud del artículo 114 en el marco de la realización del mercado interior; b) medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.

3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 2.

4. Las medidas que se adopten en virtud del apartado 3 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados. Se notificarán a la Comisión.

<sup>20</sup> Sobre este particular, ampliamente, HUALDE MANSO, Teresa. *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de Consumo europeo*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016. La autora señala (pág. 120): «La comprobación de que hay una falta de capacitación en los consumidores y un incorrecto funcionamiento de los mecanismos de reequilibrio contractual y de fortalecimiento –más intensa en determinados sectores de actividad– hace que en los análisis más recientes encomendados por la Comisión Europea tengan una influencia decisiva los métodos y la filosofía de las ciencias del comportamiento al entender que, ciertamente, el origen de la ineficacia puede encontrarse en la imagen o modelo de consumidor sobre la que se ha construido el Derecho de Consumo europeo. / No hay duda de que existe una falta de sintonía con la idea central inspiradora de toda la legislación en materia de consumo hasta el momento: la del consumidor informado y razonable. Poco a poco se va diluyendo esa imagen y comienza a fraguarse la idea de que se ha legislado a espaldas del ciudadano real».

lo mismo legislar en función de las características del «consumidor medio» que atendiendo a las peculiaridades de consumidores que se encuentran en situación de particular desventaja.

Se abre así una nueva noción que la propia normativa recoge bajo diferentes expresiones («colectivos de consumidores especialmente protegibles», «colectivos de especial protección», «colectivos especialmente protegidos», «colectivos especiales», etc.)<sup>21</sup>, siendo la de «consumidor vulnerable» la que está prevaleciendo tanto en los textos legales como en la propia doctrina científica. La denominación, sin embargo, es imprecisa. Todos los consumidores son vulnerables –la protección del colectivo se fundó, precisamente, en esa noción de desequilibrio e indefensión–, lo que hace que un grupo presente situaciones de desventaja aún mayor son circunstancias particulares o especiales.

Una segunda cuestión es que el denominado «consumidor vulnerable» está formado por un «grupo heterogéneo»<sup>22</sup>, es decir, puede obedecer a diversas circunstancias que pueden ser estables en el tiempo (por ejemplo, discapacidad, edad, credulidad...) o meramente puntuales (situación económica, educación, dificultades para la comprensión de la información...). Por otro lado, el concepto también se forma de manera distinta en los diferentes sectores de la actividad económica atendiendo a las necesidades, capacidades y circunstancias de los diferentes consumidores<sup>23</sup>.

Por último, la presencia de factores de vulnerabilidad singulares en determinados grupos no puede constituir, en modo alguno, que deje de prestarse atención a aquellas medidas que afectan al conjunto de consumidores globalmente considerado. La condición de determinadas personas como pertenecientes a la categoría de «consumidores vulnerables» debe suponer, simplemente, la adaptación a sus factores diferenciales, de forma que el modelo de protección resultante contemple la protección de dichas situaciones de especial desequilibrio en la relación de consumo.

## 2.3. El papel del Ministerio Fiscal en el marco de la acción individual

### 2.3.1. Protección del derecho a la tutela judicial efectiva

La referencia del art. 11.5 LEC nos otorga legitimación para el ejercicio de «cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios». El precepto es demasiado amplio e impreciso para configurar la intervención del Fiscal en este marco de protección jurídica.

Para poder aproximarnos a una definición más precisa de nuestras funciones, debemos partir de que la actuación del Fiscal se integra en un conjunto de medidas de diferente índole (administrativas, legislativas, económicas, de divulgación...) en protección de la figura del consumidor. La intervención de los tribunales, al menos como línea de principio, debería resultar excepcional.

Dentro del ámbito propiamente judicial, hay que atender, por un lado, a que la intervención del Fiscal en los litigios individuales se configura como un mecanismo excepcional de protección jurídica y, por otro, al hecho cierto de la imposibilidad real de su presencia en todos los pleitos de esta índole, simplemente por una cuestión de mera estadística. La norma no obliga a intervenir en todos los casos, simplemente se configura como una facultad.

<sup>21</sup> Esta evolución es claramente perceptible en la legislación de las CCAA: Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de *Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía* (art. 36); Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de *Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón* (art. 5); Ley del Principado de Asturias 11/2002, de 2 de diciembre, de *los Consumidores y Usuarios* (art. 5); Ley 7/2014, de 23 de julio, de *protección de las personas consumidoras y usuarias de las Illes Balears* (arts. 2.b, 8.2 y 15); Ley 3/2003, de 12 de febrero, de *del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias* (art. 4); Ley 1/2006, de 7 de marzo, de *Defensa de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad de Cantabria* (art. 4); Ley 11/2005, de 15 de diciembre de 2005, de *del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha* (art. 3); Ley 2/2015, de 4 de marzo, *por la que se aprueba el Estatuto del Consumidor de Castilla y León* (art. 4); Ley 22/2010, de 20 de julio, de *del Código de consumo de Cataluña* (arts. 111.2.c, 121.3 y 262.10); Ley 6/2001, de 24 de mayo, de *del Estatuto de los Consumidores de Extremadura* (art. 5); Ley 2/2012, de 28 de marzo, *gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias* (art. 7); Ley 11/1998, de 9 de julio, de *Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid* (art. 4); Ley 4/1996, de 14 de junio, de *del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia* (art. 4); Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de *Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias de la CCAA del País Vasco* (art. 5.2); Ley 5/2013, de 12 de abril, *para la defensa de los consumidores en la Comunidad Autónoma de La Rioja* (arts. 3.1.k y 6.3); Ley 1/2011, de 22 de marzo, de *la Generalitat, por la que se aprueba el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunitat Valenciana* (arts. 6 y 7); Ley Foral 7/2006, de 20 de junio, de *Defensa de los Consumidores y Usuarios* (art. 3).

<sup>22</sup> Así lo expresa la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, *sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables*.

<sup>23</sup> Un amplio estudio del concepto de consumidor vulnerable y de sus diferencias en la legislación sectorial puede encontrarse en HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María-Dolores. *Consumidor vulnerable*. Ed. Reus. Madrid, 2015.

Nuestra actuación debe caracterizarse por un ejercicio razonable de ese poder discrecional, estableciendo unos criterios que se puedan deducir con claridad de las normas reguladoras. Debemos partir, en este sentido, del art. 51.1 CE que expresa que «los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios (...) mediante procedimientos eficaces». La normativa general de desarrollo enumera, con mayor detalle, los derechos básicos del colectivo y, entre ellos, el art. 8, letra «f» del texto refundido de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, aprobado por RDL 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante TRLGDCU) nos habla de «la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión». La Unión Europea parte, en este sentido, de una serie de estrategias que se plasman en un conjunto de objetivos entre los que destacamos «el desarrollo de herramientas específicas para facilitar el acceso a las vías de reclamación de las personas vulnerables, menos propensas a utilizar las mencionadas vías de reclamación»<sup>24</sup>.

Desde esta perspectiva, la función del Fiscal se integraría dentro de los mecanismos de acceso a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) para aquellas personas que presenten situaciones de indefensión que lo justifique, lo que entronca también con el deber de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 CE). No es, desde luego, el único mecanismo de protección jurídica. Basta observar los diferentes preceptos que configuran intervenciones judiciales de oficio en protección de los consumidores<sup>25</sup>.

### 2.3.2. Consumidores susceptibles de protección

Centrada nuestra intervención en el derecho a la tutela judicial efectiva ante situaciones de indefensión, el siguiente problema consiste en concretar las características que debe revestir la persona afectada. De nuevo, la normativa nos facilita dos criterios para su determinación. El primero de carácter subjetivo (la integración en un grupo de personas especialmente vulnerable); el segundo de carácter objetivo (la afectación a «bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado»<sup>26</sup>).

En lo que concierne a los elementos de tipo subjetivo, ya examinamos en epígrafe precedente las dificultades que el término «consumidor vulnerable» entraña. El Fiscal, de forma tradicional, ha dedicado su atención a alguno de estos colectivos, desempeñando funciones de protección jurídica (menores de edad, personas con discapacidad, ancianos)<sup>27</sup>. No es difícil encontrar referencias en recomendaciones internacionales sobre la protección de dichos colectivos en las relaciones de consumo. Un ejemplo, en materia de protección de las personas mayores, lo constituye el *Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el envejecimiento* (2002) que expresamente hace referencia a la protección contra los fraudes a las personas mayores consumidoras<sup>28</sup>. Este colectivo precisa de especiales medidas para la protección contra el abuso financiero<sup>29</sup> y, lamentablemente,

<sup>24</sup> Reglamento (UE) n° 254/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 *sobre el Programa plurianual de Consumidores para el período 2014-2020 y por el que se deroga la Decisión n° 1926/2006/CE*. Anexo I. Objetivo III, apartado 9.d.

<sup>25</sup> Un ejemplo claro lo constituye la reforma de la LEC efectuada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, *de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. La norma introduce un nuevo apartado 4 en el art. 815. El apartado V, párrafo primero, del Preámbulo lo justifica así: «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil da cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, en el asunto Banco Español de Crédito, C-618/10, donde, tras el examen de la regulación del proceso monitorio en España, en relación con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, declaró que la normativa española no es acorde con el derecho de la Unión Europea en materia de protección de los consumidores, en la medida «que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, examine de oficio -in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento- el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición». Por esta razón se introduce en el artículo 815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en un nuevo apartado 4, un trámite que permitirá al juez, previamente a que el secretario judicial acuerde realizar el requerimiento, controlar la eventual existencia de cláusulas abusivas en los contratos en los que se basen los procedimientos monitorios que se dirijan contra consumidores o usuarios y, en su caso, tras dar audiencia a ambas partes, resolver lo procedente, sin que ello produzca efecto de cosa juzgada, como exige la normativa europea».

<sup>26</sup> El art. 9 TRLGDCU expresa que «los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado».

<sup>27</sup> Así, el art. 3.7 EOMF señala que, para el cumplimiento de su misión constitucional, «corresponde al Ministerio Fiscal: (...) Siete. Intervenir en los procesos civiles que determine la ley (...) cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación».

<sup>28</sup> Apartados 107 y 111.

<sup>29</sup> Así lo expresa el apartado 17 de la Recommendation CM/Rec(2014)2 of the Committee of Ministers to member States on the promotion of human rights of older persons (*Adopted by the Committee of Ministers on 19 February 2014 at the 1192nd meeting of the Ministers' Deputies*).

hemos tenido noticia de hechos de estas características en el marco de la crisis económica y financiera que arranca de 2008<sup>30</sup>.

No se agota en estos colectivos tradicionales la protección dispensada en la norma. La legislación sectorial recoge circunstancias de todo tipo que configuran la condición de vulnerabilidad de grupos diferenciados de personas<sup>31</sup>. En ocasiones, los perfiles no están claramente definidos, permitiendo la discrecionalidad del intérprete. Es evidente que dichas menciones pueden servir de orientación a la hora de concretar las personas protegibles, pero el criterio definitivo debe ser la efectiva situación de indefensión. Cabría, en atención al amplio margen que el art. 11.5 LEC contempla, incluso ampliarlo a personas que no estén englobadas dentro del concepto de «consumidor vulnerable» que la correspondiente norma regule, siempre y cuando el derecho a la tutela judicial efectiva así lo exija, atendiendo a las circunstancias, capacidades y necesidades en presencia.

El concepto objetivo también presenta dificultades en su determinación. Es, desde luego, un concepto más amplio que el de las «cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social» que emplea, por ejemplo, el art. 250.1.1º del Código Penal. Lo que es verdaderamente relevante, a mi juicio, es el perjuicio potencial que supone para el afectado.

### **2.3.3. Criterios que deben guiar la actuación del Ministerio Público**

Debemos partir de un principio general: «Cualquier estrategia para abordar la vulnerabilidad de los consumidores debe ser proporcionada, de manera que no se restrinjan las libertades individuales o las posibilidades de elección de los consumidores»<sup>32</sup>. La medida debe ser adecuada y suficiente para garantizar la protección del afectado<sup>33</sup>.

Nos encontramos ante una medida extraordinaria, lo que implica que la presencia del Fiscal en los litigios individuales de consumo no debe constituirse en regla, sino en excepción. Tendrá su justificación cuando, en atención a las circunstancias concretas, no sea posible utilizar otros medios que permitan reequilibrar las situación de inferioridad, indefensión o desprotección.

La intervención del Fiscal, sea como demandante, demandado o interviniente (art. 13 LEC) puede desarrollarse de forma independiente o paralela a la del consumidor. En todo caso, las competencias del Ministerio Fiscal no deben restringir «el derecho de toda persona física o jurídica a iniciar un proceso o a actuar como defensor para defender sus intereses ante un tribunal independiente e imparcial, incluso en los casos en los que el Ministerio Fiscal actúe o tenga intención de actuar en calidad de parte»<sup>34</sup>.

Guardando el necesario equilibrio entre el principio de libertad de pactos del art. 1.255 del Código Civil y la norma consagrada en el art. 10 TRLGDCU («la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil»), el

<sup>30</sup> El DEFENSOR DEL PUEBLO (*Estudio sobre participaciones preferentes*. Madrid, marzo de 2013, página 41) cita -antes de nuestra intervención en el marco de la acción individual- el caso que trató la Sentencia de 5 de febrero de 2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Mataró (Barcelona) en el que se declaró la nulidad de los contratos de suscripción de participaciones preferentes de los años 2002 y 2011 celebrado por un matrimonio de ancianos, por vicio del consentimiento, dolo y error. Aprecia la inexistencia de consentimiento del actor y la inexistencia de suscripción del contrato, al estar gravemente aquejado de la enfermedad de Alzheimer. En cuanto a su mujer, estima vicio del consentimiento por dolo y error en el contrato que firmó en el año 2011, dado el resultado negativo del test de conveniencia. En declaraciones al juez, la empleada de la entidad admitió que, en ese momento, ni ella misma sabía cuáles eran las diferencias fundamentales entre un depósito y una preferente. Por todo ello, el juez obliga a Bankia a devolver la inversión realizada en 2002 y 2011 al matrimonio, además de pagarles los correspondientes intereses. Asimismo, condena duramente a los empleados de la entidad por su comportamiento con la persona enferma de Alzheimer. «Es difícil entender cómo gente mayor, ahorradores tradicionales de toda la vida, esencialmente preocupados a determinada edad por poder tener siempre disponibles sus ahorros (...), pueden libre y voluntariamente suscribir un contrato de operaciones financieras complejas».

<sup>31</sup> Ejemplos de ello lo son el art. 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, *del Sector Eléctrico*; el RDL 7/2016, de 23 de diciembre, *por el que se regula el mecanismo de financiación del coste del bono social y otras medidas de protección al consumidor vulnerable de energía eléctrica*; el RD 897/2017, de 6 de octubre, *por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica*; el art. 57.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, *del sector de hidrocarburos*, o las previsiones de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*.

<sup>32</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, *sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables* (2011/2272(INI)), apartado 4.

<sup>33</sup> Apartado 2.

<sup>34</sup> Recommendation CM/Rec(2012)11 of the Committee of Ministers to member States on the role of public prosecutors outside the criminal justice system (*Adopted by the Committee of Ministers on 19 September 2012 at the 1151st meeting of the Ministers' Deputies*). Apartado 10.

Fiscal debe valorar cuidadosamente la situación concreta del ciudadano a la hora de decidir la oportunidad de su actuación. En todo caso, parece oportuno que recabe la opinión del consumidor a tal efecto<sup>35</sup>.

La actividad del Fiscal debe ser vista, y percibida por el público, como un factor que contribuye a la defensa de los valores fundamentales de la sociedad que, de otra forma, resultarían perjudicados<sup>36</sup>, ser conforme a la legalidad y regida por los principios estatutarios y éticos que disciplinan la profesión<sup>37</sup>. La defensa del derecho a la tutela judicial efectiva y, en general, de los derechos humanos, especialmente de aquellos colectivos más vulnerables, nos obliga también a atender a las disposiciones recogidas en la legislación contra la discriminación. Ejemplo de ellas lo son las disposiciones recogidas en el art. 10 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor*, para facilitar el ejercicio de sus derechos<sup>38</sup> o la del art. 7 de la *Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* (texto refundido aprobado por RDL 1/2013, de 29 de noviembre) que recoge la protección «especialmente intensa» en materia de tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad y «singularmente intensa» de las personas especialmente vulnerables a la discriminación múltiple.

### 3. La acción colectiva

#### 3.1. Normativa y recomendaciones de la Unión Europea

La Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013, *sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión*<sup>39</sup>, expresa que «las acciones individuales (...) son los medios habituales para resolver los conflictos, evitar daños y reclamar una indemnización». Además de este recurso individual, subraya que todos los Estados miembros han introducido diferentes mecanismos de recurso colectivo, aunque los procedimientos existentes «varían considerablemente según los Estados miembros».

La Recomendación reconoce que la economía moderna crea a veces situaciones en las que numerosas personas pueden resultar perjudicadas por las mismas prácticas ilegales por parte de uno o más operadores económicos u otras personas (*daños masivos*). Las medidas de recurso colectivo están «destinadas a prevenir y poner fin a las prácticas ilegales, así como a garantizar la obtención de una indemnización por los daños causados» en tales casos. La posibilidad «de agrupar las demandas e interponerlas de forma colectiva puede ser una manera mejor de acceder a la justicia, especialmente cuando el coste de las acciones individuales disuade a los perjudicados de acudir a los tribunales»<sup>40</sup>. La recomendación señala una serie de ámbitos, sin carácter exhaustivo, en los que se reconoce esta posibilidad. Así, cita «la protección de los consumidores, la competencia, la protección del medio ambiente, la protección de los datos personales, la normativa sobre servicios financieros y la protección de los inversores».

La Recomendación, que se ciñe a los recursos colectivos de cesación e indemnización, presenta un conjunto de principios relativos a este tipo de recursos que deberían ser comunes en toda la Unión, dentro del respeto de las diferentes tradiciones jurídicas. Define el término «recurso

<sup>35</sup> Idéntica solución se arbitra en el marco de las demandas en materia de honor, intimidad e imagen (Circular 2/2006) o de protección de derechos fundamentales (Circular 3/1998).

<sup>36</sup> *Explanatory Memorandum* (Recommendation CM/Rec[2012]11 of the Committee of Ministers to member States on the role of public prosecutors outside the criminal justice system. Apartado 37.

<sup>37</sup> Recommendation CM/Rec(2012)11 (*cit.*), apartados 4 y 7.

<sup>38</sup> Entre las que se encuentra la de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas o la de solicitar asistencia legal y el nombramiento de un defensor judicial, en su caso, para emprender las acciones judiciales y administrativas necesarias encaminadas a la protección y defensa de sus derechos e intereses, reseñando este apartado que, «en todo caso, el Ministerio Fiscal podrá actuar en defensa de los derechos de los menores».

<sup>39</sup> 2013/396/UE.

<sup>40</sup> La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada «Hacia un marco horizontal europeo del recurso colectivo» (COM[2013] 401 final) reseña los datos obtenidos de una consulta pública que concluyó que la principal ventaja consistía en el acceso a la justicia y la aplicación más rigurosa de las normas (conectándolo con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 47.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE). Al mismo tiempo, subrayó el riesgo de los «litigios abusivos» como principal inconveniente, entendido el mismo «cuando se acomete intencionadamente contra empresas honradas con el propósito de dañar su reputación o de infligirles una carga financiera indebida».

colectivo» como «mecanismo jurídico que garantiza la posibilidad de solicitar (...) de forma colectiva por dos o más personas físicas o jurídicas (...) o por una entidad capacitada para entablar una acción de representación», bien «la cesación de un comportamiento ilegal» (*recurso colectivo de cesación*), bien «una indemnización» (*recurso colectivo de indemnización*).

La capacidad legal para ejercitar la acción colectiva depende del mecanismo de recurso colectivo, en determinados tipos pueden interponerse conjuntamente por quienes aleguen haber sufrido daños; sin embargo, en las denominadas «acciones de representación» debe clarificarse<sup>41</sup>. La «acción de representación» se define como la «interpuesta por una entidad representante, una entidad acreditada *ad hoc* o una autoridad pública, en representación y en nombre de dos o más personas físicas o jurídicas que declaren correr el riesgo de sufrir daños o haber sufrido daños como consecuencia de daños masivos<sup>42</sup>, cuando dichas personas no sean partes del procedimiento». Los principios que señala son, por un lado, que los Estados miembros deberían designar a las entidades que pueden interponer tales acciones con arreglo a unas condiciones de admisión claramente definidas<sup>43</sup>. Por otro que «además, o como alternativa, los Estados miembros deberían facultar a las autoridades públicas para interponer acciones de representación».

En el concreto marco de los consumidores y usuarios, inicialmente, la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1988, *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores*, expresó que los mecanismos que existían actualmente para garantizar las diferentes directivas que establecían normas en materia de protección de los intereses de los consumidores eran insuficientes para atender a los intereses colectivos, entendidos como aquellos que no constituyen una simple acumulación de intereses particulares que se hayan visto perjudicados por la infracción. Su art. 3 reguló las entidades habilitadas para el ejercicio de la acción y, junto a las organizaciones cuya finalidad consiste en la protección de los intereses colectivos de los consumidores a los que se refiere su texto, incluye también a «uno o más organismos públicos independientes específicamente encargados de la protección» de tales intereses.

La Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores*, que deroga la anterior, reproduce dichas consideraciones y preceptos.

Vemos, pues, que la posibilidad de que el Ministerio Fiscal, aún no mencionado expresamente, pueda formar ser una de las entidades legitimadas está contemplada en dicha normativa. Lo interesante ahora consiste en comprobar si existen ejemplos de dicha legitimación en los distintos países.

## 3.2. Referencia al derecho comparado

### 3.2.1. Latinoamérica

En el marco iberoamericano es bastante frecuente la presencia del Fiscal en el ámbito de las acciones colectivas de consumo. Podemos citar, por ejemplo, Argentina<sup>44</sup>, Colombia<sup>45</sup>, Uruguay<sup>46</sup> o México<sup>47</sup>.

<sup>41</sup> Considerando 17.

<sup>42</sup> El art. 3 da la siguiente definición de «daños masivos»: situación en la que dos o más personas físicas o jurídicas afirman haber sufrido un perjuicio como consecuencia de una pérdida causada por una misma actividad ilegal de una o varias personas físicas o jurídicas.

<sup>43</sup> Tales condiciones, señala la recomendación, deberían incluir, como mínimo, las siguientes: a) las entidades no deberían tener ánimo de lucro; b) debería existir una relación directa entre los objetivos principales de la entidad y los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión que la acción que se interpone considere violados, y c) la entidad debería tener capacidad suficiente en términos de recursos financieros, recursos humanos y conocimientos jurídicos para representar a múltiples demandantes y defender ante todo sus intereses.

<sup>44</sup> Art. 52 de la Ley nº 24.240 de *Defensa del Consumidor* (en redacción dada por el art. 24 de la Ley nº 26.361 (B.O. 7/4/2008).

<sup>45</sup> Art. 12º.4 de la Ley 472 de 1988 (agosto 5) *por la cual se desarrolla el art. 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones* (D.O. nº 43.357 de agosto 6 de 1998). El art. 4º, apartado «n» recoge, dentro de los derechos e intereses colectivos, «los derechos de los consumidores y usuarios».

<sup>46</sup> Art. 42 del *Código General del Proceso* aprobado por Ley nº 15.982 de 18 de octubre de 1988.

<sup>47</sup> Art. 585 del *Código Federal de Procedimientos Civiles* (Por Decreto de 28 de abril de 2011 -DOF de 30 de agosto de 2011- se adicionó al citado Código el Libro Quinto titulado «De las acciones colectivas»).

También resulta interesante la mención del *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica* elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004<sup>48</sup> <sup>49</sup>. Sin valor vinculante, recoge en su art. 3 la legitimación activa del Ministerio Público. Indica también, entre otros extremos, que «en caso de interés social relevante, el Ministerio Público, si no promoviera la acción o no interviniera en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley». El art. 14 regula también su legitimación para la liquidación y ejecución de condena, expresando que «transcurridos 60 (sesenta) días desde que la sentencia condenatoria quedare firme, sin que el demandante promueva la liquidación o la ejecución, deberá hacerlo el Ministerio Público, cuando se trate de interés social relevante, quedando facultados, asimismo, para dicha iniciativa, en todos los casos, los demás legitimados». Finalmente, el art. 32 regula la posibilidad de conversión de acciones individuales en una acción colectiva, mediante comunicación del Juez que conoce de la existencia de diversos procesos tramitados contra el mismo demandado y con igual fundamento al Fiscal y a otros representantes adecuados, sin perjuicio de lo que dispone respecto a los derechos de los actores individuales.

La experiencia brasileña constituye la más interesante por la relevancia del papel del Ministerio Público que, al contrario que otros países latinoamericanos, ha tenido una activa participación en los procesos colectivos<sup>50</sup>.

El art. 176 del *Código de Processo Civil* (Ley n° 13.105, de 16 de marzo de 2015) expresa que «el Ministerio Público actuará en la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses y derechos sociales e individuales indisponibles», subrayando el artículo siguiente que «ejercerá el derecho de acción de conformidad con sus atribuciones constitucionales». La *Constitución de la República Federativa de Brasil* de 1988 recoge, entre las funciones del Ministerio Público, la de «promover la investigación<sup>51</sup> civil y la acción civil pública para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y otros intereses difusos y colectivos» (art. 129. III)<sup>52</sup>, legitimación que «no impide la de terceros en las mismas hipótesis según lo dispuesto en esta Constitución y en la ley» (art. 129.IX.1°).

La Ley Federal n° 7.347, de 24 de julio de 1985, *disciplina la acción civil pública de responsabilidad por daños causados al medio ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico*, recoge la legitimación del Fiscal para proponer la acción principal y la cautelar (art. 5°), establece que «el Ministerio Público, si no interviene en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley», dispone su facultad de

<sup>48</sup> Sobre la citada entidad y la génesis del documento, BUJOSA VADELL, Lorenzo M. «La posición del juez en el código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica». *Actas del XI Encuentro de Latinoamericanistas españoles. La Comunidad Iberoamericana de Naciones*, Tordesillas, 26 a 28 de mayo de 2005, CEEIB, 2005, (I.S.B.N.: 84-89743-38-X), págs. 76-105. Publicado también en *VI Congreso Venezolano de Derecho Procesal (Ponencias)*, San Cristóbal, Venezuela, 2005, págs. 350-399 y en *Ámbito Jurídico*, Rio Grande, 23, 30/11/2005 [Internet]. Disponible en: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=281](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=281)

<sup>49</sup> Un estudio amplio de la legitimación en los países de América Latina puede encontrarse en OVALLE FAVELA, José. «Legitimación en las acciones colectivas». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Volumen 46, nueva serie, año XLVI, núm. 138, septiembre-diciembre 2013, págs. 1057-1092.

<sup>50</sup> Ovalle Favela (*op.cit.*) señala que «estudios realizados en Río de Janeiro y Sao Paulo mostraron que la iniciativa del *parquet* alcanza cerca del 90% de los procesos colectivos, aunque aclara que ese porcentaje se ha modificado en los últimos años, frente a la nueva previsión de legitimidad de las defensorías públicas y ante una mayor actuación de los sindicatos y las asociaciones de consumidores». Cita, en este sentido, el trabajo de Gonçalves de Castro Mendes, Aluisio, *Informe Nacional de Brasil*, 2012, pág. 1. Gidi señalaba en 2004 que «la mayoría de las acciones colectivas presentadas en Brasil son promovidas por el Ministerio Público como actor» y que «en todas las otras ocasiones el Ministerio Público es necesariamente notificado e interviene en la acción en defensa de la legalidad (*custos legis*)». Continúa señalando el autor: «El éxito del Ministerio Público al asumir este nuevo papel social ha ampliado considerablemente su poder político como una institución, al grado que ahora es considerado por algunos como una especie de *cuarto poder* del gobierno. Este fenómeno ha evocado un agrio criticismo por parte de algunos jueces, litigantes, juristas y observadores sociales (...) Los miembros del Ministerio Público brasileño fueron participantes activos en el comité que redactó las leyes de las acciones colectivas. Ellos son también los más activos representantes y los juristas con más autoridad en la interpretación de la legislación sobre acciones colectivas (...) Por otra parte, la participación activa del Ministerio Público en la protección de los derechos de grupo ha sido esencial para la evolución de las acciones colectivas en Brasil en todos aspectos, especialmente en la redacción y promoción de la legislación, en el desarrollo de precedentes y en la elaboración de comentarios académicos». (GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004. págs. 89 y 90).

<sup>51</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

<sup>52</sup> En el mismo sentido, el art. 25.IV.a de la *Lei Orgânica Nacional do Ministério Público* (Ley n° 8.625, de 12 de febrero de 1993) señala que incumbe al Ministerio Público promover la investigación civil y la acción civil pública en la forma prevista por la ley «para la protección, prevención y reparación de los daños causados al medio ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico y a otros intereses difusos, colectivos e individuales indisponibles y homogéneos».

habilitarse como litisconsorte y señala su posibilidad de asumir la titularidad activa en caso de desistimiento o abandono de la acción por asociación legitimada. La norma también regula las facultades de investigación civil (*inquerito civil*) del Fiscal (art. 8º y ss.).

La Ley nº 8.078 de 11 de septiembre de 1990, es la que regula la protección del consumidor (*Código de Defesa do Consumidor*) y expresa que, para la ejecución de la Política Nacional de las Relaciones de Consumo, el poder público contará, entre otros, con los siguientes instrumentos: «institución de Promotores de Justicia de Defensa del Consumidor en el ámbito del Ministerio Público» (art. 5.II). El art. 82 establece su legitimación, entre otras entidades públicas y asociaciones legalmente constituidas, para el ejercicio de la defensa colectiva de los intereses y derechos de los consumidores. Reitera que, si no ejercita la acción, actuará siempre como fiscal de la ley (art. 92)<sup>53</sup>.

### 3.2.2. Europa

La idea de prevenir litigios abusivos que preside la Recomendación de la Comisión de 2013 anteriormente examinada tiene su fundamento en evitar las características negativas del sistema de *Class Actions* norteamericano<sup>54</sup>. En la década de los 60 del pasado siglo, el único ejemplo significativo de acción de grupo lo constituía la Regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure* en EE. UU. Con posterioridad, esta situación cambió de forma significativa, en parte por la propia evolución legislativa de este modelo que permitió su adaptación a otros países, incluso fuera del ámbito del *common law*. Sin embargo, muchos otros, principalmente en la Europa continental, no siguieron este sistema. A principios de este siglo, varios Estados no concebían la cuestión en términos generales y sólo tomaban en consideración áreas particulares del interés colectivo, como el consumo o la protección del medio ambiente. En algunos casos, el recurso colectivo no contemplaba la compensación de los daños sufridos por los perjudicados. Otros países se encontraban en el punto de la simple discusión y la preparación de proyectos para posibles reformas o, incluso, no presentaban sensibilidad especial por estas cuestiones<sup>55</sup>.

Existen diferencias significativas en la construcción de los mecanismos de acción colectiva en los diferentes países de la UE. Lo anterior repercute también en el marco de los legitimados para su ejercicio. Pueden encontrarse casos, como el de Finlandia, en el que sólo lo está un organismo público (*Defensor del Consumidor*)<sup>56</sup>, pero esta situación de monopolio no es corriente ni siquiera en los restantes países nórdicos que contemplan instituciones públicas similares<sup>57</sup>. En sentido contrario, otros sólo contemplan la presencia de organizaciones representativas en materia de consumo,

<sup>53</sup> La norma diferencia en su art. 81 tres tipos de intereses, a saber: los «difusos» («transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho»); los «colectivos» («transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base») y los «individuales homogéneos (que, siendo de carácter individual y divisibles, tienen un «origen común»).

<sup>54</sup> Una exposición del modelo norteamericano puede encontrarse en Planchadell Gargallo, Andrea. *Las «acciones colectivas» en el...*, *op.cit.*, págs. 263 a 343.

<sup>55</sup> TARUFFO, Michele. «Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective». En *Duke Journal of Comparative & International Law* (2001), págs. 405-422. Disponible en Internet: <http://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol11/iss2/12>

<sup>56</sup> Art. 4 de la Ley de acciones colectivas (444/2007, *Ryhmäkannelaki*) y art. 15 de la Ley 661/2012 reguladora de la Autoridad de la Competencia y del Consumo (Disponible en Internet: <https://www.kkv.fi/en/facts-and-advice/competition-affairs/legislation-and-guidelines/act-on-the-finnish-competition-and-consumer-authority/>). Puede encontrarse información sobre esta figura en la web oficial: <https://www.kkv.fi/en/about-us/the-consumer-ombudsman/>

<sup>57</sup> Viitanen señala esta diferencia con otros países nórdicos, como Suecia, Noruega y Dinamarca que, junto con el *Consumer Ombudsman*, permiten la intervención de otras, en particular de las asociaciones de consumidores. (VIITANEN, Klaus. «Nordic Group Actions: First Experiences and Future Challenges». En *Consumatori, Diritti e Mercato*, número 1/2010. *Argomenti*, págs. 119 a 133).

como Francia<sup>58</sup> o Bélgica<sup>59</sup> <sup>60</sup>. Otros países, como, por ejemplo, Holanda<sup>61</sup>, o Polonia<sup>62</sup>, lo permiten, con mayor o menor amplitud, tanto a organizaciones representativas como a organismos públicos.

Desde nuestra perspectiva, el sistema más interesante lo constituye el de nuestra vecina Portugal. El art. 52.3 de la Constitución portuguesa de 1976<sup>63</sup> reconoce el derecho fundamental a la acción popular en los casos y términos previstos por la ley, «conferido a todos, personalmente o a través de asociaciones de defensa de los intereses en cuestión», en particular –entre otros– para «los derechos de los consumidores», incluyendo el derecho de solicitar la correspondiente indemnización. El desarrollo de este precepto se efectuó por la Ley nº 83/95, de 31 de agosto (*Direito de participação procedimental e de acção popular*), cuyo artículo 16 señala que «en el ámbito de las acciones populares, el Ministerio Público es titular de la legitimación activa y de los poderes de representación y de intervención procesal que le son conferidos por ley, pudiendo sustituir al autor en caso de desistimiento, así como de transacción o de comportamientos lesivos de los intereses en cuestión»<sup>64</sup>.

El art. 31 del *Código de Processo Civil* recoge la legitimidad de «cualquier ciudadano en el disfrute de sus derechos civiles y políticos, las asociaciones y fundaciones defensoras de los intereses en cuestión, los entes locales y el Ministerio Público, en los términos previstos en la ley» para proponer e intervenir en las acciones y procedimientos cautelares para la tutela de los intereses difusos y, entre las materias que contempla, se encuentran las referidas a la protección del consumo de bienes y servicios. Esta previsión también se contiene en las leyes sectoriales como el art. 26 de la *Lei das Cláusulas Contratuais Gerais* (DL nº 446/85, de 25 de octubre)<sup>65</sup> <sup>66</sup>.

El Ministerio Público portugués está desarrollando una labor muy activa en esta materia. Ejemplo de ello es la colaboración que mantiene con la *Associação da Defesa do Consumidor* (DECO) en materia de cláusulas contractuales abusivas, la suscripción de protocolos de cooperación en el área penal, el importante número de acciones colectivas entabladas y su actuación en los distintos ámbitos sectoriales.

<sup>58</sup> Art. L623-1 del *Code de la consommation*, en redacción conforme a la *Ordonnance* nº 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation (JORF nº0064 du 16 mars 2016). Ver también la *Circulaire du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi* nº 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret nº 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation (NOR : JUSC1421594C; BOMJ nº2014-10 du 31 octobre 2014).

<sup>59</sup> El art. XVII.39 del *Code de droit économique* (redacción conforme a la *Loi du 18 avril 2017, portant dispositions diverses en matière d'économie*) establece una triple posibilidad en la que se cita un organismo público (*Service de Médiation pour le consommateur*), pero éste sólo tiene la posibilidad de intervenir representando al grupo en la fase de negociación de un acuerdo de reparación colectiva. La Ley de 18 de abril ha agregado un nº 4 que recoge la posibilidad de accionar por las entidades representativas de Estados miembros de la Unión, conforme a la Recomendación 2013/396/UE, de 11 de junio de 2013, de la Comisión.

<sup>60</sup> Interesante es el ejemplo italiano, previsto en el art. 140 bis del *Codice del consumo*, tras la modificación operada por el art. 49 de la *Legge 23 luglio 2009, n. 99 (Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonche' in materia di energia; 09G0111)* cuyo apartado 1 faculta para ejercitar *l'azione di classe* a los consumidores, de forma individual o a través de asociaciones a las cuales haya otorgado mandato. Esta norma señala que la demanda se notifica al Ministerio Fiscal (apartado 5) que tiene una intervención limitada al estadio preliminar del proceso, es decir, al juicio de admisibilidad (*giudizio di ammissibilità*) de la demanda (se declara inadmisibile, conforme al apartado 6, cuando es manifiestamente infundada, cuando existe conflicto de intereses, cuando el Juez no reconoce la identidad de derechos que permite esta tutela colectiva –conforme al apartado 2– o cuando el que la propone no parece capacitado para velar de forma adecuada por los intereses del grupo).

<sup>61</sup> Arts. 3:305a y 3:305b del *Código Civil* holandés (*Burgerlijk Wetboek, Boek 3*). Sobre el particular, VAN DER HEIJDEN, M.-J. (2010). «Class Actions/les actions collectives». *Electronic Journal of Comparative Law*, 14.3. Disponible en Internet: <http://www.ejcl.org/143/art143-18.pdf>

<sup>62</sup> Art. 4.2 de la *Ley sobre la tramitación de las demandas en los procesos de grupo (Ustawa o Dochodzeniu Roszczeń w Postępowaniu Grupowym)*, de 17 de diciembre de 2009, publicada en el Boletín Oficial (*Dziennik Ustaw*) de 2010, nº 7, 44. Ampliamente, TULIBACKA, Magdalena. «Country reports: Poland». En *Focus on Collective Redress*. British Institute of International and Comparative Law. Disponible en Internet: <https://www.collectiveredress.org/collective-redress/member-states>

<sup>63</sup> El precepto ha sufrido varias modificaciones, siendo las más importantes las realizadas por la *Lei Constitucional* nº 1/82, *Lei Constitucional* nº 1/89 y *Lei Constitucional* nº 1/97.

<sup>64</sup> Redacción conforme al artículo 8 del *Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro (Diário da República, 1.a série N.º 193, 2 de outubro de 2015)*.

<sup>65</sup> Artigo 26.º *Legitimidade activa*. 1 - A acção destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas contratuais gerais só pode ser intentada: a) Por associações de defesa do consumidor dotadas de representatividade, no âmbito previsto na legislação respectiva; b) Por associações sindicais, profissionais ou de interesses económicos legalmente constituídas, actuando no âmbito das suas atribuições; c) Pelo Ministério Público, oficiosamente, por indicação do Provedor de Justiça ou quando entenda fundamentada a solicitação de qualquer interessado. 2 - As entidades referidas no número anterior actuam no processo em nome próprio, embora façam valer um direito alheio pertencente, em conjunto, aos consumidores susceptíveis de virem a ser atingidos pelas cláusulas cuja proibição é solicitada.

<sup>66</sup> Sobre la acción popular en Portugal, MEIRA LOURENÇO, Paula. «Experiência em Portugal» en *Public hearing on a horizontal instrument for collective redress in Europe?* Brussels - 12.07.2011. Disponible en Internet: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110714ATT24016/20110714ATT24016EN.pdf>

### 3.3. El papel del Ministerio Fiscal en el marco de la acción colectiva

#### 3.3.1. La legitimación activa

El art. 7.3 LOPJ señala que «los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión». Para la defensa de los segundos, el precepto señala que «se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción».

Nuestra legislación reconoce distintas formas de procesos colectivos. Ejemplo de ello lo constituye el regulado en los arts. 153 y ss. de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social*, destinado a tramitar las «demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual» en las materias concretas que regula (art. 153). Es doctrina reiterada de la Sala 4ª del TS que «la diferencia entre la pretensión propia del conflicto colectivo y aquella otra que, aún siendo individual en su ejercicio tiene naturaleza plural, no debe hacerse atendiendo únicamente al carácter general o individual del derecho ejercitado, sino también al *modo de hacer valer* (...) es decir que el reconocimiento del derecho sea interesado no para cada uno de los trabajadores individualmente considerados, sino en cuanto colectivo, cualesquiera que sea el número de trabajadores singulares comprendidos en el grupo». Las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos: 1) uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores «entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad» y 2) otro elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como «un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros» o como «un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general»<sup>67 68</sup>.

La Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013, ya citada, subrayó que existen un conjunto de principios comunes que deben aplicarse «de forma horizontal y uniforme» en los distintos ámbitos cuando se empleen los tipos de recurso colectivo a que hace referencia<sup>69</sup>. Hay que entender que, bajo la denominación «recurso colectivo» se define «un mecanismo procesal que, por motivos de economía procesal y/o eficacia ejecutoria permite la agrupación de numerosas pretensiones jurídicas similares en una única demanda»<sup>70</sup>.

El art. 11 LEC recoge expresamente los particulares correspondientes a la legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios<sup>71</sup>. En su redacción original contemplaba,

<sup>67</sup> STS (Sala 4ª) nº 984/2016, de 23 de noviembre, que cita toda la doctrina precedente. Aclara también la resolución que «*el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo*, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores» y que «el problema no consiste tanto en esa potencial afectación plural que puede derivarse de una sentencia colectiva, sino en la *dimensión en que ha de plantearse la controversia*, que no puede consistir en la solicitud del reconocimiento de una situación individualizada de uno o varios trabajadores, sino en una declaración general que se corresponda con el propio carácter genérico del grupo de los trabajadores incluidos en el conflicto». (El subrayado es mío).

<sup>68</sup> Conforme al art. 154, el Ministerio Fiscal no ostenta legitimación activa para el conjunto de las materias reguladas en el art. 153. Sin embargo, en este proceso se tramitan también la impugnación de convenios colectivos (art. 153.2) y en esta concreta materia el MF sí que tiene legitimación activa para la impugnación por dichos trámites si se fundamenta en la ilegalidad (art. 165.1.a) y, además, es siempre parte en estos procesos (art. 165.4).

<sup>69</sup> Considerando 7.

<sup>70</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social Europeo y al Comité de las Regiones. *Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo*. Estrasburgo 11 de junio de 2013. COM(2013) 401 final. Apartado 1.2.

<sup>71</sup> Dentro del propio orden civil, la tutela de intereses difusos tampoco está limitada a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios. Ejemplo de ello es la defensa del derecho a la igualdad. En este sentido es necesario citar el art. 11 bis, apartado 2 LEC, que señala –en materia de legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres– que «cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal». El

junto a la legitimación individual de los perjudicados y con distinto alcance y contenido, la de las asociaciones de consumidores y usuarios, la de las entidades legalmente constituidas que tienen por objeto la defensa o protección de éstos y la de los grupos de afectados.

El precepto sufrió dos modificaciones, la primera por el art. 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*, y la posterior por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, *por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*.

La primera reguló la acción de cesación e introdujo un nuevo apartado 4 en el texto, estableciendo la legitimación del Ministerio Fiscal y de las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de dicha acción en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

La segunda dio nueva redacción al apartado 4 (dedicándolo exclusivamente a las entidades pre-citadas) e introdujo un nuevo apartado 5 -referido exclusivamente al Ministerio Fiscal-. Según refiere su Preámbulo<sup>72</sup>, «pretende resolver la contradicción existente entre la normativa en materia de consumo y la procesal sobre las entidades que deben considerarse legitimadas para interponer una acción de cesación y, a su vez, atribuir legitimación activa al Ministerio Fiscal para ejercitar cualquier acción en defensa de intereses difusos y colectivos de consumidores y usuarios».

En nuestra legislación, coexisten varias fórmulas de tutela de los derechos de una pluralidad de individuos. Puede darse un conjunto de personas individualmente afectadas y que las acciones se ejerciten simultáneamente «cuando entre ellas exista un nexo por razón del título o causa de pedir», entendiéndose que dicha situación concurre «cuando las acciones se funden en los mismos hechos». Este supuesto es el de la «acumulación subjetiva de acciones», regulado en el art. 72 LEC. Se trata de una hipótesis de litisconsorcio (art. 12 LEC)<sup>73</sup>. El efecto que produce es que las acciones se sustancian conjuntamente, discutiéndose en un solo juicio y decidiéndose en una sola sentencia. Ahora bien, aunque la sentencia es formalmente única, contendrá los pronunciamientos separados que correspondan. La sustanciación es conjunta, pero las partes pueden actuar de forma independiente, mantener posiciones y obtener resultados distintos. Aunque este supuesto es frecuente en los litigios de consumo, se trata de una acumulación de acciones individuales y no propiamente de una acción de grupo.

Cuando el art. 11 habla de la acción de grupo, distingue dos supuestos. El primero está constituido por los intereses colectivos («cuando estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso») y el segundo por los difusos (cuando «el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación»).

En el primer caso, cuando el grupo está determinado, están legitimadas las asociaciones de consumidores y usuarios, las entidades legalmente constituidas que tienen por objeto la defensa o protección de éstos y los propios grupos de afectados.

En lo que concierne a los grupos de afectados, el art. 6.1.7º LEC atribuye la capacidad para ser parte en los procesos ante los tribunales civiles a los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso «cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables». Para demandar es preciso que el grupo «se constituya con la mayoría de los afectados, compareciendo en juicio conforme a lo dispuesto en el art. 7.7 LEC<sup>74</sup>.

---

artículo fue introducido por la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*.

<sup>72</sup> Apartado III, penúltimo párrafo.

<sup>73</sup> El Tribunal Supremo parte de un criterio de flexibilidad a la hora de permitir la acumulación subjetiva. En este sentido, cumpliendo naturalmente los requisitos de los arts. 72 y 73 LEC, «lo determinante no es si existen o no diferentes relaciones jurídicas con algunos aspectos diferenciales, sino si existe una conexión entre las cuestiones controvertidas objeto de las acciones acumuladas en su aspecto fáctico con relevancia respecto de las pretensiones ejercitadas, que justifique el conocimiento conjunto de las acciones ejercitadas y evite de este modo la existencia de sentencias injustificadamente discordantes» (STS nº 564/2015, de 21 de octubre, FJ 3º).

<sup>74</sup> Dispone el precepto: «Por las entidades sin personalidad a que se refiere el número 7º del apartado 1 y el apartado 2 del artículo anterior comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros».

Cuando la acción se interpone por una entidad que representa al grupo (*acción de representación*), ésta debe revestir unas condiciones mínimas para ejercerla de forma adecuada, puesto que no obra únicamente en su propio interés y, por ello, la ley establece limitaciones en el art. 11 LEC para los intereses colectivos y para los difusos. Nos hallamos ante un supuesto de legitimación extraordinaria, atribuida por ley (art. 10 LEC, párrafo segundo), dado que se trata de una excepción a la regla general de que los derechos sólo pueden ejercerse por sus titulares.

En este sentido, para la tutela de los «intereses colectivos» reconoce legitimación a las asociaciones de consumidores constituidas conforme a lo dispuesto en el Título II TRLGDCU y, con claridad, expresa su art. 24.1, segundo párrafo, que «las asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en este título o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, sólo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores». Mayores cautelas se establecen para los «intereses difusos», legitimando el art. 11.3 LEC, en exclusiva, a las asociaciones que, conforme a la ley, sean representativas, entendiendo por tales «las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica» (art. 24.2 TRLGDCU).

En lo que se refiere a la legitimación de las entidades públicas, la nota que caracteriza a nuestro ordenamiento la constituye la heterogeneidad en su atribución, en función de los diversos textos legales y del tipo de acción colectiva que se haya ejercitado<sup>75</sup>. En lo que nos concierne, la atribución al Ministerio Fiscal se realiza en todo caso. Junto a la mención general del art. 11.5 LEC, en lo que afecta a la acción de cesación en particular<sup>76</sup>, algunas de las normas sectoriales contienen referencias explícitas<sup>77</sup>.

La LEC afirmó, respecto al cauce para la tutela de los intereses jurídicos colectivos, que «no se considera necesario un proceso o procedimiento especial y sí, en cambio, una serie de normas especiales, en los lugares oportunos»<sup>78</sup>. Este principio es discutible, particularmente en lo que se refiere a las acciones resarcitorias<sup>79</sup>. Son muchas las cuestiones que, naturalmente, plantean las

<sup>75</sup> GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. «Procesos judiciales para la tutela de los consumidores». En VV.AA. *Manual de Derecho de Consumo* (coordinado por DÍAZ ALABART, Silvia). Editorial Reus. Madrid, 2016, págs. 299 a 321. El autor distingue entre las acciones colectivas típicas (la regulación de la acción de cesación determina, de manera no uniforme, las entidades legitimadas, existiendo un núcleo a los que se le atribuye en la mayoría de los casos: la *Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición*, los órganos o entidades de las CCAA y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de la Unión Europea) y las acciones atípicas (en las que no está previsto otro listado que la norma general del art. 11 LEC).

<sup>76</sup> Junto a la acción de cesación, existen otras acciones de tipo colectivo. El ejemplo más claro lo constituye el art. 12 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación*, que nos habla de las acciones de retractación y declarativa. El art. 53 TRLGDCU, tras su modificación por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, *por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por RDL 1/2007, de 16 de noviembre*, permite acumular a la acción de cesación «siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y perjuicios que hubiese causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas».

<sup>77</sup> Junto a las menciones genéricas de los arts. 53 a 56 TRLGDCU, la legislación sectorial recoge numerosas referencias a la referida acción de cesación. Así, en materia de condiciones generales de la contratación (arts. 12 y 16 de la Ley 7/1998, de 13 de abril), contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (art. 21 de la Ley 4/2012, de 6 de julio), medicamentos y productos sanitarios (arts. 117 y 118 del RDL 1/2015, de 24 de julio), contratos de crédito al consumo (art. 36 de la Ley 26/2011, de 24 de junio), servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (arts. 30 y 31 de la Ley 34/2002, de 11 de julio) o prácticas comerciales desleales y publicidad ilícita (arts. 32 y 33 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, *de competencia desleal*, y 6.1 de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, *General de Publicidad*). No todas las normas referidas contienen referencias directas a la legitimación del Ministerio Fiscal, remitiendo a la regulación general.

<sup>78</sup> Exposición de Motivos. Apartado VII. Párrafo 5º.

<sup>79</sup> Esta es una cuestión cuyo tratamiento excede del propósito del presente trabajo. No obstante, subrayar que, para el esquema del proceso civil tradicional, la observancia del principio del justo proceso (art. 6.1 CEDH) plantea cuestiones en el ámbito de este tipo de acciones colectivas.

La LEC regula un sistema general de intervención, comunicación y de llamamiento de los perjudicados en los arts. 13.1, párrafo segundo, y 15, distinguiendo los casos de tutela de los intereses colectivos y la de los difusos.

En lo que concierne a los efectos *ultra partes* de la sentencia, el derecho comparado conoce dos sistemas: el de participación voluntaria (*opt-in*) en el que el grupo está constituido sólo por personas que activamente opten por formar parte de él; por otro, el de exclusión voluntaria (*opt-out*), en el que el grupo se compone de todos los individuos que presentan las características que lo definen, salvo que opten activamente por desmarcarse de él. En el primer modelo, la sentencia vincula a todos los que se hayan adherido, manteniendo los demás la facultad de demandar individualmente. En el segundo caso, la sentencia es vinculante para todos los que formen parte del grupo, salvo que explícitamente se hayan separado de él. Ambos sistemas presentan ventajas e

acciones colectivas y que no podemos abordar aquí. La atención de este trabajo está limitada simplemente a definir los criterios que dirigen la intervención del Ministerio Fiscal.

### 3.3.2. El interés social como guía de la intervención del Ministerio Fiscal

La intervención del Fiscal –sea como demandante, demandado o mero interviniente– no es preceptiva en todos los casos, ni tiene obligación de dictaminar sobre la legalidad cuando no sea parte (como sí sucede en otros países). Se trata de una intervención esencialmente protectora del colectivo de consumidores y usuarios.

El art. 15 LEC nos habla de que «será parte en estos procesos cuando el interés social lo justifique». Procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social forma parte de la misión que, constitucionalmente, tiene encomendado el Ministerio Público en España (art. 124.1 CE y art. 1 EOMF).

La Circular 2/2010, de 19 de noviembre, *acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios*, identifica el interés social «con el interés del Estado social de derecho, en la forma en que éste último aparece definido conforme a los principios rectores de la política social y económica contenidos en los arts. 48 a 53 de la Constitución»<sup>80</sup>. El art. 51.1 CE señala que «los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos».

La protección del consumidor no está limitada al derecho privado, sino que comporta una amplia serie de medidas que abarcan actuaciones de todo tipo (penales, administrativas, etc). El dramático efecto que puede producir en la sociedad un fraude de consumo es fácilmente perceptible. El ejemplo más conocido, en nuestro país, lo constituyó el caso del aceite de colza que examinó la Sala 2ª del TS<sup>81</sup>. Desde el plano internacional, la reciente crisis financiera nos ofreció en el caso Madoff<sup>82</sup> un ejemplo de cómo una estafa piramidal pudo pasar inadvertida a los diferentes controles institucionales con repercusión mundial.

La función del Fiscal se inserta en este abanico de medidas a desarrollar por los poderes públicos. En el concreto ámbito que nos ocupa y para el cumplimiento de dicha misión, le corresponde «intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social» (art. 3.7 EOMF). Las relaciones de consumo se encuadran, inicialmente, en un marco de derecho privado; sin embargo, la realidad de los intereses colectivos o difusos excede de ese ámbito individual privado adquiriendo una dimensión social que puede revestir mayor o menor relevancia, según los casos.

Como hemos visto, la intervención del Fiscal en el marco de la acción colectiva es relativamente frecuente en el marco iberoamericano. Desde una perspectiva crítica, se han subrayado diferentes riesgos. Por un lado, se ha estimado que el Fiscal no muestra iniciativa propia cuando se trata de una materia extraña a las preocupaciones de la justicia tradicional, que la propia estructura de la institución la hace poco proclive a la defensa de intereses dinámicos de los grupos, que es

---

inconvenientes (así lo reconoce el *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre recurso colectivo de los consumidores»*. COM[2008] 794 final [2010/C 128/18], apartado 5.1.2).

Directamente ligada a lo anterior está la cuestión de la relación entre la acción individual y la colectiva. La forma en que se estructure el sistema dará solución a cuestiones como la litispendencia, la acumulación, la cosa juzgada y la eficacia *ultra partes* de las sentencias dictadas en los procesos colectivos. Esta cuestión no ha sido pacífica. En lo que nos concierne, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE [Sala Primera] de 26 de abril de 2012, dictada en el asunto C-472/10 y de 14 de abril de 2016, dictada en los asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14), de nuestro Tribunal Constitucional (STC nº 148/2016, de 19 de septiembre, reiterada posteriormente en SSTC nº 206/2016, 207/2016, 208/2016, 209/2016, 218/2016, 221/2016, 223/2016, 3/2017 y 4/2017) y de nuestro Tribunal Supremo (STS nº 367/2017, de 17 de mayo, y las que en ella se citan) han reseñado que la acción colectiva no supone necesariamente la exclusión de la acción individual.

Finalmente, en lo que concierne a la ejecución, pese a la regulación del incidente del art. 519 LEC (que señala, en su último párrafo, que «el Fiscal podrá instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados»), la ausencia de un sistema estructurado de ejecución colectiva ocasiona no pocas dificultades prácticas, particularmente cuando se trata de tutela de intereses difusos.

<sup>80</sup> Apartado II.

<sup>81</sup> Sentencia de 23 de abril de 1992, rec. 3654/1992.

<sup>82</sup> *United States v. Bernard L. Madoff*. United States District Court, Southern District of New York (June 29, 2009).

discutible su independencia debido a la jerárquización y a las posibles interferencias políticas y, finalmente, que adolece de falta de especialización y de medios<sup>83</sup>.

La experiencia brasileña ha demostrado que este panorama de ineficacia no corresponde a la realidad; sin embargo, por otro lado, también se ha subrayado el papel predominante y monopolístico a que puede abocar la solución contraria. Se entiende que puede existir un déficit democrático en la medida en que los miembros del Ministerio Fiscal son empleados públicos y no funcionarios electos, los posibles riesgos de abuso de poder y ejercicio de acciones colectivas como medio de asegurarse una publicidad personal por parte del funcionario actuante, el hecho de que «en última instancia, las asociaciones son las protectoras de los derechos de grupo por excelencia y sería políticamente erróneo colocar esta responsabilidad exclusivamente en los hombros de los funcionarios públicos» (sólo sería manifestación de una «sociedad apática y desorganizada»<sup>84</sup>).

Desde mi perspectiva, considero que lo verdaderamente importante consiste en evitar las situaciones de abuso en las relaciones de consumo y facilitar el acceso a la justicia. Las ventajas de la acción colectiva son conocidas y radican en constituir un instrumento eficiente que concentre en una acción judicial las cuestiones que, de otra forma, difícilmente habrían llegado a los tribunales, bien por desinterés ante las pequeñas cuantías monetarias, bien por las dificultades que entrañan los costes y la complejidad del proceso, bien por la situación de desequilibrio del consumidor respecto a las empresas demandadas, etc.

Un sistema que combine la actuación de las asociaciones y la de los poderes públicos puede ser la más positiva. No es cierto que un sistema que únicamente contemple la iniciativa de las asociaciones sea necesariamente mejor<sup>85</sup>. La eficacia depende de una pluralidad de factores como la legislación procesal, la cultura de ejercicio de este tipo de acciones y la concreta actuación desplegada por cada uno de los potenciales actores<sup>86</sup>.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2016<sup>87</sup> señala que, aunque «los procedimientos relativos a esta materia tienen una representatividad muy baja dentro del total de procedimientos del orden civil, la defensa de consumidores y usuarios es una materia en constante crecimiento en las Fiscalías con el esfuerzo que ello conlleva, toda vez que las secciones que se han hecho cargo de estos nuevos procedimientos, en ocasiones macro procedimientos, han acometido esta nueva materia con los mismos recursos materiales y personales que contaban para atender al resto de materias de esta jurisdicción, sin mermar en su atención, gracias a un esfuerzo digno de atención». En su texto se da cuenta de la intervención del Fiscal en varios procedimientos de gran trascendencia y concluye señalando que «la intervención activa y eficaz de las Fiscalías en esta materia exige aumentar los recursos de toda índole que facilitarían, además, el grado de especialización que la misma requiere».

El Ministerio Fiscal, por sus principios de legalidad e imparcialidad, así como por su implantación estatal y su actuación cotidiana en los Tribunales, es una institución que puede jugar un

<sup>83</sup> En este sentido, CAPPELLETTI, Mauro. «La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile)». En: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 27 N° 3, Juillet-septembre 1975. pp. 571-597 (en particular, págs. 576 a 580).

<sup>84</sup> GIDI, Antonio. *Las acciones... cit.*, págs. 88 a 91.

<sup>85</sup> El ejemplo francés es buena muestra de ello. En un informe registrado en la Asamblea Nacional el 19 de octubre de 2016 (*Rapport d'information déposé en application de l'article 145-7 du Règlement par la Commission des Affaires Économiques sur la mise en application de la Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et présenté par M. DAMIEN ABAD et M. PHILIPPE KEMEL, Députés*) se recogía el balance de acciones colectivas presentadas entre los años 2014 y 2016, con un total de 8. El informe reconoce que la cifra es muy modesta y señala, como causas de ello, que las condiciones para el ejercicio son muy restrictivas debido a que las asociaciones certificadas son poco numerosas y sólo dos de ellas disponen de medios y de notoriedad suficiente para realizar esta labor con eficacia, el procedimiento es largo y engorroso, la cuantificación de los daños y perjuicios está plagada de dificultades, la desacreditación de la acción de grupo y la competencia con otros tipos de procedimientos, la cautela con la que los tribunales se acercan a este nuevo procedimiento, págs. 15 a 20.

<sup>86</sup> Críticamente, Fernández Seijo señala –refiriéndose a la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas–: «Las lagunas legales detectadas en el ordenamiento jurídico español, la falta de madurez de algunas asociaciones de consumidores a la hora de afrontar los procedimientos judiciales y la dejación de muchos organismos públicos en principio legitimados para el ejercicio de las acciones colectivas, ha determinado que en muchas ocasiones hayan sido los particulares los que, por medio de acciones individuales, han planteado la eliminación de las cláusulas abusivas de los contratos por ellos firmado bien por vía de acciones de nulidad por abusividad, bien por vía reconvenzional ante una reclamación efectuada por el proponente de las condiciones». (FERNÁNDEZ SEIJO, José-María. *La tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales*. Ed. Bosch, S.A. Barcelona, 2017, págs. 65 y 66.)

<sup>87</sup> Págs. 782 y ss.

extraordinario papel en la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios<sup>88</sup>. Otro de los extremos dignos de mención es la facultad de recabar información que suponen las diligencias preprocesales reguladas en el art. 5 EOMF.

### 4. Apunte final

A lo largo de estas páginas, hemos tratado de analizar el fundamento de la intervención del Fiscal en la materia de protección de los derechos de los consumidores y usuarios. La amplitud del art. 11.5 («cualquier acción») debe contrastarse con el marco de la acción individual y de la colectiva. La primera guarda relación con la existencia de personas que presentan particulares circunstancias de vulnerabilidad que pueden dar lugar a situaciones de efectiva indefensión. La intervención del Fiscal aquí se justifica en la medida en que, en atención a la importancia de los bienes o servicios, no actuar supondría serio perjuicio a la persona afectada. En el caso de la acción colectiva, el fundamento radica en la propia misión constitucional del Ministerio Público de procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social.

Ambos casos tienen en común su conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva, dado que se trata de mecanismos destinados a favorecer el acceso a los tribunales. También los dos tienen un aspecto común a desarrollar: la necesidad de establecer vías que permitan la recepción oficial de la información atinente a los casos<sup>89</sup>. Junto con la comunicación de los asuntos por parte de los tribunales que disciplina el art. 15 LEC en los casos de acción colectiva, es necesaria una mayor coordinación, tanto con los distintos recursos públicos como con las asociaciones de afectados. La propia experiencia con otras funciones de protección jurídica y la evolución observada en otros países avalan dicha conclusión.

Aunque las dos funciones descritas revisten su importancia, es en el marco de la tutela de los intereses colectivos y difusos donde mayores dificultades se presentan. Las deficiencias de la normativa procesal han sido repetidamente denunciadas. A lo anterior, se suma tanto la ausencia de una dotación suficiente en materia de recursos humanos y materiales, como la amplitud de las materias que deben ser objeto de atención, lo que redundará directamente en las necesidades de formación.

A pesar del panorama descrito, la introducción del Fiscal en el conjunto de entidades legitimadas para el ejercicio de la acción de representación es común en el marco iberoamericano y está llamada a desempeñar un importante papel en el futuro.

### 5. Referencias Bibliográficas

BRETAL VÁZQUEZ, José Manuel. «La actividad del Consejo de Europa en el ámbito de la protección del consumidor». *Revista de Administración Pública*. Nº 90, 1979, págs. 327-352.

BUJOSA VADELL, Lorenzo M. «La posición del juez en el código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica». *Actas del XI Encuentro de Latinoamericanistas españoles. La Comunidad Iberoamericana de Naciones*, Tordesillas, 26 a 28 de mayo de 2005, CEEIB, 2005, (I.S.B.N.: 84-89743-38-X), págs. 76-105. Publicado también en *VI Congreso Venezolano de Derecho Procesal (Ponencias)*, San Cristóbal, Venezuela, 2005, págs. 350-399 y en *Ámbito Jurídico*, Rio Grande, 23, 30/11/2005 [Internet]. Disponible en: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=281](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=281)

CAPPELLETTI, Mauro. «La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile)». En: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 27 Nº 3, Juillet-septembre 1975. págs. 571-597

COROMINAS BACH, Sergi. *La legitimación activa en las acciones colectivas*. Tesis doctoral. Universitat de Girona, 2015.

DEFENSOR DEL PUEBLO. *Estudio sobre participaciones preferentes*. Madrid, marzo de 2013.

<sup>88</sup> La «mejor posicionada para defender ese interés público», conforme a lo previsto en el art. 51.1 CE, señala la Memoria de 2015 (pág. 732).

<sup>89</sup> Expresamente se refiere a ello la Memoria de 2015, página 732, referido a la acción colectiva.

- ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire. «La base jurídico constitucional de la protección de los consumidores en la Unión Europea». *Revista de Derecho Político*, nº 70, 2007, págs 225-254.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José-María. *La tutela de los consumidores en los procedimientos judiciales*. Ed. Bosch, S.A. Barcelona, 2017.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. «Procesos judiciales para la tutela de los consumidores». En VV.AA. *Manual de Derecho de Consumo* (coordinado por DÍAZ ALABART, Silvia). Editorial Reus. Madrid, 2016, págs. 299 a 321.
- GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2004.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. «El Fiscal en los inicios del constitucionalismo español». *Revista de derecho político*, ISSN 0210-7562, nº 83, 2012 (Ejemplar dedicado a: La Constitución Española de 1812 [2]), págs. 335-358.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María-Dolores. *Consumidor vulnerable*. Ed. Reus. Madrid, 2015.
- HUALDE MANSO, Teresa. *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de Consumo europeo*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016.
- KENNEDY, J.F. *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*, March 15, 1962 (Disponible en Internet: <https://www.jfklibrary.org/Asset-Viewer/Archives/JFKPOF-037-028.aspx>).
- LASARTE, Carlos. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. 8ª edición. Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2016
- MANRESA Y NAVARRO, Jose-María/REUS Y GARCÍA, José. *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*. Tomo V. Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, 1868.
- MEIRA LOURENÇO, Paula. «Experiência em Portugal» en *Public hearing on a horizontal instrument for collective redress in Europe?* Brussels - 12.07.2011. Disponible en Internet:<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110714ATT24016/20110714ATT24016EN.pdf>
- MOLLAT, Michel. *Les pauvres au Moyen Age: étude sociale*. Ed. Hachette. 1976, pág. 176
- OVALLE FAVELA, José. «Legitimación en las acciones colectivas». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Volumen 46, nueva serie, año XLVI, núm. 138, septiembre-diciembre 2013, págs. 1057-1092.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. *Las «acciones colectivas» en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*. Ed. tirant lo blanch. Valencia, 2014.
- TARUFFO, Michele. «Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective». En *Duke Journal of Comparative & International Law* (2001), págs. 405-422. Disponible en Internet: <http://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol11/iss2/12>
- TULIBACKA, Magdalena. «Country reports: Poland». En *Focus on Collective Redress*. British Institute of International and Comparative Law. Disponible en Internet: <https://www.collectivere-dress.org/collective-redress/member-states>
- VAN DER HEIJDEN, M.-J. (2010). «Class Actions/les actions collectives». *Electronic Journal of Comparative Law*, 14.3. Disponible en Internet: <http://www.ejcl.org/143/art143-18.pdf>
- VIITANEN, Klaus. «Nordic Group Actions: First Experiences and Future Challenges». En *Consumatori, Diritti e Mercato*, numero 1/2010. *Argomenti*, págs. 119 a 133.

# La ejecución de las acciones colectivas-masa

## Comentario al auto de la sección primera de la audiencia provincial de Córdoba de 22 de diciembre de 2014. Asunto gas natural Andalucía

Autor: Fernando Santos Urbaneja  
Fiscalía Provincial de Córdoba

### Resumen

*Respecto de las «acciones colectivas-masa», esto es, aquellas que se ejercitan en interés de decenas o cientos de miles de afectados (telefonía, productos bancarios, energía, etc...), la Ley de Enjuiciamiento Civil regula solamente una restringida legitimación para ejercitarlas (Art 11) o para intervenir en los procesos derivados de su ejercicio (Art. 15), así como el procedimiento para su enjuiciamiento (juicio verbal), pero nada más.*

*Incluso, cuando una vez finalizada la fase declarativa hay que encarar la ejecución de la sentencia condenatoria, la Ley de Enjuiciamiento Civil reconduce la misma dejándola a la iniciativa particular.*

*Carece de sentido que a una acción colectiva no le siga una «ejecución colectiva».*

*Se precisa de modo urgente una iniciativa legislativa que aborde esta cuestión.*

*Mientras tanto y, en cierto modo adelantando la reforma, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba en Auto de fecha 22 de Diciembre de 2014 (Pte. Sr. Vela Torres) recaído en el asunto «Gas Natural Andalucía» ha establecido una doctrina y criterios que merecen ser comentados y tenidos en cuenta los cuales son objeto de explicación y examen en este trabajo.*

### 1. Planteamiento

Respecto de las «acciones colectivas-masa», esto es, aquellas que se ejercitan en interés de decenas o cientos de miles de afectados (telefonía, productos bancarios, energía, etc...), la Ley de Enjuiciamiento Civil regula solamente una restringida legitimación para ejercitarlas (Art. 11) o para intervenir en los procesos derivados de su ejercicio (Art. 15), así como el procedimiento para su enjuiciamiento (juicio verbal), pero nada más.

Incluso, cuando una vez finalizada la fase declarativa hay que encarar la ejecución de la sentencia condenatoria, la Ley de Enjuiciamiento Civil reconduce la misma dejándola a la iniciativa particular.

Así en el Art. 519 contempla la denominada «Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados» en los siguientes términos:

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

Esta solución se juzga totalmente contraria a la finalidad de este tipo de procesos pues, a la postre, la bondad y eficacia de la acción colectiva viene a quedar neutralizada por la exigencia de actuación individual para obtener la ejecución.

Si tenemos en cuenta que el perjuicio causado por este tipo de prácticas, aún siendo globalmente muy elevado, particularmente es pequeño, los afectados se encontrarán faltos de motivación «económica» para instar el procedimiento de ejecución.

***En suma; Carece de sentido que a una acción colectiva no le siga una «ejecución colectiva».***

Esta objeción no pasó inadvertida al legislador el cual, en el año 2011 (Ley 16/2011 de 24 de Junio) introdujo en el Art. 519 un nuevo párrafo con el siguiente tenor:

«El Ministerio Fiscal podrá instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados».

De este modo se contempla, ya de modo expreso, la existencia de una ejecución colectiva a instancia del Ministerio Fiscal y, en mi opinión por análoga aplicación del precepto, a instancia de cualquiera de los legalmente legitimados para ejercitar este tipo de acciones.

Pero con la legitimación no basta. Este modo de ejecución plantea un buen número de problemas que es preciso regular pues de otro modo no resultará viable ni efectiva.

Se precisa de modo urgente una iniciativa legislativa que aborde esta cuestión.

En el año 2012 elaboré el estudio titulado «Urge una Ley de Acciones Colectivas para la Defensa de Consumidores y Usuarios».

Este trabajo contiene un conjunto de propuestas que, junto a otras elaboradas por algunas Asociaciones de Consumidores y Usuarios, fueron remitidas por el Consejo Nacional de Consumo a los distintos Grupos Parlamentarios.

Hasta ahora han sido trasladadas como mucha timidez a los textos legales.

Mientras tanto y, en cierto modo adelantando la reforma, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba en Auto de fecha 22 de Diciembre de 2014 (Pte. Sr. Vela Torres) recaído en el asunto «Gas Natural Andalucía» ha establecido una doctrina y criterios que merecen ser comentados y tenidos en cuenta

## 2. Asunto gas natural Andalucía – síntesis del asunto

### 2.1. Fase declarativa

En Marzo de 2003, pocos meses después de que 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 modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto el Art. 11, atribuyese al Ministerio Fiscal legitimación para entablar demanda promoviendo la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, la Fiscalía de Córdoba interpuso demanda contra «Gas Natural Andalucía S.A.» solicitando se declarase la nulidad y la eliminación de los contratos de suministro de dos cláusulas (una referida a los derechos de alta y otra al uso de instalaciones receptoras comunes) por considerarlas abusivas, al tiempo que se pedía la restitución a los usuarios de las cantidades indebidamente cobradas por estos conceptos.

Se trataba de la primera demanda colectiva-masa interpuesta por el Ministerio Fiscal español, sin que existiesen precedentes de cualquier otra interpuesta por el Ministerio Público en Europa.

Correspondió el conocimiento de la demanda al Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Córdoba a través del Juicio Declarativo Verbal nº 577/2003 en el que se dio la oportunidad y compareció posteriormente como parte codemandante el Excmo. Ayuntamiento de Córdoba (Servicio Municipal de Consumo)

Con fecha 28 de Julio de 2003 el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Córdoba dictó Sentencia cuyo fallo establece:

«Que estimando sustancialmente la demanda inicial de estos autos, deducida por el Ministerio Fiscal, interviniendo como parte codemandante el Excmo. Ayuntamiento de Córdoba, contra la compañía mercantil «Gas Natural Andalucía S.A.», representada por la Procuradora Sra. León Clavería, debo declarar y declaro que, en tanto no sean autorizadas y reguladas administrativamente, las siguientes cláusulas utilizadas por la demandada en sus pólizas de abono para suministro de gas, son abusivas y por tanto nulas, debiendo tener por no puestas:

a) La cláusula incluida como «condición especial» en la póliza cuyo tenor literal es el siguiente: «*El usuario abonará a la empresa la cantidad XX como derechos de alta que corresponden a los costes generados por costes administrativos derivados de la contratación y a los de la revisión de las instalaciones interiores previa a la conexión del servicio*».

b) La cláusula incluida en el anexo a la póliza cuyo tenor literal es el siguiente: «El cliente deberá abonar a Gas Andalucía S.A., como contraprestación por el uso y utilización de las instalaciones receptoras comunes de gas del edificio, la suma anual de XX, que se incrementará o disminuirá anualmente en los mismo términos en que varíe el I.P.C. general, tomándose como referencia el año XX.

Esta cantidad se facturará bimestral o cuatrimestralmente junto con el recibo por suministro de gas» Condenando a la empresa demandada a estar y pasar por dicha declaración y a eliminar de sus contratos las mencionadas cláusulas, así como a reintegrar a los usuarios que han suscrito contratos en los que figuran las mismas, las cantidades que en su aplicación han sido indebidamente cobradas; a cuyo efecto se ordena la publicación del fallo de esta resolución, a costa de la demandada y una vez que sea firme, en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, a fin de que los interesados puedan actuar conforme previene el artículo 519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Condenando igualmente a la demandada al pago de las costas».

Dicha Sentencia fue recurrida en apelación por la representación legal de la Compañía «GAS NATURAL ANDALUCÍA S.A.» correspondiendo el conocimiento del recurso a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba que, en virtud de sentencia de fecha 25 de Febrero de 2004, resolvió desestimar el recurso de apelación confirmando en su integridad la sentencia de instancia. Con fecha de 13 de Abril de 2004 se interpuso por parte de la representación legal de la Compañía «GAS NATURAL ANDALUCÍA S.A.» recurso de casación.

En virtud de Providencia de fecha 5 de Mayo de 2004 se tuvo por interpuesto dicho recurso acordándose remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Con fecha de 24 de Mayo de 2004 la representación de «GAS NATURAL ANDALUCÍA S.A.» se personó ante el Alto Tribunal en calidad de recurrente y, a su vez, el día 26 de Julio de 2007, presentó escrito comunicando el desistimiento del recurso al tiempo que solicitaba el archivo de las actuaciones.

Con fecha de 25 de Septiembre de 2007 la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó Auto por el que acuerda tener por desistido a GAS NATURAL ANDALUCÍA, declarando la firmeza de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Córdoba de fecha 28 de Julio de 2003 recaída en autos de Juicio Verbal nº 577/2003.

## 2.2. Fase de ejecución

Con fecha 15 de Noviembre de 2007 por el Fiscal instó demanda de ejecución de la Sentencia ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Córdoba en la que se solicitaba:

**Primero:** Tenga por despachada ejecución contra la Compañía «GAS NATURAL DE ANDALUCÍA S.A.» al objeto de dar cumplimiento a lo resuelto en virtud de Sentencia de este Juzgado de fecha 28 de Julio de 2003

**Segundo:** Que en aplicación de lo dispuesto en el art. 328 de la LEC se requiera a la representación legal de la Compañía GAS NATURAL DE ANDALUCÍA S.A.» para que facilite al Juzgado:

- a) El listado de usuarios a los que se ha cobrado indebidamente por las cláusulas declaradas nulas, haciendo constar, en cada caso, quienes continúan siendo abonados en la actualidad y quienes han causado baja.
- b) La cantidad indebidamente cobrada a cada uno de ellos, con el límite del día 19 de Julio de 2004 en cuanto a los «derechos de alta».

En cuanto la «cuota de uso de instalación receptora común», sólo para el caso de que la empresa acredite haber acordado el cobro del precio en contrato privado con el usuario, la fecha límite sería el día 4 de Agosto de 2005. En otro caso el ámbito temporal se extendería hasta el último día en que se ha cobrado indebidamente por dicho concepto.

**Tercero:** Que tras los oportunos trámites legales se dicte Auto en el que, teniendo en cuenta las bases establecidas en la Sentencia, se individualice e identifique a los usuarios afectados por la misma y se cuantifique en cada caso la cantidad indebidamente cobrada por la Compañía «GAS NATURAL ANDALUCÍA S.A.».

**Cuarto:** En el caso de los beneficiarios que en la actualidad sigan siendo usuarios de la Compañía GAS NATURAL ANDALUCÍA S.A. se solicita que se acuerde el pago por compensación en el próximo o sucesivos recibos hasta completar la cantidad adeuda por la Compañía a estos usuarios, en aplicación de lo dispuesto en el art. 1156 y 1196 y concordantes del C. Civil.

Ello no sería de aplicación a aquellos usuarios respecto de los cuales la Compañía acredite haber procedido ya a la devolución total de lo indebidamente cobrado.

**Quinto:** En el caso de aquellos usuarios que hayan causado baja en la Compañía, se solicita se les facilite testimonio del Auto para que puedan instar la ejecución conforme a lo previsto en el Art. 519 de la LEC.

A partir de este momento se inició un dilatado y tortuoso procedimiento de ejecución, con constantes recursos planteados por la compañía ejecutada que dieron lugar a otras tantas sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, la cual, en ausencia de previsión legal, fue fijando los criterios de ejecución.

Dicha labor culminó con el Auto de la Sección Primera, de 22 de Diciembre de 2014 que, en buena parte resume su precedente doctrina y encauza de modo definitivo la ejecución de la acción colectiva-masa.

### 3. Doctrina auto de 22 de diciembre de 2014 de la sección primera de la Audiencia Provincial de Córdoba

Sobre los siguientes aspectos:

1. Afirmación de la ejecución colectiva-masa
2. Llamada a la flexibilidad en la interpretación de las normas, para facilitar la ejecución.
3. Sobre el deber de colaboración de la compañía ejecutada
4. Aplicación de las normas generales y particulares sobre valoración de la prueba.
5. Búsqueda de fórmulas eficaces de pago o devolución.
6. Sobre destino de cantidades debidas cuando no es posible hacerlas llegar a los beneficiarios de las mismas
7. Sobre gastos de ejecución
8. Sobre costas

#### 3.1. Afirmación de la ejecución colectiva-masa

La Sala se encuentra con la literalidad del art. 519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, como se ha puesto de relieve, solo contempla la ejecución a solicitud de «uno o varios interesados».

La Sala supera la literalidad del precepto y da cauce a la ejecución colectiva.

En el concreto caso de Gas Natural, la ejecución se instó conjuntamente por el Fiscal y la Asociación de Defensa de Consumidores iEa!

Destaca el Tribunal lo nocivo que sería «**diferir su determinación a una reclamación individual**»

Señala la Sala en el FUNDAMENTO JURÍDICO SEGUNDO del Auto:

«Aunque el artículo 519 LEC literalmente haga referencia a la 'solicitud de uno o varios interesados' para que pueda iniciarse el procedimiento ejecutivo de reconocimiento de la condición de beneficiarios de la condena, para aquellos supuestos en que la sentencia no hubiese determinado los

consumidores o usuarios individuales beneficiados, ello no es óbice para que pueda instarse dicho reconocimiento por las asociaciones de consumidores y usuarios.

...//...

La solución de diferir su determinación a una reclamación individual posterior no es satisfactoria, puesto que supondría retrotraerse a fases de la ejecución ya laboriosamente superadas y a incentivar la actitud claramente obstructiva de la condenada, que ya se ha puesto de manifiesto en numerosas resoluciones de esta misma Audiencia Provincial y que se manifiesta por el simple hecho de que, entre unas cosas y otras, diez años después todavía no ha devuelto la totalidad de lo indebidamente cobrado («*re ipsa loquita*»), cuando era ella quien disponía de todas las claves para haberlo hecho.

Como dice la Circular 2/2010 de la Fiscalía General del Estado, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil, para la protección de los consumidores y usuarios,

«Las llamadas acciones colectivas no pretenden proteger tan sólo los derechos subjetivos de cada afectado por una conducta de origen profesional o empresarial; no constituyen, por tanto, una mera acumulación de acciones individuales, sino que tienen la finalidad de reaccionar frente a conductas ilícitas que pueden lesionar a una pluralidad de consumidores, siendo su propósito último evitar la extensión del perjuicio y disuadir de la realización en lo sucesivo de comportamientos lesivos similares en detrimento del conjunto de los consumidores.

Asimismo, estas acciones sin duda facilitan el acceso a la justicia de los pequeños demandantes, mejoran la protección jurídica de los intereses de los ausentes, garantizan la eficiencia y la economía procesales al evitar la proliferación de procedimientos con un mismo objeto y avalan la homogeneidad de las resoluciones respecto de toda la colectividad de perjudicados».

*Es decir, no tendría sentido volver a fraccionar e individualizar lo que hasta ahora se ha tramitado y resuelto colectivamente.*

### **3.2. Llamada a la flexibilidad en la interpretación de las normas, para facilitar la ejecución**

La flexibilidad en la interpretación de las normas con criterio favorable al consumidor encuentra justificación al máximo nivel en la Constitución, en concreto en el Art. 51-1 que dispone:

«Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos».

Resulta muy esclarecedor y un gran acierto que la Sala coloque en el frontispicio de su argumentación el conocido como «caso de la colza».

Se trata de un caso penal pero, a la postre, el Juez Penal tenía que enfrentarse a la ejecución civil de una condena con múltiples afectados.

Entonces, como hoy, no había previsión legal para este tipo de ejecución.

Al resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 26 de Septiembre de 1997, establece una doctrina muy esclarecedora:

El Auto de Córdoba reproduce literalmente un párrafo de la citada Sentencia.

Así;

El FUNDAMENTO JURÍDICO SEGUNDO del Auto señala:

*El criterio interpretativo a favor de una flexibilización de las normas procesales en aras de la tutela judicial efectiva en esta clase de acciones ha sido reconocido por nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala Segunda de 26 de septiembre de 1997 (afectados por el aceite de colza), cuando ese Tribunal señalaba que:*

«Las dificultades de aplicar la legislación positiva, en casos en los que no está específicamente contemplado el problema a resolver «no es óbice para que los Tribunales de Justicia traten de llegar con los medios interpretativos y de otra índole a su alcance, sin invadir, eso sí, otras áreas que le son ajenas, como la legislativa, a completar las normas que estén incompletas o poco desarrolladas y conseguir así una justicia distributiva y de restitución a cada individuo de sus derechos conculcados, aunque sea a través de unas acciones procesales que si bien puedan no tener encaje procesal muy

adecuado por falta de algunas formalidades, revelan un contenido beneficioso y de equidad en lo pretendidos, sin ofender por eso la inflexibilidad (muchas veces más aparente que real) de las normas del procedimiento».

### 3.3. Sobre el deber de colaboración de la compañía ejecutada

La naturaleza de estos asuntos hace que la documentación con que fundamentar la pretensión y, en su caso, la ejecución, se encuentre en poder de la entidad a quien se pretende demandar o, en su caso, ejecutar.

El deber de colaboración aparece formulado:

- En los Arts. 328ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- De modo expreso en materia de protección de consumidores, en el Art. 256.1.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La experiencia nos enseña que las entidades no dan precisamente facilidades para la entrega de este tipo de información.

Suele alegarse para oponer la entrega; La defensa de intereses de terceros (Ley de Protección de datos): La defensa de la competencia (Ley de Defensa de la competencia), etc...

Sería bueno que un precepto legal recogiese de modo expreso la no oponibilidad de estas excepciones cuando concurren con el prevalente interés que representa la defensa y protección de los consumidores (Art. 51 C.E.)

Por su parte, la Sala, en el Auto, dice:

«Debemos añadir que, como también venimos ya resolviendo con reiteración en múltiples autos dictados en ejecución de esta misma sentencia, existe un deber de colaboración en la ejecución por parte de la empresa condenada, a fin de facilitar el cumplimiento de la sentencia estimatoria de la acción colectiva, por aplicación aunque sea analógica de los artículos 256.1.6 y 328 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 217.7 de la misma Ley, ya que por una simple cuestión de disponibilidad y facilidad probatoria dicha empresa es quien contará con más datos sobre la identidad de los consumidores afectados y el importe de las cantidades que fueron indebidamente cobradas, que los ejecutantes (Ministerio Fiscal, Asociaciones de consumidores, organismos públicos o consumidores individuales) no pueden conocer en toda su dimensión.

### 3.4. Aplicación de las normas generales y particulares sobre valoración de la prueba

Llegados a este punto de la argumentación se habrá podido comprobar ya la dificultad de este modo de ejecución.

Ahora no se trata de «obtener los elementos de prueba» (fundamentalmente documentos), sino de valorar la misma.

En lo tocante a la valoración de la prueba existen:

Las normas generales:

Como las contenidas en el Código Civil sobre interpretación de los contratos (Arts. 1281 a 1289)

Las contenidas en leyes reguladoras de contratos concretos como el contrato de seguro (Ley 50/1980 de 8 de Octubre)

Las contenidas en la Ley 7/1998 de 13 de Abril, de Condiciones Generales de la Contratación.

Las contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil

- Sobre buena fe procesal (Art. 247-1)
- Sobre disponibilidad y facilidad probatoria de las partes (Art. 217-7)

Las normas particulares aplicables a los consumidores:

El consumidor es persona vulnerable en relación con las entidades y empresas.

Esta situación de desvalimiento ha hecho que la legislación pretenda dotarle de una posición reforzada.

En este sentido resulta de especial interés lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias.

En caso Gas Natural Andalucía, en lo tocante a la determinación de las cantidades adeudadas, la Sala acude a los criterios generales de valoración de la prueba.

Así en el FUNDAMENTO JURÍDICO TERCERO del Auto, señala:

**El problema primordial respecto de la determinación de cantidades a reintegrar es la fiabilidad de los cálculos efectuados**, puesto que tanto la asociación ejecutante como la empresa ejecutada aportan sendos informes periciales sobre el método de cálculo que resultan contradictorios, si bien **la parte ejecutada no llega a proponer una cuantificación de las sumas debidas a cada beneficiario, sino que únicamente discute la fiabilidad del cálculo efectuado por la asociación ejecutante.**

Por ello, **a falta de una propuesta realmente alternativa o contradictoria, ya que la deudora debería haber ofrecido específicamente las cantidades que, según su criterio, deben abonarse, en vez de limitarse a poner en cuestión las conclusiones de la parte ejecutante** (esa es claramente la intención legislativa, según se desprende de los artículos 335 a 338 y 715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), **debe otorgarse valor probatorio al informe del perito de la ejecutante, con las matizaciones que a continuación se expondrán.**

### 3.5. Búsqueda de fórmulas eficaces de pago o devolución

Es este un problema crucial de las acciones colectivas-masa.

Una vez que tenemos identificados a los beneficiarios y determinada la cantidad que individualmente pertenece a cada uno de ellos, surge la pregunta:

¿Cómo se les hace llegar el dinero?

La cuestión es muy distinta:

*A.- En caso de servicios que se prestan de modo continuo y se facturan periódicamente*

Por ejemplo: Luz, gas, teléfono, etc...

1.- Si los beneficiarios de la sentencia siguen siendo clientes de la compañía que tiene que pagar o devolver el dinero.

En estos casos caben dos opciones:

- Pago por compensación con recibos futuros. Esto es no se cobrarán las facturas futuras hasta el completar el pago de la deuda.
- Pago mediante ingreso directo y único por la totalidad adeuda en la cuenta donde el cliente tiene domiciliado el pago del servicio.

2.- Si los beneficiarios de la sentencia ya no son clientes de la compañía que tiene que pagar o devolver el dinero.

El órgano judicial tendrá que arbitrar todo un sistema de pago.

Los Juzgados no están preparados para este modo de ejecución. No cuentan ni con medios materiales ni con tiempo para atenderla.

Deberían preverse legalmente la existencia de órganos auxiliares de la ejecución colectiva masa. El modelo puede ser «La Administración Concursal». En este caso se trataría de Unidades de Administración de la Ejecución Colectiva.

También cabría encomendar la ejecución a los organismos públicos con competencia en materia de protección de consumidores (Oficinas de Consumo).

De otro modo, la ejecución está abocada al fracaso, limitada a los escasísimos beneficiarios que acudirían al Juzgado a instar la ejecución individual de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 519 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### **En el caso Gas Natural Andalucía se daba una doble situación:**

#### a) Beneficiarios de la sentencia que seguían siendo clientes

En este caso la Sala ordena el pago directo por Gas Natural Andalucía en plazo de tres meses, por el importe completo de la cantidad adeudada.

#### **A. Respecto de aquellos clientes que todavía mantengan vinculación contractual con la ejecutada y tengan domiciliado bancarlamente el pago de sus recibos, «Gas Natural Andalucía, S.A.»**

Deberá ingresarles **directamente en la cuenta bancaria de domiciliación** la cantidad debida y calculada conforme a los parámetros expuestos, **en el plazo máximo de tres meses desde la fecha de esta resolución, justificándolo documentalmente ante el Juzgado;**

#### b) Beneficiarios de la sentencia que ya no seguían siendo clientes

En este caso encomienda a la Asociación de Defensa de los consumidores, personada en el procedimiento, la búsqueda, localización y pago de aquellos beneficiarios que ya no eran clientes

#### **B. Respecto de los clientes que ya no tengan contrato en vigor o no tengan domiciliado el pago**

Deberá ingresar en el mismo plazo la suma de tales cantidades en la cuenta bancaria que designe la asociación de consumidores y usuarios ejecutante, quien se encargará del abono a cada uno de los beneficiarios en el plazo de seis meses desde la fecha del ingreso;

De no proceder así la ejecutada, se embargarán sus bienes en cuantía suficiente, sin más excusa, dilación ni pretexto.

Transcurrido el indicado plazo de seis meses, la asociación «Ea» deberá rendir cuenta justificada al Juzgado de todos los pagos efectuados, con su correspondiente soporte documental, conforme a los artículos 1.720 del Código Civil y, analógicamente, 263 del Código de Comercio;

#### *B.- En caso de servicios puntuales*

No cabe la compensación en recibos futuros.

Cabría la opción de ordenar el pago/devolución directa si las Compañías conservasen los datos bancarios de los clientes.

Subsidiariamente, cabría solicitar la colaboración con los Juzgados de las Oficinas de Consumo, organismos públicos dependientes tanto de la Administración Local como Autonómica.

En último lugar quedaría la opción de instar individualmente la ejecución al amparo del Art. 519 LEC.

Esta es una opción más viable cuando la cantidad debida es de mucha cuantía (cláusulas suelo, participaciones preferentes, fraudes dispositivos vehículos, etc....

Precisamente, este nuevo fenómeno de la existencia de múltiples afectados que pueden reclamar a una entidad o empresa una apreciable cantidad de dinero, ha hecho propiciado la aparición de grandes despachos de Abogados especializados en atraer decenas de miles de reclamaciones e instar en los Juzgados la ejecución miles de ejecuciones individuales dimanantes de sentencias condenatorias conseguidas por otros (Asociaciones de Consumidores, etc..) en ejercicio de acciones colectivas.

Esto supone un colapso de los Juzgados y un elevadísimo gasto en «costas» de las compañías o entidades ejecutadas, razón por la cual algunas de ellas, ante una sentencia adversa, han optado por el pago directo a los clientes, como ha ocurrido en el caso de las acciones a bolsa de BANKIA.

### **3.6. Sobre destino de cantidades debidas cuando no es posible hacerlas llegar a los beneficiarios de las mismas**

En los casos de acciones colectivas-masa, existe un porcentaje no despreciable de casos en los que no va a resultar posible localizar al beneficiario de la sentencia ya sea por cambio de domicilio, cambio de país, fallecimiento, etc...

Se plantea entonces qué hacer con este dinero.

La opinión más generalizada es que se entregue a las Asociaciones y organismos dedicados a la defensa de los consumidores.

En el caso de Gas Natural Andalucía, la Sala adopta otra solución:

En el FUNDAMENTO JURÍDICO SEXTO establece:

Las cantidades que dicha asociación no haya podido abonar, por imposibilidad de localización de los beneficiarios, fallecimiento de los mismos, o cualquier otra causa, deberá ingresarlas en la cuenta de depósitos y consignaciones del juzgado, donde quedarán a disposición de los interesados hasta que transcurra el plazo para su transferencia a la cuenta de fondos provisionalmente abandonados, en los términos del artículo 14 del Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores.

### **3.7. Sobre gastos de ejecución**

Resulta obvio que los gastos de ejecución sean sufragados por la entidad o compañía ejecutada.

Así lo establece el Auto de la Audiencia de Córdoba:

Los gastos que dicha gestión origine a la asociación de consumidores «E» serán de cargo de «Gas Natural Andalucía, S.A.», según determinan los artículos 1.168 del Código Civil y 539.2, segundo párrafo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; cuya liquidación se realizará una vez transcurridos los plazos antes indicados, conforme a lo dispuesto en los artículos 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### **3.8. Sobre costas**

Las costas se rigen por lo dispuesto en los correspondientes preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el caso de Córdoba, la Sala acuerda:

En cuanto a las costas, como hemos dicho en resoluciones precedentes (por ejemplo, Autos de esta Audiencia Provincial de 20 de abril y 24 de mayo de 2010, 5 de junio de 2012 y 29 de mayo de 2014), hay que partir de la base de que la Ley de Enjuiciamiento Civil distingue entre las costas del incidente de oposición a la ejecución, que requieren pronunciamiento judicial expreso, y las demás costas devengadas en la ejecución.

Así, el ya citado artículo 539.2 dispone que las costas del proceso de ejecución sean de cargo del ejecutado por disposición legal, salvo las de aquellos trámites o incidentes para los que la ley prevea expresamente pronunciamiento sobre costas. A su vez, cuando haya oposición habrá de hacerse un pronunciamiento específico sobre las costas devengadas en dicho incidente, según establecen los artículos 561.1.1ª y 561.2, que a su vez se remiten al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo entenderse que esta remisión se hace tanto a su postulado general (principio del vencimiento) como a sus excepciones (por todos, Auto de esta Audiencia Provincial de 13 de mayo de 2010).

# Ministerio fiscal y protección de la salud de los consumidores. Sanidad

Autor: Manuel Campoy Miñarro

Fiscal de la Fiscalía Provincial de Valencia

Coordinador Sección Social, Contencioso Administrativo y Mercantil

## Resumen

Se trata de apuntar y exponer la naturaleza transversal del régimen jurídico de consumidores y usuarios, en el ámbito de la protección de la salud.

*Se apunta la legitimación del Ministerio Fiscal para defender los derechos de los consumidores y usuarios, no solo ante los operadores privados en el marco de relaciones jurídico privadas (consumidores-empresas), sino también en las relaciones jurídico públicas, frente a las Administraciones Públicas, pudiendo utilizar tanto la vía de la jurisdicción civil, como la vía administrativa y contencioso administrativa, además de la penal.*

*Se exponen sin ánimo exhaustivo, parte de las materias afectantes a la salud de los consumidores y usuarios, sobre los que el Ministerio Fiscal puede y debe promover la acción de la justicia: sanidad privada, profesiones sanitarias, publicidad sanitaria, medicamentos y productos sanitarios.*

## 1. Introducción

«La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades» (Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Official Records of the World Health Organization, Nº 2, pág. 100), que entró en vigor el 7 de abril de 1948).

En un mundo cada vez más mercantilizado y globalizado, el poder económico tiende a expandirse e imponerse sobre el poder político. Grandes empresas multinacionales llegan a tener más poder efectivo que los propios Estados. Parece como si los derechos políticos inherentes a la condición de ciudadano fueran reduciendo su eficacia real.

Una de las principales formas de poner límite a los excesos de los poderes económicos, viene constituida por el reconocimiento y el ejercicio de los derechos de consumidores y usuarios. Los consumidores son el oxígeno de las empresas. Sin consumidores no hay empresa. Van indisolublemente unidos. Una gran empresa podrá imponerse sobre un Estado, pero desaparecerá si los consumidores le dan la espalda.

Se es ciudadano, pero también se es consumidor. Como ciudadano se puede poner límite al poder político y como consumidor se puede poner límite al poder económico.

Los diferentes textos constitucionales, tanto de la Unión Europea como del derecho interno español, garantizan un alto nivel de protección a los consumidores y usuarios sobre tres ámbitos: salud, seguridad e intereses económicos.

En España, tan solo, desde hace unos pocos años, parece haberse «descubierto» la necesidad legal y social de proteger los derechos de los consumidores, al menos y de momento, en el ámbito de sus intereses económicos, fundamentalmente en lo relativo al mercado bancario.

Salud, seguridad e intereses económicos son tres ámbitos que permiten llegar casi al cualquier aspecto de la vida social y económica del ciudadano-consumidor.

Al Ministerio Fiscal, en su condición de órgano constitucional integrado en el Poder Judicial, se le ha encomendado legalmente la misión de promover la acción de la justicia en defensa de los intereses de consumidores y usuarios.

## 2. Triple y elevado ámbito de protección de los consumidores: salud, seguridad e intereses económicos

### 2.1. Por parte de la Unión Europea. Previsión normativa. Competencia compartida. Garantía jurisdiccional-Tutela Judicial Efectiva

2.1.1. El art. 169.1 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE), prevé la promoción por parte de la Unión Europea, de un alto nivel de protección a intereses de los consumidores, especialmente en los ámbitos de: protección de la salud, la seguridad e intereses económicos; garantizando su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses; y ello sin perjuicio de que los Estados miembros puedan adoptar medidas de mayor protección.

A ello hay que añadir que el art. 168.1 del TFUE, dispone que, en la definición y ejecución de todas las políticas y acciones de la Unión, debe garantizarse «*un alto nivel de protección de la salud humana*».

La *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* de 7 de diciembre de 2000 (CDFUE), con valor jurídico de Tratado de la Unión Europea (art. 6.1 del *Tratado de la Unión Europea* -TUE), reconoce que «*En las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores*» (art. 39).

El art. 38 de la CDFUE, reconoce que:

«Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana».

2.1.2. Conforme al Principio de atribución (art. 5.1 TUE), el art. 4.2. f. TFUE), se prevé la competencia compartida entre la Unión Europea (UE) y los Estados miembros, en el ámbito de la protección de los consumidores.

En el ámbito de protección de consumidores, al tratarse de una competencia compartida, no existen dos «sistemas jurídicos» –derecho interno y derecho de la Unión Europea–, sino un único y mismo sistema jurídico integrado; de modo que el derecho interno debe adaptarse y ser conforme al Derecho de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia UE ha desarrollado los principios de equivalencia y efectividad, en la relación Derecho Unión Europea y Derecho interno de los Estados miembros.

P.e.: Sentencia Tribunal de Justicia (UE) Sala 1ª, S 18-2-2016, Nº C-49/2014

«El Tribunal de Justicia ha declarado que los sistemas de que se trata deben responder al doble requisito de que no sean menos favorables que los que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el Derecho de la Unión (principio de efectividad) (véase, en este sentido, la sentencia Sánchez Morcillo y Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, apartado 31 y jurisprudencia citada)» (40).

2.1.3. El art. 47 CDFUE, reconoce el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, a «*toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados*».

La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, precisa que las disposiciones contenidas en la misma, están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión; debiendo respetar los derechos, observar los principios y

promover su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión (arts. 51 y 52.5 CDFUE).

2.1.4. En caso de duda sobre la contradicción del derecho interno con las disposiciones contenidas en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, se puede plantear una Cuestión Prejudicial Interpretativa ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 267 TFUE).

El art. 4 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial* (LOPJ), dispone que los Jueces y Tribunales apliquen el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; así como que cuando decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes.

Sobre la posible promoción por parte del Ministerio Fiscal de una Cuestión Prejudicial Interpretativa ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se dictó por la Fiscalía General del Estado, la Instrucción 1/2016, de 7 de enero, *sobre la intervención del Fiscal en las cuestiones prejudiciales europeas*.

## 2.2. En el Derecho interno. Constitución Española 1978

2.2.1. El art 51.1 de la *Constitución Española* (CE), encomienda a los poderes públicos garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

A ello hay que añadir que el art. 43.1 de la CE, reconoce el derecho a la protección de la salud.

2.2.2. Ello lo hace la CE en el marco de los Principios rectores de la política social y económica (Capítulo III del Título I); por lo que, conforme al art. 53.3 CE, su reconocimiento, respeto y protección, debe de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos; pudiendo solamente ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

El art. 9.1 CE resalta el carácter normativo de los preceptos constitucionales, afirmando taxativamente que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

## 3. Legitimación constitucional y legal del ministerio fiscal en la protección de los consumidores y usuarios

### 3.1. Legitimación constitucional

3.1.1. El art. 124 CE, contempla al Ministerio Fiscal en el Título VI (Del Poder Judicial), atribuyéndole la misión constitucional de promover la acción de la justicia, en tanto que, a jueces y magistrados, les encomienda el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE).

3.1.2. El art. 541.2 LOPJ, remite la regulación del Ministerio Fiscal a su estatuto orgánico.

El art. 2.1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (EOMF), resalta que el Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, que ejerce su misión por medio de órganos propios.

3.1.3. El propio art. 124.1 CE, dispone que el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

El art. 124 CE no prevé ni contempla la necesidad de desarrollo o previsión legal añadida, para la aplicación y reconocimiento de las funciones constitucionales encomendadas al Ministerio Fiscal.

3.1.4.- El art. 5.1 LOPJ, repite específicamente en el ámbito del Poder Judicial, y referido a jueces y magistrados, el carácter normativo de los preceptos constitucionales, previsto en el art. 9.1 CE, al disponer expresamente que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales.

### **3.1.5. Conclusión**

La propia Constitución española, en cuanto norma suprema del ordenamiento jurídico y vinculante para todos los poderes públicos y ciudadanos, atribuye al Ministerio Fiscal legitimación constitucional y directa, sin necesidad de desarrollo normativo alguno, para promover la acción de la justicia en defensa de legalidad, de los derechos de los ciudadanos, del interés público tutelado por la Ley y de la independencia judicial y el interés social.

La legitimación constitucional y directa del Ministerio Fiscal para promover la acción de la justicia, se contempla con carácter general, sin referencia ni limitación alguna a concretos y artificiales órdenes jurisdiccionales, ya sea el penal, civil, contencioso administrativo o social.

## **3.2. Legitimación legal**

### **3.2.1. Inicio de procesos**

El art. 11.5 de la Ley 1/2000, de 7 de enero. *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC), tras la modificación efectuada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de *la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (LDCU), dispone con carácter genérico y abierto, la legitimación del Ministerio Fiscal para promover e iniciar procesos en defensa de los consumidores y usuarios:

*«El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios».*

### **3.2.2. Procesos ya iniciados por terceros**

#### *3.2.2.1. Por iniciativa propia. Facultades legales y procesales*

La intervención del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos, será la prevista en el art. 13 LEC, para la de sujetos originariamente no demandantes ni demandados.

*«1. Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito.*

*(....)*

*2. La solicitud de intervención no suspenderá el curso del procedimiento. El Tribunal resolverá por medio de auto, previa audiencia de las partes personadas, en el plazo común de diez días.*

*3. 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 el Letrado de la Administración de Justicia 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»

#### *3.2.2.2. Por comunicación del Juzgado o Tribunal. Interés social*

Por su parte el art. 15.1 LEC, refuerza el interés del legislador en reconocer la legitimación del Ministerio Fiscal en la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, al añadir y precisar que está legitimado, no solo en los procesos iniciados por el mismo, sino también en procesos iniciados por terceros.

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

El Ministerio Fiscal será parte en estos procesos cuando el interés social lo justifique. El Tribunal que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación».

### 3.3. Clases de tutela jurisdiccional ejercitable

#### 3.3.1. Ante la Jurisdicción civil

3.3.1.1. Las previsiones normativas contenidas en los arts. 11.5 y 15.1 LEC, legitiman al Ministerio Fiscal para ejercitar ante la Jurisdicción Civil, cualquier clase de tutela jurisdiccional en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, conforme al art. 5.1 LEC:

*«Se podrá pretender de los Tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la Ley».*

3.3.1.2. A lo anterior habría que añadir la legitimación expresa del Ministerio Fiscal, para ejercitar las dos acciones propias de la normativa de protección de consumidores y usuarios:

3.3.1.2.1. La acción de cesación, dirigida tanto a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura; como para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato (arts. 53 y 54.1 c. LDCU).

3.3.1.2.2. Las acciones de cesación, retractación y declaración, contra la utilización o la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en las leyes imperativas o prohibitivas (arts. 12 y 16.6 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre *Condiciones generales de la Contratación*- LCGC).

3.3.1.3. En la medida que las actuaciones contrarias o perjudiciales a la salud de los consumidores y usuarios puedan suponer una vulneración del contenido esencial del Derecho Fundamental a la Integridad física y/o moral, del art. 15 de la CE, el Ministerio Fiscal estaría legitimado para ejercitar acciones por vulneración del mismo, así como para ser parte procesal en los iniciados por terceros (art. 6. 6º LEC), a través del Procedimiento ordinario (arts. 249.1. 2º LEC y 3.3 EOMF).

#### 3.3.2. Ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa

A ello habría que añadir la legitimación del Ministerio Fiscal para promover la acción de la justicia en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mediante la posible impugnación de disposiciones generales, actos administrativos (expresos o presuntos), inactividad y vía de hecho (arts. 19.1 f y 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la *Jurisdicción Contencioso Administrativa* - LJCA), que afecten a los derechos de los consumidores y usuarios, dado el carácter supletorio de la LEC (art. 4 LEC y D F Primera LJCA).

De igual modo que ocurre en la Jurisdicción Civil, en la medida que las actuaciones de las Administraciones Públicas, contrarias o perjudiciales a la salud de los consumidores y usuarios puedan suponer una vulneración del contenido esencial del Derecho Fundamental a la Integridad física y/o moral, del art. 15 de la CE, el Ministerio Fiscal estaría legitimado para ejercitar acciones por vulneración del mismo, así como para ser parte procesal en los iniciados por terceros (art. 6. 6º LEC), a través del Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (arts. 114 y 19.1 f LJCA y 3.3 EOMF).

### **3.3.3. Ante la Jurisdicción Penal**

Por último, simplemente hacer referencia a la legitimación del Ministerio Fiscal para ejercitar las correspondientes acciones penales y civiles (arts. 105 y 108 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* - LECrim), a través los diversos procedimientos penales, ante los supuestos de actuaciones que puedan ser constitutivos de delitos relativos a los consumidores, bien sean específicamente (art. 282 *Código Penal*-CP) o bien por cualquier otro tipificado en dicho texto punitivo.

## **4. Salud y sanidad. Pacientes y consumidores**

### **4.1. Doble sistema de asistencia sanitaria pública y privada**

#### **4.1.1. Previsiones normativas**

La Ley 14/1986, de 25 de abril, *General de Sanidad* (LGS), establece un único «Sistema de Salud» (art. 3 LGS), en el que las Administraciones Públicas competentes garantizan una concepción integral del sistema sanitario; así como prevé la posibilidad de gestionar la prestación de la asistencia sanitaria por la doble vía pública y privada (arts. 3 y ss. LGS).

La LGS dispone la prestación de la asistencia sanitaria pública a través del denominado «Sistema Nacional de Salud», que, a su vez comprende a todo el conjunto de los Servicios de salud de la Administración del Estado y de los Servicios de salud de las Comunidades Autónomas (art. 44 LGS).

La LGS reconoce, asimismo, la libertad de empresa en el sector sanitario conforme al art. 38 CE (art. 89 LGS).

Asimismo, la LGS prevé que las Administraciones Públicas sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, puedan establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas (arts. 90.1 LGS);

Por último, la LGS añade que la Administración Pública Sanitaria, facilitará la libre actividad a las Asociaciones de usuarios de la Sanidad, de las Entidades sin ánimo de lucro y Cooperativas de tipo sanitario (art. 92.1 LGS).

Por su parte la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de *ordenación de las profesiones sanitarias* (LOPS), reconoce el derecho al libre ejercicio de las profesiones sanitarias, de conformidad con lo establecido en los arts. 35 y 36 de la CE (art. 4.1).

#### **4.1.2. Conclusión**

Existe un único «Sistema de Salud», en el que la prestación de la asistencia sanitaria es gestionada tanto por las propias Administraciones Públicas competentes (mediante el denominado «Sistema Nacional de Salud», de forma directa o indirecta a través de entidades privadas concertadas, Mutuas, Cooperativas, ...), como por profesionales y empresas privadas, en el ejercicio de libertad de empresa.

En el ámbito de la gestión pública de la prestación sanitaria, nos encontramos con la clásica prestación de un servicio público, así como con la doble relación entre Administraciones Públicas y administrados, no retribuido por el valor de mercado, sino, en su caso, por tributos - tasas y/o precios públicos, establecidos en función de su capacidad económica; así como sujeto a posible Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas.

En el ámbito de la gestión privada de la prestación sanitaria, nos encontramos con la prestación de un servicio con ánimo de lucro, con la doble relación privada entre empresa - profesional y consumidor, así como el ejercicio de una actividad empresarial retribuida por el valor de mercado y sujeta a posible responsabilidad civil.

## **4.2. Doble condición de Paciente y Consumidor en el ámbito de la sanidad privada. Acto médico-acto de mercado**

### **4.2.1. Desde el punto de vista subjetivo, en el destinatario de la prestación del servicio de sanidad gestionado por profesionales o empresas privadas, confluye la doble condición de «Paciente» y «Consumidor»**

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* (LAP), considera como «Paciente» a toda persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud (art. 3).

Por su parte, la LDCU, considera como «Consumidores o Usuarios» a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (art. 3 LDCU); así como considera «Empresario» a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión (art. 4 LDCU).

### **4.2.2. Desde el punto de vista objetivo, en el ámbito de la prestación del servicio de sanidad gestionado por profesionales o empresas privadas, confluye la doble naturaleza de «Acto médico» y «Acto de mercado»**

Junto al contenido propio y esencial de la prestación del servicio para recuperar o mantener la salud, por parte del profesional sanitario competente (arts. 4 y ss. LOPS), constitutiva, en su caso, del denominado «Acto médico» y regulada conforme a la «*Lex Artis ad hoc*», existe, periféricamente, toda una *relación o acto de mercado*, en la que el profesional sanitario está actuando como empresa y el paciente como consumidor o usuario, regulada, a su vez, por la normativa de protección de los derechos de los consumidores.

La Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, S 28-6-2013, Nº 463/2013, rec. 265/2011 (ROJ: STS 3519/2013), fundamenta la existencia de una doble clase de responsabilidad: por infracción de «*Actos médicos propiamente dichos que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la Lex Artis ad hoc*» y por infracción de la legislación de los consumidores y usuarios, que «*únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha*» (FD. 3º).

### **4.2.3. Conclusión**

En todo lo relativo a la prestación del servicio de asistencia sanitaria aplicando, en su caso, la ciencia médica por parte del profesional sanitario competente, estaremos en una relación entre profesional sanitario-médico y paciente, regulada conforme a la «*Lex Artis ad hoc*», como ciencia de medios y no de resultados y generadora de responsabilidad por incumplimiento del deber de diligencia (STS Sala 1ª de 28-6-13, n. 463/2013, rec. 265/2011. ROJ STS 3519/2013. FD 2º).

Por el contrario, en todos aquellos aspectos periféricos y externos a la aplicación propiamente dicha de la ciencia por parte del profesional sanitario competente, estaremos en una relación contractual entre empresario o profesional y consumidor o usuario; propia de un contrato de prestación de servicios, y a la que resultan aplicables y exigibles todas las garantías previstas en la normativa de protección de consumidores y usuarios.

### **4.2.4. Algunas garantías genéricas de los consumidores en la prestación privada de asistencia sanitaria**

**4.2.4.1. El art. 60 LDCU, regula el deber de información previa al contrato con consumidores y usuarios:**

«1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el

contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

2. Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además:

a) Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios.

b) La identidad del empresario, incluidos los datos correspondientes a la razón social, el nombre comercial, su dirección completa y su número de teléfono y, en su caso, del empresario por cuya cuenta actúe.

c) El precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, la forma en que se determina el precio, así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales.

En toda información al consumidor y usuario sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio total, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación, utilización de distintos medios de pago u otras condiciones de pagos similares.

d) Los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio.

e) Además del recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes, la existencia y las condiciones de los servicios posventa y las garantías comerciales.

f) La duración del contrato, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución. Además, de manera expresa, deberá indicarse la existencia de compromisos de permanencia o vinculación de uso exclusivo de los servicios de un determinado prestador, así como las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio.

g) La lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando no sea aquella en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.

h) La existencia del derecho de desistimiento que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.

i) La funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional.

j) Toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que conozca, como son, entre otros, el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos.

k) El procedimiento para atender las reclamaciones de los consumidores y usuarios, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos prevista en el art. 21.4.

(.....)

4. La información precontractual debe facilitarse al consumidor y usuario de forma gratuita y al menos en castellano».

#### 4.2.4.2. El art. 60 bis LDCU, dispone, en relación a los posibles pagos adicionales:

«Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por cualquier contrato u oferta, el empresario deberá obtener su consentimiento expreso para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal del empresario. Estos suplementos opcionales se comunicarán de una manera clara y comprensible y su aceptación por el consumidor y usuario se realizará sobre una base de opción de inclusión. Si el empresario no ha obtenido el consentimiento expreso del consumidor y usuario, pero lo ha deducido utilizando opciones por defecto que éste debe rechazar para evitar el pago adicional, el consumidor y usuario tendrá derecho al reembolso de dicho pago».

4.2.4.3. El art. 63 LDCU, establece la garantía de la confirmación documental de la contratación realizada:

«1. En los contratos con consumidores y usuarios se entregará recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación.

2. Salvo lo previsto legalmente en relación con los contratos que, por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública, la formalización del contrato será gratuita para el consumidor, cuando legal o reglamentariamente deba documentarse éste por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera.

3. En los contratos con consumidores y usuarios, estos tendrán derecho a recibir la factura en papel. En su caso, la expedición de la factura electrónica estará condicionada a que el empresario haya obtenido previamente el consentimiento expreso del consumidor. La solicitud del consentimiento deberá precisar la forma en la que se procederá a recibir la factura electrónica, así como la posibilidad de que el destinatario que haya dado su consentimiento pueda revocarlo y la forma en la que podrá realizarse dicha revocación.

El derecho del consumidor y usuario a recibir la factura en papel no podrá quedar condicionado al pago de cantidad económica alguna».

4.2.4.4. Los arts. 59, 80 y ss. LDCU, disponen la aplicación protectora a los consumidores y usuarios, sobre la Cláusulas no negociadas individualmente y Abusivas; así como la aplicación de la LCGC

## 5. Derechos del consumidor-paciente en el ámbito de la salud-sanidad

### 5.1. Regulación legal

Los derechos de los consumidores que adquieren la condición de paciente, se encuentran regulados en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* (LAP).

### 5.2. Concepto de Paciente

El consumidor adquiere la condición suplementaria de «Paciente» desde el momento que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud (art. 3 LAP).

### 5.3. Derechos del Consumidor-Paciente regulados en la LAP)

#### 5.3.1. Derecho a la Información Asistencial (arts. 4 y 5 LAP)

##### 5.3.1.1. Información Asistencial Propia

Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, y salvo el supuesto de «*existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica*», toda la información disponible sobre la misma; siendo responsables de suministrarla el médico responsable del mismo y demás profesionales que le atiendan.

La información asistencial debe comunicarse al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y de forma que le permita ayudarle a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

La información debe proporcionarse, como regla general, verbalmente y dejando constancia en la historia clínica; comprendiendo, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

Asimismo, el consumidor-paciente tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informado; haciendo constar su renuncia documentalmente (art. 9 LAP).

El paciente en caso de discapacidad tiene derecho a ser informado de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión; así como también debe informarse a su representante legal.

#### *5.3.1.2. Información Asistencial a personas vinculadas*

Se prevé que la información se suministre a las personas vinculadas al paciente, por razones familiares o, de hecho, en tres supuestos:

- Que el paciente lo permita de manera expresa o tácita,
- Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico.
- En caso de «*existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica*»; que faculta al médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave; dejando constancia razonada en la historia clínica.

#### **5.3.2. Derecho a la Intimidad (art. 7 LAP)**

Todo consumidor-paciente tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.

#### **5.3.3. Derecho al consentimiento informado (arts. 8 a 10 LAP)**

##### *5.3.3.1. Consentimiento informado personal*

El consumidor-paciente tiene derecho a prestar su consentimiento libre, voluntario, necesario y revocable en cualquier momento por escrito, ante toda actuación en el ámbito de su salud necesita, tras haber recibido la «Información Asistencial» y valorado las opciones propias del caso.

El consentimiento debe prestarse de forma verbal por regla general; si bien se precisa además que conste por escrito para cada una de las siguientes actuaciones: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, por aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

Asimismo, todo consumidor-paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

##### *5.3.3.2. Consentimiento Informado por representación*

###### *5.3.3.2.1. Supuestos*

Únicamente se permite la sustitución del consentimiento del paciente por la de su representante legal, en los siguientes supuestos:

- Pacientes sin capacidad para tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o que su estado físico o psíquico no les permita hacerse cargo de su situación. En caso de carecer de representantes legales, el consentimiento debe prestarse por las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
- Pacientes que tengan la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.
- Pacientes menores de edad que no seas capaces intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento debe otorgarlo su representante legal, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor* (LPJM).

En caso de menores emancipados o mayores de 16 años, no se prevé el consentimiento por representación, sino el personal; salvo que se trate de una actuación de grave riesgo para su vida o salud, según el criterio del facultativo; en cuyo caso el consentimiento lo prestará su representante legal, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del menor.

En los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente se requiere, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales; resolviéndose los conflictos que pudieran surgir conforme a lo dispuesto en el *Código Civil*.

#### 5.3.3.2.2. Conflicto de intereses

En los supuestos de «*consentimiento por representación*», la decisión debe adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente.

En aquellos supuestos en las decisiones sean contrarias a dichos intereses deben ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente; salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios pueden adoptar las medidas necesarias, en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

### **5.3.4. Derecho a otorgar «Instrucciones Previas» (art. 11 LAP)**

#### 5.3.4.1. Concepto

Se entiende por «Instrucciones Previas», el documento por el que una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo.

Se permite, asimismo, que el otorgante del documento pueda designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

Las Instrucciones Previas deberán siempre constar por escrito son revocables libremente, en cualquier momento y también por escrito.

#### 5.3.4.2. Eficacia

Las Instrucciones Previas se aplicarán en todo su contenido dispositivo, excepto en lo que pueda ser contrario al ordenamiento jurídico o a la «*Lex Artis*»; quedando constancia razonada en la historia clínica.

### **5.3.5. Derecho de acceso a la «Historia Clínica» (arts. 14 a 19 LAP)**

#### 5.3.5.1. Concepto

La historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente, sujeto al deber de secreto profesional, compuesto por el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales sobre el mismo, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro; debiendo quedar archivadas en soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo, de manera que se garantice su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información.

#### 5.3.5.2. Acceso a la Historia Clínica

##### 5.3.5.2.1. Por el Paciente

Se reconoce el derecho del paciente, por sí o por representación debidamente acreditada, al acceso a la documentación de Historia Clínica, así como para obtener copia de los datos que figuran en ella.

No obstante, se establece como límite que el derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni

en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas.

#### 5.3.5.2.2. Por personas vinculadas o por terceros

Las personas vinculadas al paciente, por razones familiares o de hecho, tienen el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite.

Por su parte, cualquier tercero tiene derecho de acceso a la Historia Clínica de un paciente, solo en el caso motivado y justificado por un riesgo para su salud; en cuyo caso se limitará a los datos pertinentes y no se le puede facilitar información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros.

#### 5.3.5.2.3. Por profesionales sanitarios

Los profesionales asistenciales de cada centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente tienen acceso a la historia clínica de éste como instrumento fundamental para su adecuada asistencia.

Sin embargo, el personal de administración y gestión de los centros sanitarios tan sólo puede acceder a los datos de la historia clínica relacionados con sus propias funciones.

Se permite que el personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, tenga acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto de los derechos del paciente o cualquier otra obligación del centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración sanitaria.

#### 5.3.5.2.4. Por la autoridad judicial o administrativa

Se permite el acceso a la Historia Clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de *Protección de Datos de Carácter Personal* (LOPD), y en la LGS; en cuyo caso debe preservarse los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico asistencial, de manera que, como regla general, quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos.

No obstante, se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínicos asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente; y en cuyo caso el acceso queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada supuesto.

Como supuesto específico, se permite que los datos de la historia clínica relacionados con las pruebas biométricas, médicas o analíticas que resulten necesarias para determinar el vínculo de filiación con la madre del recién nacido, sólo podrán ser comunicados a petición judicial, dentro del correspondiente proceso penal o en caso de reclamación o impugnación judicial de la filiación materna.

Las Administraciones Públicas Sanitarias a las que se refiere la Ley 33/2011, *General de Salud Pública* (LGSP), podrán acceder a los datos identificativos de los pacientes por razones epidemiológicas o de protección de la salud pública, en el caso de ser necesario para la prevención de un riesgo o peligro grave para la salud de la población; debiendo de realizarse por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto, previa motivación por parte de la Administración que solicitase el acceso a los datos.

### **5.3.6. Derecho a obtener «Informe de alta médica» (arts. 20 y 21 LAP)**

#### 5.3.6.1. Concepto

El Informe de alta médica es el documento emitido por el médico responsable en un centro sanitario al finalizar cada proceso asistencial de un paciente, que especifica los datos de éste, un resumen de su historial clínico, la actividad asistencial prestada, el diagnóstico y las recomendaciones terapéuticas.

Todo paciente, familiar o persona vinculada a él, en su caso, tiene el derecho a recibir el «Informe de alta médica» del centro o servicio sanitario, una vez finalizado el proceso asistencia

### 5.3.6.2. Incidencias. Alta médica voluntaria y forzosa

Se prevé la posible Alta médica voluntaria, firmada por el paciente a propuesta del médico responsable, para el supuesto de no aceptar el tratamiento prescrito.

Se prevé la posible Alta médica forzosa, dispuesta por la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, para los supuestos en el paciente se niegue a firmar el alta voluntaria.

Ello, no obstante, la no aceptación por el paciente del tratamiento prescrito no dará lugar necesariamente al alta forzosa, cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos; debiendo quedar todo ello debidamente documentado.

En último término, para los pacientes que no acepten el alta, se prevé que la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oiga al paciente y, si persiste en su negativa, lo ponga en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión.

### 5.3.7. Derecho a obtener «Certificado Médico» (art. 22 LAP)

El «Certificado médico» es la declaración escrita de un médico que da fe del estado de salud de una persona en un determinado momento.

Todo paciente tiene derecho a que se le faciliten los certificados acreditativos de su estado de salud; siendo su emisión gratuita cuando así lo establezca una disposición legal o reglamentaria; en cuyo caso habrá de especificarse.

## 6. Derechos de protección de datos personales del consumidor-paciente en el ámbito de la salud-sanidad

### 6.1. Doble protección

Los datos de carácter personal del consumidor con la condición de paciente en el ámbito de la sanidad, disponen de una doble protección:

- Por una parte, la protección específica prevista en la LAP, para todo lo relativo al acceso a la Historia Clínica, conforme a lo expuesto en el apartado 4.2.5 (art. 8 LOPD).
- Por otra parte, la protección genérica prevista en la LOPD, para todos aquellos datos de carácter personal que queden fuera del contenido propio de la Historia Clínica del paciente - consumidor; y que se referirán a cualquier información concerniente al mismo (art. 3 a).

### 6.2. Derechos en la LOPD

#### 6.2.1. Derecho de Información en la recogida de datos (art. 5 LOPD)

Conforme a la LOPD, el consumidor-paciente al que se le soliciten datos de carácter personal, tiene derecho a recibir información previa, expresa, precisa e inequívoca, sobre: la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información, del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas, de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos. de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; así como de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.

#### 6.2.2. Derecho a prestar consentimiento para el tratamiento de datos (arts. 6 y 7 LOPD)

Se prevé con carácter general la necesidad de previa prestación de consentimiento inequívoco para el tratamiento de datos (operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y

cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias).

El consentimiento puede ser revocado en cualquier momento, cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuyan efectos retroactivos.

A modo de doble garantía, se exige consentimiento expreso y por escrito, para el tratamiento de datos de carácter personal, que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias.

### **6.2.3. Derechos de acceso, rectificación y cancelación (arts. 15 y 16 LOPD)**

Se prevé el derecho del consumidor-paciente a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos.

Se prevé, asimismo, el derecho de rectificación y cancelación de los datos de carácter personal, que no se ajusten a lo dispuesto en LOPD y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos; en cuyo caso, el responsable del tratamiento tiene la obligación de hacer efectivo el derecho en el plazo de diez días.

La cancelación supone el bloqueo de los datos, si bien, se dispone su conservación únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas; debiéndose suprimir tras el transcurso de este último.

### **6.3. Protección administrativa y jurisdiccional (arts. 18 y 19 LOPD)**

Contra las actuaciones contrarias a la normativa de protección de datos de carácter personal del consumidor - paciente, puede reclamarse en vía administrativa ante la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, del organismo competente de cada Comunidad Autónoma; debiendo dictar resolución expresa en el plazo de seis meses.

Las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso del organismo competente de cada Comunidad Autónoma, son recurribles ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Se prevé, asimismo, que los consumidores - pacientes, puedan reclamar ante la jurisdicción civil, indemnización a los responsables o encargados del tratamiento de datos de carácter personal, por toda lesión o daño que sufran en sus bienes o derechos, por actuaciones contrarias a la Ley.

## **7. Profesiones sanitarias. Intrusismo. Competencia desleal**

### **7.1. Profesiones Sanitarias y necesidad de titulación**

Ley 44/2003, de 21 de noviembre, *de ordenación de las profesiones sanitarias* (LOPS), dispone que el ejercicio de una profesión sanitaria, por cuenta propia o ajena, requerirá la posesión del correspondiente título oficial que habilite expresamente para ello o, en su caso, de la certificación prevista en el art. 2.4, y se atenderá, en su caso, a lo previsto en ésta, en las demás leyes aplicables y en las normas reguladoras de los colegios profesionales (art. 4.2 LOPS).

### **7.2. Distinción legal entre Profesiones sanitarias tituladas y Profesionales del área sanitaria de formación profesional**

La LOPS distingue entre:

7.2.1. «Profesiones sanitarias tituladas» (art. 2 LOPS): Aquellas profesiones sanitarias, tituladas y reguladas, cuya formación pregraduada o especializada se dirige específica y fundamentalmente a dotar a los interesados de los conocimientos, habilidades y actitudes propias de la atención de salud, y que están organizadas en colegios profesionales oficialmente reconocidos por los poderes públicos, de acuerdo con lo previsto en la normativa específicamente aplicable.

Por razón del nivel de titulación, las profesiones sanitarias tituladas se estructuran en dos subgrupos:

- De nivel Licenciado: las profesiones para cuyo ejercicio habilitan los títulos de Licenciado en Medicina, en Farmacia, en Odontología y en Veterinaria y los títulos oficiales de especialista en Ciencias de la Salud.
- De nivel Diplomado: las profesiones para cuyo ejercicio habilitan los títulos de Diplomado en Enfermería, en Fisioterapia, en Terapia Ocupacional, en Podología, en Óptica y Optometría, en Logopedia y en Nutrición Humana y Dietética y los títulos oficiales de especialista en Ciencias de la Salud.

Conforme a lo establecido en la Ley 10/1986, de 17 de marzo, *sobre odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental*, tienen carácter de profesión sanitaria la de protésico dental y la de higienista dental.

7.2.2. «Profesionales del área sanitaria de formación profesional» (art. 3 LOPS): quienes ostentan los títulos de formación profesional de la familia profesional sanidad, o los títulos o certificados equivalentes a los mismos.

Por razón del nivel de titulación, los profesionales del área sanitaria de formación profesional se estructuran también en dos grupos:

- De grado superior: quienes ostentan los títulos de Técnico Superior en Anatomía Patológica y Citología, en Dietética, en Documentación Sanitaria, en Higiene Bucodental, en Imagen para el Diagnóstico, en Laboratorio de Diagnóstico Clínico, en Ortoprotésica, en Prótesis Dentales, en Radioterapia, en Salud Ambiental y en Audioprótesis.
- De grado medio: quienes ostentan los títulos de Técnico en Cuidados Auxiliares de Enfermería y en Farmacia.

### **7.3. Reserva legal de diferentes funciones sanitarias a Licenciados y Diplomados. Especialidades**

#### **7.3.1. Funciones atribuidas legalmente a los diferentes Licenciados Sanitarios (art. 6 LOPS).**

Se reserva legalmente a los Licenciados sanitarios, dentro del ámbito de actuación para el que les faculta su correspondiente título, la prestación personal directa que sea necesaria en las diferentes fases del proceso de atención integral de salud y, en su caso, la dirección y evaluación del desarrollo global de dicho proceso.

A su vez, en función de la diferente titulación, se reserva legalmente diferentes funciones a cada una de las profesiones sanitarias de nivel de Licenciados, distinguiéndose entre: Médicos, Farmacéuticos, Dentistas, Veterinarios, así como Psicólogos, Químicos, Bioquímicos y otros licenciados universitarios que se encuentren en posesión de un título oficial de especialista en Ciencias de la Salud.

#### **7.3.2. Funciones atribuidas legalmente a los diferentes Diplomados Sanitarios (art. 7 LOPS).**

A los Diplomados sanitarios, les corresponde, en general, dentro del ámbito de actuación para que les faculta su correspondiente título, la prestación personal de los cuidados o los servicios propios de su competencia profesional en las distintas fases del proceso de atención de salud.

A su vez, en función de la diferente titulación, se reserva legalmente diferentes funciones a cada una de las profesiones sanitarias de nivel de Diplomados, distinguiéndose entre: Enfermeros, Fisioterapeutas, Terapeutas ocupacionales, Podólogos, Ópticos-optometristas, Logopedas y Dietistas-nutricionistas.

#### **7.3.3. Funciones atribuidas legalmente a los diferentes Especialistas Sanitarios en Ciencias de la Salud (arts.15 y 19 LOPS)**

La LOPS prevé la existencia de especialidades en Ciencias de la Salud para los licenciados y diplomados sanitarios, mediante formación reglada y de carácter oficial, tiene como objeto dotar

a los profesionales de los conocimientos, técnicas, habilidades y actitudes propios de la correspondiente especialidad

Se prevé, asimismo, que la posesión del título de especialista resulta necesaria para utilizar de modo expreso la denominación de especialista, para ejercer la profesión con tal carácter y para ocupar puestos de trabajo con tal denominación en centros y establecimientos públicos y privados.

## 7.4. Intrusismo. Afectación a los derechos de los Consumidores-Pacientes

### 7.4.1. Problemática

La prestación de asistencia sanitaria a los consumidores por parte de profesionales sin titulación sanitaria o sin la correspondiente titulación sanitaria necesaria para prestar la atención requerida, puede afectar y afecta negativamente a la salud de los mismos.

### 7.4.2. Diferentes respuestas legales

#### 7.4.2.1. Intrusismo penal.

El art. 403 CP, dispone:

«El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses.

2. Se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años si concurriese alguna de las siguientes circunstancias:

a) Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido.

b) Si el culpable ejerciere los actos a los que se refiere el apartado anterior en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión».

#### 7.4.2.2. «Intrusismo civil» y otros comportamientos desleales.

##### 7.4.2.2.1. Planteamiento

Desde el momento que conforme al art. 38 CE, se reconoce la libertad de empresa en el sector sanitario (art. 89 LGS) y en el ámbito de la sanidad privada, los profesionales sanitarios pueden ejercer su actividad por cuenta propia o ajena (art. 40.1 LOPS), las actuaciones ofrecidas y realizadas por los mismos en el mercado y con fines concurrenciales, sin estar en posesión de la preceptiva titulación y/o especialidad, pueden ser constitutivos de actos de competencia desleal, en perjuicio de la salud de los consumidores y usuarios.

Además, el art. 4.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de *Competencia Desleal* (LCD), dispone que:

«Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores».

En especial, se consideran actos de competencia desleal (art. 19 LCD):

- Actos de engaño (art. 5 LCD),
- Omisiones engañosas (art. 7 LCD),
- Prácticas agresivas (art. 8 LCD),

- *Prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad (art. 21 LCD),*
- *Prácticas señuelo y prácticas promocionales engañosas (art. 22 LCD),*
- *Prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa (art. 23 LCD).*
- *Prácticas de venta piramidal (art. 24 LCD),*
- *Prácticas engañosas por confusión (art. 25 LCD),*
- *Prácticas comerciales encubiertas (art. 26 LCD),*
- *Prácticas engañosas por información inexacta o falsa (art. 27 LCD),*
- *Prácticas agresivas por coacción (art. 28 LCD),*
- *Prácticas agresivas por acoso (art. 29 LCD),*
- *Prácticas agresivas en relación con los menores (art. 30 LCD),*
- *Otras prácticas agresivas (art. 31 LCD).*

7.4.2.2.2. Acciones ejercitables por el Ministerio Fiscal por competencia desleal.

Los arts. 33.4 y 32.1.2 LCD, legitiman expresamente al Ministerio Fiscal para ejercitar la acción de cesación o de prohibición de inicio o reiteración futura, en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios.

## 8. Publicidad ilícita en el ámbito de la sanidad

### 8.1. Publicidad en el ejercicio privado de las profesiones sanitarias

#### 8.1.1. Actos de publicidad prohibidos

El art. 44 LOPS, dispone que:

*«1. La publicidad de los servicios y prestaciones ofrecidos al público por los profesionales sanitarios deberá respetar rigurosamente la base científica de las actividades y prescripciones, y será objetiva, prudente y veraz, de modo que no levante falsas esperanzas o propague conceptos infundados.*

*2. Los profesionales sanitarios podrán facilitar a los medios de comunicación, o expresar directamente en ellos, informaciones sobre sus actividades profesionales, siempre que la información facilitada sea verídica, discreta, prudente y se manifieste de manera fácilmente comprensible para el colectivo social al que se dirige.*

*3. No podrán ser objeto de publicidad las actividades o productos sanitarios no autorizados, o sobre los que no exista evidencia de sus efectos beneficiosos para el ser humano, quedando prohibida la publicidad de productos y servicios de carácter creencial y de los productos-milagro».*

Por su parte, el art. 3 d) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, *General de Publicidad (LGP)*, considera publicidad ilícita, toda aquella *«que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios».*

#### 8.1.2. Acciones ejercitables por el Ministerio Fiscal por publicidad ilícita sanitaria

Los arts. 44.4 LOPS, 6.1 LGP, 33.4 y 32.1.2 LCD, legitiman expresamente al Ministerio Fiscal para ejercitar la acción de cesación o de prohibición de inicio o reiteración futura de publicidad ilícita, en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios.

### 8.2. Publicidad de medicamentos y productos sanitarios

#### 8.2.1. Medicamentos y productos sanitarios

El art. 2 a) del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (LM)*, define como «Medicamento de uso humano»:

«Toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades en seres humanos o que pueda usarse en seres humanos o administrarse a seres humanos con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de **establecer** un diagnóstico médico»

Por su parte el art. 2 l) LM, define como «Producto sanitario»:

«Cualquier instrumento, dispositivo, equipo, programa informático, material u otro artículo, utilizado solo o en combinación, incluidos los programas informáticos destinados por su fabricante a finalidades específicas de diagnóstico y/o terapia,»

## **8.2.2. Requisitos para la publicidad de medicamentos y productos sanitarios**

8.2.2.1. Art. 102.2 LGS, dispone la necesidad de autorización previa de los mensajes por la autoridad sanitaria para la publicidad de productos sanitarios dirigida al público.

8.2.2.2. El art. 80 LM, dispone las demás garantías en la publicidad de medicamentos y productos sanitarios destinada al público en general:

«1. Podrán ser objeto de publicidad destinada al público los medicamentos que cumplan todos los requisitos que se relacionan a continuación:

Que no se financien con fondos públicos.

b) Que, por su composición y objetivo, estén destinados y concebidos para su utilización sin la intervención de un médico que realice el diagnóstico, la prescripción o el seguimiento del tratamiento, aunque requieran la intervención de un farmacéutico. Este requisito podrá exceptuarse cuando se realicen campañas de vacunación aprobadas por las autoridades sanitarias competentes.

c) Que no constituyan sustancias psicotrópicas o estupefacientes con arreglo a lo definido en los convenios internacionales.

2. La publicidad de un medicamento que sea objeto de publicidad al público, cumplirá con los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo; por su parte, los mensajes publicitarios deberán reunir los siguientes requisitos:

a) Que resulte evidente el carácter publicitario del mensaje y quede claramente especificado que el producto es un medicamento.

b) Que se incluya la denominación del medicamento en cuestión, así como la denominación común cuando el medicamento contenga una única sustancia activa.

c) Que se incluyan todas las informaciones indispensables para la utilización correcta del medicamento, así como una invitación expresa y claramente visible a leer detenidamente las instrucciones que figuren en el prospecto o en el embalaje externo, según el caso, y la recomendación de consultar al farmacéutico sobre su correcta utilización.

d) No incluir expresiones que proporcionen seguridad de curación, ni testimonios sobre las virtudes del producto ni de profesionales o personas cuya notoriedad pueda inducir al consumo.

e) No utilizar como argumento publicitario el hecho de haber obtenido autorización sanitaria en cualquier país o cualquier otra autorización, número de registro sanitario o certificación que corresponda expedir, ni los controles o análisis que compete ejecutar a las autoridades sanitarias con arreglo a lo dispuesto en esta ley.

f) Los mensajes publicitarios de los medicamentos que se emitan en soporte audiovisual deberán cumplir las condiciones de accesibilidad para personas con discapacidad establecidas en el ordenamiento jurídico para la publicidad institucional.

(...)

5. Se prohíben las primas, obsequios, premios, concursos, bonificaciones o similares como métodos vinculados a la promoción o venta al público de estos medicamentos.

6. En el caso de los productos sanitarios queda excluida la posibilidad de realizar publicidad directa o indirecta, dirigida al público en el caso de que un producto esté financiado por el Sistema Nacional de Salud. Esta prohibición de publicidad afecta a las empresas fabricantes, distribuidoras o comercializadoras, así como a todas aquellas entidades que puedan mantener un contacto directo con el paciente. Asimismo, se prohíben las primas, obsequios, descuentos, premios, concursos, bonificaciones o similares como métodos vinculados a la promoción o venta al público de dichos productos.

7. No podrán ser objeto de publicidad destinada al público los productos sanitarios que estén destinados a ser utilizados o aplicados exclusivamente por profesionales sanitarios.

8. La publicidad de las técnicas o procedimientos médicos o quirúrgicos ligados a la utilización de productos sanitarios específicos respetará los criterios contemplados en la publicidad de productos sanitarios».

### **8.2.3. Acciones ejercitables por el Ministerio Fiscal por publicidad ilícita de medicamentos y/o productos sanitarios**

Los arts. 6.1 LGP, 33.4 y 32.1.2 LCD, legitiman expresamente al Ministerio Fiscal para ejercitar la acción de cesación o de prohibición de inicio o reiteración futura de publicidad ilícita, en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios.

## **9. Conclusión**

Las posibilidades de actuación del Ministerio Fiscal en lo que se refiere a la promoción de la acción de la justicia en defensa de la salud de los consumidores y usuarios son extraordinariamente amplias: sanidad privada, profesiones sanitarias, publicidad, medicamentos y productos sanitarios,...

Todo está por hacer...

# Tutela cautelar de los consumidores y usuarios

Autor: Juan Aguirre Seoane

Fiscal de la Fiscalía Provincial de A Coruña

## Resumen

En ocasiones es imprescindible adoptar medidas cautelares para alcanzar una protección eficaz de los derechos de los consumidores y usuarios. Ante conductas claramente lesivas, la tutela judicial perdería gran parte de su efectividad si se retrasara al momento en que se dicte la sentencia. A continuación, analizaremos aquellos aspectos de las medidas cautelares que se estiman más relevantes en los procesos que tienen por objeto la protección de los consumidores y usuarios. Dedicaremos especial atención a las medidas anticipatorias y a los aspectos procesales que pueden condicionar el resultado de la pretensión cautelar, como son las particularidades relativas a la solicitud, la prueba y la ejecución.

## 1. Planteamiento general

El objetivo que se persigue con este trabajo es analizar las medidas cautelares desde una perspectiva muy concreta. No se pretende un análisis exhaustivo de la institución, sino únicamente de aquellos aspectos especialmente relacionados con la protección de los consumidores y usuarios.

Con frecuencia, es necesario actuar con prontitud para salvaguardar los derechos de los consumidores y usuarios. La sentencia puede llegar demasiado tarde para aquellos que sufren una lesión de sus derechos y se encuentran en situación de vulnerabilidad. En esos supuestos, la respuesta judicial no puede demorarse al momento en que se dicte la sentencia en el proceso principal.

Pensemos, por ejemplo, en las conductas o las cláusulas abusivas que, de un modo flagrante, vulneran los derechos de amplios colectivos de consumidores y que persisten en el tiempo a pesar de que han recibido la reprobación de las autoridades de consumo, incluso mediante la imposición reiterada de sanciones pecuniarias (v. gr. facturación irregular, cobro de cantidades indebidas, redondeo al alza, etc.). Existe un riesgo evidente de que los beneficios obtenidos con una práctica o con una cláusula abusiva induzcan al infractor a persistir en su comportamiento, a pesar de la eventualidad de una sentencia condenatoria.

Las grandes corporaciones ostentan una indiscutible posición de poder frente a los consumidores, que se manifiesta en los medios jurídicos y económicos que tienen a su disposición y en una desigual información sobre el mercado. Esta realidad puede desembocar en situaciones claramente abusivas. Es imprescindible que ese poder se ejerza dentro de los estrictos límites que marca la Ley. Ante eventuales excesos ha de actuarse con diligencia, en cumplimiento del artículo 9.2 de la Constitución, que obliga a los poderes públicos a «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; [y a] remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud».

La duración normal del procedimiento principal constituye un obstáculo para lograr una tutela judicial efectiva. La adopción de medidas cautelares desde un primer momento puede constituir el único instrumento eficaz para combatir las conductas lesivas de los derechos de los consumidores. En consecuencia, el efecto disuasorio que se alcanza con ellas es mucho mayor que el de una sentencia.

Al mismo tiempo, el procedimiento de medidas cautelares es imprescindible para lograr la eficacia en la protección de los derechos de los consumidores que proclama la Directiva 93/13/CEE,

sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, que en su artículo 7.1 establece:

«Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

En la misma línea se encuentra el artículo 51.1 de la Constitución, a cuyo tenor:

«Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos».

El Texto Refundido de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (en adelante, TRLGDCU) incluye ese principio de efectividad entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios, concretamente, en su artículo 8, que reza así:

«Son derechos básicos de los consumidores y usuarios: (...) (f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión».

Por otra parte, la relación entre las medidas cautelares y el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, ha sido reconocida expresamente por el Tribunal Constitucional. Efectivamente, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado que la tutela judicial no es tal sin unas medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso (sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero, rec. 1219/1988). Asimismo, ha declarado (v. gr. en la sentencia de la Sala Primera 4/2008, de 21 de enero, rec. 6639/2004) que para que la tutela judicial sea efectiva debe evitarse que un posible fallo favorable quede desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o al interés reconocido judicialmente. Asimismo, ha entendido que puede ser objeto de un recurso de amparo una vulneración de las normas procesales cometida en un proceso de medidas cautelares cuando afecte a una medida cautelar que pretenda evitar un daño sobre los derechos e intereses controvertidos en el proceso principal. Según el Tribunal Constitucional, la pendencia del proceso principal en la vía judicial ordinaria no convierte en prematura la demanda de amparo relativa a medidas cautelares.

Por todo ello, ante clamorosas vulneraciones de los derechos de los consumidores es importante solicitar, desde un primer momento, que se adopten medidas cautelares.

## 2. Requisitos de las medidas cautelares

Los requisitos generales de las medidas cautelares se establecen en el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Son los clásicos de toda medida cautelar: la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y el peligro por la mora procesal (*periculum in mora*). Deben concurrir cumulativamente, de manera que la ausencia de cualquiera de ellos provocaría que se desestimase la medida cautelar. La carga de justificar que concurren estos presupuestos incumbe al solicitante. El otro requisito clásico de las medidas cautelares es el de la caución, al que nos referiremos en otro apartado.

### 2.1. Apariencia de buen derecho

La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) obliga a efectuar un análisis previo de la pretensión ejercitada, aunque sea muy someramente. Esto implica que, desde un principio, el solicitante debe convencer al tribunal de que los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda son consistentes y favorecen sus pretensiones. El órgano judicial no puede prejuzgar definitivamente el fallo; pero ha de alcanzar un juicio provisional favorable a la pretensión del actor.

### 2.2. Peligro por la mora procesal

Igualmente, deberá justificarse la necesidad de adoptar las medidas cautelares para conjurar el riesgo de que el tiempo invertido en la tramitación del procedimiento principal reste eficacia a una eventual sentencia estimatoria.

En un procedimiento colectivo de protección de los consumidores este requisito se justificaría acreditando que durante la tramitación del proceso se ocasionarían perjuicios a un gran número de consumidores, difícilmente reparables. Por esta razón, demorar la respuesta judicial al momento en que se dicte sentencia no sería una solución adecuada. Desde esta perspectiva, se cumpliría el presupuesto de toda medida cautelar, que se dirige a garantizar la efectividad de la sentencia. El tenor del artículo 728.1 LEC admite las medidas cautelares cuando sea necesario evitar situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse con una eventual sentencia estimatoria. Toda vez que emplea de forma alternativa los verbos **impedir y dificultar**, bastaría con que el retraso procesal constituya un obstáculo para alcanzar la tutela efectiva, aunque no la impidan por completo.

### 2.3. Variación sobrevenida de los requisitos

Como consecuencia del carácter provisional de las medidas cautelares, éstas pueden modificarse o dejarse sin efecto cuando se justifiquen nuevas circunstancias que permitan una nueva valoración de los presupuestos exigidos para su adopción.

En el caso de que durante la tramitación del procedimiento desaparezca el riesgo derivado de la mora procesal podrían alzarse las medidas acordadas. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 743 LEC:

«Las medidas cautelares podrán ser modificadas alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas.

La solicitud de modificación será sustanciada y resuelta conforme a lo previsto en los artículos 734 y siguientes».

La apariencia de buen derecho también puede verse afectada por circunstancias sobrevenidas o por el contenido de la sentencia que se dicte en el proceso principal, en cuyo caso las medidas cautelares podrían sufrir variaciones. Los efectos sobre las medidas cautelares de una sentencia desestimatoria dictada en el proceso principal se regulan expresamente en el artículo 744 LEC (al que nos referiremos en el apartado correspondiente a la vigencia de las medidas cautelares).

## 3. Solicitud

De acuerdo con el artículo 730.1 LEC, la solicitud de medidas cautelares se formulará, de ordinario, junto a la demanda principal. Esta modalidad de medidas, coetáneas a la demanda, admite dos posibilidades: la solicitud puede integrarse en la propia demanda, bajo la fórmula de *otrosí*, o bien ejercitarse en un escrito independiente presentado al tiempo que la demanda principal y dirigido al mismo órgano judicial. En este último caso, en la demanda se informará al Juzgado (mediante *otrosí*) de que simultáneamente, en un escrito separado, se han solicitado medidas cautelares.

Lo más habitual será que la solicitud de medidas se ejercite al mismo tiempo que la demanda principal (en un *otrosí* de la propia demanda o mediante un escrito independiente); pero el artículo 730.2 LEC también permite hacerlo con carácter previo. No obstante, la obligación de justificar los requisitos de las medidas cautelares: *fumus boni iuris* y *periculum in mora* (especialmente en el caso de las medidas anticipatorias), aconseja que se soliciten simultáneamente con una demanda suficientemente fundamentada.

También cabe solicitar medidas cautelares después de haber presentado la demanda, incluso durante la tramitación de un recurso, pero el promotor debe apoyar su petición «en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos», tal y como se desprende del artículo 730.4 LEC. De no justificar ese cambio de circunstancias se podrían combatir alegando que ha precluido la posibilidad de solicitarlas. Igualmente, la LEC permite volver a solicitar medidas cautelares que hayan sido rechazadas con anterioridad, siempre que se justifique que han variado las circunstancias en las que se apoyó la denegación (art. 736.2 LEC).

La competencia para resolver una solicitud de medidas formulada durante la sustanciación de un recurso corresponde al órgano judicial que conozca de ese recurso (art. 723.2 LEC), aunque la ejecución de las medidas es siempre competencia del órgano de primera instancia. El Tribunal

Supremo ha precisado cuál es el momento determinante para atribuir la competencia al órgano *ad quem*. Así, en el auto de 18 de mayo 2016 declaró:

«(...) la competencia se trasladaba al tribunal superior en grado desde el momento en que, presentado escrito de interposición, se acordaba la remisión de los autos originales al tribunal competente para conocer del recurso».

El Tribunal Supremo ha razonado esta regla de competencia del siguiente modo (v. gr. auto de 19-7-2005, proc. 92/2005):

«La razón por la cual se atribuye al órgano competente para el conocimiento del recurso la decisión acerca de las medidas cautelares, reservando su ejecución para el órgano de primera instancia, es la de que conviene atribuir dicha facultad al órgano que está conociendo del proceso y se halla, en consecuencia, en posesión de los autos y en mejores condiciones para enjuiciar la procedencia de las medidas cautelares, valorar los requisitos a los cuales subordina su adopción la LEC, y determinar, con conocimiento de las circunstancias del caso, la idoneidad y la cuantía de la caución procedente para garantizar los daños y perjuicios que pueda originar la adopción de las medidas que puedan acordarse».

Según esto, las solicitudes de medidas presentadas antes de que se acuerde la remisión al tribunal que vaya a resolver el recurso han de resolverse por el órgano *a quo*, que conserva en su poder los autos y, por tanto, se encuentra en mejor posición para decidir con prontitud sobre las medidas cautelares.

Esta regla de competencia se refiere a las solicitudes nuevas de medidas cautelares; pero no debe confundirse con la facultad que se atribuye al tribunal que dicta una sentencia, no firme, para acordar el alzamiento, modificación o mantenimiento de medidas acordadas con anterioridad, de acuerdo con el artículo 744 LEC (cuestión que analizaremos en el apartado relativo a la vigencia de las medidas).

El artículo 732 LEC (al igual que el art. 728) obliga a justificar cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legales de las medidas (aparición de buen derecho y peligro por la mora procesal). Esta justificación exige que la demanda contenga una fundamentación fáctica y jurídica completa. Esta carga procesal es también exigible en el ámbito del juicio verbal, en el que actualmente se exige que la demanda adopte el contenido y la forma propios del juicio ordinario, según el artículo 437, tras la redacción introducida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, a excepción de los juicios verbales en que se actúe sin abogado y procurador, en los que se permite que la demanda sea sucinta. Con anterioridad a la reforma, en el juicio verbal se admitía una demanda sucinta, en cuyo caso la fundamentación fáctica y jurídica tenía que realizarse en la vista oral. En todo caso, la redacción de la demanda conforme a la forma prevista en el juicio ordinario es una absoluta necesidad en el caso de que se soliciten medidas cautelares, ya que solo de ese modo se podrán justificar sus presupuestos, tal y como exige el artículo 732 LEC<sup>1</sup>.

Estas consideraciones tienen especial importancia en los procedimientos de protección de los consumidores. No podemos olvidar que el cauce genuino de las acciones de cesación es el juicio verbal, según el artículo 250.1,12.º LEC. Se trata de un juicio verbal especial, por razón de la materia, con independencia de la cuantía.

El objeto del presente estudio exige de analizar detalladamente la regulación de las medidas cautelares. No obstante, en cuanto al procedimiento aplicable, cabe señalar que la regla general es la audiencia del demandado antes de resolver sobre la solicitud de medidas cautelares, en el seno de la vista regulada en el artículo 733 LEC, salvo que se tome una decisión *inaudita parte*. Las medidas cautelares podrán adoptarse sin la audiencia del demandado en los casos urgentes o en aquéllos en que la audiencia pueda comprometer el buen fin de la medida. En este último supuesto no cabe recurso, pero el demandado podrá formular oposición de acuerdo con los artículos 739 a 742 LEC.

A continuación, vamos a analizar una serie de particularidades que deben tenerse en cuenta con relación a la caución y a la prueba. Posteriormente, nos detendremos en las medidas concretas que pueden tener mayor relevancia en los procedimientos de protección de los consumidores y

<sup>1</sup> J. Garberí Llobregat (dir.), J. M. Torres Fernández de Sevilla y L. Casero Linares, *Las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, 3.ª edic., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 122.

usuarios. Los apartados finales se dedicarán a estudiar la vigencia y la ejecución de las medidas cautelares, que también presentan algunos aspectos dignos de mención.

### 4. Caución

Uno de los motivos de oposición a las medidas cautelares más habituales es el que se refiere al requisito de la caución. La regla general es que en la propia solicitud de medidas cautelares deberá ofrecerse la prestación de una caución. Asimismo, deberá especificarse su modalidad y justificar el importe que se propone (art. 732.3 LEC). La medida cautelar acordada no podrá ejecutarse sin que previamente se haya prestado el importe de la caución establecido en el auto que accedió a las medidas (art. 737 LEC). La finalidad de esta caución es responder de los daños y perjuicios que se puedan ocasionar en el patrimonio del demandado como consecuencia de la medida cautelar (art. 728.3 LEC).

Ahora bien, en este momento nos interesa destacar dos particularidades. En primer lugar, existe la posibilidad de que el tribunal dispense al solicitante del deber de prestar caución cuando se ejercite una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios (art. 728.3 LEC). Si se ejercita una acción de cesación al amparo del artículo 12 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) en beneficio de todos los adherentes de la condición general impugnada (sean o no consumidores) también sería aplicable el mencionado artículo 728.3 LEC, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 4.<sup>a</sup>, párrafo primero, de la LCGC, a cuyo tenor: «las referencias contenidas en la LEC 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 LCGC».

En segundo lugar, en el caso de que el solicitante sea el Ministerio Fiscal, aparte de la posibilidad de dispensa por razón del tipo de procedimiento, la exigencia de caución estaría fuera de lugar<sup>2</sup>. No puede ignorarse que es un órgano constitucional (art. 124 de la Constitución) y que actúa en defensa del interés general de la sociedad. Por consiguiente, al igual que el Estado, estaría exento de prestar caución, tal y como se deduce del artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, *de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas*. De conformidad con el citado precepto, el Estado así como los órganos públicos regulados por su normativa específica dependientes de aquél y los órganos constitucionales estarán exentos de la obligación de constituir depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes. Esta interpretación tendría cabida en la regulación de la caución contenida en la propia LEC, ya que el artículo 728.3 emplea la expresión: «*Salvo que expresamente se disponga otra cosa*, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente (...)». Así pues, se está admitiendo que existen excepciones a la regla general, que obliga a fijar una caución al solicitante de medidas cautelares.

### 5. Prueba

El solicitante de las medidas está obligado a convencer al tribunal de la prosperabilidad de la pretensión ejercitada en la demanda principal. En otras palabras, la prueba que aportemos tendrá que ser suficiente para que el tribunal pueda alcance una opinión favorable al demandante (*fumus boni iuris*). En el supuesto de que se soliciten medidas cautelares anticipatorias, la exigencia probatoria será mayor puesto que se pretende la misma tutela que se alcanzaría con la sentencia que se dicte en el proceso principal. En consecuencia, es importante hacer un esfuerzo a la hora de fundamentar la demanda principal.

El medio probatorio por excelencia para justificar la solicitud de medidas cautelares es el documental, aunque no el único. Así se desprende del artículo 728.2 LEC:

«El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión. En

---

<sup>2</sup> M. García Vila, *Las condiciones generales de la contratación: aspectos procesales*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2005, pág. 315.

defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito».

Una peculiaridad del procedimiento de medidas cautelares consiste en que la posibilidad de proponer prueba precluye para el actor en el momento de solicitar las medidas. En principio, esa solicitud inicial también deberá incluir una petición de que se reciba el procedimiento a prueba. Además, en ese momento se aportarán los documentos que sirvan de fundamento para las medidas cautelares y se propondrán los concretos medios de prueba cuya práctica se interese. En consecuencia, si esas peticiones se formulan en el momento de la vista corremos el riesgo de que sean declaradas extemporáneas. Según el artículo 732.2 LEC:

«Se acompañarán a la solicitud los documentos que la apoyen o se ofrecerá la práctica de otros medios para el acreditamiento de los presupuestos que autorizan la adopción de medidas cautelares.

(...)

Para el actor precluirá la posibilidad de proponer prueba con la solicitud de las medidas cautelares».

No obstante, el Tribunal Constitucional estimó un recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al considerar que no resultaba razonable desestimar una pretensión cautelar porque no se hubiera propuesto prueba en la solicitud inicial. El Tribunal argumenta que en la solicitud aparecían plenamente identificados los documentos en los que se apoyaba la pretensión, que se aportaban con esa solicitud, a pesar de que no se hubiera solicitado expresamente el recibimiento a prueba. Asimismo, considera que el mencionado artículo 732.2 no exige que se solicite expresamente el recibimiento a prueba en la propia solicitud de medidas cautelares (sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 159/2008, de 2 de diciembre, rec. 3070/2005).

En el mismo precepto (art. 732.2) se establece una especialidad probatoria, que sería de aplicación a los procesos colectivos en los que se ejerciten acciones de cesación y que permite al tribunal, a instancia del solicitante, completar la prueba aportada por éste:

«Cuando las medidas cautelares se soliciten en relación con procesos incoados por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas, también podrá proponerse al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud».

## 6. Elenco de medidas

### 6.1. Sistema abierto

El artículo 727 LEC consagra un régimen abierto de medidas cautelares. Por una parte, incluye una enumeración de medidas cautelares específicas y, al mismo tiempo, permite cualesquiera otras igualmente encaminadas a garantizar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria. Así se desprende del propio precepto, que comienza afirmando:

«Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, *entre otras*, las siguientes medidas cautelares: (...)».

A su vez, el citado artículo 727, en el apartado 11, se refiere explícitamente a las medidas innominadas, en los siguientes términos:

«Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere acordarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio».

Al amparo de esta disposición podrán adoptarse medidas no previstas expresamente que cumplan los presupuestos comunes a todas las medidas cautelares.

A la hora de seleccionar la medida más idónea debemos tener presente su carácter accesorio con la pretensión principal. La razón de ser de toda medida cautelar es «asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare», de acuerdo con el artículo 721.1 LEC (en parecidos términos se pronuncia el art. 726.1, 1.ª LEC). Por consiguiente,

las medidas cautelares tienen un carácter instrumental. El cumplimiento de este presupuesto es determinante de la prosperabilidad de la solicitud cautelar.

A continuación, nos detendremos en aquellas medidas que pueden resultar especialmente idóneas en los procesos dirigidos a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios.

### 6.2. Prohibiciones cautelares

Cuando se ejercite una acción de cesación en defensa de los consumidores o usuarios tendrá pleno sentido una medida dirigida a impedir que persista durante el proceso una conducta lesiva para los derechos de los consumidores. En las mismas circunstancias, puede resultar adecuada una medida que acuerde el cese provisional del uso de una determinada cláusula o de una condición general de la contratación, consideradas ilícitas o abusiva. Este objetivo podría alcanzarse mediante órdenes o prohibiciones encaminadas a que el infractor ponga fin a esas conductas.

Por ello, en la demanda principal de cesación no puede pretenderse únicamente un pronunciamiento de carácter declarativo, referido a que se declare la abusividad o la ilicitud de una determinada conducta, contraria a los derechos de los consumidores y usuarios. Además, deben perseguirse pronunciamientos de condena, encaminados a que la demandada cese en esa conducta y que se le prohíba volver a incurrir en ella en el futuro (v. gr. prohibición de incluir conceptos indebidos en las facturas que gira contra los consumidores o usuarios, prohibición de utilizar una cláusula idéntica a la declarada abusiva...). De lo contrario, no concurriría esa accesoria imprescindible entre la pretensión principal y la medida cautelar. Esas pretensiones de condena son inherentes a la acción de cesación, tal y como aparece configurada en el artículo 53 TRLGDCU. Según este precepto:

«La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que *condene* al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato (...).».

Con frecuencia, las acciones de cesación afectan a multitud de personas (intereses colectivos o difusos) y se refieren a conductas con una gran repercusión en la economía y en el tráfico mercantil. Por tanto, es preciso actuar con prontitud para evitar que el número de perjudicados siga aumentando durante la tramitación del procedimiento. En el apartado dedicado a las medidas de naturaleza anticipatoria volveremos a incidir en la conveniencia y admisibilidad de este tipo de actuaciones.

### 6.3. Publicidad. Eficacia *ultra partes* de la sentencia

Puede resultar conveniente que las órdenes o prohibiciones adoptadas de manera cautelar vayan acompañadas de una solicitud de publicidad con el fin de dotarlas de una mayor eficacia.

Las acciones colectivas de cesación se refieren habitualmente a conductas muy extendidas en el mercado y que tienen una gran repercusión para los consumidores; no sería extraño que la demanda se formule contra empresas líderes en el sector en el que actúan (v. gr. financiero, de telecomunicaciones, transportes o la energía). Por ello, conviene que los efectos de la sentencia no se limiten a las partes que han intervenido en el procedimiento. Esta eficacia general de la sentencia justificaría la medida cautelar de la que estamos hablando. Dado que es una cuestión controvertida, deberá fundamentarse debidamente en la demanda principal. La falta de claridad sobre esta cuestión en nuestra legislación impone un análisis expreso, que pasamos a realizar.

La eficacia general del proceso colectivo para la defensa de los consumidores y usuarios tiene dos vertientes. En primer lugar, la sentencia puede afectar a consumidores y usuarios no personados en el procedimiento, que también serían beneficiarios de una eventual estimación de la demanda. Por otra parte, bajo mi punto de vista, la sentencia también puede extender su eficacia a otras personas o entidades que no fueron demandadas, siempre que incurran en la misma práctica o utilicen una cláusula idéntica a la que se ha considerado abusiva o ilícita. Ahora bien, con respecto a otros posibles infractores, debe limitarse esa eficacia *ultra partes* de la sentencia a los pronunciamientos de naturaleza declarativa (v. gr. declaración de que una determinada práctica o una cláusula son abusivas) ya que de lo contrario podría alegarse vulneración de los derechos de audiencia y defensa.

La eficacia frente a terceros de la sentencia encuentra fundamento legal en el artículo 221.1 LEC. La regla primera se refiere a su extensión a otros consumidores, en los siguientes términos:

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

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

La disposición se refiere a los pronunciamientos condenatorios de la sentencia. En este supuesto el principio general es que la sentencia estimatoria deberá determinar individualmente (es decir, con nombres y apellidos) los beneficiarios, siempre que en la fase probatoria se hayan podido concretar. En cambio, cuando no se hayan podido identificar, la sentencia fijará las bases para su determinación. Esta regla debe aplicarse con mesura pues, de lo contrario, la ejecución de la sentencia sería inmanejable. No cabe una indeterminación total, de modo que la fase de ejecución se convierta en una sucesión interminable de juicios declarativos.

La regla segunda del artículo 221.1 se refiere a un supuesto distinto que, a mi juicio, permitiría extender el pronunciamiento declarativo de la sentencia a otros posibles infractores, distintos del demandado; reza así:

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

Según esto, los tribunales deberán extender la eficacia declarativa de la sentencia a otras personas físicas o jurídicas que incurran en una práctica idéntica a la declarada abusiva o ilícita, y también extenderá sus efectos a quienes utilicen una cláusula o una condición general de la contratación igual a la impugnada. La finalidad de esta regla sería evitar pronunciamientos contradictorios y alcanzar una protección más efectiva de los derechos supraindividuales que se tutelan en los procedimientos colectivos.

En ambos casos, la eficacia *erga omnes* dependerá que la sentencia lo declare de forma expresa. Dados los términos en que está redactado el precepto transcrito, se trata de una disposición de carácter imperativo («la sentencia determinará»).

Se plantea el problema de la aplicación de estas disposiciones a las demandas formuladas por el Ministerio Fiscal. La confusión obedece a que la rúbrica que encabeza este artículo 221 tiene el siguiente tenor: «sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios». Sin embargo, una interpretación lógica obliga a extenderla a las demás entidades legitimadas, entre ellas el Ministerio Fiscal<sup>3</sup>. En el caso de que el fiscal ejercite cualquiera de las acciones contempladas en la LCGC, su disposición adicional cuarta, párrafo segundo, resuelve cualquier duda que se pudiera plantear al respecto:

«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 LCGC, a las demás personas y entes legitimados activamente para su ejercicio».

Las sentencias del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Civil, de 1 de julio de 2010 (sentencia 401/2010, vid. apartados 194 a 198) y de 9 de mayo de 2013 (sentencia 241/2013, sobre las cláusulas suelo, apartados 298 a 300) sostienen la vigencia del artículo 221.1, regla segunda, de la LEC, en las acciones de cesación así como su carácter imperativo. Tal y como declaró la primera de estas resoluciones «la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito: está presente un interés ajeno con precedentes en el ámbito del proceso contencioso-administrativo cuando el objeto del proceso es una disposición general, que exige la extensión

<sup>3</sup> V. Moreno Catena, «Sentencias dictadas en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios», en *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, coord. por Esther González Pillado, Tecnos, Madrid, 2010, p. 123).

de sus efectos *ultra partes*, como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, de que cese el uso de las cláusulas abusivas» (apartado 194).

La importante sentencia del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo (sobre cláusulas suelo) señaló que era preciso superar las fronteras intersubjetivas que limitan los efectos de la cosa juzgada a las partes del proceso (art. 222.3 LEC). Al mismo tiempo reconoció que era preciso tener en cuenta las limitaciones «derivadas de la diversidad de casos de protección». En ese supuesto, el Tribunal Supremo tuvo en cuenta que la demandante no había solicitado la eficacia *ultra partes* de la sentencia y que no se podía olvidar el casuismo que impregna el juicio de valor sobre la suficiencia de información. Por ello, finalmente limitó la eficacia de la sentencia a «quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos».

En definitiva, si en la demanda principal se pretende que la sentencia produzca esa eficacia general, es importante que todos los interesados estén informados de que una conducta, o una cláusula, que afecta a distintos operadores de la economía ha merecido un juicio inicial desfavorable, aunque provisional, por parte de un órgano judicial en la pieza de medidas cautelares. La difusión del auto que adoptó esas medidas cautelares, mediante anuncios en periódicos, a costa del demandado, tendría el objetivo de dar a conocer ese pronunciamiento.

Este tipo de publicidad no aparece expresamente recogida en el elenco de medidas del artículo 727 LEC; pero, como ya exponíamos anteriormente, estamos ante un sistema de *numerus apertus*. No obstante, la publicidad de la sentencia que se dicte en el proceso principal sí se prevé expresamente en el artículo 221.2 LEC, en los siguientes términos:

«En las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia (...).»

### 6.4. Anotaciones preventivas

Otra medida encaminada a que los consumidores y empresarios conozcan la pendencia del proceso y puedan actuar en consecuencia, sería la anotación preventiva de la demanda prevista con carácter general en el artículo 727.5.<sup>ª</sup> LEC, «cuando se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en registros públicos». Constituye un mecanismo de publicidad de la demanda para dar a conocer la pendencia del proceso en el que se impugna una práctica o una cláusula que puede afectar a numerosos consumidores. Se trata de informar a los interesados que puedan verse afectados por una sentencia eventualmente estimatoria. La anotación también tendría efectos disuasorios frente a otros posibles infractores. Con esta medida se intentaría disminuir el número de afectados.

La publicidad del proceso, que proporciona la anotación preventiva, también pretende evitar duplicidad de procedimientos con un mismo objeto pues el número de afectados suele ser muy elevado y no pueden descartarse a priori otras demandas relativas a la misma materia.

En los procesos en que se impugnen condiciones generales de la contratación existe una normativa específica: la LCGC y el Reglamento del Registro de las Condiciones Generales de la Contratación, que analizaremos seguidamente<sup>4</sup>.

El artículo 11 LCGC regula el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. En su apartado 3 establece, de forma imperativa la anotación preventiva de las demandas en las que se ejerciten acciones colectivas de cesación, con una vigencia de 4 años, prorrogable en virtud de resolución judicial. El apartado 8,c) del citado artículo 11 prevé la inscripción de las condiciones generales en virtud del mismo mandamiento que acuerda la anotación preventiva de la demanda.

Esta regulación permite sostener dos interpretaciones en torno a la naturaleza de la anotación preventiva de la demanda. La primera sería considerar que se trata de una consecuencia automática asociada a la admisión de la demanda, que se acordaría de oficio. La segunda, que debe tramitarse por el procedimiento previsto para las medidas cautelares.

<sup>4</sup> J. Aguirre Seoane, *La impugnación de las condiciones generales de la contratación. Especial referencia a la posición del fiscal como demandante*; ponencia presentada en las Jornadas de especialistas en el orden civil, celebradas en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, Madrid, 2015.

Teniendo en cuenta el tenor literal del mencionado artículo 11: «serán objeto de anotación preventiva...», debemos considerar que se trata de una consecuencia automática de la admisión de la demanda, en cuyo caso el órgano judicial tendría que acordarla de oficio, sin que sea aplicable el procedimiento de las medidas cautelares. Esta conclusión es la más coherente con el texto del propio artículo 11 LCGC, en el que se prevén otras inscripciones con carácter facultativo. Efectivamente, en el artículo 11.2 establece que «podrán inscribirse las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación...». En el apartado 4, último inciso, se contempla otra inscripción en términos facultativos: «también *podrán* ser objeto de inscripción (...) la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas».

Esta línea de pensamiento resulta de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 928/2002, de 12 de febrero (BOE de 11-4-2002), que resolvió un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto que aprobó el Reglamento del Registro de las Condiciones Generales de la Contratación. En esta ocasión, el Alto Tribunal anuló varios de sus artículos y, de forma incidental, consideró que la anotación preventiva de la demanda debe decretarse de oficio dado el carácter imperativo del artículo 11.3 LCGC, sin necesidad de que el demandante lo solicite. En el fundamento jurídico quinto distinguió los supuestos en que la inscripción era potestativa, en las que el artículo 11 LCGC emplea la expresión «podrán» (apartado 2 y segundo inciso del apartado 4), de aquellas otras (apartado 3 y primer inciso del apartado 4) en que las expresiones «serán objeto de anotación preventiva» y «serán objeto de inscripción» demuestran su carácter imperativo, aplicable de oficio. No obstante, la sentencia cuenta con un voto particular que discrepa de esa interpretación.

En cualquier caso, nada impide que esa anotación se proponga como medida cautelar, con el fin de que el juzgado pueda optar por la interpretación que estime más correcta.

El artículo 11.3 LCGC se refiere también, con carácter imperativo, a la anotación preventiva de las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de la condición general impugnada. Esta suspensión podría acordarse al amparo de lo dispuesto en el artículo 727.7.<sup>a</sup> y 11.<sup>a</sup> LEC. Debe diferenciarse la medida consistente en la suspensión cautelar de la condición general y su anotación preventiva. La suspensión cautelar no tendría carácter automático. Por tanto, exige una resolución que la acuerde, tras oír a la parte demandada (salvo los casos de urgencia), y el solicitante estaría obligado a acreditar que concurren los requisitos de toda medida cautelar.

## 6.5. Otras medidas

Por último, en los casos en los que se ejerciten acciones encaminadas a la restitución de cantidades indebidamente cobradas o a la indemnización de daños y perjuicios puede resultar procedente asegurar su efectividad desde un primer momento mediante el embargo preventivo de bienes previsto en el artículo 727.1.<sup>a</sup> LEC.

También puede resultar procedente la medida contemplada en el artículo 727.8.<sup>a</sup> LEC, que prevé la intervención y el depósito de los ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda.

## 7. Medidas anticipatorias

De las múltiples clasificaciones que podemos encontrar nos vamos a detener en aquella que distingue entre medidas cautelares conservativas y anticipatorias. Todas ellas tienen un carácter instrumental respecto de la sentencia estimatoria que pueda llegar a dictarse en el proceso principal, es decir, tratan de garantizar su efectividad, aunque presentan diferencias entre sí, como comprobaremos seguidamente.

A priori, podría considerarse que las medidas cautelares más genuinas son las conservativas (o asegurativas), que tienen como objetivo salvaguardar el estado de cosas existente al comienzo del proceso<sup>5</sup>. El paradigma de este tipo de medidas sería el embargo preventivo.

Ahora bien, junto a ese tipo de medidas cautelares, nos encontramos con otras que no se conforman con asegurar la ejecución, sino que, además, persiguen una satisfacción anticipada de la

<sup>5</sup> J. Garberí Llobregat (dir.), J. M. Torres Fernández de Sevilla y L. Casero Linares, ob. cit., nota 1, pág. 52.

misma pretensión que se ejercita en el proceso principal: son las medidas anticipatorias. En este último caso, se pretende poner fin a un daño antijurídico desde el inicio del proceso. Siguiendo a Rifa Soler<sup>6</sup> pueden considerarse como una tutela judicial sumaria, que tendría el mismo objeto que la demanda principal; pero de una forma provisional.

Las medidas anticipatorias encontrarían su justificación en el hecho cierto de que la efectividad de la sentencia se vería claramente disminuida si no se tomaran medidas desde un primer momento. Esa efectividad no puede conformarse con asegurar la ejecución de la sentencia; también debe garantizar una protección eficaz de los derechos del demandante evitando que una situación claramente injusta para los consumidores se mantenga durante la tramitación del proceso principal, ya que, de continuar, disminuiría considerablemente la efectividad de la sentencia. Así pues, se pretende combatir la conducta lesiva de forma anticipada para evitar perjuicios de difícil reparación posterior.

Ahora bien, no podemos perder de vista el carácter instrumental de las medidas cautelares ni la homogeneidad que debe existir entre la tutela cautelar y la principal. Por tanto, el límite sería que no puede concederse más, ni algo totalmente distinto, de lo que se obtendría con la sentencia dictada en el proceso principal.

Uno de los mecanismos más genuinos de protección de los consumidores y usuarios son las acciones colectivas de cesación. Este tipo de acciones tienen por objeto que se condene al demandado a cesar en una conducta y a prohibir su reiteración en el futuro (art. 53 TRLGDCU, citado *supra*). Cuando se ejercite una acción colectiva de cesación cobrarán especial relevancia las medidas cautelares anticipatorias dirigidas a impedir que persista la conducta que se estima lesiva para los derechos de los consumidores o a evitar que siga utilizándose la cláusula o la condición general que ha sido impugnada. Un ejemplo de medidas anticipatorias sería la prohibición cautelar de reiterar la práctica denunciada, como puede ser una facturación irregular por conceptos indebidos, o también la prohibición de promover la inscripción de los clientes que no abonen esas facturas en ficheros de solvencia patrimonial. Este tipo de tutela cautelar también podría consistir en el cese provisional de la utilización de una cláusula o de una condición general que es objeto de impugnación en el proceso principal (v. gr. auto de 15-12-2014 de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.ª, rec. 473/2014).

La admisibilidad de este tipo de medidas en nuestro Ordenamiento es incontestable, como veremos a continuación. La doctrina se ha pronunciado mayoritariamente a favor de las medidas anticipatorias. Manuel Ortells Ramos<sup>7</sup>, se refiere a ellas como «medidas con efectos innovativos de la situación existente al plantearse el litigio», en las que incluye aquellas que imponen una satisfacción de la pretensión ejercitada en el proceso principal. Como señala este autor, los antecedentes de la LEC acreditan que la voluntad del legislador era favorable a las medidas anticipatorias. En el Anteproyecto de la actual LEC se establecía que las medidas cautelares deberían reunir, entre otras la siguiente característica:

«No consistir en lo mismo o más que lo que obtendría el actor con la ejecución, en sus propios términos, de la sentencia de condena que pretenda. Las medidas de carácter temporal, provisional o condicionado nunca podrán considerarse idénticas a las actuaciones ordenadas en sentencias de condena susceptibles de ejecución, que no presenten las características señaladas» (art. 725.1.3.ª del Anteproyecto de Ley).

Sin embargo, en el Proyecto de Ley y en el texto definitivo de la LEC se suprimió esa limitación dando así carta de naturaleza a las medidas anticipatorias.

La LEC actual se ha decantado claramente a favor de las medidas cautelares anticipatorias. En primer lugar, así se desprende del artículo 726 LEC, que en su primer punto reconoce la posibilidad de acordar como medida cautelar *cualquier* actuación, directa o indirecta, que reúna las características generales que prevé el propio precepto. Además, el apartado 2 del mismo artículo establece:

«Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares, el Tribunal podrá acordar como tales las que consistan

<sup>6</sup> J. M. Rifa Soler, «Requisitos de las medidas cautelares. Modificación y alzamiento de las cautelas», en *Las medidas cautelares y los recursos*, dir. por J. F. Valls Gombau, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 102.

<sup>7</sup> M. Ortells Ramos, *Las medidas cautelares*, La Ley, Alcobendas (Madrid), 2000, págs. 138-145.

en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte».

Por otro lado, el artículo 727.7.<sup>a</sup> LEC prevé expresamente una medida cautelar anticipatoria:

«La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo».

A mayor abundamiento, también confirmaría la admisibilidad de las medidas anticipatorias el hecho de que la LEC optara por un sistema abierto de medidas cautelares.

Igualmente, nuestro Ordenamiento Jurídico ha consagrado este tipo de medidas en determinados procedimientos especiales. Así ocurre, por ejemplo, con el reconocimiento de alimentos provisionales desde que se reclama la filiación (art. 768.2 LEC), o las medidas previstas para los procesos matrimoniales (art. 771 LEC), o el nombramiento de un administrador provisional o de un defensor con funciones de administración o para el cuidado personal de una persona discapacitada, que puede adoptarse en los procesos de modificación judicial de la capacidad, al amparo del artículo 762 LEC.

Otro supuesto, al margen de la LEC, sería la pensión provisional contemplada en la LECrim. para las víctimas de accidentes de tráfico (art. 765). En la legislación civil especial también encontramos ejemplos de medidas anticipatorias, como ocurre en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual*, que en el artículo 141 prevé la posibilidad de adoptar, entre otras, la medida cautelar consistente en:

«La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda, o de cualquier otra actividad que constituya una infracción a los efectos de esta Ley, así como la prohibición de estas actividades si todavía no se han puesto en práctica».

En la Ley 24/2015, de 24 de julio, *de Patentes*, se prevén medidas cautelares de similar naturaleza (art. 128).

En la práctica forense más reciente nos hemos encontrado con numerosas solicitudes de suspensión cautelar de la eficacia de cláusulas o de contratos cuya nulidad se reclamaba en el proceso principal, alegando su carácter abusivo o la existencia de vicios de consentimiento (v. gr. cláusulas suelo, swaps, etc.). La pretensión cautelar suele fundarse en el riesgo de que empeore la capacidad económica de la entidad financiera demandada y, en consecuencia, no pueda hacer frente a la devolución de las sumas que percibió en virtud de la cláusula litigiosa o del contrato impugnado. Asimismo, suelen alegarse dificultades económicas del solicitante de la medida para hacer frente a sus obligaciones dinerarias.

La respuesta de los tribunales frente a este tipo de medidas cautelares ha sido dispar. Así, podemos encontrar resoluciones que han entendido<sup>8</sup> que no existen motivos para dudar de la solvencia de la entidad financiera para hacer frente a la devolución de las cantidades cobradas. Tampoco se ha admitido como fundamento de la medida el riesgo de sufrir una ejecución hipotecaria por el impago de las cuotas del préstamo. Esta postura se ha apoyado en lo dispuesto en el artículo 695 LEC, que permite oponerse a la ejecución hipotecaria alegando «el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible» (redacción introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de *medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*).

No obstante, existen pronunciamientos judiciales favorables a la suspensión cautelar de la eficacia de este tipo de contratos o de cláusulas<sup>9</sup> para evitar que continúen exigiéndose a los demandantes durante la tramitación del proceso determinadas cantidades en virtud de una cláusula o de un contrato altamente cuestionable (cláusula suelo o permutas de tipos de interés [swap]). Esta línea jurisprudencial pone el foco en la necesidad de evitar perjuicios de imposible o de difícil reparación a la parte actora durante la tramitación del procedimiento. Podríamos hablar de

<sup>8</sup> Vid. Auto 29/2016, de 26 de febrero, de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.<sup>a</sup>, rec. 667/2015.

<sup>9</sup> Vid. Auto 85/2015, de 30 de octubre, rec. 334/2015, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.<sup>a</sup>; autos 174/2015, de 22 de octubre, rec. 464/2015, y 214/2015, de 4 de diciembre, rec. 467/2015, de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.<sup>a</sup>; auto 264/2014, de 15 de diciembre, y auto 64/2015, de 25 de marzo, de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.<sup>a</sup>; auto 259/2011, de 31 de mayo, rec. 53/2011, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3.<sup>a</sup>; auto 7/2011, de 25 de febrero, rec. 27/2011, de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.<sup>a</sup>.

un *perigo por mora procesal impropio*, que también es digno de protección. Se trata de actuar con prontitud frente a una situación con claros tintes de ilicitud. Estas medidas no se justificarían tanto para asegurar la ejecución de la sentencia como para garantizar su efectividad mediante una tutela sumaria del patrimonio de los demandantes.

En definitiva, la admisibilidad de este tipo de medidas se desprende no solo de la propia regulación contenida en la LEC y de la mejor doctrina procesal que se ha ocupado de esta materia, sino también de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales<sup>10</sup>. Ahora bien, dado que se persigue una tutela anticipada de la pretensión que se alcanzaría con una sentencia favorable, los tribunales han sido más rigurosos en cuanto a la acreditación de los presupuestos generales: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.

## 8. Vigencia de las medidas

La duración de las medidas está vinculada directamente a las vicisitudes del proceso principal, habida cuenta su carácter instrumental. Veamos qué ocurre con las medidas cautelares una vez que se dicta la sentencia en el proceso principal.

### 8.1. Sentencia no firme

Los efectos de una sentencia definitiva, no firme (dictada en primera o en segunda instancia), sobre las medidas cautelares dependerán del sentido del fallo.

#### 8.1.1. Sentencia no firme absolutoria

Si la sentencia es absolutoria, la consecuencia lógica será el alzamiento de las medidas cautelares. No obstante, se admite la posibilidad de que el demandante solicite que se mantenga la medida o se sustituya por otra, siempre y cuando recurra esa sentencia absolutoria (art. 744 LEC).

#### 8.1.2. Sentencia no firme parcialmente estimatoria

Si la sentencia, no firme, estimare parcialmente la demanda el tribunal decidirá sobre el mantenimiento, modificación o alzamiento de las medidas cautelares, después de oír a la parte contraria (art. 744.2 LEC). Como señala Rifa Soler<sup>11</sup>, cuando en una misma demanda se hayan acumulado varias pretensiones, el artículo 744 debe referirse al pronunciamiento judicial que absuelve o acoge de forma parcial cada una de ellas. Según esto, para determinar si procede alzar una medida cautelar, modificarla o mantenerla debe estarse al resultado que haya tenido en la sentencia la pretensión concreta que se trataba de garantizar con esa medida.

#### 8.1.3. Sentencia no firme condenatoria

En el caso de que la sentencia, no firme, sea condenatoria las medidas cautelares se mantendrán. No obstante, cabe la posibilidad de solicitar la ejecución provisional de esa sentencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 526 y siguientes de la LEC. La ejecución provisional de una sentencia que aún no ha alcanzado firmeza puede llegar a ser incompatible con las medidas cautelares, siempre que sean de la misma naturaleza. En el caso de concurrir ambas instituciones procesales prevalecerán las medidas ejecutivas acordadas en el seno de la ejecución provisional, como veremos a continuación.

Los efectos de esa ejecución provisional sobre las medidas cautelares se regulan en el artículo 731.2 LEC. Según esta disposición: «cuando se despache ejecución provisional de una sentencia, se alzarán las medidas cautelares que se hubiesen acordado y que guarden relación con dicha ejecución».

---

<sup>10</sup> V. gr. Auto de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.ª, número 40/2016, de 23 de febrero, rec. 587/2015; auto de 15-12-2014 de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.ª, rec. 473/2014. No obstante, algunas resoluciones judiciales se muestran restrictivas acerca de su admisión, como el auto 6/2011, de 18 de enero, rec. 176/2010, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13.ª,

<sup>11</sup> J. M. Rifa Soler, ob. cit. nota, 6, pág. 136.

La solicitud de ejecución provisional no produciría automáticamente el alzamiento de las medidas. Ese efecto no tendrá lugar hasta que se despache ejecución. Por otro lado, es factible que convivan medidas cautelares y ejecución provisional cuando sean de distinta naturaleza.

Esa ejecución provisional puede promoverse o no, ya que es posible que el demandante prefiera mantener la vigencia de las medidas cautelares hasta la firmeza de la sentencia. Por otra parte, las medidas acordadas en ejecución provisional podrían continuar como medidas de ejecución definitiva al amparo del artículo 532 LEC:

«Si se dictase sentencia que confirme los pronunciamientos provisionalmente ejecutados, la ejecución continuará si aún no hubiera terminado, salvo desistimiento expreso del ejecutante.

»Si la sentencia confirmatoria no fuera susceptible de recurso o no se recurriera, la ejecución, salvo desistimiento, seguirá adelante como definitiva».

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la competencia para acordar la ejecución provisional de la sentencia corresponde al Juzgado que conoció de la primera instancia (art. 524.2 LEC). En cambio, la competencia para resolver acerca de las medidas cautelares solicitadas en fase de recurso corresponde al tribunal que va a resolver ese recurso (art. 723.2 LEC).

## 8.2 Sentencia firme

Dado el carácter provisional y accesorio de las medidas cautelares respecto del procedimiento principal, no subsistirán una vez que éste concluya, mediante sentencia firme o auto equivalente. Una vez que la sentencia adquiera firmeza, si es absolutoria, se alzarán de oficio las medidas cautelares (art. 745 LEC).

Si la sentencia firme es condenatoria, habría que solicitar que las medidas cautelares se transformen en ejecutivas, antes de que concluya el plazo de cumplimiento voluntario (20 días, según el art. 548 LEC), para evitar que se alcen<sup>12</sup>. De esta manera se evitaría una solución de continuidad entre las medidas cautelares y las actuaciones concretas de ejecución de la sentencia que sean de la misma naturaleza. Ésta es la interpretación más coherente con el artículo 731.1 LEC:

«No se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado, por cualquier causa salvo que se trate de sentencia condenatoria o auto equivalente, en cuyo caso deberán mantenerse las medidas acordadas hasta que transcurra el plazo a que se refiere el artículo 548 de la presente Ley. Transcurrido dicho plazo, si no se solicitare la ejecución, se alzarán las medidas que estuvieren adoptadas (...)».

Una vez que la sentencia sea firme, la ejecución forzosa ya no se rige por los principios de oficialidad y sumariedad, que inspiran las medidas cautelares. Por tanto, a partir de ese momento debemos estar a las disposiciones generales que regulan la ejecución de las sentencias.

## 9. Ejecución

De forma consecuente con el carácter sumario del procedimiento de medidas cautelares, el auto que las acuerde goza de la máxima eficacia ejecutiva. Por una parte, el recurso de apelación que se interponga contra ese auto no produce efectos suspensivos, de conformidad con el artículo 735.2 LEC. Por otro lado, la ejecución se rige por el principio de oficialidad. Así se desprende del artículo 738.1 LEC, que establece el cumplimiento de oficio de las medidas cautelares, sin necesidad de que medie solicitud por parte del interesado. Esa ejecución ha de efectuarse, no solo de oficio, sino también de forma inmediata, «empleando para ello los medios que fueran necesarios, incluso los previstos para la ejecución de las sentencias».

La remisión del mencionado precepto a los medios previstos para la ejecución de las sentencias no quiere decir que sea íntegramente aplicable el procedimiento de ejecución forzosa, previsto en el artículo 538 y siguientes de la LEC. Efectivamente, la sumariedad y la ejecutividad inmediata de las medidas cautelares no resulta compatible con el procedimiento general de ejecución forzosa, en el que se prevé un plazo de espera para el cumplimiento voluntario (veinte días, según el artículo 548 LEC), una demanda ejecutiva, posibilidad de oposición por parte del ejecutado, impugnación de esa oposición por el ejecutante y, eventualmente, la celebración de una vista.

<sup>12</sup> *Ibid.*, pág. 124.

Por consiguiente, una vez que se preste la caución (en el caso de que sea necesaria), el tribunal que conoció de la pieza de medidas cautelares<sup>13</sup>, de oficio y sin audiencia del demandado, deberá dictar un auto en el que establecerá los actos de ejecución concretos que sean necesarios para hacer efectiva la medida cautelar.

Aunque no son aplicables las disposiciones sobre el despacho de ejecución, el destinatario de las medidas debe tener a su disposición algún medio de defensa. Por ello, podría admitirse analógicamente lo dispuesto para la impugnación de los actos concretos de ejecución en los artículos 562 y 563 LEC<sup>14</sup>, esto es, cabría recurso de reposición, apelación (en los casos expresamente previstos) o la impugnación mediante un escrito dirigido al tribunal (cuando no exista resolución expresa que se pueda recurrir). El artículo 562.2 LEC también admite la posibilidad de alegar nulidad de actuaciones frente a las resoluciones que acuerden medidas concretas de ejecución.

El modo de ejecución dependerá del tipo de medidas acordadas. Cuando se trate de medidas positivas, tendrían que practicarse los correspondientes requerimientos al demandado para que cumpla lo acordado. En su caso, procederá librar mandamientos al registrador para anotar preventivamente la demanda o la resolución que haya acordado la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general de la contratación (de acuerdo con el artículo 11.3 LCGC). La medida cautelar consistente en la publicación del auto de medidas mediante anuncios en periódicos, con cargo al demandado, se ejecutará mediante un requerimiento inmediato dirigido a tal fin (no sería imprescindible publicar el auto en su integridad, sino solamente la parte dispositiva y los elementos fundamentales del proceso).

Con respecto a la medida cautelar que consistiere en la prohibición de reiterar una conducta estaríamos ante obligaciones de no hacer, con un régimen de ejecución específico (v. gr. la prohibición de girar facturas que se estimen lesivas para los derechos de los consumidores o de cobrarles cantidades indebidamente). Generalmente, la ejecución forzosa de estas medidas únicamente podrá iniciarse cuando se tenga conocimiento de que se ha producido algún incumplimiento. El tribunal difícilmente llegará a saberlo hasta que el solicitante le informe de que no se han respetado esas medidas. De este modo, solo podrían adoptarse medidas ejecutivas específicas una vez que el solicitante ponga en conocimiento del tribunal ese incumplimiento, y lo justifique debidamente (v. gr. aportando facturas emitidas en contra de lo dispuesto en el auto de medidas).

Veamos ahora las peculiaridades de la ejecución de estas «condenas de no hacer», que se regulan en el artículo 710 LEC. Cuando se tenga conocimiento de que se ha reiterado la conducta prohibida podrá iniciarse la ejecución forzosa (en el ejemplo anterior, cuando se reciban noticias de que el demandado ha emitido de nuevo facturas con infracción de lo dispuesto en el auto de medidas cautelares). Esa ejecución forzosa consistiría en requerimientos para que no vuelva a incumplirse la prohibición, para deshacer lo mal hecho, nulidad del acto que hubiere infringido la obligación impuesta en el auto de medidas (v. gr. nulidad de la factura irregular), devolución de las cantidades cobradas indebidamente, indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, etc. Los mencionados requerimientos irán acompañados de un apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal por desobediencia, en el caso de no ser atendidos.

Además, se prevé la imposición de multas coercitivas. El régimen aplicable a las multas en los procesos en los que se ejerciten acciones de cesación en defensa de los consumidores y usuarios aparece en el artículo 711 LEC, que contempla multas de 600 a 60.000 € por cada día de retraso en la ejecución de la resolución judicial. Esta última disposición establece, de forma imperativa, que la sentencia que estime una acción de cesación ejercitada en defensa de los consumidores y usuarios impondrá multas coercitivas por cada día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia. A pesar de que alude a las multas impuestas en la propia sentencia, facilita unos criterios para calcular su importe que serían igualmente aplicables en la ejecución de las medidas cautelares: la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado.

De todos modos, siempre que sea factible, es recomendable que la medida cautelar que prohíba una determinada actividad vaya acompañada de otras de carácter positivo, que podrían consistir

---

<sup>13</sup> J. F. Valls Gombau, «La unificación del procedimiento cautelar», en *Las medidas cautelares y los recursos*, dir. por J. F. Valls Gombau, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 321.

<sup>14</sup> M. Ortells Ramos, ob. cit. nota 7, págs. 321-339.

en un requerimiento dirigido al obligado para que acredite las actuaciones realizadas con el fin de prevenir en el futuro esa conducta prohibida (v. gr. adaptación de los programas informáticos utilizados para la facturación, instrucciones enviadas a los departamentos competentes para no reiterar la conducta prohibida, etc.). En estos casos, ya estaríamos ante unas obligaciones de hacer, encaminadas a garantizar el cumplimiento de unas prohibiciones.

Como ya hemos comentado, el artículo 221.1.<sup>ª</sup> LEC permite un fallo abierto, de forma que el ámbito subjetivo de la sentencia se concrete en la fase de ejecución, a partir de una serie de presupuestos que han de cumplir aquellos consumidores y usuarios que deseen adherirse al fallo estimatorio. Esta previsión puede ser particularmente útil en los procesos que afecten a intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, en los que el hecho dañoso común afecta a un grupo de personas, más o menos determinado.

Esa modalidad de sentencia, abierta, puede ser apropiada cuando la acción de cesación se haya acumulado a otras acciones: de nulidad, de restitución de las cantidades cobradas indebidamente o de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. La posibilidad de acumular este tipo de acciones ha sido consagrada de forma expresa en el artículo 53 TRLGDCU, tras la redacción introducida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, *por la que se modifica el TRLGDCU y otras leyes complementarias*. Esta reforma supone un claro avance frente a la regulación anterior ya que en no pocas ocasiones se alegaba indebida acumulación de acciones. La competencia objetiva se atribuye al mismo juzgado encargado de la acción principal, la de cesación, por la vía prevista en la ley procesal. La citada disposición constituye una regla especial frente al artículo 437.4 LEC, que limita la acumulación objetiva de acciones en el juicio verbal.

El mencionado artículo 221.1.<sup>ª</sup> LEC se complementa, en la fase de ejecución, con un incidente dirigido a resolver las solicitudes de quienes se consideren beneficiarios de la sentencia. Se regula en el artículo 519 LEC, en el que se prevé la audiencia del condenado, con la posibilidad de practicar pruebas. Para facilitar la tramitación de estos incidentes conviene que la sentencia determine con la mayor precisión posible las características y los requisitos que deben reunir quienes deseen sumarse a la ejecución. En el caso de que se reconozca a una persona como beneficiario de la condena, el auto que se dicte en ese incidente será título suficiente para instar la ejecución.

Octubre de 2017

# El hipotecante no deudor y el consumidor en materia de energía eléctrica como consumidores vulnerables

Autor: M<sup>a</sup> Dolores Hernández Díaz-Ambrona

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid

## 1. Introducción: una aproximación al concepto del consumidor vulnerable

Constituye una ardua tarea elaborar un conjunto de normas jurídicas que aborden la vulnerabilidad del consumidor y en concreto, parece difícil dar un concepto de lo que debe entenderse por consumidor vulnerable debido a la fluidez del mismo.

Son los tribunales, los que en ocasiones, y en aplicación del principio *pro consumatore*, se refieren al consumidor vulnerable, para diferenciarlo del consumidor de tipo medio y del consumidor cualificado. Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 225 / 2017 de 26 de mayo. En ella, a propósito de un préstamo multidivisa garantizado con hipoteca, del que se solicitaba la declaración de abusividad de alguna de sus cláusulas por parte de los prestatarios, se habla del consumidor vulnerable. De una parte para referirse a aquel que se encuentra en una situación de vulnerabilidad como es la que se produce en el momento de la solicitud de financiación para la compra de la vivienda habitual, lo que hace que sea precisa una intervención del legislador para remediarla. No obstante esta actuación del legislador no tiene por qué afectar a los contratos ya celebrados previamente, ya que se plasmará mediante normas imperativas o prohibitivas cuyo ámbito de incidencia se proyectará hacia el futuro, nunca hacia el pasado, esto es, a los contratos ya celebrados.

Por otra parte esta sentencia habla del consumidor cualificado, que es aquel que tiene una serie de conocimientos que hace que pueda comprender fácilmente lo que está contratando. En relación a la cláusula multidivisa sería aquel que conoce con facilidad los riesgos derivados del tipo de cambio, aunque no resulte acreditado que el comerciante ha puesto a disposición del consumidor una especial información en forma de explicación de escenarios adversos y sus consecuencias concretas.

En este caso la cláusula es perfectamente válida, dado que para un consumidor cualificado la mera producción de esa situación de riesgo tan extraordinario no es razón suficiente que pueda justificar que se consideren abusivas las cláusulas contractuales que la han propiciado, pero sí que es una cuestión relevante tanto para un consumidor de tipo medio. Como para un consumidor cualificado.

La idea de transparencia es siempre una cuestión relativa que admite grados, y está relacionada con la trascendencia de los riesgos que se deban asociar a la estipulación que se analiza.

Por último, la referida sentencia habla del consumidor de tipo medio, que es aquel que no está familiarizado con la evolución de los tipos de cambio de forma que la exigencia de transparencia supone un canon de información mucho más elevado para que pueda considerarse que la estipulación es transparente, lo que se concreta en una explicación mucho más detallada de las características del producto y de sus riesgos, a partir de la exposición de los diversos escenarios, particularmente de los más adversos. Sólo así puede existir una garantía efectiva de que el consumidor, al decidirse por un producto y no por otro distinto de una empresa de la competencia y pueda comparar adecuadamente, valorando no sólo un aspecto del contrato, como el tipo de interés, sino todos los demás que tiene trascendencia directa o indirecta con el precio. En este caso la validez de la cláusula va a depender de la información facilitada. En el caso concreto

planteado, parte la Audiencia de que no puede considerar acreditado que haya existido esa información exhaustiva que los riesgos asociados al producto aconsejaban y exigía para poder ser comercializado de forma diligente por la entidad financiera. El que los prestatarios hubieran firmado un documento adicional haciendo constar que quedaban enterados de las condiciones del préstamo, lo que demuestra es que el banco tenía perfecta conciencia de los importantes riesgos del producto para el consumidor, lo que hace más injustificado su proceder.

La vulnerabilidad por otra parte, va siempre unida a diversidad y complejidad dadas todas las situaciones que se pueden presentar y en las que se puede hallar el consumidor. Vulnerabilidad no implica sólo que el consumidor que contrata se encuentre sujeto a un régimen legal de protección, sino que existe una vulnerabilidad sectorial, teniendo en cuenta la educación, la situación social y financiera, el acceso a internet, etc., lo que hace que sea difícil abordar el tema de la vulnerabilidad del consumidor de un modo unitario, puesto que hay que tener en cuenta sus distintas necesidades, capacidades y circunstancias.

No obstante aun reconociendo esta dificultad, sería deseable que en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios se diera un concepto de lo que debe entender por consumidor vulnerable, lo mismo que por Ley 15/2014 de 27 de marzo de 2014, se modificó el concepto de consumidor para ampliarlo e incluir a las personas jurídicas y a las entidades sin personalidad jurídica que actúan sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, que se tenga en cuenta al consumidor vulnerable.

No basta con que se limite a mencionarlo en la Exposición de Motivos, como sucedió en esta última Ley, que sólo menciona que el consumidor puede verse influido por el factor sorpresa y verse sometido a presión psicológica.

El consumidor vulnerable se merece algo más que una simple mención en una Exposición de Motivos.

## **2. Consumidor medio y consumidor vulnerable: referencia a la STS 608/2017 de 15 de noviembre**

El concepto de consumidor cada vez adquiere mayor relevancia en materia de consumo.

Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en su reciente sentencia 395/2017 de 7 de noviembre de 2017, en la que reconoce expresamente que la jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de consumidor ha evolucionado desde una posición restrictiva hasta una posición más reciente que tiende a ampliar el concepto de consumidor, o por lo menos a contextualizarlo de una manera más abierta.

En los últimos tiempos el TJUE ha hecho una interpretación más flexible del concepto de consumidor, sobre todo cuando se trata de aplicar la Directiva 93/13/ CEE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Señala el Alto Tribunal en esta sentencia 395/2017 de 7 de noviembre que este concepto de consumidor que utiliza el TJUE más amplio, referido al ámbito objetivo de la operación y no tanto a la personalidad del contratante, es el que «ha tomado también en consideración la Sala en sus últimas resoluciones, como por ejemplo lo demuestran la siguientes sentencias: 149/2014 de 10 de marzo, 166/2014 de 7 de abril, 688/ 2015 de 15 de diciembre, 367 / 2016 de 3 de junio, 16/2017 de 16 de enero, y 224/2017 de 5 de abril». En definitiva se va ampliando el concepto de consumidor, con la única finalidad de otorgarle una mayor protección.

Es difícil diferenciar, en muchas ocasiones, un consumidor de tipo medio del consumidor vulnerable, ya que el consumidor de tipo medio, es decir aquel normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, se convierte prácticamente en un consumidor vulnerable, en los supuestos en los que le es difícil prever los riesgos del producto que va a contratar y las consecuencias económicas y jurídicas que estos van a tener en su patrimonio.

Como ejemplo la reciente sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo 608/2017 de 15 de noviembre de 2017, a propósito de una hipoteca con una cláusula multidivisa, que estima el recurso de casación interpuesto por los prestatarios contra la sentencia de la Audiencia

Provincial de Madrid 157/2015 de 14 de abril que desestimó la demanda en la que los demandantes solicitaban la nulidad de las cláusulas multidivisa de un préstamo hipotecario.

El préstamo se calificó como «préstamo multimonedado con garantía hipotecaria y se concedió para refinanciar un préstamo hipotecario y un préstamo personal que los prestatarios habían concertado con anterioridad en euros. Una pequeña parte del importe prestado lo destinó el prestatario a cubrir los gastos originados por la concesión de un nuevo crédito. El importe del préstamo ascendía a la cantidad de 44.346.603 yenes japoneses, con un contravalor en euros de 260.755 euros. En la escritura se establecieron para los prestatarios la posibilidad de dos procedimientos de pago para el caso de que el préstamo estuviera representado en divisas, o bien el pago en euros según el cambio fijado por la entidad crediticia o bien el pago en la divisa en la que estuviera representado el capital del préstamo igual al de la cuota de amortización. Los prestatarios al tener sus ingresos en euros, eligieron el pago en euros. Las primeras cuotas de amortización del préstamo ascendían a la cantidad de 1019,66 euros, la cifra de las últimas sin embargo se elevó a la cantidad de 1540,95 euros. La equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar alcanzó un máximo de 404.323,94 euros. Esta cifra supone un 55% de incremento sobre la cuantía inicial. La equivalencia en euros del capital pendiente de devolución nunca ha disminuido durante la vida del préstamo con respecto a su equivalencia inicial en euros, pese al pago de las cuotas del préstamo comprensivas del capital e intereses.

Ante la imposibilidad de los prestatarios de hacer frente al pago de las cuotas de su préstamo hipotecario, se intenta llegar a un acuerdo con la entidad financiera, pero este no prospera. Dicha entidad financiera, después de dar por vencido el crédito anticipadamente, formula demanda de ejecución hipotecaria contra los prestatarios, con base en la hipoteca constituida en garantía del préstamo multivisa.

Los prestatarios, a su vez, presentan demanda solicitando la declaración de nulidad parcial del préstamo hipotecario en las cláusulas relativas a la denominación en divisa y al cambio de divisa, y asimismo solicitan la declaración de que el importe adeudado sea el resultado de reducir del capital prestado en euros, es decir, la cifra de 260.755 euros, cantidad ya amortizada en concepto de principal y de intereses, además con carácter subsidiario se solicita la acción de nulidad total del contrato, y con carácter subsidiario de la misma, se ejercita también una acción de resolución contractual por incumplimiento de las obligaciones de diligencia y buena fe de la entidad bancaria demandada, y finalmente, en última instancia, se solicita también la condonación de la deuda.

La sentencia 103/2014 de 12 de mayo 2014 del Juzgado de Primera Instancia de Madrid estima la pretensión de nulidad parcial del préstamo hipotecario en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, lo que trae como consecuencia que la cantidad adeudada por los demandantes sea el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultado de disminuir del importe prestado, es decir, 260,755 euros, la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e interés.

Las razones que se tienen en cuenta por el Juzgado para declarar esta nulidad parcial del contrato son entre otras que el índice de referencia, Libor es casi desconocido para un cliente minorista por su escasa transcendencia práctica en nuestros medios de comunicación, que además la información precontractual que la entidad bancaria debe proporcionar al consumidor es inexistente, y no se indagó sobre el perfil de los clientes ni se les realizó ningún tipo de test.

- En definitiva la escritura en la que se formalizó el contrato de préstamo no proporcionaba información transparente y de claridad al consumidor
- El riesgo de fluctuación de la moneda es un riesgo esencial con un impacto económico importantísimo en la vida del contrato.

Si se analiza el comportamiento del consumidor, la percepción propia de un consumidor medio que concierta un préstamo consiste en que a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar irá disminuyendo, y con ello la carga económica que el préstamo supone al consumidor.

Asimismo, el consumidor medio tampoco puede prever, sin la oportuna información, que pese a pagar las cuotas del préstamo y pese a que el bien sobre el que está constituida la hipoteca conserve su valor, el banco puede dar por vencido el anticipadamente el préstamo como consecuencia de la fluctuación de la divisa.

A un consumidor medio, le es muy difícil entender que habiendo pagado las cuotas de amortización de su préstamo hipotecario, como consecuencia de las fluctuaciones de la divisa elegida, debe más cantidad, que la que se le prestó. Concretamente en el supuesto de hecho objeto de esta sentencia del Tribunal Supremo, para un consumidor medio (arquitecto y administrativa respectivamente, profesiones de los prestatarios) es muy difícil entender que si lleva cuatro años pagando las cuotas de amortización de su crédito hipotecario y la entidad financiera le entrego prestada la cantidad de 260.755 euros (equivalencia de los 44.346.603 yenes), habiendo pagado las cuotas de amortización de dicho préstamo durante cuatro años deba la cifra de 404, 323, 94 euros, una cantidad superior en un 55% al capital inicial.

Solamente un consumidor experto o cualificado en operaciones financieras, pudo prever dicha posibilidad, o un consumidor de tipo medio debidamente informado no sólo de las consecuencias económicas sino también de las jurídicas de la operación financiera que está contratando.

La Audiencia Provincial de Madrid en la sentencia 103/2014 de 12 de mayo de 2014 estimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad bancaria alegando entre otras razones que el doble riesgo de la fluctuación de la moneda y de la variación del tipo, puede ser paliado, mitigado o incluso suprimido con la posibilidad ofrecida al consumidor en el propio contrato de modificar su clausulado, optando en el plazo previsto (con la antelación de cinco días al de finalización de cada periodo de intereses) por cualquiera de las divisas pactadas. A esto añade que la regla *pacta sunt servanda* exige que los contratantes cumplan sus obligaciones aunque les resulten más onerosas de lo que habían previsto, tanto por aumento de los costes de ejecución como por una disminución del valor de la contraprestación a que tuvieran derecho.

Llama la atención que se proponga por la propia Audiencia, una interpretación de dicho principio, sin tener en cuenta el interés del consumidor, la parte más débil del contrato, y sin considerar el desequilibrio que le puede producir el hecho de mantener la validez del contrato. No hay que olvidar el principio del justo equilibrio de las prestaciones y el de buena fe contractual.

El Tribunal Supremo en la sentencia 608/2017 de 15 de noviembre de 2017 casa dicha sentencia, la declara sin valor ni efecto alguno y, en su lugar desestima el recurso de apelación interpuesto por la entidad bancaria contra la sentencia 103/2014 de 12 de mayo de 2014 del Juzgado de Primera Instancia de Madrid.

Esta sentencia del Tribunal Supremo adapta la doctrina de la Sala Primera a la jurisprudencia del TJUE, que en el caso Banif Plus Bank (sentencia de 3 de diciembre de 2015) consideró que las operaciones de cambio de divisa, accesorias a un préstamo que no tiene por finalidad la inversión, no constituyen un instrumento financiero distinto del propio préstamo, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste.

Dado que la definición de los instrumentos financieros a efectos de la aplicación de la normativa sobre el mercado de valores es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión (Directiva MiFID), los tribunales españoles deben de aplicar dicha normativa de conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

El Alto Tribunal concluye que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores. Pero ello no excluye la sujeción de las entidades financieras que conceden estos préstamos a las obligaciones de información que establecen las normas de transparencia bancaria y las de protección de consumidores y usuarios, en los casos en que el prestatario tenga la consideración legal de consumidor.

El Tribunal Supremo descarta que las cláusulas multidivisa controvertidas fueran objeto de negociación individual y quedaran por ello excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Resalta que se trata de cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia, y respecto de las que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos comprendan no solo su contenido formal y gramatical, sino también su alcance concreto y puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. El hecho de que los préstamos multidivisa estén excluidos de la normativa MiFID no significa que no sean un producto complejo a efectos del control de transparencia.

El Alto Tribunal aplica los criterios de la sentencia del TJUE C-186/2016 de 20 de septiembre de 2017 (caso Andriuc). Considera que aunque el consumidor medio puede prever el riesgo de un

cierto incremento de las cuotas de amortización por efecto de la fluctuación de las monedas sin necesidad de una especial información, no ocurre lo mismo con otros riesgos asociados a estas hipotecas multidivisa. En ellas, la fluctuación de la divisa supone un recalcule constante del capital prestado, lo que determina que, pese al pago de las cuotas de amortización periódica, el prestatario puede adeudar un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Incluso aunque se cumpla la obligación de pagar las cuotas, el banco pueda dar por vencido anticipadamente el préstamo si el euro se devalúa, por encima de ciertos límites, sobre la divisa extranjera.

Se insiste en dicha sentencia que el consumidor de tipo medio, aquel normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (en el caso resuelto los prestatarios son un arquitecto y una administrativa) puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera pueden variar conforme fluctúe la cotización, aunque el pago efectivo se materialice en euros. Pero no necesariamente este consumidor de tipo medio tiene que conocer sin una información adecuada que la variación del importe de las cuotas debido a la fluctuación de la divisa puede llegar a ser tan considerable como para poner en riesgo su capacidad de afrontar los pagos pendientes.

La entidad financiera debería haber explicado al consumidor medio porque la hipoteca multidivisa era la mejor opción para hipotecarse.

La información omitida por el banco era fundamental para que los demandantes hubieran optado por una u otra modalidad de préstamo mediante la comparación de sus respectivas ventajas e inconvenientes. O incluso para que hubieran decidido no suscribir un nuevo préstamo y cancelar los anteriores. Con la escasa información recibida, para el consumidor el préstamo en divisas aparecía como más favorable para sus intereses que los préstamos preexistentes (el préstamo en divisas lo había destinado el consumidor para cancelar dos préstamos anteriores).

Para que pueda tener alguna eficacia esta cláusula multidivisa el banco debe de informar con antelación suficiente al consumidor, de un modo claro y comprensible, sobre las consecuencias de hacer uso de esta cláusula suficiente, y además ofrecer al consumidor no experto una información adecuada durante la ejecución del contrato.

En el caso del recurso, la entidad bancaria no explicó adecuadamente a los prestatarios la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con el euro, que es la moneda en la que éstos reciben sus ingresos, ni las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos. Los prestatarios no solo han tenido que abonar cuotas superiores en aproximadamente un 50% al importe de la cuota inicial, pese a la bajada del tipo de interés, sino que además, al haber hecho uso el banco de la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo ante la imposibilidad de seguir haciendo frente al pago de las cuotas, la cantidad que se les ha reclamado en euros como capital pendiente de amortizar, en el proceso de ejecución hipotecaria, supera significativamente la cantidad que les fue ingresada en su cuenta en euros por la concesión del préstamo.

La falta de transparencia de las cláusulas multidivisa ha generado para los prestatarios un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudieron comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos y se ha agravado su situación económica y jurídica.

La posibilidad de cambio de divisa prevista en el contrato, aunque supone un cierto mecanismo de limitación del riesgo de fluctuación en los casos de previsible apreciación de la divisa en un futuro próximo, no elimina los riesgos mencionados ni dispensa al banco de sus obligaciones de transparencia en la información precontractual que facilite a sus potenciales clientes y en la redacción de las cláusulas del préstamo hipotecario.

En consecuencia, la Sala estima que las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia y casa la sentencia recurrida, declarando la nulidad parcial del préstamo y la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.

En este sentido, entiende el Tribunal Supremo, como así lo hizo anteriormente el Juzgado de Primera Instancia de Madrid, que la nulidad total supondría un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar,

ya que el ejercicio de la acción de nulidad total por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarlo más al consumidor que al predisponente. Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, el contrato no podrá subsistir porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada, tanto de la cantidad que fue prestada por el banco, como de las cuotas mensuales que se pagarán por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse por el capital pendiente.

Lo realizado en la sentencia constituye en realidad la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el propio contrato (que establece la posibilidad de que el capital este denominado en euros), y que responde a la exigencia de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como el artículo 1170 del Código Civil y el artículo 312 del Código de Comercio, que exigen la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias. Además la sentencia del TJUE C-186 de 20 de septiembre de 2017 señala que las prestaciones esenciales del contrato de préstamo se refieren, a una cantidad de dinero que debe estar definida en relación con la moneda de pago y de reembolso estipulada.

Esta sustitución del régimen contractual es posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en el que se contienen cláusulas abusivas, para no perjudicar al consumidor, puesto de que otro modo se estaría contrariando la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas.

Cabe destacar que la Sala para proteger al consumidor que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, acuerda la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario, y aplica el régimen establecido en el Código Civil y en el Código de Comercio, al considerar que la nulidad parcial es posible por el propio régimen contractual previsto en el contrato de préstamo.

Lo que demuestra que el Código Civil ha servido para proteger a un consumidor de tipo medio en la contratación de productos bancarios que conllevan importantes riesgos para su patrimonio, riesgos por otra parte muy difíciles de prever.

Queda demostrado que la entidad financiera no entregó al consumidor prestatario ningún folleto informativo, ni la oferta vinculante exigida por la Orden de 5 de mayo de 1994.

Por tanto que en la propia escritura notarial se afirmó por el notario que ha examinado la oferta vinculante relativa al préstamo y que no ha encontrado discrepancias entre las condiciones financieras y las cláusulas financieras de la escritura, solo puede significar que el banco exhibió al notario una oferta vinculante que no había entregado a los prestatarios, como ha reconocido la propia entidad bancaria, que incluso había manifestado que no tenía obligación de entregarla.

Destaca también el Alto Tribunal en esta sentencia 608/2017 de 17 de noviembre, el momento en el que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concertación del contrato de préstamo, es decir cuando tiene lugar la firma de la escritura por parte de los sujetos intervinientes en el contrato.

La sentencia del TJUE C-186 de 20 de septiembre de 2017, cuyo criterio aplica el Tribunal Supremo en esta sentencia que comentamos, considera que no sólo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado, pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

El TJUE señala además que incumbe al juez nacional, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato, el hecho de verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance del compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total del préstamo. Desempeña un papel decisivo en dicha apreciación judicial, la cuestión de dilucidar si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de forma que permitan a un consumidor medio, esto es, a un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar el coste total del préstamo.

Es importante para el consumidor, y más si este se encuentra en una situación de vulnerabilidad, el hecho de disponer antes de la celebración del contrato de toda la información sobre las

condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, ya que es el, quien decide, si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional.

Por esto esta sentencia del TJUE C-186/16 de 20 de septiembre de 2017 resalta que las instituciones financieras deben de facilitar a los prestatarios información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos el efecto de las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario. Además considera, a propósito del artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93 / 13 / CEE, que como el sistema de protección establecido en dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, la exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, y por ende de transparencia, debe entenderse de manera extensiva.

En relación a la cláusula multidivisa concretamente, señala que la información debe ser comprendida por el consumidor tanto en el plano formal, como en el gramatical, de manera que un consumidor de tipo medio, es decir el normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrato, sino también valorar sus consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

Para que exista claridad en una cláusula no negociada individualmente, como pone de manifiesto M<sup>º</sup> Teresa Alvarez Moreno («Préstamos hipotecarios en moneda extranjera y su regulación en la Directiva 2014 / 2017 UE» en «la Protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)» dirigido por Silvia Díaz-Alabart y coordinado por M<sup>º</sup> Patricia Represa Polo, edit. Reus, Madrid 2014, págs. 105 a 126, concretamente págs. 116 y 117) no basta que un contratante medio pueda entender su tenor literal, sino que precisa que las partes puedan entender el funcionamiento o armazón en el que se basa dicha cláusula.

Ya en su sentencia C 26/13 de 30 de abril de 2014 el TJUE profundiza en dicha idea, al declarar que una cláusula contractual deba redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación, no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que el consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

Se encuentra pendiente de transposición la Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de créditos celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. El plazo para transponerla finalizó el 21 de marzo de 2016 (fecha en la deberían estar ya publicadas las normas nacionales de transposición). El momento previsto para valorar su eficacia y adecuación finalizara el 21 de marzo de 2019.

La novedad que en esta materia supone la Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 consiste en establecer una regulación detallada de la información que se debe facilitar al consumidor por parte de la entidad prestamista, y en desarrollar un protocolo en relación a la documentación donde se recoja toda la información que ha de prestarse a dicho consumidor. No obstante la obligación de transparencia en la contratación de los préstamos hipotecarios es preexistente a la entrada en vigor de esta Directiva, 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014, puesto que deriva de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

La adaptación al Derecho español de esta Directiva no es sencilla. El nivel de armonización exigido en la misma es de mínimos. Pero en esta transposición el legislador español debería dar un concepto de consumidor, la parte más débil en el contrato de préstamo, y tener en cuenta la vulnerabilidad del consumidor, que se encuentra en especiales circunstancias.

Tan importante es el contenido de la información, como la persona a quien esta va dirigida y el perfil de la misma. Las cláusulas de un contrato no son información a efectos de cumplir con los deberes de transparencia, por más que se acuda al recurso fácil de decir que el contratante ha de leer aquello que firma, y someterse a ello en cualquier caso, porque la contratación de recursos

bancarios esta reglada, y en particular en relación con la información a facilitar por la entidad financiera.

En cualquier caso, las cláusulas de un contrato son estipulación y no información, ya que, cuando a uno de los contratantes se le imponen obligaciones de información, su cumplimiento no puede tener lugar a partir de los propios términos del contrato porque la información no sería previa, sino coetánea, ya que la obligación de contener determinadas previsiones en un contrato se cumple haciéndolo constar en él, pero la obligación de información ha de ser previa.

En todo caso la información se ha de ofrecer a tiempo al consumidor para evitar una incorrecta interpretación.

Cuando en la Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (Directiva que no es aplicable al caso resuelto por la sentencia 608/2017 de 15 de noviembre por cuestión de fechas) se habla de información, a lo que se refiere la misma es a la puesta a disposición de los consumidores por parte de los empresarios, de todos los datos posibles sobre los créditos que ofrecen, de una forma clara y sencilla. Con ello lo que se pretende es que el consumidor tenga datos suficientes para saber si esos créditos se adecúan a sus necesidades de financiación y poder comparar entre lo que ofrecen los diferentes empresario. En su Considerando (4) de esta Directiva se hace referencia a los problemas existentes en relación a la irresponsabilidad de los prestamistas en la concesión y la contratación préstamos hipotecarios.

El Proyecto de Ley 121/000012 de 17 de noviembre de 2017 regulador de los contratos de crédito inmobiliario enviado por el Gobierno a las Cortes Generales para su tramitación parlamentaria tiene una doble finalidad, por un lado incorporar parcialmente al ordenamiento jurídico español el régimen de protección previsto en la Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, y por otro lado introducir una serie de previsiones cuya finalidad sea potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y el equilibrio entre las partes en los contratos de préstamo o crédito con garantía inmobiliaria.

En su Exposición de Motivos se señala que la Directiva 2014/17/UE establece un régimen específico de protección de los consumidores que tengan la condición de prestatarios, garantes o titulares de garantía en préstamos o créditos garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial, y que aunque la normativa europea limita su ámbito subjetivo de aplicación a los consumidores, entendiéndose por tales las personas físicas que no actúan en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, se considera necesario que la legislación nacional vaya más allá de esta previsión y extender su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia que sean o no consumidores. Añade que esta ampliación de la esfera subjetiva de protección de la ley frente a la Directiva sigue la línea tradicional de nuestro ordenamiento jurídico de ampliar el ámbito de protección a colectivos como los trabajadores autónomos, y así se configura el ámbito de aplicación de la vigente normativa de transparencia en materia de créditos hipotecarios que se regula en el capítulo II del título III de la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

En este Proyecto de Ley 121/000012 de 17 de noviembre de 2017 no se da un concepto de consumidor vulnerable, porque parece que en principio el legislador lo considera innecesario, dado que la futura ley se va a aplicar a cualquier persona física, como a los trabajadores autónomos. Así el artículo 2, apartado 2, del Proyecto entiende por prestatario a toda persona física que sea deudor de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o inmuebles construidos o por construir.

No se da una definición de consumidor (se refiere a él en la Exposición de Motivos) sino de prestatario. Pero el legislador olvida que cualquier persona física, como un trabajador autónomo, se puede encontrar en determinadas circunstancias que le hagan más vulnerable, más si se tiene en cuenta que en numerosas ocasiones el inmueble que se adquiere con el préstamo va a constituir la vivienda habitual del prestatario. Se deben tener en consideración la diversidad y la complejidad de todas las situaciones que se presentan.

La Exposición de Motivos del citado Proyecto señala que la futura Ley contribuye a la implantación de un mercado único europeo más transparente, competitivo y homogéneo, con contratos de crédito que afectan a bienes inmuebles más equitativos y que aseguran un elevado nivel de protección a las personas físicas que obtienen financiación. Pero no hace ninguna referencia a la necesidad de constituir un mercado accesible para todos. La accesibilidad es fundamental para el consumidor.

Sin embargo la legislación europea aborda el problema de la vulnerabilidad como una tarea transversal, teniendo en cuenta las distintas necesidades, capacidades y circunstancias de los consumidores.

Los Estados miembros tienen la obligación de adoptar medidas adecuadas y de proporcionar garantías suficientes para la protección de los consumidores vulnerables. Deben potenciar asimismo la capacitación de todos los consumidores a través de su educación y de la prestación de una información comprensible y fácilmente accesible para todos, habida cuenta de que toda acción en este sentido contribuye a un mercado interior más eficiente y más justo.

La Resolución de Parlamento Europeo de 22 de mayo de 2012 sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables destaca que las explicaciones que se ofrecen en los productos de inversión financiera sobre los riesgos subyacentes son, a menudo insuficientes y ponen demasiado énfasis en eventuales beneficios, corriendo los consumidores el riesgo de perder sus ahorros.

El refuerzo de los consumidores vulnerables no sólo debe venir dado por la vía del derecho, sino también por la propia capacidad de los mismos para tomar decisiones adecuadas e independientes. El legislador debe ayudar a que el consumidor vulnerable tome la decisión que mejor se adecue a sus necesidades.

Como pone de manifiesto el Reglamento (UE) nº 254/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre el Programa Plurianual de Consumidores para el periodo 2014 - 2020 hay que ir hacia unos modelos de consumo más sostenibles, gracias a la toma en consideración de las personas más vulnerables.

La Unión europea debe aspirar a crear las condiciones adecuadas para reforzar la posición de los consumidores ofreciéndoles las herramientas, el conocimiento y las competencias suficientes para que los consumidores puedan tomar decisiones con conocimiento de causa contando con la información necesaria.

Se debe facilitar a los consumidores todos los medios necesarios para que puedan tomar las decisiones oportunas. El concepto de consumidor medio no es lo suficientemente flexible para adaptarlo a casos específicos, que en ocasiones no se corresponden con las situaciones de la vida real, como por ejemplo sucede con el supuesto de hecho objeto de esta sentencia del Tribunal Supremo 608/2017 de 15 de noviembre. Un consumidor de tipo medio abonando sus cuotas del préstamo multidivisa garantizado con hipoteca, debe prácticamente el doble de la cantidad que la entidad financiera le ha prestado. Esto puede llegar a herir la sensibilidad del consumidor.

Si analizamos el Proyecto 121/000012 de 17 de noviembre de Ley regulador de los contratos de crédito inmobiliario, en su artículo 7 referido a la información general de los préstamos inmobiliarios se habla de la obligación de los prestamistas de facilitar información general, clara y comprensible sobre los contratos de préstamo, pero no se hace ninguna referencia a que dicha información se debe de adaptar a las necesidades de los consumidores vulnerables.

El Ministerio de Economía Industria y Competitividad deberá determinar el contenido mínimo de esta información general. En el artículo 8 del citado Proyecto que trata sobre la información precontractual en los préstamos inmobiliarios, tampoco se tiene en cuenta la posible vulnerabilidad del consumidor.

El artículo 13 del citado Proyecto de Ley habla de las explicaciones adecuadas que el prestamista debe facilitar al prestatario, con una antelación mínima de siete días naturales respecto al momento de la firma del contrato, pero no especifica que las mismas deberán de adecuarse al perfil de cada consumidor, teniendo en cuenta sus necesidades, capacidades y circunstancias.

Se intensifica en este Proyecto de Ley en la fase precontractual la labor del notario con el objetivo de garantizar que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda

comprende en su integridad la carga tanto económica como jurídica del préstamo que va a contratar. Así se le atribuye al notario la función de asesorar imparcialmente al prestatario aclarando todas aquellas dudas que le pudieran suscitar el contrato, especialmente con aquellas cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia del contrato.

Se deja para un posterior desarrollo reglamentario por parte del gobierno a través del correspondiente decreto ley, entre otras cuestiones, la relativa a la información precontractual y asistencia adecuada que deba facilitarse a los prestatarios, así como la información y contenido de los contratos y las comunicaciones posteriores que permitan el seguimiento de los mismos, de modo que reflejen de forma explícita y con la máxima claridad los derechos y obligaciones de las partes, los riesgos derivados del préstamo para el prestatario, y las demás circunstancias necesarias para garantizar la transparencia de las condiciones más relevantes de los préstamos y permitir al prestatario evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera. Así como la cuestión de la transparencia de las condiciones básicas de comercialización y contratación de los préstamos que ofrecen los prestamistas y, en su caso el deber y la forma en que deben de comunicar tales condiciones a los prestatarios potenciales.

Se deja también para un posterior reglamento la adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos, de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias debidas de la propia entidad bancaria en dicha valoración.

A tal efecto, el Gobierno podrá, en particular, fijar las cláusulas que los contratos de préstamos habrán de tratar o prever de forma expresa, según se deduce de la disposición final undécima del citado Proyecto de Ley.

Es de esperar que se tengan en cuenta por parte del legislador, las circunstancias de vulnerabilidad en las que se pueden encontrar el consumidor cuando contrata un crédito con garantía hipotecaria, dado que en muchas ocasiones el préstamo va a ir destinado a la adquisición de la vivienda habitual del consumidor. En estos supuestos adquiere relevancia la influencia que puede ejercer sobre el mismo la entidad bancaria.

Así lo exigen por otra parte tanto la Resolución del Parlamento Europeo de 22 de mayo de 2012 sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables, como el Reglamento (UE) nº 254/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre el Programa Plurianual de Consumidores por el periodo comprendido de 2014 -2020.

La extrema complejidad de los mercados financieros pueden colocar a cualquier consumidor en una situación de vulnerabilidad que le lleve a un endeudamiento excesivo.

Que no sólo sean los tribunales los que tengan en cuenta la vulnerabilidad del consumidor, en los casos que se le plantean, aplicando la normativa europea y lo dispuesto por el TJUE, conforme establece el artículo 4 bis de la Ley de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial, tras la reforma de la Ley Orgánica 7/ 2015 de 21 de julio, según el cual los jueces y tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sino que el propio legislador tome en consideración las distintas necesidades, capacidades y circunstancias de los consumidores, sin olvidar que para la Unión Europea el refuerzo de los de derechos de los consumidores vulnerables constituye una prioridad clave.

### **3. El hipotecante no deudor como consumidor vulnerable: especial referencia a la sstc 75/2017 de 19 de junio**

La posición de las personas físicas que actúan como fiadores, avalistas, o hipotecantes no deudores en una escritura de préstamo hipotecario no ha sido objeto de una regulación específica. En muchas ocasiones las personas que sólo han actuado por hacer un favor a un familiar o a un amigo, se ven demandados en un procedimiento de ejecución hipotecaria, con limitadas posibilidades de defensa, generalmente tras un previo proceso de ejecución hipotecaria que no ha logrado la integra satisfacción del acreedor y pueden verse afectados por el embargo de su vivienda habitual, susceptible de avanzar por la vía de apremio hasta su venta en pública subasta. No hay que olvidar que muchas veces el avalista o el fiador se enteran de que el deudor no ha pagado la deuda, cuando directamente se les reclaman a ellos la deuda. Es decir se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, y en ocasiones con unos medios de defensa limitados,

aunque el artículo 3 de la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social señala que «los fiadores e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión podrán exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal, sin perjuicio de la aplicación a éste, en su caso, de las medidas previstas en el código de buenas prácticas, antes de reclamarle la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de exclusión», con la finalidad de concederles una mayor protección.

La situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentra el hipotecante no deudor, lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en la interesante sentencia 75/2017 de 19 de junio la cual declara que las personas físicas que garantizan un crédito concertado por una sociedad mercantil pueden ser consideradas consumidoras a efectos de su debida protección frente a las cláusulas contractuales abusivas, obviamente siempre que no actúen en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con la sociedad de la que resulten garantes.

Es importante que haya llegado al Tribunal Constitucional una cuestión de protección al consumidor en situaciones de especial vulnerabilidad y le haya concedido el amparo solicitado y en consecuencia haya reconocido el derecho de la parte recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión con arreglo al artículo 24,1 de la Constitución y asimismo le haya restablecido en su derecho y, en consecuencia, haya declarado la nulidad del Auto de 29 de enero de 2016 y de la providencia de 19 de febrero de 2016, que inadmitió el incidente excepcional de nulidad de actuaciones deducido frente a la anterior resolución, dictados ambos por la Audiencia Provincial de la Rioja.

Cabe destacar la trascendencia de esta sentencia del Tribunal Constitucional 75/2017 de 19 de junio por el alcance que pueda llegar a tener para la protección del consumidor, dado que llega a declarar la nulidad del auto y de una providencia que acabo de mencionar dictados por la Audiencia por un error jurídico consistente en no tener en cuenta el Juzgado los autos dictados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en consecuencia el consumidor tiene derecho a que la resolución judicial dictada emitida, sea revisada por no tener en cuenta el Derecho comunitario y la especial protección que este otorga al consumidor en defensa de sus derechos, más aún si se encuentran en una situación de vulnerabilidad, como es el caso de quien hipoteca en garantía de una deuda ajena, o como los avalistas o los fiadores.

La sentencia del Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado y declara la nulidad del auto de 19 de noviembre de 2015 y de la providencia de la Audiencia Provincial de la Rioja, obligando a la propia Audiencia a dictar una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado : que es el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24, de la Constitución, en relación con el principio de primacía del derecho comunitario y la selección razonable de la norma aplicable, con arreglo a los artículos 10,2 y 93 de la Constitución, teniendo en consideración la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en su sentencia de 145/2012 de 2 de julio. Consecuentemente estima el Tribunal Constitucional que tienen la condición de consumidor los recurrentes avalistas que afianzaron una operación mercantil.

El Tribunal Constitucional en esta sentencia tiene en cuenta dos Autos dictados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Uno de ellos es el Auto C-74/2015 de 19 de noviembre de 2015 dictado en el asunto Dumitru Tarcau, el cual considera como consumidor al fiador, en un supuesto en que unos padres afianzan una operación de crédito de una sociedad mercantil, de la que es gerente y socio único el hijo de los fiadores, dado que estos han actuado al margen de su actividad profesional o comercial y resalta la especial situación de inferioridad en la que se encuentra el fiador, dado que asume un compromiso que comporta obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio, con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar. El otro es el Auto de C- 700/2016 de 14 de septiembre de 2016, según el cual la Directiva 93 / 13 define a los contratos a los que se aplica, atendiendo a la condición de los contratantes, y el objeto del contrato carece de pertinencia para definir el ámbito de la Directiva y responde a la idea del sistema de protección establecido en la misma, a saber que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referente tanto a la capacidad de negociación, como al nivel de información, situación que conlleva a que se adhiera a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en el contenido de estas. Dicha protección

es especialmente importante en el contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor, dado que tal contrato se basa, en efecto, en un compromiso personal del garante o fiador de pagar la deuda asumido contractualmente por un tercero. Insiste que el contrato de garantía o de fianza se celebra entre personas distintas que el contrato principal, y por tanto la calidad en la que las mismas actuaron debe de apreciarse con respecto a las partes en el contrato de garantía o de fianza. Señala que corresponde al juez nacional que conozca de un litigio sobre un contrato que pueda entrar dentro del ámbito de aplicación de Directiva 93/13 CEE de verificar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto y el conjunto de pruebas, si el contratante del que se trata puede calificarse como consumidor, en el sentido de dicha Directiva 93/13/CEE.

En el caso de que una persona física que se constituya en garante de la ejecución de obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional, o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actúa con fines de carácter privado, pero estos dos autos son obviados por la Audiencia.

La sentencia además establece en cuanto a la relación entre la Constitución y el Derecho comunitario que no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los jueces nacionales al Derecho de la Unión Europea, pero reconoce que las lesiones que se denuncian en la demanda de amparo no son cuestiones que pertenezcan al ámbito de la legalidad ordinaria y sobre las que el Tribunal Constitucional no haya de pronunciarse, ya que las quejas planteadas tienen un claro contenido constitucional y forman parte del objeto de protección del recurso de amparo, y ello, por dos motivos. El primero porque los recurrentes solicitan que se determine si las resoluciones judiciales impugnadas son irracionales y arbitrarias, y por tanto, contrarias al derecho a la tutela judicial efectiva con arreglo al artículo 24. 1 de la Constitución, en cuanto que de forma deliberada no atienden a una resolución dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una cuestión prejudicial, en la que se interpreta un concepto de Derecho de la Unión, el de consumidor, que resulta determinante para la resolución del litigio. El segundo motivo se concreta en la solicitud de que se determine si la Audiencia Provincial de la Rioja también ha vulnerado el artículo 24,1 de la Constitución, al inadmitir de plano el incidente excepcional de nulidad de actuaciones instado por los demandantes para la reparación de su derecho a la tutela judicial efectiva por la inaplicación del derecho de la Unión. Reconoce además que ni el fenómeno de la integración europea, ni el artículo 93 de la Constitución a través del que esta se instrumenta, ni el principio de primacía del Derecho de la Unión que rige las relaciones entre ambos ordenamientos, han dotado a las normas del Derecho de la Unión Europea, originario o derivado, de rango y fuerza constitucionales.

En relación al principio de primacía del Derecho de la Unión Europea señala que corresponde al Tribunal Constitucional velar por el respeto a dicho principio cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dado que en estos casos el desconocimiento y preterición de la norma de Derecho de la Unión Europea, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Además declara que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros están obligados, con arreglo al artículo 234 del tratado constitutivo de la Comunidad Europea a deducir las consecuencias de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de la sentencia, sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno. Asimismo resalta la obligación que tienen los jueces y tribunales de los Estados miembros de inaplicar la disposición nacional incompatible con el Derecho de la Unión, con independencia del rango de la norma nacional, y permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea.

Pero lo que más cabe destacar de esta sentencia del Tribunal Constitucional es que llega a declarar la nulidad de una providencia de nulidad de actuaciones, no por un error procesal, sino por un error jurídico, consistente en omitir los mencionados autos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El artículo 225 apartado tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señala como

actos procesales nulos de pleno derecho aquellos que se realicen cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre, que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.

La providencia de 19 de diciembre de 2015 de la Audiencia Provincial de la Rioja inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones, destacando su carácter excepcional y extraordinario y entendiendo que la viabilidad del mismo sólo procede en supuestos especialmente anómalos o insólitos y estableciendo que este incidente debe interpretarse de forma restrictiva, al incidir sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes.

Sin embargo frente a esto, el Tribunal Constitucional alega que en el momento de inadmitir el incidente de nulidad de actuaciones el órgano judicial conocía que un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaraba de forma explícita que las personas físicas pueden ser consideradas consumidoras a efectos de su debida protección frente a las cláusulas contractuales abusivas, siempre que no actúen en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con la sociedad de que resultan garante. En consecuencia declara que el órgano judicial resolvió el recurso de apelación y posterior incidente de nulidad de actuaciones con una selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicada al proceso, en la medida de que el órgano judicial prescindió por su propia, autónoma y exclusiva decisión de la norma aplicable. Cabe destacar la importancia de la protección concedida al consumidor vulnerable, al declarar el Tribunal Constitucional la nulidad del auto y de la providencia de nulidad de actuaciones, a pesar de carácter excepcional de esta última. Prácticamente se está abriendo una nueva vía de protección de los derechos de los consumidores más vulnerables.

El exhaustivo informe del Ministerio Fiscal de 21 de febrero 2017 fue favorable al otorgamiento del amparo. En él se destaca que la Directiva 93/13/CE define al consumidor como «toda persona que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, por lo que parece claro que el concepto de consumidor atiende a la finalidad de la actividad que se pretende con el contrato, de modo que el propósito del mismo debe de estar relacionado con la actividad profesional del contratante, siendo indiferente que se trate de un particular o un profesional si actúa como particular, pues no es su condición propia lo que le define, sino la condición en la que actúa al realizar el contrato, a lo que añade, que respecto al concreto supuesto de que una o más personas físicas, avalen o garanticen con hipoteca una deuda de una empresa o sociedad se debe extraer como conclusión que de la aplicación de la STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto Česká sporiteina, y del Auto de 19 de noviembre de 2015, asunto Dumitru Tarcau, el contrato de garantía inmobiliaria o de fianza, a pesar de su carácter accesorio al contrato principal, no deja de ser un contrato distinto desde el punto de vista de las partes contratantes y, por lo tanto, el examen de su condición de consumidores debe hacerse de un modo individualizado, y deberá ser el juez nacional quien deba analizar si el fiador o avalista, aun siendo persona física, actuó en el ejercicio de su actividad profesional o por vínculos funcionales que le unen a la sociedad deudora o, por el contrario, lo hizo con fines privados, pues en este último caso ostentaría la condición de consumidor a los efectos previstos en la Directiva 93/13/CEE.

El Fiscal concluye que asiste la razón a los demandantes de amparo en su denuncia de vulneración del derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución por inaplicación de esta doctrina sobre el concepto de consumidor por parte de la Audiencia Provincial de la Rioja, dado que el Auto de 19 de noviembre de 2015, ya había sido dictado en la fecha en que se resolvió la apelación, sin ser tenida en cuenta por el órgano judicial, quien además, al resolver el incidente de nulidad, donde expresamente se alegaba su existencia y aplicabilidad, se limitó a inadmitir el incidente sin mención alguna a la denuncia formulada, ya que nada dijo el Tribunal respecto a las fuentes de derecho aplicables, salvo que el incidente sólo contenía una discrepancia de valoración en el criterio de resolución adoptado por la Audiencia, por lo que procede el otorgamiento del amparo, dado que se ha producido un desconocimiento por parte del órgano judicial español de la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como único órgano legitimado para pronunciarse sobre el alcance y contenido de una norma relativa al concepto de consumidor, a los efectos de la aplicación de la Directiva 93/13/CEE, en un supuesto casi idéntico al enjuiciado por aquel.

A esto, cabe añadir que según el artículo 4, bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras la modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio de 2015, los Jueces y Tribunales

aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Si analizamos el Auto del Juzgado de Primera Instancia de la Rioja de 17 de octubre de 2013 y el Auto posterior de la Audiencia Provincial de la Rioja de 29 de enero de 2016, el único argumento que utilizan para no considerar consumidor al hipotecante no deudor y no aplicarle el control de abusividad de las cláusulas contractuales impuesto por la Directiva 93 / 13 / CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 es que al ser el prestatario una entidad mercantil, una sociedad (concretamente de responsabilidad limitada), y haberse celebrado el contrato de préstamo entre empresas, y no tratándose de un préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual, aunque el objeto de la hipoteca sea la vivienda habitual de dos ejecutados, el hipotecante no deudor queda al margen del mismo y no puede considerarse que los intereses moratorios pactados sean abusivos. En ambos fallos no se analizan las circunstancias personales de los recurrentes, hipotecantes no deudores, uno de ellos ama de casa, con una actividad en principio por completo ajena a la sociedad ejecutada, que han hipotecado su vivienda habitual, de la cual se pueden ver privados, ni se entra a valorar si están actuando como socios o administradores de la sociedad que solicitó el préstamo. Este hecho adquiere importancia dado que si tienen vinculación con la empresa, no son consumidores, porque no reúnen los requisitos para serlo, que la persona física actúe al margen de su actividad profesional o comercial, pero no porque el prestatario sea una sociedad y este hecho excluya automáticamente la condición de consumidor. Se debe tener en cuenta el gravamen patrimonial y el riesgo financiero que conlleva hipotecar la vivienda habitual, más si se hace en garantía de una deuda ajena. El riesgo financiero que se asume, que a menudo es difícil de equilibrar, hace que el hipotecante no deudor se encuentre en una situación de especial vulnerabilidad en numerosas ocasiones, más si tenemos en cuenta que en muchas ocasiones están asegurando obligaciones dinerarias de familiares, poniendo en peligro su propio patrimonio. Aunque se debe ser cauto y diligente a la hora de prestar el consentimiento, en numerosas ocasiones el hipotecante no deudor no conoce bien el estado financiero del prestatario aunque sea familiar o allegado, lo que le hace aun si cabe más vulnerable, y aunque no esté obligado al cumplimiento de la obligación garantizada, a diferencia de lo que sucede con el fiador o avalista, el hipotecante no deudor se puede ver privado del bien inmueble hipotecado, que en ocasiones es la vivienda habitual, igual que estos y verse sorprendidos por una ejecución contra su patrimonio, lo que implica como muy bien dice la sentencia del Tribunal Constitucional, el hecho de asumir obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio, con un riesgo financiero difícil de calificar, lo que implica reconocer expresamente el carácter de consumidor vulnerable que en numerosas ocasiones tiene el hipotecante no deudor.

Se debe tener en cuenta que una misma operación puede ser empresarial o de consumo en función de los distintos partícipes y que estos reúnan o no los requisitos para ser considerados consumidores. Por otra parte, el ánimo de lucro no es un requisito que excluya de la protección de las normas específicas de los consumidores, siempre que la actividad no resulte habitual o forme parte de su profesión u oficio.

Muy claro al respecto es el Auto 35 / 2016 de 6 de abril de 2016 de la Audiencia Provincial de Pontevedra al analizar el supuesto de hecho planteado que se trata de un fiador persona física garantizando la deuda de una entidad mercantil, matiza expresamente que se trata de un pensionista, padre de uno de los socios de la empresa deudora, sin ninguna vinculación laboral o funcional con la misma, a lo que añade que «si el fiador trabajaba como funcionario, no figura relacionado o vinculado funcionalmente con la mercantil destinataria del crédito, y si además es el padre de uno de los socios», cabe razonablemente pensar que la razón que motivó su intervención en el contrato de fianza no fue otra que la relación paterno-filial que le unía con los auténticos titulares de la sociedad, intervención que realizada a título gratuito o de mera beneficencia, debió obedecer a la exigencia impuesta por la entidad financiera para reforzar el buen fin del contrato, es decir sus legítimas expectativas del cobro del principal e intereses. En consecuencia actuó en el contrato como consumidor y no como empresario o profesional, con independencia de la catalogación que merezcan los intervinientes en el contrato principal. Una vez considerado como consumidor, el magistrado entra a analizar la cláusula de intereses de demora de 20 puntos por ciento sobre el interés remuneratorio, y considera que la misma debe estimarse abusiva por imponer una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones, integrando la prohibición establecida en el artículo 82,4 del TRLCU, y por tanto

señala que procede declarar la nulidad de la cláusula y como consecuencia la entidad ejecutante recalcula la cantidad reclamada, sustituyendo el interés de demora previsto en el contrato por el interés remuneratorio. La sentencia acaba especificando que todas las personas que avalen a terceros (familiares o cónyuges) en operaciones bancarias de índole mercantil pueden acogerse a la protección de la Ley de los Consumidores, si el fiador reúne los requisitos para ello.

En definitiva, si la condición de la persona en el contrato accesorio, no determina su condición en el contrato principal, con mayor razón si se trata de personas que no han intervenido en el contrato principal, como sucede en el supuesto del hipotecante no deudor y que no tiene ninguna obligación en relación al contrato principal, aunque puede sufrir las consecuencias del incumplimiento de la misma en su propio patrimonio, perdiendo un bien inmueble de su propiedad.

Estamos ante contratos distintos desde el punto de vista de las partes contratantes, ya que se celebra entre personas distintas, desde el punto de vista del contrato principal. En el caso del hipotecante no deudor este no está obligado a cumplir la obligación garantizada con la hipoteca, le afecta el incumplimiento del deudor, puede cumplirla voluntariamente si no quiere perder el bien hipotecado. En cambio el fiador, igual que el deudor principal asume la obligación garantizada con la fianza, pero la calidad en la que las mismas actúan debe apreciarse en relación al contrato de garantía o de fianza. Es verdad que se alzan voces críticas con este parecer, por ejemplo Joaquín González Casso («El principio de primacía del derecho comunitario y la doctrina del TJUE. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 75/2017 de 19 de junio «en el Diario la Ley, nº 9066, 23 de octubre de 2017 págs. 1 a 7). Estima esta doctrina que no hay que considerar que estamos ante dos contratos distintos desde el punto de vista de las partes contratantes cuanto menos llamativa y en ningún caso univoca, dado que hay que ir examinando caso por caso, opinión que no compartimos porque muchos conceptos en materia de consumo se deben ver caso por caso y nadie duda que hay un concepto unívoco, como sucede con el propio concepto de consumidor, y más si cabe, si nos adentramos en el concepto de consumidor vulnerable. Este precisamente es el problema del derecho de consumo, que hay que ir analizando caso por caso, sus normas son una especie de cajón de sastre que hay que ir modulando caso por caso, insistimos hasta el propio concepto de consumidor, si que existe en este caso de fiadores o hipotecantes no deudores que garantizan una deuda de una empresa o sociedad, una doctrina auténtica emanada del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como lo afirma expresamente esta sentencia del Tribunal Constitucional 75 / 2017 de 19 de junio, y que como tal debe ser aplicada por los tribunales, si nos atenemos a lo dispuesto en el artículo 4 de la LOPJ. Esta aplicación exige una ardua labor para el tribunal porque debe ir analizando caso por caso y ver si se cumplen los requisitos exigidos por la norma. Tal cosa no significa que no exista una interpretación auténtica de la misma, dado que se trata de una normativa tuitiva que el juez nacional debe resolver si se aplica o no al caso. Asimismo el citado autor, muestra su preocupación por si se está abriendo una especie de nueva vía de revisión de las resoluciones judiciales, a través de la providencia de nulidad de actuaciones.

No obstante nos encontramos con resoluciones, como el Auto 27/2016 de 5 de febrero de 2016 de la Audiencia Provincial de las Palmas donde se sigue considerando que la condición de fiador y garante hipotecario del crédito confieren una posición especial en orden al examen del carácter del consumidor, pues dada la naturaleza accesoria de la garantía, no es la situación personal del fiador o el hipotecante lo que atribuye tal condición, sino la que resulta de la obligación garantizada. Es decir para esta resolución lo fundamental no es la condición de consumidor del hipotecante, sino la del prestatario o afianzado con la hipoteca, pues su condición como tal es la que se comunica a la persona física que interviene en esa misma condición como garante.

Sin embargo otras resoluciones, como por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 43/2017 de 16 de febrero de 2017, declaran expresamente que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que cuando se trate de avalistas o fiadores que garantizan una operación mercantil societaria, esas personas están protegidas por la Directiva 93 / 13 / CEE del Consejo de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando estos actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la citada sociedad, cosa que corresponde determinar al tribunal remitente, según los autos del TJUE de 14 de septiembre de 2016 y de 19 de noviembre de 2015.

No sólo al hipotecante no deudor y al avalista se le aplica la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, sino también la Directiva 2014/71/UE de 23 de abril sobre los contratos de créditos con consumidores sobre bienes inmuebles de uso residencial, que sustituye a la anterior Directiva 2008/98/CE de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo, y a cuyo artículo 3, apartado a) se remite la nueva Directiva 2014/71/UE, en cuanto al concepto de consumidor, considerándose como tal a «las personas físicas que actúan con fines que están al margen de su actividad comercial o empresarial». En este sentido Silvia Díaz Alabart («Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consulta en ficheros de insolvencia» en «La protección del Consumidor en los Créditos Hipotecarios (Directiva 2014/71 UE)», dirigido por Silvia Díaz Alabart y coordinado por M<sup>a</sup> Patricia Represa Polo, Edit Reus, Madrid 2015, págs 223 a 276, concretamente 233 y 234), estima que en coherencia con la idea de préstamo responsable hay que entender que también importa la situación financiera del avalista, y que no se puede aceptar como tal a quien tiene una situación económica tal la ejecución del aval dejaría en bancarrota, lo cual no significa que cuando exista un avalista sea preciso hacer una evaluación de la solvencia independiente para él, pero sí que será necesario hacer las averiguaciones correspondientes en la propia evaluación de la solvencia del consumidor. A lo que añade que «dado el escaso nivel de educación financiera de los consumidores, en Europa en general, y en España en particular, sería esencial que en la información precontractual que se facilite al prestatario, se incluya información específica, clara y sencilla también para el avalista, que le permita antes de obligarse conocer exactamente cuáles son las obligaciones que contrae y los riesgos a los que se expone.

Así por ejemplo la Ley 3/2016 de 9 de junio para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarios en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda de la Comunidad Autónoma Andaluza, en su artículo 2, 2 establece expresamente que la protección contemplada en la norma es extenderá a las personas que como garantes intervengan en la operación del préstamo hipotecario suscrita por una persona consumidora o usuaria. En parecidos términos se pronuncia el Código de Consumo Catalán, que en su artículo 123-10, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 20/2014, de 29 de diciembre para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios y relaciones de consumo, establece que «las personas consumidoras, los avalistas y los hipotecantes no deudores tiene derecho a recibir información y protección efectiva de la Administración de la Generalidad en las aspectos relacionados con los contratos de crédito o préstamo hipotecario sobre la vivienda», y a ellos se amplía toda la información que el notario debe facilitar al consumidor.

El Proyecto de Ley del Crédito Inmobiliario, 121/000012 de 17 de noviembre de 2017 remitido a las Cortes Generales por acuerdo de Consejo de Ministro de 3 de noviembre de 2017, para su posterior tramitación parlamentaria, deja muy claro en su artículo 2 que las normas de protección al prestatario se extienden a toda persona física que sea fiador o garante del préstamo. Así establece que la futura Ley será de aplicación a los contratos de préstamos concedidos por una persona física o jurídica, que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto: a) la concesión de préstamos con garantía inmobiliaria u otro derecho real de garantía sobre un bien inmueble de uso residencial, b) la concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad, sobre los terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, fiador o garante sea consumidor.

El concepto del hipotecante no deudor como consumidor cuando garantiza una deuda de una entidad mercantil también ha planteado controversias entre notarios y registradores, como lo demuestra la sentencia del Juzgado de Primer Instancia de Bilbao de 13 de mayo de 2017 la cual resuelve la acción de impugnación interpuesta por el notario, de una calificación registral negativa que niega el acceso al registro de la propiedad de una cláusula de interés de demora del 20% en un préstamo hipotecario interpuesta por el notario. Se alega por el notario que el deudor no tenía el carácter de consumidor, oponiendo el registrador que la hipotecante no deudora si tenía dicha condición, la demanda es desestimada y por tanto se considera correcta la calificación registral. La sentencia señala que «aunque el prestatario sea una entidad mercantil, y su finalidad sea financiar su actividad profesional, la hipotecante no deudora de la vivienda habitual tiene la consideración de consumidora si opera ajena a su actividad empresarial o profesional, por lo que le resulta aplicable la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016». El demandante alegaba que la hipotecante deudora era la madre del administrador único de la entidad prestataria,

pero la sentencia considera que «no consta que tenga relación o interés alguno con dicha entidad, por lo que opera ajena a su actividad empresarial o profesional, debiendo ser considerada consumidora en esta operación y ello justifica la nulidad del interés moratorio concertado del 20 respecto de la hipotecante no deudora, ya que no respeta los parámetros fijados en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016» y hace referencia al citado Auto de la Unión Europea de 19 de noviembre y lo desarrolla ampliamente.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de julio de 2017 (BOE de 4 agosto de 2017) señala expresamente que el ámbito de aplicación de la normativa de protección al consumidor no se limita a las personas deudoras principales del crédito, verdaderos beneficiarios del mismo, ni atiende solamente al destino o finalidad por la que el mismo se concede, sino que su aplicabilidad se extiende a aquellos supuestos en que interviene un fiador, un avalista o garante en general que, siendo consumidor, procede a garantizar un préstamo concedido a un no consumidor, porque para la determinación del carácter de consumidor del garante se atiende a las partes que intervienen en el contrato de garantía o de fianza y no en el contrato principal. Analiza expresamente el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 2015 y extrae las siguientes consecuencias: a) las normas uniformes sobre cláusulas abusivas deben de aplicarse a todos los contratos celebrados, sean del tipo que sean, entre un profesional y un consumidor, b) la Directiva 93/13/CEE define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional, lo que responde a la idea de que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas, c) esta protección es especialmente importante en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor porque el compromiso personal del garante o fiador comporta para quien lo asume obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar, d) si bien el contrato de fianza o de garantía puede calificarse, en cuanto al objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato principal del que emana la deuda que garantiza, se trata de un contrato distinto desde el punto de vista de las partes contratantes, ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. Por tanto, la calidad en la que las mismas actuaron debe apreciarse con respecto a las partes en el contrato de garantía o de fianza. Para determinar el ordenamiento jurídico aplicable insiste en la necesidad de acudir a la indagación acerca de la condición de fiador o hipotecante de deuda ajena en su relación con el objeto garantizado o con su actividad profesional, dado que la condición de consumidor del garante no viene determinada por razón de la naturaleza de la obligación garantizada con la fianza, y da por sentado que es la opinión mayoritaria de los tribunales. Y por último en el ámbito estrictamente hipotecario, destaca la citada resolución la doctrina sentada por la Dirección General, referida al ámbito de aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios y la Orden EHA 2889/ 2011 de transparencia y protección de clientes de servicios bancarios de hacer extensiva la protección que al consumidor prestatario dispensa tales normas (persona física que grava una vivienda de su propiedad), también al hipotecante no deudor persona física que grava una vivienda de su propiedad en garantía de una deuda ajena, aunque el deudor fuera una entidad mercantil y el préstamo fuera destinado a su actividad mercantil comercial o profesional. Doctrina que ya venía recogida en anteriores resoluciones como las de 29 de septiembre de 2014 y la de 28 de abril de 2015 donde se declaraba que debe prevalecer una interpretación extensiva «pro consumidor», en coherencia con la finalidad legal de favorecer la información, y por ende la protección de los usuarios de servicios financieros.

Esta interpretación ha sido cuestionada por algunos notarios que entienden que la expresión manuscrita, más que favorecer al consumidor que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, favorece a las entidades crediticias que se amparan en dicha expresión manuscrita para demostrar que su cliente ha sido debidamente informado de las condiciones de su préstamo, y lo que es más importante, de las consecuencias económicas del mismo en su patrimonio.

#### 4. El consumidor en materia de energía eléctrica: examen del concepto dado por el rd 897/2017 de 6 de octubre sobre el consumidor vulnerable

Especial protección merece el consumidor en relación a la energía eléctrica y la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra en muchas ocasiones respecto de un bien de primera necesidad como es la luz. Si se analizan resoluciones judiciales, se comprueba que al consumidor en esta materia, en algunas ocasiones, no se le ha ofrecido la protección que la normativa europea exige. Por otra parte al ser la electricidad un bien de primera necesidad, cabría hablar de un derecho a consumir, que le correspondería a toda persona, con independencia de su situación económica. El artículo 9 el Texto Refundido de la Ley General de la Ley General para la Defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios establece expresamente que «los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado».

Ejemplo de las especiales situaciones de vulnerabilidad en las que se puede encontrar el consumidor, nos lo ofrece la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Badajoz 34/2013 de 28 de enero de 2013, que resuelve las persistentes reclamaciones de un consumidor (más de 60 reclamaciones), a propósito del incremento unilateral de la potencia contratada que había sufrido en los suministros anteriores al 18 de septiembre de 2013. Ante la demanda interpuesta por el consumidor, señala el Juzgado que estamos ante un abuso que afecta a millones de usuarios, que además en muchas ocasiones muchos de ellos se encuentran en una situación de vulnerabilidad. En el supuesto de la sentencia, el consumidor afectado firmo, el 7 de marzo de 2003, con la compañía demandada un contrato en el que figura una potencia de 5,5 KW, sin embargo a pesar de que el contrato es anterior, al 18 de septiembre de 2003 y la instalación eléctrica originaria no había sido modificada, la empresa comercializadora comenzó a facturar 5,75 KW, a partir del 20 de noviembre de 2008, por lo que es condenada a cesar en la conducta de facturar cantidades partiendo de una potencia distinta de la pactada en el contrato, prohibiendo se su reiteración en el futuro, debiendo facturar en lo sucesivo de acuerdo con la potencia que se había contratado, y como consecuencia, deberá abonar al consumidor la suma que se determine en ejecución de sentencia, consistente en la diferencia entre lo realmente facturado a 5,75 KW y lo que debería haber facturado aplicando el 5,5 KW.

Pero además, curiosamente esta sentencia es pionera por conceder una indemnización de 30,5 euros por cada reclamación del cliente no atendida en plazo, y como existían un total de 60 reclamaciones interpuestas, la cifra total asciende a la cantidad de 1950 euros. La empresa comercializadora no acreditó haber cumplimentado una contestación adecuada a las reclamaciones presentadas en plazo reglamentario, sin que pueda alegar en su favor que no es distribuidora, ya que la obligación legal de atender reclamaciones existe con independencia de la mayor o menor razón que pueda asistir al cliente. En consecuencia el consumidor tiene derecho al cobro de una cantidad. El Juzgado rebaja la cuantía solicitada, ya que además aprecia un número desproporcionado de reclamaciones constantes, gran parte de ellas por el mismo motivo de indebida facturación de potencia y mala aplicación del bono social, la primera de estas reclamaciones data de 25 de noviembre de 2009, de modo que han transcurrido casi tres años hasta la interposición de la presente demanda de reclamación de estos importes indebidos, aumentando el número de reclamaciones de forma desorbitada, cuando era ya evidente para el cliente que la entidad comercializadora no accedía a sus aspiraciones legítimas. El juzgado, estima conforme a la equidad reducir los 1950 euros que por este concepto le correspondería al consumidor en un 30%, y así la cantidad a abonar por la empresa comercializadora se cifra en la cantidad de 1400 euros.

Otro ejemplo de las situaciones de vulnerabilidad en las que se puede encontrar el consumidor en materia de energía es cuando se recurre a lecturas anteriores, lo que se denomina consumos históricos, para formalizar la factura de la luz, y se producen cambios de propietarios o inquilinos en la vivienda que constituye el punto de suministro. Así lo refleja la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 623/2013 de 31 de julio, que se pronuncio sobre esta cuestión, ante la reclamación de un consumidor que consideraba excesiva la factura correspondiente al mes de mayo que ascendía a 860,16 euros. Tras la correspondiente tramitación del expediente, el Director General de Industria, Energía y Minas de la Comunidad de Madrid estimó dicha reclamación, anulando la factura e imponiendo a Iberdrola Distribución Eléctrica la obligación de emitir una nueva factura conforme al consumo estimado

durante el tiempo de vigencia del contrato teniendo en cuenta un informe efectuado por la Comisión Nacional de la Energía, pero la comercializadora no contenta con esta resolución recurre y el Tribunal afirma que dado que ha quedado acreditado por la empresa recurrente que no pudo realizar la lectura, ante la imposibilidad de acceder al contador y como tampoco consta que se le hubiera requerido al usuario para que le facilitara el acceso que «en primer lugar es fundamental poner de manifiesto que como se afirma en la resolución inicial de 28 de febrero de 2011 del Director General de Industria, Energía y Minas de la Comunidad de Madrid no se dio cumplimiento por la entidad recurrente a la obligación establecida en el artículo 82 del Real Decreto 1955 / 2000 de 1 de diciembre en cuanto exige que la facturación del suministro se efectúe por la empresa distribuidora en base a la lectura de los equipos de medida instalados al efecto, sin que se haya acreditado al menos el intento de realizar dicha lectura y la imposibilidad de hacerlo por razones ajenas a la distribuidora». Considera, con razón, que esta es una cuestión esencial para la decisión del recurso, pues no consta en ningún momento que la empresa distribuidora no pudiera realizar la lectura por no poder acceder al contador, así como tampoco consta que hubiera requerido al usuario para que les facilitara el acceso. Si a esto se une que no se puede acudir a los históricos de consumo, ya que en las lecturas anteriores y posteriores al periodo comprendido la vivienda había estado alquilada a otros consumidores distintos, la solución del fallo es que debe acudirse a un procedimiento de cálculo de la energía efectivamente consumida por el reclamante, ya que se había omitido en el contrato la lectura que recogía el contador en el momento de su celebración

Los tribunales, en estos casos, han concedido al consumidor la protección que la normativa europea exige.

La Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad que deroga la anterior Directiva de 2003/54/CE de 26 de junio resalta a su vez que el mercado interior de la electricidad padece una falta de liquidez y transparencia que obstaculiza la asignación eficiente de recursos, la atenuación del riesgo y la entrada de nuevos operadores, y que es necesario reforzar la confianza en el mercado, su liquidez y el número de agentes presentes en el mismo.

Esta Directiva 2009 /72/CE de 13 de julio insiste en que es necesario reforzar y garantizar los derechos de los consumidores, y que se debe prever un mayor grado de transparencia, ya que los mismos deben poder disponer de información clara y comprensible sobre sus derechos en relación con el sector energético. La Comisión debe establecer, previa consulta a las partes interesadas, incluidos los Estados miembros, las autoridades reguladoras nacionales, las organizaciones de consumidores y las empresas eléctricas, una lista accesible y de fácil manejo para los consumidores de energía, y en la que se facilite a estos información práctica sobre sus derechos y que se debe hacer pública.

Asimismo en su Considerando (53) establece expresamente que «en cualquier caso, los Estados miembros deben garantizar el suministro de energía necesario para los clientes vulnerable, y de este modo, poder aplicarse un enfoque integrado», por ejemplo en el marco de la política social, y las medidas deberán incluir políticas sociales o mejoras de la eficiencia energética para la vivienda, y tener en cuenta, que como mínimo, la citada Directiva debe permitir políticas nacionales a favor de los clientes vulnerables.

El suministro de electricidad debe ser accesible para todos. Los consumidores deben disfrutar plenamente de las oportunidades de un mercado interior liberalizado de la electricidad, así como de un amplio suministro de electricidad accesible para todos y todo ello necesita unos precios de mercados no distorsionados. Deben reforzarse las obligaciones de servicio público, inclusive en materia de servicio universal, y las consiguientes normas mínimas comunes para asegurarse de que todos los consumidores, en particular los vulnerables, puedan beneficiarse de la competencia y precios justos

La protección al consumidor exige que se puedan beneficiar de un mercado competitivo y los Estados miembros deben velar porque se apliquen los derechos de los consumidores y estos deben de disponer de una información clara, comprensible y práctica, sobre sus derechos en relación con el sector energético. Un aspecto clave en el suministro a los clientes es el acceso a datos sobre consumo objetivos y transparentes, y por ello los consumidores deben tener acceso a sus datos de consumo, los precios asociados y los costes asociados, de manera que puedan invitar a los competidores a hacer ofertas basándose en ellos y a tener una adecuada información de su

consumo de energía, así como que los pagos anticipados deben reflejar el consumo probable de electricidad, y en ningún caso los diferentes sistemas de pago pueden ser discriminatorios.

Se intenta facilitar el acceso de los consumidores a los sistemas de resolución de conflicto. Esta mayor protección de los consumidores se garantiza y se logra también mediante unas vías efectivas de resolución de conflictos que se encuentren al alcance de todos. La propia Directiva 2009/72/CE obliga a los Estados miembros a establecer procedimientos rápidos y eficaces de tramitación de las reclamaciones, cuestión que ya puso de manifiesto la anterior Directiva de 2003/54/CE de 26 de junio.

Ciñéndonos concretamente al articulado de la citada Directiva 2009/72/13 de julio, su artículo 3, apartado 3 señala expresamente que «los Estados miembros deberán garantizar que todos los clientes domésticos y, cuando los Estados miembros lo consideren adecuado, las pequeñas empresas, es decir, las empresas que empleen menos de 50 personas y cuyo volumen de negocio o balance general anual no exceda de diez millones de euros, disfruten en su territorio del derecho a un servicio universal, es decir, del derecho al suministro de electricidad de una calidad determinada, y a unos precios razonables, fácil y claramente comparables, transparentes y no discriminatorios», y además añade que «ninguna disposición de la presente Directiva impedirá que los Estados miembros refuercen la posición en el mercado de los consumidores domésticos, pequeños y medianos, promoviendo las posibilidades de agrupación voluntaria de la representación de estos grupos de consumidores». Y en apartado 7 el mismo artículo 3 dispone que «cada uno de los Estados miembros definirá el concepto de cliente vulnerable que podrá referirse a la pobreza energética y, entre otras cosas a la prohibición de desconexión de la electricidad a dichos clientes en periodos críticos» y «los Estados miembros garantizarán la aplicación de los derechos y obligaciones relacionados con los clientes vulnerables y en particular, los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a los clientes finales de zonas apartadas, y garantizarán un nivel elevado de protección del consumidor, sobre todo en lo que se refiere a la transparencia de las condiciones contractuales, la información en general y los procedimientos de resolución de conflictos». Además «los Estados miembros velarán por que los clientes cualificados puedan cambiar fácilmente de suministrador si así lo desean».

En la nueva propuesta de la Comisión Europea para rediseñar el mercado de la electricidad europeo denominada «Energía limpia para todos los europeos : desbloquear el potencial de crecimiento en Europa», publicada el 30 de noviembre de 2016, conocida como «Paquete de Invierno» se establece que los Estados adoptarán las medidas adecuadas, tales como planes nacionales de acción en materia de energía, prestaciones en el marco de los regímenes de la seguridad social para garantizar el necesario suministro de electricidad a los clientes vulnerables, o el apoyo a mejoras de la eficiencia energética, con el fin de atajar la pobreza energética donde se haya constatado, también en el contexto más amplio de la pobreza en general y obliga a los Estados miembros a definir una serie de criterios con el fin de medir la pobreza energética. También deberán presentar a la Comisión, cada dos años, un informe sobre la evolución de la pobreza energética y las medidas adoptadas para prevenirla, como parte de sus informes de situación nacional integrados de energía y clima.

La Ley del Sector Eléctrico 24/2013 de 26 de diciembre en su Preámbulo señala expresamente que «se define asimismo la figura del consumidor vulnerable, vinculado a determinadas características sociales de consumo y poder adquisitivo, y se establece la adopción de las medidas oportunas para garantizar una protección adecuada a estos consumidores. Estos consumidores tendrán derecho a una tarifa reducida respecto del precio voluntario para el pequeño consumidor». Ya en el texto, el artículo 17, que se refiere a los precios voluntarios para el pequeño consumidor y tarifas de último recurso. Se definen las tarifas de último recurso como aquellos precios de aplicación a categorías con concretas de consumidores de acuerdo en lo dispuesto en esta ley y su normativa de desarrollo. Se especifica que dicha tarifas de último recurso serán aplicables a los consumidores que tengan la condición de vulnerables y a aquellos que, sin cumplir los requisitos de aplicación del precio voluntario para el pequeño consumidor, transitoriamente no dispongan de un contrato de suministro en vigor con un comercializador en mercado libre «. El artículo 45 de la citada Ley 24 / 2013 de 26 de diciembre, lleva como rúbrica el consumidor vulnerable y en su apartado primero establece que «serán considerados consumidores vulnerables los consumidores de electricidad que cumplan con las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que se determinen. En todo caso, se circunscribirá a personas físicas en su vivienda habitual.

La definición de los consumidores vulnerables, de sus categorías y de los requisitos que deben cumplir, así como las medidas a adoptar para estos colectivos se determinarán reglamentariamente por el gobierno «. El apartado segundo, añade que «el bono social resultará de aplicación a los consumidores vulnerables que cumplan con las características sociales, de consumo y poder adquisitivo que por real decreto del consejo de ministros se determinen. A estos efectos, se establecerá un umbral referenciado a un indicador de renta per cápita familiar. En todo caso, se circunscribirá a personas físicas en su vivienda habitual».

No se daba sin embargo un concepto de consumidor vulnerable en el artículo 45 de la Ley del Sector Eléctrico 45 /2013 de 26 de diciembre que lleva como rúbrica el consumidor vulnerable, sino que se remitía a un reglamento posterior, pero no hay que olvidar que beneficiario del bono social no es un término sinónimo de consumidor vulnerable, lo que no significa que el consumidor vulnerable no tenga derecho al bono social.

El Gobierno aprueba el Real Decreto 7/2016, de 23 de diciembre por el que se regula el mecanismo de financiación del coste del bono social y otras medidas de protección al consumidor vulnerable de energía eléctrica, con la finalidad de regular una nueva forma de financiación del bono social y a tal fin, en el presente Real Decreto se contempla una modificación del artículo 45 de la citada Ley 24/2013 con objeto de establecer un nuevo mecanismo de financiación del bono social, definiendo los sujetos que deben realizar las aportaciones necesarias y el criterio para realizar el cálculo de los porcentajes de su respectiva contribución.

El mecanismo de financiación del bono social que así se aprueba tiene su fundamento, por una parte, en el artículo 31, 3 de la Constitución, que faculta la imposición de prestaciones patrimoniales de naturaleza pública mediante ley, y, por otra, en el artículo 3,2 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 en el que se dispone que, en el pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado de Roma y en particular de su artículo 86, los Estados miembros pueden imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente.

El artículo 2 de este Real Decreto 7/2016 de 23 de diciembre lleva como rúbrica «Medidas de protección al consumidor vulnerable» y establece que «el Gobierno impulsará las medidas de protección y de mejora de transparencia en la contratación del suministro de los consumidores vulnerables», Asimismo, añade que colaborará con las Administraciones Públicas competentes en la puesta en marcha de un registro administrativo de puntos de suministro que correspondan a los consumidores referidos en el artículo 52, 4 j) de la Ley 24/2013, de 26 diciembre, del Sector Eléctrico, con pleno respeto a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal «.

No nos concretaba qué medidas se iban a desarrollar, ni ofrecía con carácter general un concepto de lo que se debe de entender por consumidor vulnerable, a pesar de la modificación del artículo 45, 1 párrafo segundo de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico por el Real Decreto 7 / 2016 de 23 de diciembre.

No se daba por tanto una definición de consumidor vulnerable, pero se realiza un esfuerzo para clarificar las características y requisitos que debe reunir el consumidor vulnerable, aunque echamos en falta que no lo haga con carácter general.

No cabe un concepto sectorial en función de la materia o del sector que le afecte. Es muy probable que el consumidor que no pueda pagar la luz tampoco pueda pagar el préstamo que tenga concertado con el banco para la adquisición de su vivienda, o el alquiler de la misma, o los gastos de comunidad, o el saldo pendiente de su tarjeta de crédito.

Se debe dar un concepto lo más uniforme posible de vulnerabilidad, aun reconociendo la dificultad que ello entraña. Creemos que merece la pena el esfuerzo que debe hacer el legislador para intentare equilibrar las partes que intervienen en un contrato de adhesión, porque esto a la postre traerá seguridad jurídica y evitara pronunciamientos judiciales contradictorios.

Se dice que la finalidad de este Real Decreto 7/2016 de 23 de diciembre, es que la definición de consumidores vulnerables pueda incluir distintos colectivos de vulnerables atendiendo a sus características sociales y poder adquisitivo y los umbrales de renta que se establezcan y además

crea como novedad la condición de vulnerables severos acogidos a tarifas de último recurso, siempre que estén siendo atendido en los servicios sociales de las Administraciones Públicas competentes, en relación con dichos suministros, por hallarse en atención a su renta, en riesgo de exclusión social, esto suministros se refieren a la vivienda habitual y se exceptúa a este colectivo de la suspensión del suministro.

El Real Decreto 897/2017 de 6 de octubre es el que regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica, y como su nombre indica tiene como finalidad regular la figura del consumidor vulnerable, asociándola a determinados umbrales de renta referenciados al Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples, en función del número de miembros que compongan la unidad familiar. Dentro de estos consumidores vulnerables, se establece un bono social de mayor cuantía para los consumidores vulnerables severos, los cuales son definidos por referencia a umbrales de la renta más bajos que los señalados con carácter general, y además se crea otra categoría diferenciada dentro de los consumidores vulnerables severos, a saber, los consumidores en riesgo de exclusión social, que serán aquellos que, cumpliendo los umbrales de renta, estén siendo atendidos por los servicios sociales de una Administración autonómica o local.

Introduce asimismo varias categorías para definir al consumidor vulnerable, no con carácter general, sino sectorial, en relación a una materia concreta, la electricidad, ni siquiera se refiere al gas y estamos hablando de energía eléctrica, teniendo en cuenta que quien es vulnerable para no poder pagar la factura de la luz, lo va a ser también será muy probablemente para no poder pagar el agua, el gas o el préstamo que tiene suscrito.

En realidad, en nuestra opinión, hay un único concepto de consumidor vulnerable, relacionado con el nivel de renta, concepto al que se le suma si ese nivel de renta es muy bajo o el consumidor recibe ayuda de la administración al consumidor para pagar la luz, mayor va a ser la bonificación que el consumidor va a recibir en su factura de la luz, en cuyo caso se habla de consumidor vulnerable severo o consumidor acogido a tarifas de último recurso, pero el concepto es el mismo y la protección es la misma, una rebaja en la factura de la luz, que será del 25 por ciento o del cuarenta por ciento dependiendo de las condiciones de la renta del consumidor, dado que vulnerabilidad prácticamente se asocia únicamente a pobreza.

El artículo 3 del citado Real Decreto 897/2017 de 6 de octubre señala que «tendrá la consideración de consumidor vulnerable el titular de un punto de suministro de electricidad en su vivienda habitual que, siendo persona física, esté acogido al precio voluntario para el pequeño consumidor y cumplan los restantes requisitos del presente artículo».

Si comparamos este artículo con el que figuraba en el Proyecto en su primitiva redacción ha desaparecido, con buen criterio, la exigencia de tener que acreditar el consumidor su pertenencia a una unidad familiar, dado que es totalmente discriminatorio y escapa de toda lógica, el hecho de proteger una situación de vulnerabilidad en el caso de unidades familiares conformadas por varios miembros y no dar cobertura a aquellos supuestos en los que el consumidor vulnerable sea una persona física que viva sola.

Sin embargo hubiera sido deseable incluir dentro del concepto de consumidor vulnerable, insistimos a efectos de la energía eléctrica, a aquellos consumidores acogidos a una comercializadora de referencia libre, porque se está dejando fuera a una serie de consumidores que cumplen los demás requisitos de renta. Recomendación que por otra parte manifestó el Defensor del Pueblo en su Informe de 17 de mayo de 2017 donde se habla de introducir entre las medidas de protección para los consumidores vulnerables contra el corte de suministro a aquellos que estén acogidos al mercado libre. Sobre todo facilitaría el cumplimiento de la obligación que tienen las comercializadoras libres de informar al consumidor que cumpla los requisitos para acogerse al precio voluntario para el pequeño consumidor, de su posibilidad de acogerse al mismo, y de asimismo poder solicitar, si se da el caso, el bono social. Dicha obligación se cumple informando al consumidor en un requerimiento o comunicación de pago, donde la comercializadora muestra su interés más por el importe que debe el consumidor, más que por el deber de informar al consumidor. Esto hace que no constituya una garantía para el consumidor vulnerable que se le informe de la posibilidad de acogerse al bono social en dicho requerimiento. Se tiene que garantizar un medio o procedimiento claro comprensible y transparente que llegue a todos los consumidores. Le debe quedar muy claro al consumidor si está acogido o no al PVPC, y sería deseable que se

le informará de la potencia más adecuada para su hogar. Todos los anexos previstos en el Real Decreto 897 / 2017 de 6 de octubre hacen referencia al requerimiento de pago, pero no se ha creado ninguna comunicación para informar al consumidor que se le ha cambiado al PVPC y darle la tranquilidad de la protección que le ofrece la nueva normativa

Para definir al consumidor vulnerable en materia del sector eléctrico, el criterio de la renta es el recogido en el 2 artículo de el Real Decreto Ley 7 / 2016 de 26 de diciembre, según el cual la definición de consumidor vulnerable podrá incluir distintos colectivos de vulnerables atendiendo a sus características sociales y poder adquisitivo, y a los umbrales de renta que se establezcan, y además es el que aparece reflejado en la Recomendación del Defensor del Pueblo de 18 de abril de 2017, siguiendo las conclusiones alcanzadas instrucciones en las jornadas sobre «Medidas para la Protección de los Consumidores en Materia de Energía Eléctrica» celebradas el 29 de marzo de 2017, de definir el concepto de consumidor vulnerable de acuerdo con los criterios de renta del consumidor y modular el umbral de la renta de conformidad con las circunstancias personales, siempre que estén debidamente justificadas y no supongan discriminación y de crear un sistema de acreditación de la condición de consumidor vulnerable sencillo, ágil y eficaz.

Los umbrales de renta van referenciados al Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), en función del número de componentes de la unidad familiar. Así según el artículo 3, apartado 2 a), del Real Decreto 897/2017 de 6 de octubre, para que el consumidor de energía eléctrica pueda ser considerado consumidor vulnerable, deberá cumplir los requisitos siguientes, que sea una persona física o, en el caso de formar parte de una unidad familiar, la renta conjunta anual de la unidad familiar a que pertenezca sea igual o inferior : a 1,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) de 14 pagas en el caso de que no forme parte de una unidad familiar o no haya ningún menor en la unidad familiar, o a 2 veces el índice IPREM de 14 pagas, en el caso de que haya un menor en la unidad familiar, o a 2,5 veces el índice IPREM de 14 pagas, en el caso de que haya menores en la unidad familiar. A estos efectos, se considera unidad familiar a la constituida conforme a lo dispuesto en la Ley 35/2016, de 28 de noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Estos multiplicadores de renta respecto del índice IPREM de 14 pagas se incrementaran, en cada caso, en 0,5, siempre que concurren algunas de las siguientes circunstancias especiales : a) que el consumidor o alguno de los miembros de la unidad familiar tengan discapacidad reconocida igual o superior al 33%, b) que el consumidor o alguno de los miembros de la unidad familiar acredite la situación de violencia de género, conforme a lo establecido en la legislación vigente, c) que el consumidor o alguno de los miembros de la unidad familiar tenga la condición de víctima del terrorismo, conforme a lo establecido en la legislación vigente, según el apartado 3 del citado artículo 3 del Real Decreto 897 / 2017 de 6 de octubre. Se podía haber tenido en cuenta a las personas mayores que por sus necesidades personales necesitan aparatos eléctricos, que hacen subir la factura de la luz, como han hecho otros países de la Unión Europea, como por ejemplo Italia al definir el bono social donde se incluyen.

Si una vez cumplidos estos requisitos, el consumidor o su unidad familiar, tienen una renta anual inferior o igual al 50 por ciento de los umbrales antes establecidos, el consumidor será considerado vulnerable severo, y esto mismo sucede cuando el consumidor, o en su caso, su unidad familiar, tienen una renta anual inferior o igual a una vez el IPREM a 14 pagas o dos veces el mismo si se trata de un consumidor o un miembro de su unidad familiar tengan una discapacidad igual o superior al 33 %, hayan sido víctimas de violencia de género, o víctimas de terrorismo. En realidad sólo se están añadiendo unos requisitos de renta, pero en lo demás no difiere nada del concepto anterior de consumidor vulnerable a secas.

Si además de reunir estos requisitos, el consumidor es atendido por los servicios sociales de una Administración autonómica o local. y esta le financia al menos el 50 por ciento del importe de la factura, será considerado consumidor en riesgo de exclusión social según el artículo 4 del citado Real Decreto 897 / 2017 de 6 de octubre, es decir es un consumidor vulnerable al que la administración autonómica o local paga la mitad de su factura de la luz, y al que no se le puede suspender el suministro eléctrico por impago de su factura, siempre que la mitad, como hemos dicho la haya pagado la administración, según exige el artículo 20 del citado Real Decreto 897 / 2017 de 6 de octubre.

Esta intervención de la Administración ha sido objeto de críticas ya que muchos de los consumidores que no han pagado la luz no tienen porqué ser usuarios de los servicios sociales y son muchas las familias que no acuden a la Administración. Así en el Informe sobre el proyecto de real decreto por el que se regula el consumidor vulnerable de energía eléctrica, el bono social y las condiciones de suspensión del suministro para consumidores con potencia contratada igual o inferior a 10 KW emitido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el 21 de junio de 2017 se señala que alguna Comunidad Autónoma ha puesto de manifiesto que la definición de consumidor en riesgo de exclusión no puede condicionarse a la financiación o no por parte de un tercero de su suministro, sino que debe vincularse a unas determinadas condiciones socioeconómicas, y por otra parte también señalan que supone una clara vulneración competencial del Estado al regular aspectos que afectan a la exclusiva competencias de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social.

Además el pago de parte de la factura por parte de la Administración correspondiente no puede ser el factor determinante a la hora de decidir sobre la suspensión del suministro eléctrico, constituyendo una clara discriminación entre afectados que se encuentran en una misma situación de vulnerabilidad, únicamente diferenciada por el pago de parte de la factura por la administración competente y se pueden producir discriminaciones y beneficiar a aquellos consumidores cuya Comunidad Autónoma o ayuntamiento tienen fondos para poder pagar las facturas y perjudicar a aquellos consumidores vulnerables cuya Comunidad Autónoma tiene menos presupuesto. Ello unido a que quedan excluidos todos aquellos consumidores que sean clientes de empresas comercializadoras del mercado libre y que el hecho de condicionar el corte de suministro al pago de la mitad de la factura por la administración, más que proteger al consumidor vulnerable, lo que se está haciendo es ayudar a las empresas eléctricas las cuales tiene asegurado el pago de la mitad de las facturas pendientes, ya que además no hay que olvidar que la pobreza energética no es una cuestión de una o dos facturas pendientes, sino que es una situación que se puede alargar en el tiempo y cada vez la deuda acumulada por parte del consumidor vulnerable va aumentando y se hace más difícil de pagar.

Se debería proteger al consumidor frente a los cortes de luz, con independencia que su comercializadora sea libre o de referencia y con independencia de la comunidad autónoma a la que pertenezca el propio consumidor.

Se consideran consumidores vulnerables las familias numerosas según el artículo 2 b), del Real Decreto 897/2017 de 6 de octubre, a las cuales sólo se les exige estar en posesión del título de familia numerosa, con independencia de la renta, lo cual en ocasiones puede resultar injusto porque no se está beneficiando al consumidor más vulnerable y asimismo con independencia del número de hijos, solo es necesario presentar el título de familia numerosa.

Asimismo son consumidores vulnerables los consumidores, y en caso de formar parte de una unidad familiar, todos los miembros de la misma que tengan ingresos, que sean pensionistas del sistema de seguridad social por jubilación o incapacidad permanente, y perciban la cuantía mínima vigente en cada momento para dicha clase de pensiones, y no perciban otros ingresos, de acuerdo con el citado artículo 2 del Real Decreto 897 / 2017 de 6 de octubre. Se quedan fuera de la consideración de vulnerables los que perciban una pensión de viudedad o los que sean titulares de una pensión no contributiva.

El Real Decreto 897/2017 de 6 de octubre en su artículo 2 relativo a su ámbito de aplicación exige para su aplicación a los consumidores personas físicas que sean titulares de un punto de suministro de electricidad en su vivienda habitual con potencia contratada igual o inferior a 10 KW, pero no se ha previsto ningún mecanismo que facilite al consumidor bajar la potencia contratada hasta el mínimo recomendado para cubrir de forma suficiente las necesidades del hogar sin aumentar de forma innecesaria la factura para aquellos consumidores calificados como vulnerables y cuya potencia sea superior a 10 KW, procedimiento que deberían realizar de forma automática las compañías desde el momento que tengan conocimiento que están ante un consumidor vulnerable, sin que a este le suponga coste alguno.

El artículo 6 del Real Decreto 897/2017 de 6 de octubre en su artículo 6 establece que el consumidor vulnerable podrá beneficiarse de un descuento en la factura, que es el denominado bono social, esto es un descuento sobre el PVPC, de un 25 por ciento para el consumidor vulnerable, y de un cuarenta por ciento para el consumidor vulnerable severo, y el apartado 3 señala que « el

descuento del 25 por ciento o, en su caso, del 40 por ciento, que corresponda aplicar en la factura sobre el término de energía del PVPC, se aplicará sobre el valor obtenido como resultado de multiplicar el importe que hubiera correspondido por facturación del término de energía del PVPC sin descuento, por la relación entre el límite máximo de energía en el periodo de facturación y el consumo total de energía en dicho periodo de facturación «, lo que exceda de dicho límite en el periodo de facturación le será facturada al PVPC. Esto hace que se puedan producir situaciones discriminatorias, dado que no se tiene en cuenta las necesidades de la vivienda, ni las necesidades del hogar en función de su composición demográfica ni las diversas zonas climáticas.

El concepto dado de consumidor vulnerable en este Real Decreto, a efecto de la energía deja fuera a determinados colectivos especialmente vulnerables, como el de las personas enfermas que necesitan aparatos eléctricos para su subsistencia. En la definición de consumidor vulnerable que da la Ley 24 / 2015 de 29 de julio de 2015 sobre medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética de la Comunidad Autónoma Catalana (Ley sobre la cual hay planteado un recurso de inconstitucionalidad, y diversos artículos tienen suspendida su vigencia por el Auto del Tribunal Constitucional 160/2016 de 20 de septiembre., artículos que no afectan a la definición de consumidor vulnerable), en su artículo 5 apartado 13 incluye a aquellos hogares en que, pese a que la unidad familiar no cumpla los requisitos, resida alguna persona afectada por dependencia energética, como en el caso de las personas que para sobrevivir necesitan máquinas asistidas. Criterio que también tiene en cuenta el derecho italiano al regular el bono social.

Además esta Ley 24 /2015 de 29 de julio utiliza unos criterios de renta más amplios que el Real decreto 897 / 2017 de 6 de octubre, ya que su artículo 5 apartado 10 entiende que las personas o unidades familiares se encuentran en situación de riesgo de exclusión residencial, siempre que perciban unos ingresos inferiores a 2 veces el IPREM, si se trata de personas que viven solas, o unos ingresos inferiores a 2,5 el IPREM, si se trata de unidades de convivencia, o unos ingresos inferiores a 3 veces el IPREM, en caso de personas con discapacidad o con gran dependencia. Si no se cumplen estos límites en relación a los ingresos obtenidos, siempre que se disponga de un informe de los servicios sociales acreditativo de que están sometidas a un inminente riesgo de pérdida de vivienda y no disponen de alternativa de vivienda propia, se puede solicitar por el consumidor el acogerse a los beneficios establecidos en dicha Ley. A todas estas personas, las administraciones públicas deben garantizar el derecho de acceso a los suministros básicos de agua potable, de gas y de electricidad, y establece como principio de preocupación, un protocolo obligado de comunicación a los servicios sociales y de intervención de estos servicios previamente a la concesión de las ayudas necesarias para evitar los cortes de suministro, en los casos de impago por falta de recursos económicos de las familias afectadas.

Estos artículos, en estos apartados no están afectados por el recurso de inconstitucionalidad 2501-2016 planteado por el Abogado del Estado en representación del Presidente del Gobierno contra determinados artículos de esta Ley 24 / 2015 de 29 de julio de la Comunidad Autónoma Catalana, pero sí que hay que tener en cuenta que la Disposición final tercera del Real Decreto 897 / 2017 de 6 de octubre, relativa al título competencial establece que «el presente real decreto se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149, 1, 13 y 25ª, de la Constitución Española, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para determinar las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y las bases de régimen minero y energético, respectivamente», con lo que cabe preguntarse qué sucede con la legislación de las Comunidades Autónomas en esta materia, que dan un concepto de consumidor vulnerable más amplio, aunque bien es verdad que el término que utiliza la Ley 24/2015 de 29 de julio es personas y unidades familiares en riesgo de exclusión residencial, pero no cabe duda que abarca al consumidor en materia de energía eléctrica. De hecho, entre las alegaciones que se le han hecho al proyecto de Real Decreto, algunas de ellas establecen que la normativa estatal dictada en transposición de la Directiva 2009/72/CE debe respetar las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas y por tanto, el Estado debe respetar y permitir la aplicación de la regulación autonómica vigente en materia de protección a las personas en situación de vulnerabilidad, y hacen referencia a los votos particulares emitidos a la sentencia del Tribunal Constitucional 62/2015, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Decreto Ley de Cataluña 6 / 2013 de 23 de diciembre, por el que se modifica la Ley 22/2010 de 20 de julio del Código de Consumo de Cataluña, respetando la competencia estatal para regular las bases y coordinación de la planificación general de

la actividad económica y las bases del régimen minero y energético contenidas en los artículos 2, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 del proyecto objeto de alegaciones.

Por otra parte, aunque el Real Decreto 897/2017 de 6 de octubre utiliza el término consumidor vulnerable, o vulnerable severo, para referirse a todos los beneficiarios del bono social, no siempre será así, porque quienes tengan el carnet de familia numerosa no tienen que ser necesariamente consumidores vulnerables, como sucedería con una familia con poder adquisitivo (no hay límite de renta en este caso) y progenitores con trabajo cualificado, serán en nuestra opinión, beneficiarios del bono social, pero no consumidores vulnerable, y por otra parte, si pensamos en las personas que necesitan ayuda de determinados aparatos para vivir (ejemplo, una bombona de oxígeno), que les va a encarecer la factura de la luz, pero que superan por muy poco el nivel de renta exigido (en este caso si hay límite de renta), no serán beneficiarios del bono social, pero si consumidores vulnerables

Hay por tanto consumidores vulnerables, que quedan fuera del ámbito de aplicación de este Real Decreto 897/2017 de 6 de octubre, aunque en él se regule el consumidor vulnerable, referido a una materia muy concreta, como es la energía eléctrica.

# **El Ministerio Fiscal y la protección de los consumidores**

## **El trabajo de fiscales y registradores por un mercado interior eficiente por equilibrado**

Autor: Carlos Ballugera Gómez  
Registrador de la propiedad

### **Resumen**

La intervención de las autoridades públicas en pro del equilibrio en la contratación masiva es un postulado del Derecho europeo y español, consagrado en el vértice del ordenamiento jurídico y que lo penetra hasta sus expresiones más pequeñas.

Sin embargo, la lucha por un mercado interior eficiente ni está acabada ni es fácil. El trabajo que enfrentan las autoridades para establecer una paridad de poder contractual y de información de las partes, tiene delante la enorme dificultad de la desigualdad de fuerzas de los actores del mercado.

Por un lado, la gran empresa, acuciada por la obtención del lucro, enfrascada en la planificación al menor coste de la producción y distribución masivas tiende a eliminar y elimina de la negociación del contrato a sus clientes, personas consumidoras y pequeñas empresas y trabajadores autónomos.

Son ellos los que conforman la otra parte del contrato, reducidos a meros comparsas en la formulación del contenido y que se limitan a adherirse a las propuestas de la empresa o profesional y que sufren las llamadas cláusulas vejatorias o abusivas.

No negamos que la contratación masiva ofrece a la sociedad grandes ventajas, pero estamos convencidos que esas ventajas han de distribuirse equitativamente y que la justicia y el equilibrio en los tratos son el mejor combustible para la eficiencia y desarrollo del mercado. Las personas consumidoras, los clientes, seguimos aspirando a ser los reyes del mercado, no sus súbditos.

Para que esa tarea no se quede en un pío deseo, las personas consumidoras necesitamos la ayuda del Estado, del Estado social y democrático de Derecho, para que cree unas condiciones seguras y efectivas para un mercado equitativo y si equitativo, también eficiente.

Fiscales, notarios y registradores son instrumentos importantes de ese Estado para llevar adelante esa tarea. En las próximas líneas pintaré el telón de fondo de la contratación masiva, sus diferencias con la contratación por negociación, y sobre ese fondo la silueta que proyectan el Ministerio Fiscal y también los registradores, cuyas funciones, aunque distintas corren paralelas en la defensa de la legalidad en la contratación entre particulares.

## **1. Ajuste fino del mercado**

### **1.1. Los protagonistas jurídicos de la contratación masiva: el ministerio fiscal**

El Tribunal Supremo (TS) viene reconociendo desde hace tiempo el distinto régimen del contrato por adhesión y del por negociación, centrándose las diferencias en que mientras en el contrato por negociación la voluntad de las partes ratificada por su firma es ley, en el contrato por adhesión esa ley para vincular a los contratantes, en especial para vincular a la persona

consumidora o adherente, debe pasar diversos controles de interpretación, contenido, incorporación y transparencia.

Ese es, también, el punto de vista de la jurisprudencia de Luxemburgo, que establece la necesidad de control obligatorio tanto por parte de los jueces como de las demás autoridades del Estado miembro, ya que, tal como indica la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de [1 octubre 2010](#) «Según la Sentencia Von Colson (As. 14/83) y la reiterada jurisprudencia posterior de la Corte de Luxemburgo, la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, autoridades entre las que deben incluirse tanto notarios como registradores!».

En general, podemos añadir que la obligación de conseguir el resultado previsto en una Directiva alcanza a todas las autoridades del Estado miembro, incluido en el caso que nos ocupa, también al Ministerio Fiscal.

No es fin de este artículo indicar cuales son las funciones de este importante órgano de la Administración de Justicia –el Ministerio Fiscal–, sino situar el marco de fondo que recoja las particularidades de la contratación con condiciones generales y cláusulas no negociadas individualmente, sobre las que viene obligado a ejercer sus funciones nuevas y viejas el Ministerio Fiscal.

## 1.2. La desigualdad según Luxemburgo

La jurisprudencia de Luxemburgo tiene establecido con reiteración que: «39 [...] según jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas (véase, en particular, la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 27 y la jurisprudencia citada).

«40 Habida cuenta de tal situación de inferioridad, la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros a establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo. En ese contexto incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en los artículos 3, apartado 1, y 5 de la Directiva 93/13, determinar si dadas la circunstancias propias del caso concreto esa cláusula cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia establecidas por esta Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias Invitel, C-472/10, EU:C:2012:242, apartado 22, y RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartados 42 a 48)». [Apartados 39 y 40 de la Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 30 [abril 2014](#) y 25 de la de 27 [junio 2000](#)<sup>2</sup>].

En la contratación masiva se constata, por tanto, una situación de desigualdad entre las partes que debe ser corregida, para que el equilibrio formal del contrato sea sustituido por un equilibrio material o real.

Así «la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria nacional se ajusta al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, ya que según constante jurisprudencia esa disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas (véanse, en este sentido, en especial, las sentencias Pereničová y Perenič, C-453/10, EU:C:2012:144, apartado 31, y Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 40 y la jurisprudencia citada)». [Apartado 82 STJUE 30 [abril 2014](#)].

El restablecimiento de la igualdad en la contratación, objetivo fundamental de la Directiva 93/13/CEE, se ha de realizar por medio de un ajuste fino y no tosco del contrato, que exige la

<sup>1</sup> Vid. <https://www.notariosyregistradores.com/RESOLUCIONES/2010-NOVIEMBRE.htm#r116>.

<sup>2</sup> Vid. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=151524&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=-first&part=1&cid=379568> y <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=45392&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2021560>.

intervención de todas las autoridades del Estado, desde los jueces al legislador, pasando por la Administración, donde deben incluirse tanto la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición, como los órganos de consumo de las Comunidades Autónomas y los de los Ayuntamientos. A todos estos órganos haya que añadir jueces, Letrados de la Administración de Justicia, Ministerio Fiscal, notarios y registradores, los Tribunales Arbitrales de Consumo, Asociaciones de Personas consumidoras y Adherentes, Asociaciones de Pequeños y Medianos Empresarios, Plataformas de Afectados, etcétera, y en general todos los legitimados mencionados en el art. 16 Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

El restablecimiento de la igualdad de la contratación se ha de conseguir por medio de un ajuste fino, por medio de una intervención que alcance al contrato singular. No se trata de una intervención de viejo cuño, las soluciones han de adaptarse al mercado y al contrato singular, lo que justifica la necesidad de un aparato público tan vasto para acometer esa tarea.

### 1.3. Justificación de la intervención de oficio

Las autoridades deben asegurar a las personas consumidoras que lo necesario se ofrezca al mercado de modo conveniente, porque el derecho del individuo a la regulación de su caso de modo equilibrado, sin pleito, recordando a Hegel, «se basa en que las mercancías de uso totalmente general y cotidiano no son ofrecidas al individuo como tal, sino a él en cuanto general, al público [al adherente medio], cuyo derecho a no ser engañado –lo mismo que el examen de las mercancías– puede ser representado por un poder público, por tratarse de una tara común». Podemos ver esa idea, en la actualidad, con otras palabras, en una entrevista en la radio a ZUNZUNEGUI<sup>3</sup>.

En todo ello late la idea, repetida muchas veces por el Tribunal de Luxemburgo de que la persona consumidora tiene derecho a quedar libre de cláusulas abusivas sin pleito. Existiendo muchas cláusulas abusivas en el mercado es necesaria la intervención de las autoridades. En este artículo nos centraremos en Ministerio Fiscal y los registradores.

La intervención fina que se defiende, cuando se trata de los jueces se realiza por medio del análisis de oficio del carácter abusivo o no de las cláusulas no negociadas individualmente, con nulidad parcial del contrato, del que se cae la cláusula abusiva con subsistencia del mismo.

El ajuste es fino, porque ni usa la nulidad total, ni la intervención administrativa, ni exige una previa autorización del contrato para poder usarlo en el tráfico, se basa en la nulidad parcial y en el análisis individualizado de cada contrato.

Por lo que se refiere a notarios y registradores de la propiedad su intervención se realiza mediante la denegación de las cláusulas abusivas en las hipotecas, con subsistencia del resto del contrato, el cual se autoriza o inscribe sin las cláusulas abusivas.

A veces los profesionales que reciben sentencias de nulidad de cláusulas no negociadas individualmente se quejan de que no hay seguridad jurídica, que se violenta la autonomía de la voluntad con decisiones judiciales arbitrarias y que no se permite el juego del mercado. Nada más lejos de la realidad.

La intervención que propicia el Estado social y democrático de Derecho para reequilibrar el contrato por adhesión con cláusulas no negociadas individualmente, es una intervención fina y una intervención que pretende crear o rehabilitar el mercado donde antes no lo había.

Por tanto, la prohibición de cláusulas abusivas y la intervención de las autoridades para reequilibrar el contrato por adhesión es una intervención que pretende crear mercado y es una intervención a favor de la libertad de las partes.

<sup>3</sup> ZUNZUNEGUI, F., «El 'via crucis' de las [demandas](#) colectivas», Isabel Bolaños, Beatriz Nogal, Cadena Ser, Madrid, 24/09/2017 - 11:56 h. CEST, minuto 12:54 hasta 13:38 en [http://cadenaser.com/programa/2017/09/22/a\\_vivir\\_que\\_son\\_dos\\_dias/1506093695\\_291085.html](http://cadenaser.com/programa/2017/09/22/a_vivir_que_son_dos_dias/1506093695_291085.html); y HEGEL, G. W. F., «Principios de la filosofía del derecho», Edhasa, Madrid, 1988, págs. 304-305.

#### 1.4. Las particularidades de la contratación masiva: necesario enfoque desde la ineficacia parcial

En su función pública de protección de personas adherentes y consumidoras es necesario un ajuste del campo de juego. El fiscal proactivo vigilando el mercado contra los abusos ¿qué busca? No busca contratos nulos, actos manifiestamente contrarios a Derecho.

El ingenio de las empresas las lleva a disimular los abusos, unas veces buscan el amparo de la autonomía de la voluntad y del mercado, otras pretenden que el abuso pase desapercibido, embebido en un contrato mayor respecto del que el abuso se oculta en circunstancias accesorias y condiciones generales aparentemente secundarias<sup>4</sup>.

Por tanto, el Ministerio Fiscal no puede buscar la nulidad del contrato en su totalidad, sino que particularmente los abusos más destacados en la contratación masiva en general y en la hipotecaria de financiación de la vivienda en particular, aparecen en forma de cláusulas abusivas, en forma de una parte desequilibrada del contrato que debe ser expulsada del mismo sin hacerlo desaparecer en su totalidad.

Las cláusulas abusivas son cláusulas no negociadas individualmente, que pueden ser condiciones generales o condiciones particulares, que se incorporan a un contrato por adhesión.

Por eso entre las herramientas de vigilancia del Ministerio Fiscal en pro del mercado habrá que poner de manera destacada y, sin que lo olvidemos nunca, a la nulidad parcial del contrato con expulsión de la parte abusiva, no a la nulidad total con obligación de la persona consumidora de restituir el bien o servicio objeto de su bienestar.

Esto es lo más importante, por eso como elemento final de la caracterización de la actuación del Ministerio Fiscal voy a poner de manera sucinta las particularidades de las técnicas de control en los contratos por adhesión.

Ello apunta a la diferencia entre contrato por negociación y contrato por adhesión donde se contiene lo sustancial del cambio de mentalidad que en el campo del Derecho privado es necesario hacer para poder manejar este nuevo Derecho contractual social propio del Estado democrático de Derecho, amparado y propiciado por la Constitución Española (CE) de 1978.

#### 1.5. Las diferencias entre el contrato por negociación y contrato por adhesión

En la doctrina española me cabe el gusto de haber introducido esta temática a partir de mi artículo de 2005 «Condiciones generales de la contratación y Registro de la Propiedad<sup>5</sup>». SÁNCHEZ MARTÍN, caracteriza al contrato por adhesión, primero, por la reducción del papel del consentimiento en el mismo que implica la imposición de su contenido y, segundo, por su sujeción a la norma de equilibrio y a la de transparencia de sus cláusulas, entendida esta última, como comprensibilidad de la carga jurídica y económica del contrato<sup>6</sup>.

También ORDUÑA MORENO ha tratado de las dos modalidades de contratación, por adhesión y por negociación, indicando que el contrato por adhesión, como una modalidad de contratación estructuralmente distinta del contrato por negociación es ajeno a los problemas sobre vicios del consentimiento y al error vicio; está sujeto a la regla que prohíbe las cláusulas abusivas mediante un control judicial que no impide el preventivo, en su ámbito, de notarios y registradores de la

<sup>4</sup> Sobre un ejemplo de abuso bien disimulado he escrito aquí «Un abuso disimulado para [subsanan](#) cláusulas abusivas», regispro.es, 11 setiembre 2017, en <http://regispro.es/c-ballugera-un-abuso-disimulado-en-la-subsanacion-de-clausulas-abusivas-la-mala-utilizacion-del-juicio-de-suficiencia-notarial/>

<sup>5</sup> He tratado las diferencias entre el contrato por adhesión y el por negociación en «[Diferencias](#) entre el contrato por adhesión y el contrato por negociación» en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com) (publicado el 5 agosto 2014); y el mismo título en Boletín del Colegio de Registradores, núm. 9, (2014), págs. 1344 a 1361; «Integración de las cláusulas abusivas de pena convencional, demora y vencimiento anticipado. La reforma de la integración de cláusulas abusivas en casos concretos», en Diario La Ley, Nº 8344, Sección Doctrina, 1 de Julio de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY (LA LEY 4343/2014), 11 págs. en la edición en internet; «Tratamiento registral de las cláusulas abusivas en las hipotecas», Boletín del Colegio de Registradores, núm. 153, (2009), págs. 19-34; también en «Financiación de la vivienda, calificación hipotecaria y protección de los consumidores tras la L. 41/2007, SER, 2009, págs. 123 a 163; y Revista de Derecho Patrimonial, núm. 23, (2009), págs. 309 a 328; y «Condiciones generales de la Contratación y Registro de la Propiedad», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 7, (2005), págs. 41 a 52.

<sup>6</sup> La norma de equilibrio tiene un aspecto formal según el cual no se incorporan al contrato las condiciones generales oscuras y otro material, según el cual las cláusulas abusivas están prohibidas. Vid. SÁNCHEZ MARTÍN, C., «La «contratación bajo condiciones generales...», pág. 2.

propiedad y admite la concurrencia de legislaciones diversas, codificadas y no codificadas, en la regulación del mismo<sup>7</sup>.

Siguiendo en la perspectiva que diferencia entre contrato por adhesión y por negociación, ROBLES LATORRE, afirma hoy la aparición de un nuevo modelo contractual basado en el contrato con condiciones generales y que se caracteriza, primero, por la sustitución de la supuesta igualdad entre partes que rige el contrato por negociación, por la desigualdad; segundo, por el cuestionamiento de la autonomía de la voluntad con los contratos forzados para la obtención de suministros esenciales para el bienestar de la vida diaria, como los de agua, gas, electricidad, telefonía e internet; tercero, por la sustitución de la tradicional libertad de forma del derecho español por el formalismo de los contratos de consumo; y, cuarto, por la prevalencia en la interpretación de reglas como las de los arts. 1288 y 1289 Código civil (CC), que junto con la garantía del beneficio de la persona adherente, sitúan el equilibrio como regla central del contenido de los nuevos contratos por adhesión<sup>8</sup>.

En estas circunstancias aparece naturalmente la posibilidad de que el contenido contractual, las cláusulas o condiciones generales, puedan ser declaradas nulas por abusivas o puedan no incorporarse al contrato por falta de transparencia, a pesar de que la llave de esa posibilidad, el art. 8.1 LCGC, haya sido motejada de norma innecesaria por algunos autores<sup>9</sup>.

Nos tenemos que remitir a la sentencia del TS de 18 junio 2012 para encontrar en nuestra jurisprudencia la alusión a la moderna diferencia entre contrato por adhesión y contrato por negociación, a ella le han seguido la de 9 mayo 2013 y otras como la de 8 setiembre 2014, donde la diferencia entre estos tipos contractuales viene asociada a la aparición de obligaciones de información previa al contrato a cargo del profesional. De esta jurisprudencia se ha hecho eco también la DGRN en sus resoluciones de 22 enero 2015 y 19 mayo 2017<sup>10</sup>.

En las sentencias citadas se considera al contrato por adhesión como «un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico<sup>11</sup>».

<sup>7</sup> ORDUÑA MORENO, J., «Control de transparencia y contratación bancaria», tirant lo blanch, Valencia, 2016, 591 págs. La jornada también aquí: <http://www.abogacia.es/2014/07/01/jornada-contratacion-bajo-condiciones-generales-frente-a-contratacion-por-negociacion/>.

<sup>8</sup> ROBLES LATORRE, P., MESA REDONDA «Las cláusulas abusivas», en *I Encuentro de Fedatarios Públicos*, CEU, Madrid, 27 marzo 2014.  
Art. 1288 CC: La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.  
Art. 1289 CC: Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.

<sup>9</sup> Entre otros PAGADOR LÓPEZ, J., «Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación de 1998», Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 223; y GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., «Artículo 8.º», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, coordinadores Arroyo Martínez, I., Miquel Rodríguez, J., Tecnos, Madrid, 1999, pág. 83; REGLERO CAMPOS, L. F., «Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología», en *Aranzadi Civil*, vol. I, (1999), (BIB 1999\371), pág. [1645]; y PARDO GATO, J. R., «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (Análisis legislativo y jurisprudencial)», Dijusa, Madrid, 2004, pág. 183.  
Art. 8.1 LCGC: Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

<sup>10</sup> Vid. la resolución en <http://www.notariosyregistradores.com/web/resoluciones/por-meses/resoluciones-dgrn-febrero-2015/>.

<sup>11</sup> SSTs de 18 junio 2012 en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6508168&links=%2246%2F2010%22&optimize=20121003&publicinterface=true>; reiterado en la de 9 mayo 2013 en sus apartados 139, 140 y 166 que se pueden ver en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6703660&links=&optimize=20130510&publicinterface=true>.  
El régimen del control de transparencia se desarrolla, en gran medida siguiendo los pasos de las dos resoluciones anteriores, en la STS de 8 setiembre 2014 en los apartados 5 a 7 del fundamento jurídico segundo, que se puede ver en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7195886&links=&optimize=20141024&publicinterface=true>.  
La resolución DGRN 22 enero 2015 puede verse en <http://www.notariosyregistradores.com/web/resoluciones/por-meses/resoluciones-dgrn-febrero-2015/#r38>. La de 19 de mayo aquí: <https://www.notariosyregistradores.com/web/resoluciones/por-meses/resoluciones-direccion-general-de-los-registros-y-el-notariado-junio-2017/#237-hipoteca-omision-de-entrega-de-oferta-vinculante-reconocimiento-de-deuda>.

La sentencia del TS de 8 [septiembre](#) 2014, hace descansar la eficacia última del contrato por adhesión «no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada [que se derivan de la buena fe] [...] Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, *fuera* del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del *plano derivado de los vicios del consentimiento*, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes tanto para la validez y eficacia del fenómeno, en sí mismo considerado, como para la aplicación del referido control sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta; [...] [subrayado nuestro]».

La importancia de esta jurisprudencia se aprecia fácilmente si reparamos que el control de transparencia, pero también, el control del contenido, como controles de legalidad, quedan fuera del plano de los vicios del consentimiento, paradigma propio del contrato por negociación. DÍEZ-PICAZO apunta hacia ese planteamiento al indicar que el mejor modo de abordar el problema de la determinación del contenido contractual formado por condiciones generales es reconocer la existencia de un contrato y, por tanto, de un contrato no viciado<sup>12</sup>.

## 1.6. Compendio de las diferencias entre el contrato por negociación y el contrato por adhesión

En la bibliografía he puesto un grupo de trabajos míos anteriores donde abordo con algún detalle, a partir de mi estudio de 2005, las diferencias entre contrato por negociación y por adhesión. Para refrescar la memoria las voy a citar muy brevemente.

Uso la expresión «contrato por adhesión» en lugar de la de «contrato de adhesión» para resaltar vivamente y no olvidar la diferencia fundamental con el modo de contratación tradicional, con el modo de contratación por negociación. Fuera de ello, creo que ambas expresiones tienen y se pueden usar con el mismo significado.

Así, arrancamos de la diferencia primera entre estos tipos contractuales, mientras que la imposición es característica del contrato por adhesión la negociación lo es del modo de contratación tradicional de los códigos. Por la imposición, el predisponente priva al adherente de su participación en la formulación del contenido contractual, en la que éste último no puede influir.

En segundo lugar, tenemos la predisposición, la objetivación escrita y la aparición de los tratos preliminares y su documentación. Con la contratación masiva, aunque desaparece la posibilidad de negociar, sin embargo, los tratos preliminares se documentan ampliamente en forma de publicidad, en formularios publicados y ampliamente difundidos, en fichas de información especial e individualizada, ofertas vinculantes, etc. Junto con ello aparecen multitud de obligaciones de información previa al contrato, particularmente en el sector financiero.

En tercer lugar, es característico del contrato por adhesión el recurso a la técnica de la nulidad parcial. Frente a la tradicional unidad del contrato, el contrato por adhesión aparece como un compuesto o conjunto de cláusulas que son expulsadas del contrato si contravienen la norma de equilibrio, es decir, un conjunto de normas imperativas y prohibitivas que se agrupan en torno a la capital que prohíbe las cláusulas abusivas.

Así tenemos la nulidad parcial frente a nulidad total, que va acompañada de la prohibición de integración del contrato lacunoso por abusivo, cuando la integración es a favor del profesional predisponente. Porque esto debe recordarse, la integración del contrato por adhesión a favor de la persona consumidora no sólo es posible sino obligada conforme al art. 65 Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU).

<sup>12</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «¿Una nueva doctrina general del contrato?, *ADC*, tomo XLVI, octubre-diciembre 1993, Madrid, pág. 1716; y «Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas», Civitas, Madrid, 1996, págs. 30 y 31. Yo mismo comparto esa posición en «El contrato-no-contrato», *SER*, Madrid, págs. 51 y ss., sobre la base de entender que la aplicación de la norma de equilibrio presupone la existencia del contrato, lo que he llamado acuerdo nuclear.

El Derecho español, en general, ha optado por la nulidad de pleno derecho como modo de ineficacia por la violación de la prohibición de cláusulas abusivas. Esta nulidad, cuyo vigor extraordinario no debe de olvidarse, tiene algunas características muy notables, que hay que destacar:

1. Es parcial, de modo que la parte subsistente del contrato lo es en los mismos términos que el contrato original y produce todos y los mismos efectos que éste, lo que en el plano registral incluye la conservación de la rogación para la inscripción de la hipoteca sin las cláusulas abusivas.
2. Es coactiva, es decir, que se le impone al predisponente, que tendrá que aceptar el contrato, aunque no hubiese querido contratar sin la cláusula abusiva<sup>13</sup>.
3. Es «ultra partes», es decir, que nula una condición general en un contrato singular, lo será en todos aquellos contratos del mismo predisponente en los que se haya impuesto.
4. Es semiimperativa, es decir, sólo puede ser invocada por y en beneficio de personas adherentes y consumidoras, pero no en beneficio del predisponente. Obsérvese, por ejemplo, que la limitación de la retroactividad de la ineficacia de la cláusula suelo, en cuanto a la devolución de cantidades pagadas de más, limitación en beneficio del banco contra el régimen ordinario de la ineficacia del art. 1303 CC, sólo podría ser invocada por el banco en el caso en el que fue condenado, pero no «ultra partes» en otros procedimientos<sup>14</sup>.
5. Es disuasoria, no trata de restablecer una situación de equilibrio preexistente y quebrantada, al contrario, trata de crear ese equilibrio, por lo que puede dar lugar a resultados perjudiciales para el predisponente en el que prevalece el propósito reequilibrador sobre la justicia abstracta propia del Derecho dispositivo.

El legislador busca el reequilibrio contra la desigualdad y el predisponente, con su gran poder de mercado, no tiene por qué quedarse de brazos cruzados ante la nueva situación creada. A la par que elimina la cláusula abusiva del contrato, puede ofrecer a la persona consumidora una nueva composición de intereses mutuamente beneficiosa por medio de la re-negociación del contrato.

6. Es una nulidad de oficio, que no es necesario que sea invocada por el adherente o la persona consumidora, sino que tribunales y autoridades deberán apreciarla de oficio, tal como ha indicado reiteradamente la jurisprudencia europea.

En cuarto lugar, la semiimperatividad no es exclusiva de la *norma* que impone la nulidad parcial, a saber, el art. 8 LCGC. Las normas de protección de las personas consumidoras son normas de orden público. El interés protegido en la contratación masiva es un interés privado no público, pero es interés social, que afecta a las personas consumidoras, a mucha gente. Ahora bien, al ser las normas de protección de ese interés semiimperativas, es decir, que pretenden reequilibrar el contrato a favor del consumidor, son invocables y benefician a la persona consumidora, pero no al profesional, se pueden derogar en beneficio de la persona adherente, pero no en el del profesional ya que la persona consumidora no puede renunciar a ellas en su perjuicio.

Se trata de intervenir, pero siempre a favor de la persona consumidora. Los efectos «ultra partes» de las sentencias sólo se producen si benefician a la persona consumidora no al profesional, la renuncia cabe a favor del adherente, cuando se modifique el contrato a su favor y no en su contra. Esto obliga a matizar la necesaria oficialidad de la intervención del Ministerio Fiscal propiciada no sólo por la Circular 2/2010, sino también por el TJUE y el TS, en el sentido que marca la semiimperatividad de las normas de protección.

Este influjo en favor de la oficialidad lo hemos visto también en la STS 9 mayo 2013 (apartados 123 y 124) al hacer un llamamiento a la modulación o matización del principio dispositivo, inspirado

<sup>13</sup> Sobre la ineficacia coactiva vid. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «La [progresiva degradación](#) de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas», en Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 2, (2014), 10 págs. en edición de internet (BIB 2014\1102), pág. 3. En cuanto a la inscripción parcial vid. mi «Condiciones Generales...», págs. 41 a 52; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia», Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, 262 páginas; págs. 140-141 y 219.

<sup>14</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Artículo 6, apartado 2 del Código civil», en «Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales», dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992, tomo I, volumen 1.º, págs. 730-731; «Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor», ADC, tomo XXXVI, octubre-diciembre 1983, Madrid, págs. 1194-1196; SÁNCHEZ CALERO, F., «Artículo 2. Aplicación de la Ley», en «Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones», Sánchez Calero, F. (director), Pamplona, 1999, pág. 64; y MIQUEL, J. M., «Artículo 8. Nulidad», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. Menéndez Menéndez y L. Díez-Picazo y Ponce de León (Directores), Civitas, Madrid, 2002, pág. 430.

en el principio de eficacia del Derecho europeo en materia de cláusulas abusivas, invitando a los jueces a ir más allá de las exigencias de la congruencia cuando se trata de enjuiciar el carácter abusivo de las condiciones generales, aplicando de oficio el control del contenido<sup>15</sup>.

En quinto lugar, es característico del contrato por adhesión el uso de condiciones generales, el uso de la misma cláusula en muchos contratos, que justifica el efecto «ultra partes» de las sentencias de nulidad, pero efecto matizado por la semiimperatividad de las normas en el sentido de que la persona consumidora no litigante puede aprovecharse de los efectos positivos de la nulidad pero no de los que le sean negativos de la validez ganada por un profesional en un pleito en el que no ha intervenido.

## 2. El nuevo ministerio fiscal de consumo

Teniendo en cuenta las características señaladas y tomando ahora la perspectiva del Ministerio Fiscal, conviene retener especialmente la necesidad de abordar el contrato como compuesto de condiciones generales y cláusulas no negociadas individualmente donde los abusos se producen por la introducción de cláusulas abusivas, lo que remite necesariamente a la nulidad o ineficacia parcial con subsistencia del resto del contrato y con prohibición de integración en beneficio del profesional.

La nulidad total es inadecuada porque priva a la persona adherente del bien o servicio objeto de su bienestar. La nulidad parcial es el mejor remedio, pero debe completarse con la semiimperatividad de las normas, la oficialidad de la intervención del Ministerio Fiscal a favor de la persona consumidora, la prohibición de integración a favor del profesional conforme al art. 65 TRLGDCU y siempre en beneficio del mercado, o sea, con el objeto de crear unas condiciones que habiliten el equilibrio de las soluciones contractuales alcanzadas a través de la confrontación de oferta y demanda, con la persona consumidora como restaurado rey del mercado.

Ahora pasamos a ocuparnos de las realidades del Ministerio Fiscal y del Registro de la Propiedad, esta por mi dedicación profesional, la otra por el medio en el que expongo estas opiniones, y me ocuparé de su relación con los contratos por adhesión con cláusulas no negociadas individualmente, y para concretar, me centraré también en la hipoteca de adquisición de una vivienda, en la financiación hipotecaria de la vivienda.

### 2.1. La legitimación del ministerio fiscal

La legitimación del Ministerio Fiscal para actuar en defensa de los intereses de las personas consumidoras y adherentes es muy amplia. Vamos a enumerar, aunque con cierto detalle, lo que nos parecen algunas de las normas más importantes que fundan esa amplia legitimación.

En primer lugar, el art. 124 CE que dice que «El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social».

Este precepto se reproduce en el art. 1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981 (EOMF): «El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social<sup>16</sup>».

Citaremos también el art. 6.3 EOMF que indica que «Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal:

[...]

«6. Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley».

<sup>15</sup> Vid link en <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2013-clausulas-suelo-sts-9-mayo-2013.htm>.

<sup>16</sup> Vid. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-837>.

No podemos dejar de mencionar, por su extraordinaria importancia, como el centro de la legitimación legal del Ministerio Fiscal en los procedimientos civiles, el art. 11.5 Ley de enjuiciamiento civil (LEC) donde se establece la legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios en su apartado 5, en los siguientes términos: «5. El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios». Este precepto es de gran importancia y colma las lagunas legales que ya denunció en su día la circular 2/2010.

Debe enfatizarse junto a ese precepto esencial, la no menos importante disposición adicional cuarta. LCGC que al decir «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», extiende la legitimación del Ministerio Fiscal no sólo a los contratos por adhesión con personas consumidoras sino a los llamados contratos B2B, es decir, contratos de adhesión entre empresas de distinto poder contractual. Dejamos apuntado esto, señalando únicamente su importancia y la necesidad de no olvidarlo y de no olvidar que ello justifica plenamente el control del contenido sobre las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos B2B. Esta posición es asumida incondicionalmente por la Circular 2/2010<sup>17</sup>.

### 2.2. Una vuelta al art. 11.5 Lec

Cuando volvemos al art. 11.5 LEC que incluye dentro de la legitimación del Ministerio Fiscal las acciones singulares o individuales, reparamos en que la pluralidad de afectados como presupuesto para que concurra el interés social que justifica y obliga a la intervención excepcional hasta aquí, pero ordinaria a partir de aquí, del Ministerio Fiscal, tiene lugar cuando lo que se enjuicia es una condición general de la contratación, porque la cláusula impuesta objeto de enjuiciamiento es una y la misma para muchos contratos, por lo que resultan afectados por el procedimiento, aunque sea singular o individual, todos los adherentes y clientes que sufren la imposición de dicha cláusula.

Por tanto, la base y razón de la legitimación del Ministerio Fiscal en los procesos civiles con condiciones generales, no es que la acción ejercitada sea una acción colectiva, sino que la acción sobre la validez de una condición general, por su mismo concepto y definición legal, afecta a una pluralidad de contratantes.

Eso quiere decir que la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de los intereses económicos de las personas adherentes no sólo está justificada en el procedimiento individual o singular, sino que es obligada cuando resulte especialmente afectado el interés social, lo que ocurre siempre que se enjuicia la abusividad de una condición general.

Volviendo a la actualidad, sobre esa base se apoya la legitimación del Ministerio Fiscal a favor de la persona consumidora en los juicios de desahucio y la necesidad, de que se dé conocimiento al mismo por el juez o letrado de la iniciación del procedimiento singular, ya sea declarativo, ejecutivo o monitorio.

### 2.3. Una lista de preceptos legitimadores de la actuación del ministerio fiscal

Para terminar esta parte de la exposición pongo a continuación una breve lista con unos cuantos preceptos que disponen esa legitimación, consciente de que, como me indicó la Fiscalía General del Estado en su día, en esa lista no están todos los que autorizan la legitimación del fiscal, pues en su criterio hay al menos dieciséis<sup>18</sup>.

*Art. 6.6 LEC: Capacidad para ser parte*

1. Podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles:

[...]

<sup>17</sup> Vid. GARCÍA VILA, M., «La legitimación del Ministerio Fiscal para la tutela colectiva de la Ley de << Condiciones Generales de la Contratación >>», en *Actualidad Civil*, núm. 48, (2001), Ref. LXXIII, pág. 1659, Tomo 4, 37 págs. en edición de internet. Para la cita pág. 4.

<sup>18</sup> Vid. mi «Urgen los fiscales de consumo» en <http://enlacancha.eu/2017/10/27/urgen-los-fiscales-delegados-de-consumo/>, en <https://enlacancha.eu>, 27 octubre 2017.

6º El Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte.

*Art. 11.5 LEC: Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios*

[...]

5. El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.

*Art. 15.1.II LEC: Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios.*

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

El Ministerio Fiscal será parte en estos procesos cuando el interés social lo justifique. El tribunal que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación.

*Art. 16.6 LCGC: Legitimación activa*

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

[...]

6. El Ministerio Fiscal.

*Art. 54.1.c y 3.b TRLGDCU: Legitimación*

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

[...]

c) El Ministerio Fiscal.

[...]

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

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

Asimismo, estarán legitimados para el ejercicio de esta acción:

[...]

b) El Ministerio Fiscal.

*Art. 31.d LSSlyCE: Legitimación activa*

Están legitimados para interponer la acción de cesación:

[...]

d) El Ministerio Fiscal.

*Art. 36 LCCC. Acción de cesación*

Contra las conductas contrarias a esta Ley podrá ejercitarse la acción de cesación conforme a lo previsto en los artículos 53, apartados 1 y 2 del 54, 55 y 56 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y, en lo no previsto por ésta, será de aplicación la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

*Art. 11.3 LCCPCHySI: Acciones de cesación.*

[...]

3. Estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación:

[...]

c) El Ministerio Fiscal.

*Art. 15.3.c LCDSFC: Acciones de cesación.*

[...]

3. Estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación:

[...]

c) El Ministerio Fiscal.

*Art. 32.1.1ª a 4ª LCD. Acciones.*

1. Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones:

1.ª Acción declarativa de deslealtad.

2.ª Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.

3.ª Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.

4.ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

*Art. 33.4 LCD: Legitimación activa.*

[...]

3. Ostentan legitimación activa para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 4.ª, en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios:

[...]

4. El Ministerio Fiscal podrá ejercitar la acción de cesación en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios.

## 2.4. Dos circulares importantes

Para caracterizar el nuevo papel del fiscal en la protección de personas adherentes y consumidoras son esenciales la Circular 2/2010, acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios y la Instrucción 4/2016, sobre las funciones del Fiscal Delegado de la especialidad civil y de protección jurídica de las personas con discapacidad de las Comunidades Autónomas<sup>19</sup>.

Dado que, por razón de su especialidad, los fiscales de quien se ocupa este modesto estudio son concedores de esas reglas, no voy a repetirlas inútilmente, pero si me detendré en algunos de los aspectos que considero más importantes y progresivos de las mismas.

En primer lugar, hay que destacar el indudable papel proactivo en la defensa de los intereses de las personas consumidoras y adherentes que la Circular 2/2010 atribuye a los fiscales, al establecer su coordinación con autoridades y asociaciones consumeristas.

Recordemos los muy ambiciosos y loables términos de la Circular de 2010. «Resulta pues ineludible que, en lo sucesivo, los Fiscales Superiores mantengan reuniones periódicas con las autoridades autonómicas de consumo y los Fiscales de las diferentes Fiscalías Territoriales, Provinciales y/o de Área, con aquellas de ámbito provincial y municipal, a fin de coordinar esfuerzos e intercambiar pareceres sobre las posibles líneas de actuación ante los comportamientos eventualmente lesivos a los intereses de consumidores y usuarios que presenten mayor incidencia en el ámbito territorial de sus respectivas Fiscalías. Del contenido y resultados de estas reuniones deberá darse cuenta semestralmente, siempre a través del respectivo Fiscal Superior, al Fiscal de Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

«El necesario y progresivo establecimiento de canales de diálogo y colaboración entre las diferentes Fiscalías Territoriales y las autoridades administrativas competentes en la materia y/o las asociaciones de consumidores y usuarios, facilitará que el Fiscal permanezca puntualmente informado de aquellas conductas más nocivas para los derechos de aquellos, lo que redundará en un mejor desempeño de la función que el Ministerio Público tiene constitucionalmente atribuida en este área específica, a la que nos referiremos con detalle a continuación».

Esta es una actuación importante que exige un esfuerzo adicional y que, por tanto, requiere de una dotación de medios adicional, que, sin embargo, nos parece que no se ha producido. Por ello,

<sup>19</sup> Vid. [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/memo2011-vol1-circu02.pdf?idFile=b3012aba-fb66-4ec3-9217-10cda7ac783d](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memo2011-vol1-circu02.pdf?idFile=b3012aba-fb66-4ec3-9217-10cda7ac783d).

no puedo sino sumarme a quienes piden una dotación económica suficiente para sostener este ambiciosísimo programa.

Junto con ello, se recuerda la posibilidad de los fiscales de solicitar diligencias preliminares del art. 256.1. 6ª LEC y de optar, conforme al párrafo último del art. 5 del EOMF, por la incoación de las *diligencias preprocesales*, que según el tenor el precepto, están *encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que [al Fiscal] le atribuye el ordenamiento jurídico*.

Con esas posibilidades se abre un inmenso campo de acción del Ministerio Fiscal. Piénsese en el caso de la nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo. Ante el colapso actual de los juzgados, está en la mano del Ministerio Fiscal reclamar por una u otra vía, la lista nominal de personas adherentes y consumidoras que tienen cláusula suelo en su hipoteca, cuál sea esta y el importe de lo pagado de más por el deudor por el uso de la cláusula suelo.

Hay aquí una alternativa al Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, que hasta ahora parece ineficaz, en cuanto a su labor de aliviar la carga de trabajo de los jueces, en la reparación del daño causado por los bancos con las cláusulas suelo. Se trata de una sugerencia que explorar, pero que señala hacia el inmenso campo de actuación del fiscal en estas materias<sup>20</sup>.

Por su parte, la Instrucción 4/2016, da un paso más para extender, reforzar y generalizar en todas las Comunidades Autónomas la figura de los fiscales delegados. Recordemos que concluye en este aspecto diciendo que «Los Sres. Fiscales Delegados de las CCAA coordinarán su actuación con las entidades administrativas encargadas de la protección de los consumidores y usuarios a fin de disponer de la información necesaria para atender los asuntos en que sea precisa una intervención procesal, supervisarán la acción de los distintos delegados provinciales para garantizar la unidad de actuación y planificarán la intervención, estableciendo prioridades».

El juicio sobre la eficacia de estas propuestas y sus correspondientes actuaciones, habida cuenta de la proliferación de cláusulas abusivas en el mercado no puede ser todavía satisfactorio. Sin embargo, los avances se suceden día a día. Un ejemplo de la implicación de los poderes públicos en la lucha contra las cláusulas abusivas lo tenemos en el reciente auto del Juzgado de 1ª Instancia núm. 2 de Córdoba de 6 septiembre 2016 por el que se admite la personación del Ministerio Fiscal en un proceso de ejecución hipotecaria de deudor persona consumidora sin recursos, conforme al art. 13 en relación con el 11.5 LEC<sup>21</sup>.

### 3. El registrador de la propiedad ante la contratación masiva

Hemos visto, de manera crítica, el papel del Ministerio Fiscal contra las cláusulas abusivas, vamos a repasar ahora el de los registradores. Aunque en la actualidad la DGRN reconoce la capacidad de registradores y registradoras para calificar las cláusulas abusivas, todavía mantiene reticencias y son reticencias muy importantes por su indeterminación. Para evitar reiterar trabajos anteriores, voy a hacer un breve relato, crítico también, de cómo hemos llegado a la situación actual<sup>22</sup>.

*Grosso modo* podemos decir que la evolución del Derecho contractual de protección del contratante más débil en el contrato por adhesión en el Registro de la Propiedad sigue un camino paralelo a la evolución en el Derecho civil español. Tras la II Guerra Mundial, el fuerte contenido social de la legislación española, que ni siquiera el franquismo pudo eliminar, se fue abriendo paso de modo subrepticio, usando las herramientas tradicionales del Derecho civil de los códigos para dar soluciones a los abusos en el contrato por adhesión.

La jurisprudencia usó con frecuencia la regla «contra proferentem» en funciones de control del contenido, mientras que en el Registro de la Propiedad se utilizó la distinción entre contenido real y obligacional para negar la inscripción de cláusulas abusivas.

<sup>20</sup> Vid. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-653](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-653).

<sup>21</sup> Vid. <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/consumo-y-derecho/varios-cyd/admitida-la-personacion-del-ministerio-fiscal-en-una-ejecucion-hipotecaria/>.

<sup>22</sup> He hecho un repaso reciente de esta materia en «Control notarial y registral de cláusulas abusivas», en Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ, núm. 33, (2016) en [http://www.poderjudicial.es/search\\_old/publicaciones/](http://www.poderjudicial.es/search_old/publicaciones/); y en «Urge reforzar el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Calificación registral y RCGC», Revista de Derecho vLex, núm. 160, septiembre 2017 en <https://app.vlex.com/#vid/urge-reforzar-registro-condiciones-693048537>.

Tas la aprobación de la CE la doctrina de la DGRN se mostró vacilante, por una parte, negaba la posibilidad de calificar el carácter abusivo de las cláusulas al amparo de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, mientras que, por otra, esgrimía su art. 10 para rechazar la inscripción de cláusulas que eran abusivas.

En esa situación llegamos a las resoluciones de 19 abril 2006, donde se produce un punto de inflexión. Las dudas tradicionales sobre la calificación por el registrador de los contratos por adhesión de hipoteca, se hicieron certeza para afirmar que los registradores no éramos jueces y no podíamos apreciar la nulidad de las cláusulas abusivas a los efectos de la inscripción sin una previa declaración judicial de nulidad de un juez<sup>23</sup>.

Argumentaba al respecto que el registrador carece de medios, por la limitación de éstos en la calificación registral, para el análisis de la abusividad de una condición general y que en el procedimiento gubernativo no hay contradicción, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento civil.

### 3.1. Doctrina actual de la calificación registral

La doctrina indicada fue abandonada por la resolución de 1 octubre 2010, pero en el camino quedaron residuos importantes de la posición anterior. Si la DGRN ya no afirma que es necesaria una resolución judicial para que el registrador pueda apreciar el carácter abusivo de una cláusula, tampoco dice lo contrario.

La DGRN no exige la resolución judicial previa cuando la abusividad está en la lista negra legal, en otro precepto legal o es clara. Pero cuando se exige un juicio de ponderación del registrador para apreciar el carácter abusivo, entonces es necesaria sentencia del TS o de un tribunal superior ya sea un Tribunal Superior de Justicia o una Audiencia Provincial. Queda un amplísimo ámbito en el que el registrador, aunque se encuentre ante una cláusula abusiva, no puede denegar su inscripción, se requiere previa sentencia judicial.

Este argumento no por absurdo ha sido menos repetido por la doctrina de la DGRN. Resulta que un funcionario encargado del control de legalidad de los títulos que acceden a los libros de su departamento no puede apreciar la contravención por alguna cláusula de un precepto imperativo, como la cláusula general de buena fe. Tiene que haber un previo pronunciamiento judicial.

#### 3.1.1. Cláusulas no negociadas individualmente que puede denegar el registrador

La resolución de 1 octubre 2010 ha preparado el camino a la doctrina sobre calificación registral para que tome su forma actual respecto de las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos por adhesión de hipoteca. Un buen resumen de esa doctrina puede verse en la resolución de 25 septiembre 2015<sup>24</sup>.

Aunque la construcción de la misma se ha hecho, en buena parte, al margen de la diferencia entre contrato por adhesión y contrato por negociación que ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del TS, poco a poco, la DGRN la acoge y aplica, como lo demuestran sus resoluciones de 22 enero 2015 y 19 mayo 2017<sup>25</sup>.

Siguiendo la resolución de 25 setiembre 2015, para la calificación registral de cláusulas abusivas en préstamos y créditos hipotecarios debe tenerse en cuenta que para la interpretación del art. 12.II Ley Hipotecaria (LH), según la resolución 3 octubre 2014 [préstamo B2B] «debe prevalecer sobre la interpretación aislada de dicho precepto, el canon de interpretación sistemática, lo que permite llegar a una conclusión coherente con el resto del ordenamiento civil y registral en que se inserta el precepto».

La resolución de 28 abril 2015 [B2B] fija los supuestos de aplicación de la legislación sobre transparencia de las cláusulas; aclara, según la interpretación sistemática, el contenido necesario de la inscripción de hipoteca y los efectos jurídicos de la misma; y señala el alcance de la calificación

<sup>23</sup> Vid. <https://www.notariosyregistradores.com/RESOLUCIONES/2006-MAYO.htm#r105>.

<sup>24</sup> Vid. la resolución de 25 setiembre aquí: [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-11047](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-11047).

<sup>25</sup> Vid. la resolución en <http://www.notariosyregistradores.com/web/resoluciones/por-meses/resoluciones-dgrn-febrero-2015/>.

registral de las estipulaciones atendiendo a la aplicabilidad o no de la citada normativa de defensa de los consumidores<sup>26</sup>.

A este respecto, ni toda infracción legal permite considerar la cláusula transgresora como abusiva, ni la legislación de defensa de los consumidores y usuarios constituye el único canon normativo cuya infracción determina su exclusión de la publicidad registral, de acuerdo con el principio general de legalidad.

Así el registrador podrá, [1] con carácter general en todo tipo de hipotecas, negar la inscripción de aquellas cláusulas que, con independencia de su validez civil o posible eficacia real, no tengan carácter inscribible por contravenir una norma hipotecaria de carácter imperativo, como las (1) prohibiciones de disponer, del art. 27 LH; (2) o con los derechos reales o cláusulas relativas a los mismos que no contengan las determinaciones legalmente prescritas, recogidas en los arts. 9 y 12 LH, 51.6 de su Reglamento, 682 y 693 LEC, etc.

[2] Igualmente el registrador podrá rechazar aquellas otras cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas expresas y objetivas y, por tanto, nulas de pleno derecho, [2.1] ya sean éstas de carácter específico ([2.1.1] por ejemplo, el pacto comisorio prohibido por el art. 1859 CC [2.1.2] o el pacto de vencimiento anticipado por la declaración de concurso prohibido por el artículo 61.3 Ley concursal), [2.2] o referenciadas a los principios generales de la contratación ([2.2.1] por ejemplo, el pacto que vulnere de forma objetiva el art. 1256 CC [2.2.2] o el pacto que excluya o no prevea la facultad de deudor, reconocida en el art. 1129.3 CC, de completar la garantía concedida en caso de menoscabo de la misma).

[3] Y, por último, también podrán denegarse las cláusulas que sean puramente obligacionales y no sean cláusula financiera, sin que se pacte tampoco que su incumplimiento genere el vencimiento anticipado de la obligación principal, ni se garantice su importe económico con alguno de los conceptos de la responsabilidad hipotecaria (art. 98 LH).

Tratándose de préstamos hipotecarios a los que les es aplicable la normativa de protección de los consumidores, adicionalmente se podrán rechazar la inscripción de las cláusulas por razón de abusividad en dos supuestos concretos: [4] a) cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada por resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (RCGC); siendo, no obstante necesario, a falta de tal inscripción, que la sentencia proceda del Tribunal Supremo, o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores; y en todos los casos que se refieran al contrato de préstamo o crédito hipotecario, y [4] b) cuando el carácter abusivo de la cláusula [4. b).1] pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, [4. b).2] bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la «lista negra» de los art. 85 a 90 TRLGDCU [4. b).3] o bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el art. 114.3 LH, con base en la doctrina de la nulidad «apud acta» de la STS de 13 septiembre 2013.

[5] En estos supuestos el registrador, deberá también rechazar la inscripción de las escrituras de hipotecas respecto de las que no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la forma -normal o reforzada- que, en cada caso, el legislador haya elegido para asegurarse del conocimiento por parte de los usuarios de los productos bancarios, del riesgo financiero que comporta el contrato en general o alguna de las singulares cláusulas financieras o de vencimiento anticipado que lo componen -Orden EHA 2899/2011, art. 6 de la Ley 1/2013, etc.-.

[6] Por último, respecto de la calificación de las cláusulas de vencimiento anticipado, las cuales tendrán siempre transcendencia real, en la medida que habilitan el ejercicio de la acción hipotecaria y provocan la cancelación de las cargas posteriores por virtud de la purga registral -arts. 134 LH y 674 LEC-, además son exigibles los siguientes requisitos:

a) Que el vencimiento anticipado no se vincule al incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes, sino que debe responder a una causa justificativa adecuada.

<sup>26</sup> Vid. <https://www.notariosyregistradores.com/web/resoluciones/por-meses/resoluciones-dgrn-junio-2015/#156-hipoteca-calificacion-registral-diversas-clausulas->.

b) Que cumplan con el requisito de determinación hipotecaria que es de exigencia ineludible para la eficacia del derecho real de que se trate, sin que la concreción de los elementos que generen o sean susceptibles de generar tal vencimiento pueda dejarse al albedrío de una de las partes contratantes.

c) La especial naturaleza o finalidad de la obligación garantizada influye en la determinación del carácter relevante o no de las distintas cláusulas de vencimiento anticipado pactadas y, en consecuencia, en su inscribibilidad; provocando, igualmente, la exclusión de aquellas causas de vencimiento anticipado que sean totalmente ajenas al crédito garantizado, extrañas a la voluntad del prestatario, irrelevantes, contrarias a normas positivas o totalmente indeterminadas<sup>27</sup>.

Todo lo dicho se resume con notable precisión por la Resolución 19 julio 2017, párrafo II, apartado 2 de los fundamentos jurídicos, que aquí se copia por su condición de útil resumen o prontuario: «Con ánimo de aclarar esta cuestión, debe recordarse que el ámbito de la calificación del registrador de la Propiedad en materia de abusividad, según la doctrina de esta Dirección General sintetizada en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de abril y 25 de septiembre de 2015, le permite rechazar la inscripción de tales cláusulas: a) cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores; siendo, no obstante necesario, a falta de tal inscripción, que la sentencia judicial proceda del Tribunal Supremo (con valor de jurisprudencia o casacional por provenir del Pleno de Sala), en cuanto fuente complementaría del derecho (artículo 1 del Código Civil), o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores; y en todos los casos que se refieran al contrato de préstamo o crédito hipotecario, y b) cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria (respecto de los intereses moratorios en su ámbito concreto de aplicación fijado por el Tribunal Supremo), con base en la doctrina de la nulidad «*apud acta*» recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013».

Como puede verse, aunque han aparecido un importante número de sentencias que sirven de base a la ineficacia de las cláusulas abusivas, sentencias del TJUE, del TS, audiencias y demás juzgados, todavía subsisten las reticencias que quedaron de relieve con las resoluciones de abril de 2006, que ahora intentaré, modesta y brevemente, responder.

### 3.1.1.1. Ausencia de contradicción

En cuanto a la ausencia de contradicción de que se acusa al procedimiento registral que impediría la calificación de las cláusulas abusivas, ciñéndonos al caso de la hipoteca, el procedimiento del recurso gubernativo permite a quien se considere lesionado por las calificaciones de los registradores reclamar ante la DGRN o ante el juez, que es siempre una última instancia incluso contra las resoluciones de la DGRN, por lo que por esa vía desaparece la posible indefensión en que pudiera hallarse el banco al que se le rechaza la inscripción de alguna cláusula de la hipoteca por abusiva.

### 3.1.1.2. Limitación de medios

En cuanto a la limitación de medios de la calificación, hay que tener en cuenta que todo lo que tiene a la vista el registrador al calificar es la cláusula y el contrato, lo mismo que tiene el juez.

Contra eso se puede objetar que, además, habrá que valorar las circunstancias, pero eso no es obstáculo ya que lo único que ha de valorar el registrador son las circunstancias que tiene a la vista, aunque no sean todas las circunstancias de la contratación. Piénsese, que lo normal es no tenerlas a la vista, como es normal el no ver todos los tratos preliminares, la publicidad, etc. Por

<sup>27</sup> Sentado el criterio sobre cuáles son las concretas cláusulas de la hipoteca que pueden calificar los registradores, tanto mis [fichas](#) sobre cláusulas no negociadas individualmente como algunos trabajos anteriores que reseño en la bibliografía, pueden ayudar al estudioso a completar el panorama.

lo demás repetimos que el registrador valora, por lo general, lo mismo que tiene a la vista el juez, la cláusula de la escritura e incluso a veces, tiene más, ya que tiene a la vista los asientos del Registro.

### 3.1.1.3. El registrador no es juez: prejudicialidad civil

El registrador no es juez y ningún registrador pretende hacerse juez con sus calificaciones, pero como profesionales en el ejercicio de funciones públicas y siguiendo la eminente posición del profesor DE CASTRO, no podemos dar el amparo de la oficialidad, de las presunciones registrales y demás ventajas de los pronunciamientos del Registro a contenidos nulos. Nos parecía evidente, pero esto en la actualidad ha sido olvidado por muchos.

Ahora el TS nos lo vuelve a recordar en su reciente sentencia [núm. 1557/2017](#), de 16 setiembre, que permite a la Administración sancionar por el uso de cláusulas abusivas sin previa declaración judicial de nulidad de la estipulación concreta de que se trate. En el mismo [sentido](#) la sentencia del JC-A núm. 1 Vitoria-Gasteiz de 30 [junio](#) 2016<sup>28</sup>.

El planteamiento del Supremo y de la Audiencia de Álava respecto de la capacidad de las autoridades autonómicas para sancionar se puede extrapolar a los registradores, lo que reconoce en la actualidad la DGRN a medias.

Dice que el registrador denegará las cláusulas claramente abusivas, aquellas que no deba realizar ponderación alguna, las incluidas en la lista negra, las declaraciones nulas por el TS o los tribunales superiores. Sin embargo, con estas matizaciones o excepciones, subsiste el recelo sobre la prejudicialidad civil: es necesaria una sentencia para que el registrador deniegue una cláusula abusiva que no esté en la lista negra, el registrador no puede aplicar la regla de la buena fe. Ese es el remanente que queda de aquellas resoluciones de 2006 y que permite resoluciones como la de 17 [julio](#) 2017, que admite la integración a favor del banco de una cláusula abusiva de intereses de demora por medio de un poder, cuya abusividad, según la DGRN no puede apreciar el registrador sin previa sentencia<sup>29</sup>.

En contra del planteamiento restrictivo de la DGRN hay que decir que el abuso nunca se perpetra con claridad, el abusador tiende a disimularlo para no disuadir a la persona consumidora de que contrate y, también, para no desvirtuar ni deslucir su publicidad.

Salvando las distancias, en la sombra se comete el crimen, por lo que es necesaria una investigación: el registrador no será juez, pero es detective de cláusulas abusivas y la limitación de medios de calificación no mitiga su obligación de analizar la escritura de hipoteca en su totalidad y el eventual carácter abusivo de sus cláusulas.

Sin embargo, la DGRN sólo permite calificar al registrador cuando el abuso es claro, sin que su detección por el registrador necesite de ninguna ponderación ni investigación. Se convierte al registrador en una especie de guardia de tráfico, solo hay sanción donde hay una señal de tráfico no respetada, además se pide que haya sentencia: se pide que hayan pillado al abusador y que lo hayan sancionado antes.

En suma, que el registrador pese a ser profesional del derecho al servicio del cumplimiento de la Directiva 93/13/CEE, no puede hacer nada. Creemos que esa es una posición pro predisponente, que sólo beneficia al banco y que ha permitido la inscripción en el Registro de la Propiedad de muchas hipotecas con cláusulas abusivas, como resulta, por lo demás, cada día más evidente a la vista de las sentencias de nulidad de estas cláusulas.

<sup>28</sup> Vid. la STS en <https://confilegal.com/wp-content/uploads/2017/10/sentencia-sanciones-administrativas-cl%C3%A1usulas-abusivas.pdf>; y mi «Sanción [administrativa](#) por usar una cláusula abusiva de reclamación de posiciones deudoras», con resumen en [www.notariosyregistradores.org](http://www.notariosyregistradores.org) (6 noviembre 2016) aquí: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/sancion-administrativa-por-usar-una-clausula-abusiva-de-reclamacion-de-posiciones-deudoras/>.

<sup>29</sup> Vid. <https://www.notariosyregistradores.com/web/resoluciones/por-meses/resoluciones-direccion-general-registros-y-notariado-agosto-2017/#378-prestamo-hipotecario-subsanacion-de-escritura-en-cuanto-a-los-intereses-de-demora-juicio-notarial-de-suficiencia>.

#### 3.1.1.4. Imposibilidad de apreciación por el registrador de contravención de la cláusula a la regla general de buena fe

Por tanto, de la doctrina, actual y pasada de la DGRN, se desprende que para ésta el registrador no puede aplicar, sin sentencia previa, la contravención por una cláusula de la regla general de la buena fe contenida en los arts. 7.1 CC y 80.1.c y 82.1 TRLGDCU.

Por más que la DGRN haya repetido muchas veces esa doctrina no se comprende cómo se puede, sin cobertura legal, impedir la aplicación de una norma imperativa a un funcionario obligado a aplicarla por virtud de la propia ley, no se entiende, en fin, esta doctrina derogatoria sin norma expresa de la fuerza de la ley semiimperativa.

La existencia de una cláusula general de buena fe es un mecanismo de cierre común para la norma prohibitiva por razón de que el legislador no lo puede prever todo y, dado, que el Derecho español y europeo recoge una vigorosísima prohibición de cláusulas abusivas, el legislador ha establecido esa cláusula general para impedir la vinculación de las personas consumidoras a cualquier tipo de abusos, incluso los novedosos traídos al mercado por la maliciosa astucia de ingenieros jurídicos que escudriñan y aprovechan como reglas permisivas, los silencios o ambigüedades del legislador.

Además, la previsión del legislador de esa cláusula general es indicativa de su voluntad de que se aplique la misma, por quien corresponda, incluso cuando nos hallemos ante situaciones nuevas. Se entiende, como hemos visto más arriba que a los registradores corresponda también, en el ejercicio de sus funciones públicas, aplicar esa regla para dar efectividad a la Directiva 93/13/CEE.

## 4. Un ejemplo de las posibilidades de acción del Ministerio Fiscal

Voy a terminar relacionando brevemente las deficiencias que presenta la legislación hipotecaria para recibir en su seno las novedades que le imprime la contratación masiva y, en particular, la inscripción de hipotecas en contratos por adhesión con cláusulas no negociadas individualmente en el Registro de la Propiedad. Relato breve, porque quien desee un enfoque más detenido puede encontrarlo en la bibliografía que se relaciona.

Al publicarse la LCGC, un amplio sector doctrinal alzó su voz contra la modificación de la LH que se hacía en aquella ley y con la creación de un Registro de Condiciones Generales de la Contratación. He respondido en múltiples ocasiones a esas acusaciones cuanto menos equivocadas y me detengo, ahora, para terminar en los casos más destacados en que aún subsiste la inadaptación de la legislación hipoteca a la contratación con cláusulas no negociadas individualmente.

A estas alturas echamos en falta la existencia de un precepto rotundo y claro que disponga la inscripción parcial de la hipoteca con denegación de las cláusulas calificadas por el registrador como abusivas. La inscripción parcial es la respuesta adecuada a la nulidad o ineficacia parcial del contrato y se basa en la necesidad de preservar el bien jurídico que pretende alcanzar la persona consumidora, el crédito; pero también a las características especiales de la ineficacia de pleno derecho de las cláusulas abusivas, que es coactiva, como hemos visto, es decir, que se impone al predisponente, aunque no hubiese querido contratar sin las cláusulas abusivas. Ello justifica que no sea necesaria la voluntad o rogación del predisponente para la inscripción no de todo lo solicitado sino sólo de la parte válida.

Sin embargo, la DGRN aún persiste en la idea de que la denegación de una cláusula, por ejemplo, de intereses de demora, da lugar, si no hay consentimiento del presentante –que suele ser el profesional–, a la suspensión de la hipoteca en su totalidad. Inadaptación, que en este caso concurre con la inconsecuencia de ordenar la suspensión por un defecto insubsanable.

Se mantiene, aunque esperamos que sea por poco tiempo, la inexistencia de un precepto expreso que ordene la notificación de la calificación negativa por denegación de una cláusula abusiva a la persona adherente y consumidora. Aunque parezca sorprendente, el más necesitado del conocimiento de la denegación, el consumidor, no tiene medios para conocerla a día de hoy. El Anteproyecto de contratos de crédito inmobiliario se propone revertir esta situación en su disposición adicional 8ª.

Se ha indicado anteriormente, que la semiimperatividad de las normas de protección, normas de orden público, impone una oficialidad matizada en la actuación de la justicia en beneficio de la parte más débil del contrato por adhesión. Aunque la fuerza de las cosas del nuevo modelo de contratación, obliga en muchas ocasiones a la DGRN, a pronunciarse sobre puntos que no se han recurrido, sin embargo, de manera oficial y consciente la DGRN sigue sosteniendo que el objeto del recurso gubernativo es sólo la comprobación del ajuste a legalidad de la calificación impugnada y sólo en lo impugnado, sin que deba entrar en otros aspectos no recurridos. No hay aquí ni rastro de la necesaria actuación de oficio de las autoridades de los Estados miembros para hacer efectivas las obligaciones que les impone la Directiva 93/13/CEE, obligación, que como la misma DGRN afirma, incluye también a notarios y registradores y que, en mi modesta opinión, alcanza también al Centro Directivo.

La errada política de la DGRN a partir de las resoluciones de 19 abril 2006, continuada con una interpretación sesgada del art. 12 LH tras su reforma por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, han dado lugar al acceso a los Registro de la Propiedad de muchas cláusulas abusivas. Cláusulas, como las de intereses de demora, vencimiento anticipado por impago de una cuota, cláusulas suelo, etc., que en muchas ocasiones siguen inscritas en el Registro de la Propiedad.

La DGRN en su resolución de 19 octubre 2016 parece que ha abierto una vía a la cancelación de esas cláusulas inscritas en hipotecas vigentes al decir que «[...] esa nulidad de una cláusula hipotecaria por abusividad y la consecuencia de que deba tenerse por no puesta, se aplica a todos los préstamos hipotecarios vigentes independientemente del momento de su firma y de si efectivamente se ha hecho uso de esa cláusula, incluso si la hipoteca [con las cláusulas abusivas] se ha inscrito en el registro de la propiedad<sup>30</sup>».

Cuando una condición general inscrita en alguna hipoteca en el Registro de la Propiedad es declarada nula por sentencia inscrita en el RCGC, deja de estar bajo la salvaguardia judicial de los asientos del art. 1.III LH y es susceptible de ser cancelada cuando se pida una certificación de cargas sobre esa finca o cuando se realice alguna operación sobre la misma, del mismo modo que previene el art. 353.3 RH para las «menciones, derechos personales, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipotecas o cualesquiera otros derechos que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria<sup>31</sup>».

Eso, combinado con lo dicho por la resolución 19 octubre 2016, debería obligar a la cancelación de las cláusulas abusivas inscritas en el curso ordinario del procedimiento registral. Sin embargo, la realidad es que no se hace y que los particulares no lo piden.

Es aquí, ante una situación que considero anómala, una situación que perjudica a las personas consumidoras, pues el Registro de la Propiedad sigue manteniendo la apariencia de fuerza ejecutiva de estipulaciones nulas, en que la DGRN debiera involucrarse, cosa, que por desgracia no tenemos conocimiento de que se haya producido más allá de la declaración que se ha dicho antes.

Por eso el Ministerio Fiscal, al amparo de la Circular 4/2016, tiene margen de actuación y tal vez la obligación de hacerlo. Recuérdese que dicha circular concluye que los «Sres. Fiscales Delegados de las CCAA coordinarán su actuación con las entidades administrativas encargadas de la protección de los consumidores y usuarios a fin de disponer de la información necesaria para atender los asuntos en que sea precisa una intervención procesal».

En ese marco, no resultaría descabellado que el Ministerio Fiscal, actuando su legitimación colectiva genérica y su deber de coordinar a las autoridades solicitara de éstas, del Defensor del Pueblo e incluso del legislador la adopción de las disposiciones necesarias para que las personas

<sup>30</sup> Vid. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-10444](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2016-10444).

<sup>31</sup> Art. 353.3 RH: 3. Las menciones, derechos personales, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipotecas o cualesquiera otros derechos *que deban cancelarse* o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, no se comprenderán en la certificación [subrayado nuestro].

A este efecto, se entenderá también solicitada la cancelación que proceda por el solo hecho de pedirse la certificación, y se practicará mediante extensión de la correspondiente nota marginal cancelatoria, antes de expedirse aquélla. Del mismo modo podrá procederse cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado. Si la solicitud de certificación se realiza por quien no es titular de la finca o derecho, o cuando el asiento a practicar no sea de inscripción, el Registrador advertirá al solicitante o presentante antes del despacho de la certificación o de practicar el asiento que éstos darán lugar a la cancelación de las cargas caducadas conforme a lo dispuesto en este artículo.

consumidoras y adherentes no queden vinculadas por cláusulas abusivas, aunque estén en sus hipotecas inscritas en el Registro de la Propiedad.

## 5. Conclusiones

Las inmensas posibilidades que brinda la actuación del Ministerio Fiscal en la promoción de los intereses económicos de las personas consumidoras deben ser activadas por medio de un aumento de la inversión presupuestaria, que hoy se echa en falta.

El saneamiento del mercado y el aumento de la confianza de las personas consumidoras en las instituciones y en la competencia de las empresas, devolverán con creces lo invertido por el Estado.

Es muy urgente. Basta ver el colapso de los juzgados por las cláusulas suelo y otras abusivas y la existencia de cláusulas abusivas en las inscripciones de hipotecas de los Registros de la propiedad.

La actuación del Ministerio Fiscal de manera coordinada y de manera ordinaria está llena de beneficios, tal como se ha indicado. Bastará que demande a las autoridades competentes las soluciones legales que se requieran para la eliminación de las cláusulas abusivas de los Registros o que se demande a las empresas la relación circunstanciada de deudores con cláusulas suelo para proceder a la reparación íntegra de los daños causados.

Hemos sido capaces de aventurar algunas soluciones posibles, aunque sea de modo parcial y por la vía de ejemplos. Ahora se trata, además, de que seamos capaces de llevarlas a la práctica.

## 6. Bibliografía

### 6.1. La legitimación del ministerio fiscal

AGÜERO ORTIZ, A., «Límites a la legitimación activa del Ministerio Fiscal en la acción de cesación», en CESCO, marzo, (2013), 2 págs. en edición de internet<sup>32</sup>.

BALLUGERA GÓMEZ, C., «Las pólizas bancarias», Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 23 a 29.

- «Nulidad cláusulas suelo-techo sostenida por el Ministerio Fiscal», en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com), (publicado el 26 enero 2013)<sup>33</sup>.
- «Diferencias entre el contrato por adhesión y el contrato por negociación» en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com) (publicado el 5 agosto 2014); y el mismo título en Boletín del Colegio de Registradores, núm. 9, setiembre, (2014) (3ª época), págs. 1344 a 1361<sup>34</sup>.
- «Admitida la personación del Ministerio Fiscal en una ejecución hipotecaria», en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com), (27 setiembre 2016)<sup>35</sup>.
- «Urgen los fiscales delegados de consumo», en <http://enlacancha.eu/2017/10/27/urgen-los-fiscales-delegados-de-consumo/> (27 octubre 2017).

CORDÓN MORENO, F., «El Ministerio Fiscal y las acciones para la protección de los derechos de los consumidores», en CESCO, 25 marzo 2014, 2 págs. en edición de internet<sup>36</sup>.

DURÁN RIVACOBIA, R., «Valor jurídico de las condiciones generales en la contratación», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Madrid, núm. 706, (2008), págs. 655 a 723 y pág. 703, nota 71.

<sup>32</sup> <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/04/L%C3%8DMITES-A-LA-LEGITIMACI%C3%93N-ACTIVA-DEL-MINISTERIO-FISCAL-EN-LA-ACCI%C3%93N-DE-CESACI%C3%93N.pdf>.

<sup>33</sup> <https://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/BREVES/2013-nulidad-clausula-suelo.htm>.

<sup>34</sup> <https://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2014-diferencias-contratos-adhesion-negociacion.htm>.

<sup>35</sup> <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/consumo-y-derecho/varios-cyd/admitida-la-personacion-del-ministerio-fiscal-en-una-ejecucion-hipotecaria/>.

<sup>36</sup> <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/03/El-Ministerio-Fiscal-y-las-acciones-para-la-protecci%C3%B3n-de-los-derechos-de-los-consumidores.pdf>.

- EL DERECHO, ¿Por qué la Fiscalía puede actuar de oficio contra las eléctricas?, El Derecho. 23 de enero 2017<sup>37</sup>.
- FERNÁNDEZ LE GAL, A., «La intervención del ministerio fiscal en defensa del interés público en procesos no penales. especial atención a su labor de promoción y defensa del interés social y los derechos de los ciudadanos», en *Lex Sociá*, volumen. 4, núm. 1, (2014), 32 págs. en edición de internet<sup>38</sup>.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 2/2010, Acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios<sup>39</sup>.
- «Instrucción 4/2016, sobre las funciones del Fiscal Delegado de la especialidad civil y de protección jurídica de las personas con discapacidad de las Comunidades Autónomas. Ya tenemos Fiscales Delegados en las CCAA para las personas consumidoras», notariosyregistradores.com, 22 diciembre 2016)<sup>40</sup>.
- GARCÍA VILA, M., «La legitimación del Ministerio Fiscal para la tutela colectiva de la Ley de << Condiciones Generales de la Contratación >>», en *Actualidad Civil*, núm. 48, (2001), Ref. LXXIII, pág. 1659, Tomo 4, 37 págs. en edición de internet.
- GUTIÉRREZ MAYO, E., «¿En qué consiste ser Fiscal?», en notariosyregistradores.com, (1 mayo 2017)<sup>41</sup>.
- HEGEL, G. W. F., «Principios de la filosofía del derecho», Edhasa, Madrid, 1988, págs. 304-305.
- ORDUÑA MORENO, J., «Control de transparencia y contratación bancaria», tirant lo blanch, Valencia, 2016, 591 págs.
- PÉREZ BELTRÁN, S., «Importancia de la acción colectiva de los consumidores en la lucha contra las cláusulas abusivas», en notariosyregistradores.com (21 junio 2013)<sup>42</sup>.
- RODRÍGUEZ CARO, M. V., <<El Ministerio Fiscal en defensa de los consumidores y usuarios. Las «preferentes» y la «cláusula suelo»>>, en Noticias jurídicas, 20 julio 2015<sup>43</sup>.
- SANTOS URBANEJA, F., «Urge una Ley de acciones colectivas para la defensa de los consumidores y usuarios», en notariosyregistradores.com, (30 mayo 2013)<sup>44</sup>.
- «Juristas para la Justicia», notariosyregistradores.com, 16 noviembre 2013<sup>45</sup>.
  - «Comentario a un auto sobre ejecución de sentencia estimatoria de acción colectiva», en notariosyregistradores.com, (14 enero 2015)<sup>46</sup>.
  - «Legitimación procesal del Ministerio Fiscal en defensa de los consumidores», en notariosyregistradores.com (11 junio 2016)<sup>47</sup>.
- ZUNZUNEGUI, F., «El 'via crucis' de las demandas colectivas», Isabel Bolaños, Beatriz Nogal, Cadena Ser, Madrid 24/09/2017 - 11:56 h. CEST, minuto 12:54 hasta 13:38.

<sup>37</sup> [http://www.elderecho.com/actualidad/fiscal-Ministerio\\_Fiscal-accion\\_de\\_cesacion-electricas-subida\\_de\\_la\\_luz-abuso-consumidores\\_y\\_usuarios-facturas-consumo\\_O\\_1047375147.html](http://www.elderecho.com/actualidad/fiscal-Ministerio_Fiscal-accion_de_cesacion-electricas-subida_de_la_luz-abuso-consumidores_y_usuarios-facturas-consumo_O_1047375147.html).

<sup>38</sup> [https://www.upo.es/revistas/index.php/lex\\_social/article/view/982](https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/982).

<sup>39</sup> [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/memo2011-vol1-circu02.pdf?idFile=b3012a-ba-fb66-4ec3-9217-10cda7ac783](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memo2011-vol1-circu02.pdf?idFile=b3012a-ba-fb66-4ec3-9217-10cda7ac783)

<sup>40</sup> <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/consumo-y-derecho/normas-cyd/ya-tenemos-fiscales-delegados-en-las-ccaa-para-las-personas-consumidoras/>.

<sup>41</sup> <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/opinion/en-que-consiste-ser-fiscal/>.

<sup>42</sup> <https://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2013-acciones-colectivas-perez-beltran.htm>.

<sup>43</sup> [http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10371-el-ministerio-fiscal-en-defensa-de-los-consumidores-y-usuarios-las-ldquo;preferentesrdquo;-y-la-ldquo;clausula-suelordquo;/#\\_Toc423507877](http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10371-el-ministerio-fiscal-en-defensa-de-los-consumidores-y-usuarios-las-ldquo;preferentesrdquo;-y-la-ldquo;clausula-suelordquo;/#_Toc423507877).

<sup>44</sup> <https://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2013-acciones%20colectivas.htm>.

<sup>45</sup> <https://www.notariosyregistradores.com/OPINION/2013-juristas-para-la-justicia.htm>.

<sup>46</sup> <https://www.notariosyregistradores.com/web/pruebas/comentario-a-un-auto-sobre-ejecucion-de-sentencia-estimatoria-de-accion-colectiva/>.

<sup>47</sup> <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/consumo-y-derecho/articulos-cyd/legitimacion-procesal-del-ministerio-fiscal-en-defensa-de-los-consumidores/>.

## 6.2. Calificación por registradores de cláusulas abusivas

BALLUGERA GÓMEZ, C., «Condiciones generales de la Contratación y Registro de la Propiedad», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 7, (2005), págs. 41 a 52: [11] <http://enlacancha.eu/2017/10/08/clausulas-no-negociadas-y-registro-de-la-propiedad/> [8-10-17].

Las pólizas bancarias, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, págs. 23 a 29.

- «Sanción administrativa por usar una cláusula abusiva de reclamación de posiciones deudoras», con resumen en [www.notariosyregistradores.org](http://www.notariosyregistradores.org) (6 noviembre 2016).
- «Control notarial y registral de cláusulas abusivas», en Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ, núm. 33, (2016).
- «Urge reforzar el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Calificación registral y RCGC», *Revista de Derecho vLex*, núm. 160, septiembre 2017.
- «Los abusos disimulados en la subsanación de cláusulas hipotecarias», *elEconomista*, 6 setiembre 2017 y «Un abuso disimulado», en *Iuris&lex elEconomista*, núm. 157, 8 setiembre 2017; y «Un abuso disimulado para subsanar cláusulas abusivas», [regispro.es](http://regispro.es), 11 setiembre 2017<sup>48</sup>.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «Artículo 6, apartado 2 del Código civil», en «Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales», dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992, tomo I, volumen 1.º.

- «Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor», *ADC*, tomo XXX-VI, octubre-diciembre 1983, Madrid.

CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, R., «Las cláusulas de la hipoteca», Colegio de Registradores de España, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2006, 161 págs.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, (2014), 10 págs. en edición de internet (BIB 2014\1102).

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «¿Una nueva doctrina general del contrato?», *ADC*, tomo XLVI, octubre-diciembre 1993, Madrid, pág. 1716; y «Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas», Civitas, Madrid, 1996.

GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., «Artículo 8.º», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, coordinadores Arroyo Martínez, I., Miquel Rodríguez, J., Tecnos, Madrid, 1999.

GÓMEZ GÁLLIGO, J., «Medidas de control de legalidad como prevención del incumplimiento en la construcción: En particular el control de las cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, (2007), págs. 477 a 531.

- «La Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación», *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, n.º 78, marzo-abril de 1998, Barcelona.

MIQUEL, J. M., «Artículo 8. Nulidad», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. Menéndez Menéndez y L. Díez-Picazo y Ponce de León (Directores), Civitas, Madrid, 2002.

PAGADOR LÓPEZ, J., PAGADOR LÓPEZ, J., «Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación de 1998», Marcial Pons, Madrid, 1999.

- «Lección 9ª. El procedimiento de control abstracto: las llamadas acciones colectivas frente a la utilización y recomendación de condiciones generales ilícitas», en «*Curso sobre protección jurídica de los consumidores*» coordinado por Gema Botana García y Miguel Ruiz Muñoz, Madrid, 1999, págs. 195 a 205.

PARDO GATO, J. R., «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (Análisis legislativo y jurisprudencial)», *Dijusa*, Madrid, 2004.

<sup>48</sup> <http://regispro.es/c-ballugera-un-abuso-disimulado-en-la-subsanacion-de-clausulas-abusivas-la-mala-utilizacion-del-juzicio-de-suficiencia-notarial/>.

- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia», Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, 262 páginas.
- PINTO MONTEIRO, A., «El problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 219, enero-marzo 1996, págs. 79 a 115.
- REGLERO CAMPOS, L. F., «Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología», en *Aranzadi Civil*, vol. I, (1999), (BIB 1999\371).
- ROBLES LATORRE, P., MESA REDONDA «Las cláusulas abusivas», en *I Encuentro de Fedatarios Públicos*, CEU, Madrid, 27 marzo 2014.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M. Y ACEBES CORNEJO, R., «Sobre la posible ilegalidad y abusividad de la cláusula sobre fijación del valor de tasación del inmueble hipotecado en los préstamos hipotecarios», *Diario La Ley*, Nº 9026, Sección Tribuna, 21 de Julio de 2017, Editorial Wolters Kluwer, 22 páginas. en edición de internet<sup>49</sup>.
- RUIZ-RICO RUIZ, C., «El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Apuntes críticos al Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre», Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, 1152 páginas.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Artículo 2. Aplicación de la Ley», en «Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones», Sánchez Calero, F. (director), Pamplona, 1999.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., «Disposición adicional 1ª.Cinco: Art. 34.9 LGDCU», en «Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación», obra coordinada por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Aranzadi, 2000, págs. 827-834.

---

<sup>49</sup> <http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNTAw7WY1KLizPw8WyMD-Q3MDcwNTkEBmWqVLFnJIZUGqbVpiTnEqAD9Kt801AAAAWKE>.

# Protección penal del consumidor

Autor: Javier Muñoz Cuesta  
Fiscal del Tribunal Supremo

## Resumen

La protección del consumidor se refleja en el art. 51.1 CE al establecer que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, pudiendo serlo desde el punto de vista civil, administrativo o penal, en este caso cuando supone una conducta intolerable para la normal convivencia y las relaciones del consumidor con el prestador de los servicios, teniendo la condición de consumidores las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

*Hoy, el usuario de servicios de telefonía móvil o de internet, que es llamado reiteradamente de tal manera insistente y en horarios que pudiéramos denominar no habituales, que llegan a alterar la vida cotidiana de esos destinatarios, motiva una conducta cercana al delito de acoso del art. 172 ter CP, introducido por LO 1/2015.*

*Los delitos netamente dirigidos a proteger a los consumidores dentro de la rúbrica que los tipifica en el CP, son los previstos en los arts. 281, 282, 282 bis y 283, en los que el sujeto pasivo es el consumidor fundamentalmente y en alguno de ellos el usuario de servicios, teniendo como características comunes que se protegen esencialmente sus intereses económicos, son delitos dolosos, es necesaria denuncia previa del agraviado y generan responsabilidad penal a la persona jurídica si se perpetran en su seno y en las condiciones exigibles en el art. 31 bis 1 CP.*

*El delito de manipulación de oferta de materias primas o productos de primera necesidad, art. 281CP, perjudicará necesariamente a los consumidores porque llevará inherente un alza en los precios de los productos que deban adquirir éstos, constituyendo las primeras los bienes esenciales o básicos utilizados en todo tipo de industria y los segundos se pueden concretar en todo lo que se halla alrededor de sanidad, alimentación, educación o vestido.*

*La publicidad engañosa prevista en el art. 282 CP consiste exponerse al ciudadano o consumidor, unas expectativas en los productos o servicios que se ofrecen, que no se corresponden con la realidad, no siendo objeto de protección la salud, la seguridad, ni el patrimonio del consumidor, estos bienes jurídicos, caso de verse afectados, serán tutelados por los delitos contra la salud pública o por las defraudaciones.*

*El fraude de inversores del art. 282 bis CP persigue la transparencia y fiabilidad de los mercados financieros, en cuanto a la concordancia que debe existir entre la información que deben tener los destinatarios del mercado y su realidad y por otro lado se establece una protección del consumidor o adquirente de los productos financieros en lo que se refiere a su patrimonio.*

*Finalmente la facturación de cantidades superiores prevista en el art. 283 CP, es genuinamente de protección de los consumidores por el que se pretende que no se manipulen aparatos automáticos que puedan defraudar a aquéllos, facturando precios más elevados a los debidos y pueden producirse en servicios de gas, agua, telefonía, luz o en taxi y crean una situación de indefensión del consumidor con un más que probable perjuicio económico.*

## 1. Introducción

Es conocido y hasta asumido en la sociedad del avanzado siglo XXI que todo lo relativo al consumo tiene especial relevancia, afecta a la buena marcha de las empresas, al desarrollo económico

de un país y sobre todo, en lo que ahora nos interesa, tiene incidencia diaria en la vida ordinaria del ciudadano que no tiene otra alternativa que utilizar bienes o servicios que necesita adquirir sometiéndose a las reglas del mercado, oferta y demanda, ciudadano que en muchas ocasiones se ve defraudado en sus expectativas cuando lleva a cabo esa necesaria y obligada conducta de servirse de aquello que le es ofrecido como consumidor final.

La intromisión en los derechos del consumidor por los prestadores de bienes y servicios sólo alcanza el rango de delito cuando supone una conducta intolerable para la normal convivencia y además el legislador ha optado por tipificarla en nuestro principal texto punitivo, pero no nos alejamos mucho de la realidad cuando afirmamos que esas colisiones del consumidor con los agentes sociales que proporcionan aquéllos, en la mayoría de las ocasiones no tiene consecuencias jurídicas, bien por el conformismo de la persona afectada o por la escasa cuantía de la posible reclamación a efectuar y si tuvieran esas repercusiones jurídicas lo serían en el ámbito del derecho civil o administrativo, llegando en escasas ocasiones a la intervención del derecho penal.

La protección del consumidor se refleja en el art. 51.1 CE al establecer que *los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*. Esta norma es el punto de partida para justificar el desarrollo de esa protección a todos los niveles jurídicos que antes hemos mencionado y especialmente al penal, castigando las acciones que incurran en el menosprecio con un atentado directo al núcleo de lo que es propio e imprescindible para la actividad diaria del ciudadano en el ámbito donde desarrolla su vida en comunidad. Así, no pasará inadvertido para el derecho penal todo aquello que conlleve una pérdida económica o dineraria del individuo causada por una acción intencional con ánimo de perjudicarle o aquellas otras que creen un peligro evidente para los intereses del receptor de los bienes y servicios, lo que hay que prevenir para que no llegue a concretarse ese peligro.

Para llevar a cabo un estudio de los tipos penales que afectan al consumo es imprescindible conocer qué normas ajenas al derecho penal protegen a los consumidores y usuarios. En este sentido es imprescindible determinar el alcance a efectos de conceptos de lo previsto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, (LGDCU) Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que en su art. 3. Dispone que: *a efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.*

El consumidor como afirma MESTRE DELGADO<sup>1</sup> es el colectivo social destinatario del sistema económico de producción de bienes y prestación de servicios, o desde otro punto de vista, como parte demandante en el mercado. Es, como establece el artículo citado, la persona física o jurídica que actúa en el mercado con una intención distinta a los cometidos propios de su actividad empresarial, comercial, profesión u oficio, siempre sin ánimo de lucro, siendo en definitiva los consumidores sujetos pasivos de la economía de mercado tanto a nivel nacional como internacional, ya que aquéllos hoy en día adquieren los bienes que pretenden utilizar o contratar los servicios por medios telemáticos, tanto como de manera presencial en un establecimiento destinado a transmitirlos o servirlos.

Es importante conocer quién es el consumidor o usuario para determinar la tipicidad de los delitos que pretenden su defensa, ya que si el sujeto pasivo o incluso el objeto de protección no se identifica con el concepto civil de aquellos, la aplicación del tipo delictivo sería imposible, debiéndose en su caso acudir a otros delitos del mismo o diferente título del CP para conocer si la conducta que tenemos ante sí motiva responsabilidad penal o por el contrario se queda en la civil o administrativa.

Las acciones delictivas que vamos a estudiar se hallan en el Título XIII. *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico*, del Libro II CP y en su capítulo XI *De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores* ya en su Sección 3ª. *De los delitos relativos al mercado y a los consumidores* se hallan los delitos que están dirigidos a

<sup>1</sup> MESTRE DELGADO, Esteban. *DELITOS. La parte especial del derecho penal*. Editorial Dykinson SL, 2ª edición. Madrid, 2017, pág. 499.

la defensa de los consumidores, haciéndolo directamente, como el supuesto del art. 281.1 CP cuando castiga la manipulación de oferta de materias primas o productos de primera necesidad con grave perjuicio para los consumidores. Indirectamente se puede perjudicar al consumidor cuando se perpetra el delito del art. 284 CP, sobre alteración de precios que debieran resultar de la libre concurrencia de la oferta y la demanda, que protegen más que a éste a la libertad de mercado o la competencia, incluidos en la sección 3ª citada dentro de los delitos relativos al mercado, que no tienen una incidencia inmediata en el consumidor y que son más propios de la defensa de aquél.

Por otro lado se aprecian cercanos a la protección del consumidor, sin ser este su objetivo, los delitos previstos en los arts. 278, 279 y 280 CP que sancionan la vulneración, apoderamiento o difusión de los secretos de empresa, que pueden incidir en el mercado y claramente en el valor económico de la empresa, afectando a su capacidad competitiva, pero no son propios de la defensa de los consumidores, aunque pudiera pensarse que la pérdida del carácter genuino de un producto al haber sido imitado por el apoderamiento del secreto de empresa pudiera perjudica a su consumidor.

Al margen de las conductas claramente de protección del consumidor o usuario contenidas en la Sección 3ª ya mencionada sobre *delitos relativos al mercado y a los consumidores*, están aconteciendo otras dirigidas, sin duda, al usuario de servicios de telefonía móvil o de internet, que ante su baja en una determinada compañía que presta esos servicios o como potencial cliente de aquélla, es llamado reiteradamente, hasta con un servicio automatizado para que devuelva el usuario la comunicación que no se ha llegado a establecer, de tal manera insistente y en horarios que pudiéramos denominar no habituales, que llegan a alterar la vida cotidiana de esos destinatarios de las llamadas, supuestos más que dudosos para apreciar que la operadora esté legítimamente autorizada a realizar tal actividad por tal medio de comunicación, lo que podría encajar en el reciente art. 172 ter CP, relativo al acoso, introducido por LO 1/2015, de 30 de marzo.

Así, si efectivamente concurren los elementos que la STS 324/2017, de 8 de mayo, ha establecido como idóneos para ello, que en el caso que nos ocupa pudiera acontecer al establecerse o intentar establecerse contacto con la persona que interesa que es el consumidor *a través de cualquier medio de comunicación*, de forma persistente y reiterada, como son esas llamadas a cualquier hora y sin limitación numérica, alterando la vida cotidiana hasta el punto de tener que no atender el teléfono o cambiar el número asignado, como medio de eludir esa situación, podríamos afirmar la tipicidad de esas conductas, sin que desconozcamos la dificultad de ello, pero que sin duda en cualquier caso estarían cercanas a lo previsto en el art. 172 ter CP.

Nuestro objetivo es el estudio de los delitos que pudiéramos considerar netamente contrarios a los intereses de los consumidores y que el legislador ha incluido en la Sección antes aludida del CP, sin perjuicio que podamos hacer referencias a otros tipos penales que de manera indirecta puedan afectar a la siempre débil posición que en el mercado tiene el consumidor y usuario, por tanto nos ocuparemos de los arts. 281, 282, 282 bis y 283 CP, en los que el sujeto pasivo es el consumidor fundamentalmente, sin que se haga mención en ellos del usuario de servicios, el pudiera estar incluido en el art. 282 CP, relativo a la publicidad engañosa, al ser destinatario de ella cuando cuyo contenido sea un servicio y no un bien objeto de adquisición.

## 2. Delitos destinados a proteger al consumidor

### 2.1. Aspectos generales

Como hemos expuesto anteriormente en estos delitos se encuentran los previstos en los arts. 281, 282, 282 bis y 283 CP, redactados conforme al CP/1995, a excepción del art. 282 bis CP introducido por LO 5/2010, de 22 de junio, habiendo sido modificado el art. 282 por LO 15/2003, de 25 de noviembre, que gozan de ciertas características comunes, como son en primer lugar el bien objeto de protección, que es necesariamente el interés legítimo de los consumidores y usuarios en cuanto a los bienes y servicios se desarrollen de manera que alcancen las expectativas que las normas no penales sobre consumo establecen o que no se falseen las ofertas que se hacen en el mercado o no se les defraude económicamente en lo que adquieren, es en definitiva la salvaguarda de los derechos de los consumidores de diferente contenido que están previstos en

su legislación propia, que cuando adquiere su lesión la categoría de delito sea reestablecida por la vía penal. En este sentido GARCIA VALDES y FIGUEROA NAVARRO<sup>2</sup>, aprecian como preponderante los intereses económicos de los consumidores más que otros como el de obtener una información veraz en los productos que le son ofrecidos.

La naturaleza de estos delitos es de peligro con adelantamiento de las barreras de protección como el previsto en los arts. 281.1 ó 282 bis párrafo 1º CP; constituyendo un delito de peligro concreto el recogido en el art. 282 CP, publicidad engañosa, puesto que requiere un perjuicio grave y manifiesto para los consumidores, superando así la catalogación de delito de mera actividad; apareciendo el delito del art. 283 CP como de lesión, al exigir un perjuicio para el consumidor más allá de la manipulación de aparatos en cuanto al coste de los productos o servicios que se prestan.

Otra característica común a estos tipos delictivos es su carácter doloso en lo que se refiere al tipo subjetivo, pudiendo perpetrarse, entendemos, por dolo eventual, cuando el sujeto conociendo el peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, a pesar de ello lleva a cabo su ejecución, asumiendo o aceptando así el probable resultado, material como de peligro, que pretende evitar la norma penal, aplicándose así un concepto normativo de dolo perfectamente encajable en estos delitos que nos ocupan, salvo que se exija un propósito concreto como en el art. 282 bis CP.

El dolo aparecerá cuando el agente conoce todos los elementos objetivos del tipo delictivo y perpetra la acción queriendo el resultado que se ha proyectado, situación que refleja un dolo directo y que es propio de los delitos contra los consumidores y usuarios. No cabiendo la comisión imprudente al no preverla así de manera expresa la Sección 3ª del Capítulo XI que se ocupa de estos delitos del Título XIII del Libro II CP, en relación con el art. 12 de ese texto que de forma expresa lo prohíbe al afirmar que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley.

Finalmente estos delitos concretos que estimamos como atentatorios a los derechos de los consumidores, comparten unas disposiciones comunes previstas en el art. 287.1 CP en relación a la necesidad de denuncia, modificado por LO 1/2015, para utilizar una terminología más correcta al referirse a personas con discapacidad necesitados de especial protección, sustituyendo la referencia a incapaces y en el apartado 2 de ese artículo se establece la innecesidad de denuncia cuando el hecho afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas. Por otro lado, en la misma línea de establecer normas comunes, se dispone en el art. 288 CP la exigencia de publicar la sentencia perjudicial para el consumidor y cuando sean cometidos por las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis 1 CP generaran responsabilidad criminal para la persona jurídica de la que forman parte o sirven, art. 288 redactado por LO 1/2015, de 30 de marzo.

## 2.2. Manipulación de oferta de materias primas o productos de primera necesidad

El art. 281 CP castiga esa manipulación de la oferta que va a perjudicar necesariamente a los consumidores porque llevará inherente un alza en los precios de los productos que deban adquirir éstos, manipulación que la divide esa norma en dos partes, una prevista en el apartado 1 que sanciona al *que detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores*, delito de peligro, de mera actividad, como hemos anunciado anteriormente, con adelantamiento de las barreras de protección penal y un apartado 2 que agrava la conducta *si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas*, agravación perfectamente asumible por los resultados que potencialmente puede propiciar la retirada del mercado de las materias o los productos a los que se refiere la norma.

Esta infracción penal tiene su inspiración y complemento en Ley 15/2007, de 3 de julio, Reguladora de la Defensa de la Competencia, en versión vigente desde el 27 de mayo de 2017, que en sus arts. 1 y 2 establece prohibiciones de conductas colusorias para alterar el precio que resulte de la libre competencia y sin adulterar oferta y demanda en el mercado o el abuso de situación

<sup>2</sup> GARCIA VALDES, Carlos y FIGUEROA NAVARRO, María Carmen. *Enciclopedia Penal Básica*. Editorial Comares. Granada, 2002, pág. 57.

dominante en éste, imponiendo precios y limitando la producción, norma que establece sanciones para los supuestos que en ella se prevén y que se aplicará en defecto del CP.

Son elementos necesarios para que pueda aplicarse el tipo penal que contemplamos el que el sujeto activo realice una conducta de *detraer*, la que significa retirar o apartar, es decir quitar algo de donde estaba y tenía una finalidad, esa detracción no tiene que ser de todos los bienes al que la norma se refiere y que se hallen en el lugar donde se lleva a cabo esa acción, puede ser parcial, respecto de un montante importante o relevante que sea suficiente para poder alcanzarse la intención del agente que el tipo trata de impedir.

El *detraer* pudiera entenderse que es realizar esa actividad sobre productos que ya se han incorporado al mercado y se sustraen de él con unos fines que se ha marcado el autor, sin embargo entendemos que ello supone una conducta más amplia, como es la de impedir o motivar que los bienes o productos no lleguen al mercado, que también significa alejar las materias del comercio entre las personas interesadas. En tal sentido GÓMEZ TOMILLO<sup>3</sup> aprecia que el *detraer* significa disminuir la oferta de los bienes mediante la acaparamiento masiva de éstos por mayoristas, o la destrucción de los productos por sus titulares para que los precios suban desmesuradamente, provocado ello por los altos costes de producción que no hacen rentable el producto en atención a la gran oferta existente, que con la retirada del mercado lleva necesariamente a un alza de los precios, conducta que analizado el tipo se encuadra perfectamente en una actividad delictiva, a la que puede añadirse el que el sujeto programa una producción por debajo de la demanda del mercado que conlleva que los precios se sitúen por encima en los que debieran resultar de la normal oferta y demanda de esos bienes, conducta omisiva que podrá ser tenida como típica si se hace con la intención que se describe en el art. 281.1 CP.

La acción de *detraer* debe llevarse a efecto en el ámbito del mercado, concepto indeterminado por su magnitud, pero que no es más que la actividad ordinaria de transacción de bienes o de comercio en una comunidad, que podemos en principio concretarlo a nivel nacional, sin perjuicio de que en una determinada localidad o núcleo de población el hecho de *detraer* tenga incidencia directa en ellos.

El objeto del delito recae en materias primas o productos de primera necesidad, las que en una mera aproximación podemos decir que las primeras son bienes esenciales o básicos utilizados en todo tipo de industria, sin los cuales es imposible o muy dificultoso llevar a cabo el sistema de producción que es el sustento de la propia existencia de la económica de un Estado o comunidad, incidiendo su desabastecimiento negativamente en el empleo, en la adquisición de bienes y en definitiva en el consumo que activa la vida del Estado.

En cuanto a los productos de primera necesidad se refiere, podemos decir que son de los que se sirve el ciudadano para desarrollar con normalidad su vida diaria y se concretan en todo lo que se halla alrededor de vivienda, sanidad, alimentación, educación o vestido, sin los cuales se les puede crear una situación de desasosiego o intranquilidad al no disponer de ellos por su encarecimiento o por no hallarse en el mercado, incidiendo con más virulencia todo lo comprendido en la sanidad y alimentación, porque afectan a la salud tanto desde la óptica de la no curación de enfermedades como de su provocación por falta de sustento necesario para ello, situaciones que en un país desarrollado y enclavado en un entorno occidental como es España es difícil que acontezcan, pero no es descartable que sectores de producción o de intereses económicos guiados por un ánimo de enriquecimiento lleguen a crear esas situaciones que afecten de la forma indicada en el ciudadano, lo que es necesario evitar aunque el tipo penal no lo exija para que sea consumado el delito.

Las finalidades que deben guiar al autor son las recogidas en el artículo que tratamos, desabastecer un sector del mercado, forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores.

Como primera cuestión podemos observar que están esas finalidades no solo relacionadas entre sí, sino incluso se superponen unas a otras y decimos esto porque tanto el desabastecimiento o forzar una alteración de precios, que como acertadamente aprecia MORALES PRATS<sup>4</sup>, son el

---

<sup>3</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Comentarios al Código Penal*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2011, pág. 1074.

<sup>4</sup> MORALES PRATS, Fermín. *Comentarios al Código Penal*. Tomo II Parte Especial. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2011, pág. 880.

objeto sobre el que recae la acción delictiva y el perjuicio a los consumidores es en realidad el objeto jurídico digno de protección. Dicho de otra forma, la sanción penal, a nuestro juicio, no lo es por desabastecer un sector del mercado o forzar una alteración de precios en sí misma, sino porque esos resultados materiales causados por la detracción no son más que el vehículo para perjudicar gravemente a los consumidores, siendo evidente que el desabastecer el mercado no es una situación que debe castigarse penalmente, como el solo forzar una alteración de precios, sino porque ambos resultados de la detracción pueden y están en la intención del agente de perjudicar a los consumidores, por lo que afirmamos que la redacción del tipo no debiera haber sido la que se halla en el CP, sino que la intención del autor, mediante la detracción del mercado de bienes, fuese la prevista en la norma pero siempre que pudiera perjudicar gravemente a los consumidores.

Con esta reflexión concluiríamos que la mera intención de desabastecer un sector del mercado o de forzar una alteración de precios no es suficiente para colmar las exigencias del tipo penal, sino que ello necesariamente debería crear un peligro constatado de causar un perjuicio grave para los consumidores, sin que fuera necesario que éste se materializase, porque el desabastecimiento o la alteración de precios, creemos no tienen entidad suficiente para acceder al CP, debiendo sancionarse esas conductas por vía administrativa y cuando aparezca la intención de crear un perjuicio grave para los intereses de los consumidores acceder entonces al CP.

Somos conscientes que esta interpretación que hacemos pudiera ser de *lege ferenda* y que la interpretación gramatical y hasta teológica de la norma nos lleva a que cualquiera de las intenciones de manera alternativa que se manifestasen en el sujeto, cuando lleva a cabo la detracción del mercado de materias primas o productos de primera necesidad, será adecuada para aplicar el art. 281.1 CP e imponer consecuentemente las penas en él previstas.

Sin perjuicio de todo lo anterior la posible triple intención del sujeto activo, que puede ser cualquiera, sin que se requiera que sea un profesional del comercio o la industria, sino que tenga la capacidad material para ejecutar la detracción que exige el tipo, puede concretarse en primer lugar en desabastecer un sector del mercado, lo que significa limitar de manera importante o significativamente la oferta de unos determinados productos, que como estima GÓMEZ TOMILLO<sup>5</sup>, no se pretenderá sin más ello, sino que será el medio para una subida de precios que beneficiaría sin duda a quien quiere provocar el desabastecimiento, aunque no llegue a conseguirlo, pudiendo acontecer éste en una localidad pequeña, en un vasto territorio, en una nación o incluso a nivel internacional, intención que es suficiente para la consumación del delito sin que sea preciso que se llegue materialmente a esa situación.

La segunda intención que puede perseguir el agente será forzar una alteración de precios, que en realidad como hemos dicho, no será más que la consecuencia del desabastecimiento, aunque pudiera alcanzarse mediante otras vías, siempre en el contexto de detraer materias primas o productos de primera necesidad del mercado, siendo evidente que la alteración de precios que se pretende conseguir es al alza, no a la baja, en cuyo caso beneficiaría a los consumidores y parece que esa no es la finalidad del precepto, aunque su literalidad no impide que así sea.

En este apartado MARTÍN PALLIN<sup>6</sup>, con acierto afirma, que cuando las maniobras de acaparamiento tengan como finalidad una alteración de los precios, no existe duda de que los directamente perjudicados serán los consumidores, poniendo énfasis en el perjuicio directo de los consumidores, como una consecuencia insoslayable de esa conducta de separación del mercado de materias primas o productos de primera necesidad, no como una consecuencia indirecta.

Por último puede la detracción tener como fin el perjudicar gravemente a los consumidores. Es improbable que un mayorista, comerciante o industrial actuando como persona física o jurídica pretenda causar ese perjuicio a los consumidores por el hecho de causarlo, que pudiera ocurrir, pero no parece que sea el objetivo de los que detraen del mercado los productos, más al contrario el perjuicio a los consumidores, como hemos expuesto antes, será la consecuencia de apartar del mercado bienes y productos que pueden crear una situación de desabastecimiento, consecuentemente un alza de precios e irremisiblemente un perjuicio grave a los consumidores, pero

<sup>5</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Comentarios al Código Penal. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2011, pág. 1.075.

<sup>6</sup> MARTÍN PALLIN, José Antonio. *Protección penal de los consumidores*. Diario La Ley, Sección Doctrina, Ref. D-165, tomo 3, Editorial LA LEY. Madrid, 1996, pág. 4.

al exigir el art. 281.1 CP la intención de ese perjuicio debemos interpretarlo como el conocimiento que se puede causar y el querer que ello suceda, si nos limitásemos a aislar esa intención, al margen de las otras que se prevén en el tipo que pudieran concurrir, interpretándola no como algo realmente querido por el autor sino aceptado, llegaríamos a que la conducta de detraer los bienes con posible perjuicio de los consumidores sería atípica, situación que nos planteamos y que entendemos que esa intención de perjudicar a los consumidores es un elemento subjetivo del tipo, al margen del dolo genérico que se proyecta en el conocimiento y voluntad de detraer los bienes y productos del mercado, en cuyo caso de no concurrir las otras intenciones que describe la norma y no se acreditase la intención de perjudicar a los consumidores, la conducta carecería de relevancia penal por no concurrir el elemento subjetivo citado.

El tipo agravado, que se inserta en el art. 281.2 CP, es de aplicación *si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas*. Es evidente que si se detraen materias primas o productos de primera necesidad ante alguna de esas dos situaciones con cualquiera de las tres intenciones que describe al apartado 1 de ese artículo, el desvalor de la acción será mucho mayor, motivado por la peligrosidad del sujeto que se aprovecha de la grave necesidad o catástrofe para conseguir sus deleznable objetivos y además éstas facilitarían las intenciones del sujeto por la relajación de las defensas sociales o administrativas en esos momentos difíciles para el colectivo de ciudadanos afectado.

### 2.3. Publicidad engañosa

La repercusión penal de las conductas falaces en materia de publicidad al exponerse al ciudadano o consumidor, que es todo habitante de un grupo social, unas expectativas en los productos o servicios que se ofrecen que no se corresponden con la realidad, deriva del art. 51.1 CE, cuando establece que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, *protegiendo sus legítimos intereses*, norma constitucional que está en relación indirecta con el art. 20.1 d) CE, que dispone que se reconoce el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, precepto que en definitiva quiere establecer una protección al destinatario de los mensajes que ofrecen los citados productos y servicios.

No podemos dejar de hacer una pequeña reflexión sobre el fenómeno del consumo, siempre ha existido pero en estos tiempos de manera más acusada, puesto que es en la economía de mercado en la que desarrollamos nuestra vida ordinaria, en la que se busca el equilibrio entre la oferta y demanda, en que el consumo en muchos casos es excesivo y la publicidad o los signos externos en los que se presentan los productos o servicios que vamos a adquirir o a utilizar es algo consustancial con nuestra forma de vivir y forman parte de nuestro entorno como algo inseparable, constituyendo una fuente de información al ciudadano de lo que está en el mercado con sus características, que se ha convertido en algo esencial socialmente de lo que no se puede prescindir.

No hay duda que la publicidad también puede enfocarse como un derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios a conocer los productos que se ofertan por los comerciantes o vendedores, entendidos éstos en un sentido amplio, como todo el que tiene a disposición del ciudadano algo que ofrecer y que está dispuesto a transmitirlo o prestar un servicio por un precio. Pero ese derecho no es algo indeterminado o sin ninguna limitación, sino que constituye un derecho en cuanto a que la oferta que se contiene en una determinada publicidad se debe ajustar a la realidad, es decir que sea verdadera, carecería de sentido que el derecho a la información del ciudadano a través de cualquier medio de difusión, como dice el art. 20.1 d) CE, no estuviese regulado, debiendo aparecer una igualdad sustancial entre lo que se manifiesta y lo que es propiamente ofrecido al consumidor.

No toda alteración de las normas que rigen la publicidad motiva la comisión del tal delito, como dice la STS 1097/2009 de 17 noviembre, al apreciar que el reproche penal existirá cuando la falsedad de los términos publicitarios sea manifiesta o pueda inducir a engaño, ya que la línea divisoria entre la publicidad lícita que sobrevalora las cualidades del producto, la que las exagera hasta términos irreales y la que utiliza el engaño como medio de comunicarse con los potenciales clientes, es siempre tenue y difícil de establecer, quedando la sanción penal para los casos de grave contravención de la buena fe y fidelidad que se debe a los consumidores como titulares de los derechos recogidos en la CE.

Es en el art. 282 CP, sin precedentes hasta el CP/1995, donde se castiga a *los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos*. En este tipo se protege al consumidor desde el punto de vista de la información que le llega para que adquiera los productos o servicios, que debe ser veraz, clara y cierta, que no confunda a su destinatario creándole un conocimiento erróneo y de mayor expectativa de lo que es en la realidad, abarcando la protección, no a una persona en concreto, sino al colectivo impreciso e indefinido que son el conjunto de los consumidores, en definitiva cualquier persona.

No es objeto de protección por el delito que tratamos la salud, la seguridad, ni el patrimonio del consumidor, estos bienes jurídicos, caso de verse afectados, serán tutelados por los delitos contra la salud pública o por las defraudaciones y en concreto por el delito de estafa, la publicidad engañosa por tanto se antepone, adelantando las barreras de protección, a los posibles resultados que se puedan causar como consecuencia de la adquisición de productos, castigándose las primeras conductas como delitos independientes y la defraudatoria en concurso de delitos con el que nos ocupa, como así lo dispone el propio art. 282 CP, ya que estimamos que el perjuicio que se pudiera causar con la publicidad engañosa debe ser de orden económico y no de otra naturaleza, aunque pueda tener una incidencia indirecta de otra clase.

Sin perjuicio de lo expuesto y en la idea de protección de alguna manera del orden socio-económico, también se tutelan en la citada norma, de forma tangencial y sin que sea su objetivo en modo alguno, los derechos de otros fabricantes y comerciantes que ofrecen sus productos o servicios de manera veraz o que sin ofrecerlos a través de cualquier forma de publicidad, están en el mercado y se ven afectados por una competencia desleal por quien falsea su oferta, quedando tutelada así la libre competencia, ello hay que ponerlo en relación con el art. 1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en cuanto tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado.

No podemos olvidar que normas de rango civil o administrativo también sancionan las invasiones en el mundo de consumo que se alejan de las reglas de la veracidad y el respeto que merece el consumidor, como son LGDCU que en su art. 8 d) establece como un derecho de éste el obtener una *información correcta sobre los diferentes bienes o servicios*. Por otra parte la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en su art. 5.1 aprecia que *se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico*. Finalmente la Ley 34/1988, de 11 de noviembre General de Publicidad, en versión vigente desde el 14 de marzo de 2014, en su art. 2, define la publicidad como *toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones*; constituyendo una publicidad ilícita la engañosa según el art. 3 e) de esa ley.

### **2.3.1. Elementos que conforman el delito**

Los sujetos activos son los fabricantes o comerciantes, también pudiendo ser denominados productores o intermediarios, siendo los únicos que pueden llevar a cabo en concepto de autoría directa la conducta típica, por tanto, al tratarse de un delito especial propio, los que no pertenezcan a estos grupos de profesionales tendrán otro título de imputación por su participación en el delito, cooperadores necesarios o inductores o en su caso cómplices, pero no coautores, sino partícipes.

Cuando la actividad publicitaria se lleve a cabo por agencias de publicidad estimamos que no hay problema que puedan ser responsables sus empleados del delito cuando colaboran o inducen al falso mensaje publicitario, no pudiendo tener la consideración de autores al no tener la condición de comerciantes o fabricantes, puesto que se trata de profesionales ajenos al comercio o a la fabricación de los productos, pero si colaboran en aquéllos a sabiendas de la falsedad de la oferta están participando en el delito, de tal manera que no pueden quedar inmunes a esa acción que encaja en un tipo penal.

El sujeto pasivo es el colectivo de consumidores, lo establece así el art. 282 CP, pudiendo serlo personas físicas o jurídicas, son los destinatarios de las ofertas defraudatorias que se incluyen en el mercado por los medios que puedan llegar a conocimiento del conjunto de los ciudadanos, teniendo tan consideración de consumidores o usuarios, establece el art. 3 LGDCU, las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, es decir los destinatarios finales de bienes o servicios, quedando excluidos los que adquieren bienes para utilizarlos en un nuevo proceso productivo y a su vez ofrecerlos a los consumidores, ya que en esa conducta lo que hay es simplemente una actividad de proveerse de materias para fabricar o comerciar productos, distinta sin duda al consumidor o usuario final del producto o servicio.

La conducta delictiva, nuclear del tipo, consiste en *realizar ofertas de productos o servicios en las que se hagan alegaciones falsas o se manifiesten características inciertas* de ellos, se trata de falsear la información incorporada al producto en su ofrecimiento directo al consumidor, de forma que éste ve distorsionada la posibilidad de conocer con garantías la composición objetiva de lo que se adquiere o de sus características esenciales, excluyéndose el delito, dice MORALES PRATS<sup>7</sup>, cuando se hayan silenciado en la publicidad aspectos esenciales del bien o servicio, a lo que añadimos, que no existe la obligación de incluir en la publicidad de los bienes o servicios información de las características que no tienen, no admitiéndose por tanto la forma omisiva en la perpetración del delito.

Las alegaciones falsas o características inciertas pueden recaer sobre la naturaleza de los productos o servicios, lo que identifica al producto, sobre su origen, modo y fecha de fabricación, fijación del precio, cantidad de existencias, virtudes, alcance de los compromisos asumidos por el anunciante y cualidades sustanciales, todos darán lugar al delito siempre que se refieran a datos o información importante en relación con la decisión que pueda tomar el consumidor. Las alegaciones falsas o características inciertas deben referirse necesariamente a los productos o servicios, siendo ajeno a la tipicidad el que se hagan las mismas en el mensaje publicitario no sobre los productos, sino sobre el valor adicional de ellos, ya que el art. 282 CP establece taxativamente que la falsedad lo sea sobre los productos o servicios.

La falsedad de las alegaciones sobre los productos o la incerteza de sus características, afirma MESTRE DELGADO<sup>8</sup> es la discordancia entre lo alegado o manifestado y la realidad objetiva, siendo esta una cuestión problemática porque es común la exageración de las cualidades del producto y difícil de determinar si es contrario a la realidad objetiva, llegando a la conclusión que así será cuando pueda causar un perjuicio a los consumidores. Añade SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ<sup>9</sup> que es frecuente en las prácticas habituales de publicidad que se compongan de mensajes objetivamente verdaderos, pero subjetivamente con carácter engañoso por su potencialidad lesiva para los intereses de los consumidores, en cuyos supuestos se estaría al margen del tipo penal y sí dentro de la sanción administrativa o el ámbito civil en su caso, como cuando en el mensaje publicitario se introducen expresiones científicas verdaderas pero que un profano al que se dirige el mensaje las entiende de forma diferente.

El objeto material del delito son los bienes entendidos como cosas materiales con un valor económico determinado y los servicios que son demandados por consumidores y usuarios, consistentes en una actividad prestacional humana que satisface necesidades del ciudadano en su ámbito de vida ordinaria.

No es suficiente la falsedad de las alegaciones o la manifestación de características inciertas en las ofertas, sino que ellas además deben ser idóneas para causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. La concurrencia de la aptitud para causar ese perjuicio es lo que motiva que el delito lo sea de peligro hipotético, STS 27/2009, de 26 enero, lo que en una primera aproximación nos sitúa en que si la falsedad o lo incierto de las alegaciones o manifestaciones es tan burdo o grosero que no puede inducir a error en el conocimiento sobre el producto o servicio que pueda tener el consumidor, la conducta, a pesar de ser falsaria, será atípica al faltar un elemento del delito.

---

<sup>7</sup> MORALES GARCÍA, Óscar. *Comentarios al Código Penal*. Tomo II Parte Especial. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2011, pág. 886.

<sup>8</sup> MESTRE DELGADO, Esteban. *DELITOS. La parte especial del derecho penal*. Editorial Dykinson SL, 2ª edición. Madrid, 2017, pág. 500.

<sup>9</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *Comentarios al Código Penal*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2011, 1.081.

Es necesario que del comportamiento típico *pueda derivarse un perjuicio grave y manifiesto para los consumidores*, con lo cual quedan excluidos de esta clase de delito aquellos casos que por su menor entidad no merezcan la actuación del derecho penal. En este sentido la STS 357/2004 de 19 marzo, aprecia que perjuicio grave o manifiesto para los consumidores quiere decir aptitud para producir graves daños o perjuicios, lo que constituye una limitación cuantitativa difícil de precisar, pero que en todo caso excluye las infracciones de poca importancia, pudiendo utilizarse como criterios para medir y precisar tal elemento cuantitativo: la clase del producto que se quiere vender o del servicio que se pretende prestar, pues no es lo mismo la publicidad de una promoción de viviendas que la de unos zapatos; el precio que se quiere obtener a cambio; el número de personas al que se quiere llegar con la publicidad; el medio de propaganda utilizado; la cualidad de los destinatarios del mensaje, particularmente su situación económica y todos aquellos datos que externamente manifiesten el daño material que pudiera sufrir el consumidor o usuario.

La relación de causa al posible efecto perjuicio debe de ser nítida, es decir que sólo la falsedad de las alegaciones o la manifestación de características inciertas sea lo que pueda causar el perjuicio, si se entrecruza otra causa, quedará excluida esa relación. Por otra parte el perjuicio debe ser grave y manifiesto, debiendo tener entidad esa posible lesión de bienes del consumidor que le produzca una alteración o quebranto relevante en su patrimonio y manifiesto significa que sea perceptible y no haya que deducirlo de otros datos concurrentes en el consumidor, siendo de carácter económico, ya que nos hallamos ante un delito que afecta al orden socio-económico y estar sistemáticamente situado entre los delitos que protegen ese bien jurídico, por tanto si la publicidad engañosa puede afectar o perjudicar a la salud o a la seguridad ello motivará la exclusión de la tipicidad, sin perjuicio de si se produce un resultado contra esos bienes jurídicos puedan castigarse esas conductas por los delitos que las sancionan, pero no conjuntamente con el delito de publicidad engañosa.

En cuanto al tipo subjetivo se concreta en la comisión dolosa, no siendo admisible, al no estar ello previsto conforme al art. 12 CP, la comisión imprudente, sí cabiendo el dolo eventual cuando las alegaciones falsas no se hacen a sabiendas de que lo son, pero no se adopta medida alguna para la comprobación de la veracidad, aceptando así que puedan serlo. En caso de perpetrarse conductas imprudentes, en una actuación negligente en referencia a la creación, emisión o difusión de la oferta publicitaria su punición quedará relegada al ámbito de la sanción administrativa o la reparación civil por la vía de los procedimientos existentes en ese ámbito de la jurisdicción, al no colmar las exigencias que la legislación penal reclama al respecto.

### **2.3.2. Concurso con otros delitos**

El último inciso del art. 282 CP establece como regla que se castigará este delito *sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos*, lo que significa que si se comete el delito publicitario en los términos que lo hemos expuesto y además se concreta el perjuicio grave y manifiesto a que alude el tipo penal y que hemos entendido que debe ser económico, el delito de esta naturaleza se castigará en concurso medial con el publicitario.

En este sentido la STS 357/2004 de 19 marzo, entiende que si la publicidad engañosa es el único elemento constitutivo del engaño mediante el cual la estafa fue cometida, el principio *non bis in ídem* impediría castigar ambas conductas y la publicidad engañosa sería absorbida por la estafa, postura que no compartimos porque los bienes jurídicos a proteger en la estafa y en la publicidad engañosa no son los mismos a pesar de hallarse ambos delitos en el mismo título del Código Penal, además en la publicidad engañosa no es necesario el perjuicio para los consumidores, sino que lo puedan causar cuando con las ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, consumándose el tipo delictivo con esa posibilidad y sobre todo porque la regla específica así lo contempla, siendo de obligado cumplimiento al haber apreciado el legislador que no era de aplicación el principio *non bis in ídem* en este delito.

Si somos congruentes con lo antes expuesto, si por medio de la publicidad engañosa se concreta el peligro en un resultado para la salud o la seguridad sólo se penarán estos últimos hechos y no la conducta falsaria, porque ésta no podía causar un perjuicio económico grave y manifiesto a los consumidores. Ahora bien, puede ocurrir que exista el delito publicitario porque la oferta falsa es idónea para producir un perjuicio económico, pero éste no se concreta y sí se comete un delito

contra la salud o la seguridad, en este caso sí será de aplicación el delito del art. 282 CP al concurrir todos sus elementos y también se castigará otro delito porque efectivamente ha acontecido, no de orden patrimonial o socio-económico, apareciendo así un concurso real de delitos.

La STS 27/2009, de 26 enero, afirma que al tratarse de un delito de peligro no excluye la comisión de estafa cuando concorra una disposición patrimonial determinada por error relevante derivado de la acción engañosa, puede estar en la falsa oferta o en la mendacidad de la publicidad, siempre con una relación de causa a efecto entre ambos y con un perjuicio patrimonial del consumidor.

Posiblemente el delito de lesiones sea uno que pudiera entrar en concurso con el delito publicitario, ya que si el uso del producto que se anuncia con alteración de sus cualidades es nocivo para la salud y se proyecta en el consumidor, la aplicación conjunta del art. 147.1 CP con el 282 será del todo punto, no sólo correcta jurídicamente, sino de justicia material al atentarse a dos bienes jurídicos muy distintos y merecedores de protección derivados de la acción de manifestar alegaciones falsas o características inciertas de los bienes o servicios que se ofrecen.

### 2.4. Fraude de inversores

Nace en la reforma del CP por LO 5/2010, de 22 de junio, un nuevo delito que se denomina por la doctrina fraude de inversores, también de forma similar estafa de inversores, falsedad en la inversión de capital o incluso como falsedad en la información económica de sociedades, más imprecisa esta denominación porque puede obedecer a varias conductas tipificadas en el CP y deja de lado lo realmente relevante que es la incidencia que tiene en los sujetos, personas físicas o jurídicas, que destinan recursos económicos a la adquisición de valores o financiar a sociedades, pareciéndonos la forma de expresar este delito más correcta la de fraude de inversores, más que estafa de inversores que tiene una significación más indefinida y pudiera confundirse con la estafa ordinaria

Este delito está recogido en el art. 282 bis CP, diferenciando en dos párrafos un tipo básico con la conducta de falseamiento de información con una finalidad concreta de obtención de dinero y un tipo agravado cuando se materializa en la obtención de los instrumentos financieros, con un perjuicio material para el adquirente, teniendo como referente la Directiva 2003/06, del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa a las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado, que era necesario trasponer a la legislación española.

#### 2.4.1. Tipo básico

El art. 282.1 bis CP castiga a los que *como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código.*

De una primera lectura del precepto se puede observar que no es un ejemplo de la taxatividad, claridad y sencillez que debe presidir la redacción de los delitos, puesto que se introducen elementos normativos de carácter jurídico de forma profusa, como *valores negociados en los mercados de valores* y además en otra parte, al remitirse a la *legislación del mercado de valores*, está conformando un tipo penal en blanco, puesto que será imprescindible conocerla para determinar el alcance del delito en cuanto a su tipicidad, sin olvidar que requiere alguno de los elementos subjetivos del injusto que se describen en la norma, todo ello dificulta su aplicación práctica.

En cuanto a la naturaleza del delito, en concreto su tipo básico, dice FARALDO CABANA<sup>10</sup>, es de peligro abstracto para el patrimonio, siendo discutible si es de simple actividad, que lo constituiría la falsedad de los documentos a los que se refiere la norma con la intención requerida, apreciando MORALES GARCÍA<sup>11</sup> que no lo es porque se puede diferenciar la conducta dirigida

<sup>10</sup> FARALDO CABANA, Patricia. *Comentarios al Código Penal*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2011, 1.085.

<sup>11</sup> MORALES GARCIA, Oscar. *Comentarios al Código Penal*. Tomo II Parte Especial. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2011, 889.

a configurar la falsedad del folleto y el falseamiento en sentido estricto del folleto, sobre lo que entendemos que la primera conducta estaría en la tentativa inacaba y la segunda sería la consumación delictiva, siempre y cuando concurriesen los demás elementos del tipo, por ello nos inclinamos a apreciar un delito de simple actividad.

Respecto al bien jurídico objeto de protección, importante para conocer la finalidad de norma y hacer la interpretación más precisa, por un lado tenemos la transparencia y fiabilidad de los mercados financieros, en cuanto a la concordancia que debe existir entre la información que deben tener los destinatarios del mercado y su realidad y por otro lado se establece una protección del consumidor o adquirente de los productos financieros en lo que se refiere a su patrimonio, que puede verse mermado si esos bienes adquiridos no responden al contenido con el que se publica la información sobre ellos o las sociedades que los emitían.

Los sujetos del delito son los administradores de hecho o de derecho. Estos autores se repiten en distintos tipos penales y especialmente en los delitos societarios, arts. 390 y siguientes, y su conceptualización ha sido ya establecida de forma pacífica por la doctrina científica y la jurisprudencia. Así, QUINTERO OLIVARES<sup>12</sup>, entiende que lo será cualquier persona física o jurídica, directamente o por representación, de forma delegada o fruto de un apoderamiento, que ejerza realmente las funciones de gestión o administración de la sociedad.

Por su parte SEQUEROS SAZATORNIL y DOLZ LAGO<sup>13</sup> entienden que los administradores de derecho lo serán en función de las normas legales que regulan una determinada sociedad o los estatutos de ésta que configuran el desempeño del cargo y las funciones en relación con esos fines. Por su parte los administradores de hecho son aquellos que ejercen materialmente las funciones propias de gestión de la sociedad sin que su nombramiento se haya llevado a cabo conforme a la norma que rige cada tipo de ellas, teniendo el poder y la capacidad de mando o decisión en la misma, con dominio del acto.

A tal efecto el art. 236.3 Ley de Sociedades de Capital de 2 de julio de 2.010, dispone que: la responsabilidad de los administradores se extiende igualmente a los administradores de hecho, teniendo tal consideración *tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad.*

Coincidimos con MORALES GARCÍA<sup>14</sup> que no serán sujetos activos de este delito los meros intermediarios que ejecutan de manera organizada órdenes de clientes que quieran adquirir valores, ya que estos carecen de la facultad sobre la redacción del folleto o de dar la información económico-financiera conforme a la legislación del mercado de valores.

Esos administradores de una sociedad deberán de serlo de la que sea emisora de valores negociados en los mercados de valores, que será aquella que pone en el mercado instrumentos financieros para que sean negociados, con lo cual la sociedad emite valores y después éstos son comercializados en los llamados mercados secundarios, regulados o de negociación de valores. En tal sentido la sociedad a la que se refiere el tipo penal es la que negocia en esos mercados, que lo serán, dice el art. 43.1 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, Ley del Mercado de Valores, que *son mercados regulados aquéllos sistemas multilaterales que permiten reunir los diversos intereses de compra y venta sobre instrumentos financieros para dar lugar a contratos con respecto a los instrumentos financieros admitidos a negociación, y que están autorizados y funcionan de forma regular, conforme a lo previsto en este capítulo y en sus normas de desarrollo, con sujeción en todo caso, a condiciones de acceso, admisión a negociación, procedimientos operativos, información y publicidad* y en su apartado 2 establece que *los mercados regulados españoles reciben la denominación de mercados secundarios oficiales*. A tales efectos, se considerarán mercados secundarios oficiales de valores, entre otros, las Bolsas de Valores o el Mercado de Deuda Pública en Anotaciones.

<sup>12</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal*. Tomo II Parte Especial. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 977.

<sup>13</sup> SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando y DOLZ LAGO, Manuel Jesús. *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*. Editorial La ley. Cuarta edición. Madrid, 2017, pág. 144.

<sup>14</sup> MORALES GARCIA, Oscar. *Comentarios al Código Penal*. Tomo II Parte Especial. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2011, pág. 897.

El espacio jurídico donde se puede perpetrar el delito por los administradores de sociedades es en el que operan, los mercados regulados o secundarios oficiales, al negociarse en ellos los instrumentos financieros emitidos por aquéllas.

Las conductas que alternativamente pueden motivar el tipo objetivo serán: A) falsear la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o B) las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros.

En el apartado A) la acción delictiva es falsear, es decir darle un contenido al folleto que no se corresponde con la realidad. El tipo no se refiere exclusivamente a las falsedades documentales del art. 390.1 CP, sino a todo lo que se manifieste en el folleto que pueda crear una confusión a su destinatario por contrario a la situación económica financiera de la sociedad que emite el instrumento financiero cuando es negociado en los mercados secundarios oficiales.

El folleto debe tener el contenido exigido en el art. 37.1 LMV que dispone: *el folleto contendrá la información relativa al emisor y a los valores que vayan a ser admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. Atendiendo a la naturaleza específica del emisor y de los valores, la información del folleto deberá permitir a los inversores hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores.* Es evidente que la veracidad del folleto es el instrumento imprescindible para que el inversor conozca todo aquello que va a motivar realizar el desembolso o abstenerse de hacerlo.

La conducta será delictiva en función de lo anterior en conjunción con la redacción del tipo mencionado cuando la sociedad emita los valores, redacte el folleto de contenido falso y remite los valores a negociación a los mercados secundarios, momento de la consumación del delito, pero si se emiten títulos y se redacta el folleto no ajustándose a la situación financiera de la sociedad sin la intención en caso alguno de negociar en el mercado secundario los valores, la conducta será atípica penalmente, supuesto distinto es si emitidos los títulos y el folleto falso, los valores no llegan a negociarse en el mercado por causas ajenas al administrador de la sociedad, nos hallaríamos en tal situación ante un tentativa del tipo que tratamos, puesto que no se han realizado todos los elementos que exige el delito en su parte objetiva como es que sean *valores negociados en los mercados de valores.*

En la conducta que hemos denominado con la letra B) la falsedad se concreta en las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros. Este apartado es una norma penal en blanco que se remite a la LMV, pudiendo hacerlo a los arts. 76 y siguientes, además de a todos aquellos que establecen obligaciones a las sociedades emisoras de valores de informar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, lo que se encuentra en el art. 17.2 LMV cuando dispone que *la Comisión Nacional del Mercado de Valores velará por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines.*

En cuanto al tipo subjetivo es preciso que concurra el dolo genérico sobre el conocimiento y voluntad que recae sobre la falsedad de los folletos o las informaciones que se deben publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores. Además, debe aparecer alguno de los propósitos que de manera alternativa se incluyen en delito, como el de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio, intención que es necesario que aparezca para la consumación del hecho criminal, sin que se llegue a producir el perjuicio al inversor, lo que motivaría el tipo agravado de esta conducta básica.

### **2.4.2. Causación de un perjuicio económico**

Será frecuente que la falsedad del folleto o las informaciones que se deben publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores motiven una inversión y consecuentemente un perjuicio para el que adquiere los valores o instrumentos financieros en condiciones distintas a las recogidas en aquéllos. En ese sentido el párrafo 2º del art. 282 bis CP, prevé un tipo agravada para el supuesto que efectivamente se haga la inversión, estableciendo que *en el supuesto de*

*que se llegue a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquirente de los activos financieros o acreedor, se impondrá la pena en la mitad superior. Si el perjuicio causado fuera de notoria gravedad, la pena a imponer será de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses.*

Este tipo agravado tiene dos partes, una primera para cuando el sujeto activo, administrador de la sociedad, obtenga la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación y ello cuando, en una relación de causalidad con la conducta global del tipo básico, haya motivado un perjuicio, evidentemente económico, para el inversor o los sujetos pasivos que describe la norma, suponiendo la plasmación de la actividad falsaria en una disminución patrimonial del perjudicado en beneficio de la sociedad que emite y negocia los instrumentos financieros en el mercado secundario de valores.

Constituye la forma agravada una modalidad delictiva de resultado cortado, entendido este tipo como aquel en que se tipifica una acción con la que el sujeto pretende alcanzar un resultado posterior, que el tipo no requiere que se llegue a realizar, no causándose un resultado distinto espacio-temporal al que conforma la conducta típica, por tanto se encuentra en la categoría citada.

La segunda parte es una agravación sobre una agravación, aumentándose la pena en función de la notoria gravedad, sin que se especifique en la norma cuándo es apreciable tal posibilidad. Para concretar la cantidad que sería la adecuada para ello debemos remitirnos al art. 250.1. 4º CP, común para los delitos de estafa, administración desleal y apropiación indebida, que será la suma de 50.000 euros, remisión que hacemos por razones de alcanzar una mínima certeza a la hora de aplicar el precepto penal, al tratarse el delito fraude de inversores de la misma naturaleza que los dirigidos contra el patrimonio o el orden socioeconómico, aunque bien es cierto que el fraude de inversores, por la singularidad del delito, en cuanto que se refiere a inversiones en bolsa u otro tipo de mercados secundarios oficiales, la suma de 50.000 euros será un perjuicio probablemente frecuente, que en la mayoría de los supuestos superará con creces esa cantidad.

### **2.4.3. Concursos de delitos**

El primer concurso que se plantea es con el art. 308 CP relativo al fraude de subvenciones, el que sanciona al *que obtenga subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas en una cantidad o por un valor superior a ciento veinte mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido*. Entendemos que es un concurso real puesto que ambas figuras delictivas no están en concurso ideal ni medial, sino que se puede solicitar una subvención al margen de las falsedades que se realicen en el folleto o en la información que debe suministrarse conforme a legislación del mercado de valores.

Por otra parte se plantea un concurso de leyes con las falsedades que se puedan perpetrar en documentos en el folleto o en la plasmación documental de información exigible conforme a la legislación del mercado de valores, puesto que el tipo del art. 282 bis párrafo 1º CP, prevé como parte de este delito la necesidad de una alteración de la verdad, por ello el concurso de normas se resolverá en favor del delito de fraude de inversores conforme al art. 8.1º CP, principio de especialidad.

Igualmente existirá tal concurso de normas a resolver por el mismo principio con el delito societario del art. 290 CP, ya que el tipo previsto en el art. 282 bis CP tiene una connotación específica relativa a las sociedades que sean emisoras de valores negociados en los mercados de valores, elemento que no aparece en el art. 290 citado.

La relación con el delito de estafa cuando se produce el perjuicio para el inversor conforme al art. 282 bis párrafo 2º CP, es de concurso de normas, a resolver por el principio de subsidiariedad, apreciando FARALDO CABANA<sup>15</sup> que esa norma es la ley subsidiaria y la principal, no es sólo la estafa, sino la estructura concursal del párrafo 1º de aquél artículo y la estafa, sea como fuere no son compatibles un fraude de inversores y una estafa consumada motivada por la falsedades que se prevén en el art. 282 bis párrafo 2º, aplicándose este último.

<sup>15</sup> FARALDO CABANA, Patricia. *Comentarios al Código Penal*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2011, pág. 1.090.

## 2.5. Facturación de cantidades superiores

Si hay un delito netamente de protección de los consumidores es el previsto en el art. 283 CP, en el que se pretende que no se manipulen aparatos automáticos que puedan defraudar a los consumidores, teniendo como objeto de protección al consumidor englobado como colectivo difuso, como persona individual que participa en el mercado mediante la adquisición de bienes y servicios, o como entiende MORALES PRATS<sup>16</sup>, se tutelan los intereses económicos de los consumidores en determinados sectores de consumo.

Dice el art. 283 CP que se castigará a los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos. Antes de detenernos en la estructura del tipo delictivo apreciamos que nos hallamos ante un delito de peligro concreto, en que se facturan cantidades superiores a las lícitas mediante la manipulación de los aparatos, sin que sea preciso, como veremos seguidamente, que se cause un perjuicio material al consumidor. Entre la escasa doctrina jurisprudencial que se ha ocupado del art. 283 CP, la STS de 2520/2001 de 31 diciembre, dice que tiene por finalidad la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores como colectivo abstracto o genérico, siendo un delito de peligro concreto, que exige la facturación de cantidades superiores, no bastando la alteración o manipulación de los aparatos automáticos que midan el costo o precio de los servicios o productos, sin que se ocasione un resultado material en el sentido de efectivo perjuicio patrimonial del consumidor para que se llegue a la consumación del tipo penal.

La conducta típica consiste en alterar o manipular aparatos automáticos, lo que constituye sin duda un ardid o engaño por parte del sujeto activo, que puede ser cualquier persona que tenga capacidad o disposición sobre los aparatos, sin que sea necesariamente su titular, ni tan siquiera el individuo que pudiera hipotéticamente beneficiarse del fraude. Esa manipulación de los aparatos, necesariamente, en una relación de causa a efecto, debe motivar que se facturen cantidades superiores a las que tengan asignadas en el mercado por el mismo comerciante o dispensador de los productos o servicios, es decir se exige de ella una idoneidad para el fin que contempla el delito, si la manipulación no tiene esa posibilidad de alteración de los precios de los bienes o servicios, será atípica porque no pone en riesgo el patrimonio del consumidor como colectivo.

La locución en perjuicio de los consumidores no es un elemento subjetivo del injusto, ni una intención del sujeto activo, es una consecuencia que exige el tipo para que se llegue a consumir. Como aprecia MARTÍNEZ-BUJAN PEREZ<sup>17</sup>, se ha de entender ese perjuicio como la expresión de la idoneidad o aptitud lesiva para el patrimonio o libertad de disposición económica del grupo colectivo de los consumidores.

El objeto material del delito son los productos o servicios que se pongan en el mercado mediante aparatos automáticos, lo que generalmente serán carburantes, luz, agua, telefonía fija o móvil, taxi y similares, otros productos o servicios cuyas mediciones de puesta a disposición de los consumidores no lo sean por aparatos automáticos, como pueden ser mediante medición manual con instrumentos destinados a ese fin, quedarán lógicamente fuera del tipo que tratamos, pudiendo calificarse esa conducta en principio de estafa en tentativa si no se causa perjuicio material al consumidor, siempre que concurran los demás elementos del art. 248.1 CP.

El tipo subjetivo es de naturaleza doloso, no cabiendo la comisión imprudente al no estar expresamente prevista junto a la norma que estudiamos, debiendo inclinarnos por despreciar el dolo eventual, ya que la conducta fraudulenta de alterar o manipular los aparatos automáticos dificulta de manera importante el dolo eventual, máxime cuando estamos apreciando la existencia de un ardid o engaño en el sujeto activo que nos aboca al dolo directo como el que aparece en éste.

La consumación del delito se produce cuando alterados los aparatos se facturan cantidades o precios superiores a los que se deberían obtener por el producto o servicio. Si somos rigoristas parece difícil que alterados los aparatos y facturadas las cantidades indebidas por sobreprecio, no se llegue a un desplazamiento patrimonial del consumidor en pago de éste y si además estamos diciendo que los productos y servicios dispensados por aparatos automáticos son carburantes,

<sup>16</sup> MORALES PRATS, Fermín. *Comentarios al Código Penal*. Tomo II Parte Especial. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2011, pág. 898.

<sup>17</sup> MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Facturación ilícita. En delitos relativos a la propiedad industrial, el mercado y los consumidores*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1997, pág. 68.

electricidad o taxi, nos parece aún más difícil que no sean abonados, también de manera automática en domiciliación bancaria, por cada uno de los consumidores, pero sin perjuicio de esta reflexión la consumación lo será en la manera indicada de alteración de los aparatos y la facturación del producto o servicio, siempre en perjuicio del consumidor.

En relación con lo anterior SERRANO GÓMEZ<sup>18</sup> entiende que el delito de facturación fraudulenta en la mayoría de los casos, en función de cómo está concebido, en un perjuicio patrimonial para el consumidor individual, llevando consigo de forma paralela la consumación del delito de estafa al concurrir todos los elementos característicos de este delito, al realizarse un desplazamiento patrimonial motivado por el error que conlleva la alteración de los aparatos de medición automática, de ahí, añadimos, que la aplicación de esta norma sea de escasa incidencia por esta poderosa razón.

En definitiva la consumación del delito del art. 283 CP dice la sentencia núm. 248/2009, de 22 abril, de la Sección Decimosexta de la Audiencia de Madrid, será la mera facturación de servicios mediante la manipulación fraudulenta de los aparatos de medición, lo que concurrió en el caso concreto en el que se manipuló un taxímetro y se facturó una cantidad superior a la debida.

Tiene especial interés la posibilidad de aplicar concursos de normas o de delitos en caso de que la alteración de los aparatos que motiva una facturación fraudulenta cause un perjuicio material a los consumidores. En este sentido ESCRIBUELA CHUMILLA<sup>19</sup> aprecia que si el consumidor ha pagado el precio o contraprestación por el producto o servicio existirá un delito consumado de estafa en concurso de delitos con el que tratamos de facturación de cantidades superiores, porque este tipo tienen un bien jurídico distinto al de la estafa, que es proteger el interés difuso o colectivo de los consumidores, incluso, continua el citado autor, existiría tal concurso cuando no se hubiera abonado por el consumidor el sobrepago, concurriendo en concurso de delitos uno de estafa en tentativa y otro del art. 283 CP, añadiendo finalmente que de ser imposible concretar los consumidores defraudados se aplicaría exclusivamente éste delito.

Esta postura no la compartimos, entendemos que el delito del art. 283 CP será de aplicación cuando la alteración de los aparatos que motiva una facturación fraudulenta que cause un perjuicio material a los consumidores, siempre que no haya habido desplazamiento patrimonial por esa causa. En esta situación existe un concurso de leyes con el delito de estafa en tentativa que será resuelto por el 8 regla 1ª CP que dispone: *el precepto especial se aplicará con preferencia al general*, siendo evidente que la facturación de cantidades superiores es más concreto o específico que el art. 248.1 CP en tentativa, puesto que el art. 283 CP tiene más elementos y un bien jurídico específico que la estafa intentada, siendo de aplicación aquél en detrimento de ésta.

Cuestión distinta es si la conducta del sujeto excede los límites del art. 283 CP, causando un efectivo perjuicio patrimonial al consumidor, en este caso se plantea igualmente un concurso de leyes con estafa consumada, que será resuelto por el principio de consunción del art. 8 regla 3ª CP en favor del delito de estafa porque cómo se expresa la citada sentencia 2520/2001, de 31 diciembre, el delito de estafa, cuando el engaño ha sido cometido mediante la manipulación de determinados aparatos automáticos, debe absorber esta infracción, abarcando de esta forma la total significación antijurídica de los hechos y ese concurso también puede resolverse por el principio de especialidad que nos llevaría a la misma conclusión, puesto que en este caso debe aplicarse el precepto que contenga mayor riqueza fáctica y si a la manipulación y facturación se une el perjuicio material como resultado de aquélla la estafa debe prevalecer por ese mayor número de elementos que el delito contra los consumidores.

En cuanto a la tentativa inacabada, dice MESTRE DELGADO<sup>20</sup> tomando como ejemplo un taxímetro, aparecerá cuando se descubre la alteración de ese aparato antes que el autor del hecho haya llegado a facturar cantidad alguna como consecuencia de su inadecuado funcionamiento. Entiendo que podemos compartir este criterio porque en este delito se confunden la tentativa acabada y la consumación, al tratarse de un delito de simple actividad, por tanto la manipulación sin facturación exigirá en todo caso que sea idónea para perjudicar a los consumidores, puesto que si no concurriese este último elemento estaríamos ante una conducta atípica.

<sup>18</sup> SERRANO GÓMEZ, Curso de Derecho Penal, Parte Especial. Editorial Dykinson SL, 3ª edición. Madrid, 2016, pág. 394.

<sup>19</sup> ESCRIBUELA CHUMILLA, Francisco Javier. *Colección Todo Penal*. Editorial Wolters Kluwer La Ley. Madrid, 2016, pág. 1.332.

<sup>20</sup> MESTRE DELGADO, Esteban. *Delitos. La parte especial del derecho penal*. Editorial Dykinson S.L., 2ª edición. Madrid, 2017, pág. 504.

### 3. Disposiciones comunes

Los arts. 287 y 288 CP establecen unas normas comunes a todos los artículos que hemos estudiado anteriormente y que afectan a los consumidores en la forma que hemos expresado. Estas normas podemos decir que son tres, una condición objetiva de perseguibilidad, la publicación de la sentencia que se dicte y por último la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El requisito de perseguibilidad se prevé en el art. 287.1 disponiendo que *para proceder por los delitos previstos en la Sección 3ª de este Capítulo, excepto los previstos en los artículos 284 y 285, será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.*

La primera cuestión que debemos aclarar, como ya dijimos, es que la referencia que se hace a persona incapaz debe sustituirse por *persona con discapacidad necesitada de especial protección*, ello conforme a lo previsto en el artículo único doscientos cincuenta y ocho 1 de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, por LO 1/2015, de 30 de marzo, que destierra el término incapaz por otro más ajustado a la realidad actual sobre personas que necesitan apoyos en sus comportamientos de la vida ordinaria, entre los que se encuentran los de instar un proceso penal.

La limitación que se establece para perseguir el delito, que se concreta en una iniciación del proceso sólo a requerimiento del agraviado o de su representante legal, está justificada, dicen MORALES PRATS Y MORON LERMA<sup>21</sup> en que estos delitos de corte económico con aportaciones civiles y administrativas la iniciativa del perjudicado se hace necesaria para justificar la intervención del derecho penal y no otra rama del derecho, a lo que hay que unir que por la singularidad de estos tipos delictivos sin participación del afectado difícilmente prosperarían.

La denuncia exigible, que no es una querrela que supone un mayor esfuerzo para el agraviado, solo puede interponerla éste o su representante legal en el caso que no esté capacitado para ello, no haciendo referencia al perjudicado el art. 187.1 CP probablemente porque el agraviado puede serlo una persona que no es perjudicada económicamente por el delito, aunque generalmente coincidirán ambos en una misma persona física o jurídica.

Por otra parte entra en juego la institución del Ministerio Fiscal, como es consustancial con su naturaleza, cuando el agraviado sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, en cuyo caso el Fiscal examinará las circunstancias concurrentes en la conducta con apariencia de delito y valorará la necesidad de su intervención, lo que se desprende de la redacción del tipo cuando dice que también *podrá* denunciar.

En este contexto de necesidad de denuncia dispone el art. 287.2 CP que *no será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas*. Afectará a los intereses generales en cuando sufra un ataque el bien jurídico que atente al funcionamiento del mercado, como puede ser la detracción de bienes de primera necesidad de aquél, o cuando se coticen valores bursátiles que han entrado en el mercado secundario oficial con una alteración o falsedad del folleto con información la económico-financiera a que se refiere el art. 282 bis párrafo 1º CP. No afectará a los intereses generales la manipulación de un aparato automático que facture cantidades superiores por productos o servicios, puesto que ello puede tener relación con una o varias personas exclusivamente.

No será necesaria la denuncia cuando el delito afecte a una pluralidad de personas, lo que acontecerá habitualmente en este grupo de conductas delictivas que hemos examinado, porque su propia esencia conduce a ello, ya sean al colectivo consumidores o al colectivo inversor como el supuesto del último artículo citado, en definitiva en los supuestos que se detecten como agraviados una pluralidad indeterminada de personas no será necesaria la denuncia, o cuando sean determinadas esas personas en un número, que sin hacer una cuantificación inamovible, podrán ser a partir de 20 los agraviados.

El art. 288 CP prevé otras dos disposiciones generales para los delitos que tratamos, por una parte en su párrafo 1º establece que *en los supuestos previstos en los artículos anteriores se*

<sup>21</sup> MORALES PRATS, Fermín Y MORON LERMA, Esther. *Comentarios al Código Penal*. Tomo II Parte Especial. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2016, pág. 438.

dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado, supuestos en los que se encuentran los delitos que hemos estudiado, conteniendo dos posibilidades, una la obligatoriedad del Juez de disponer la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales, publicación que no se prevé como facultad judicial sino como un imperativo a tenor de la conjugación del verbo que utiliza.

Por otro lado, ya a solicitud del perjudicado, se entiende el que ha visto su patrimonio disminuido por el delito, podrá el Juez, sin que la norma se lo imponga, publicar la sentencia en cualquier otro medio de comunicación o informativo, cuyos gastos los hará efectivos el condenado.

El sentido de la norma en uno u otro supuesto parece más preventivo que represivo, puesto que el dar a conocer la sentencia por una u otra vía, se dirige a que se determine a la persona física o jurídica que ha cometido la infracción penal y cuando promueva acciones en el mercado se tomen las prevenciones necesarias para evitar el riesgo de reiteración delictiva.

La responsabilidad de las personas jurídicas alcanza a los que según lo establecido en el artículo 31 bis sean responsables de los delitos recogidos en este Capítulo, que es XI del título XIII del libro II CP, *De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores* y respecto a lo que ahora nos interesa se establece un régimen punitivo diferente para el delito del art. 283 y otro para los delitos de los arts. 281, 282, 282 bis CP, ello atendiendo a la naturaleza de la conducta del delito de *facturación de cantidades superiores*, que no admite la identidad de penas que en los otros tipos citados.

La responsabilidad penal de la persona jurídica está encaminada a sancionar a las sociedades o empresas que en las condiciones del art. 31 bis CP se valen de las personas físicas para cometer los delitos relativos a los consumidores a que nos hemos referido anteriormente, generando un beneficio directo o indirecto para empresa, no procediendo tal responsabilidad a los entes públicos conforme a lo previsto en el art. 31 quinquies.1 CP afirmando que las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas, por tanto el delito relativo a los consumidores cometido por autoridad o funcionario público no alcanzará al ente del que dependa por aplicación de esa norma, exclusión que habrá que tenerse en cuenta cuando los delitos se realicen en la estructura de esas personas jurídicas públicas.

Para la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas téngase en cuenta la Circular 1/2016, de 22 de enero de la FGE y las SSTs, Sala Segunda, 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016 de 16 marzo, como material más relevante para tal fin, sin que entremos en un estudio general de esa responsabilidad penal por no ser objeto de esta publicación, sólo añadir que nos parece del todo punto acertado que se establezca esta responsabilidad en las sociedades o entes que se ven favorecidas por la comisión de los delitos tratados por las personas físicas que se describen en el art. 31 bis 1 CP, siempre que se detecte un defecto de organización en la persona jurídica que haya motivado la comisión del delito y consecuentemente ello genere la responsabilidad penal para ésta.

## Bibliografía

- ESCRIHUELA CHUMILLA, Francisco Javier. *Colección Todo Penal*. Editorial Wolters Kluwer La Ley. Madrid, 2016.
- FARALDO CABANA, Patricia. *Comentarios al Código Penal*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2011.
- GARCÍA VALDES, Carlos y FIGUEROA NAVARRO, María Carmen. *Enciclopedia Penal Básica*. Editorial Comares. Granada, 2002.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Comentarios al Código Penal*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2011.
- MARTÍN PALLIN, José Antonio. *Protección penal de los consumidores*. Diario La Ley, Sección Doctrina, Ref. D-165, tomo 3, Editorial LA LEY. Madrid, 1996.

- MARTÍNEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Facturación ilícita*. En delitos relativos a la propiedad industrial, el mercado y los consumidores. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1997.
- MESTRE DELGADO, Esteban. *DELITOS. La parte especial del derecho penal*. Editorial Dykinson SL, 2ª edición. Madrid, 2017.
- MORALES GARCÍA, Óscar. *Comentarios al Código Penal*. Tomo II Parte Especial. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2011.
- MORALES PRATS, Fermín. *Comentarios al Código Penal*. Tomo II Parte Especial. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2011.
- MORALES PRATS, Fermín y MORON LERMA, Esther. *Comentarios al Código Penal*. Tomo II Parte Especial. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2016.
- MUÑOZ CUESTA, Javier. *Publicidad engañosa: una figura delictiva de contornos poco definidos que dificultan su aplicación*. Revista Aranzadi Doctrinal num.1/2010. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal*. Tomo II Parte Especial. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel. *Comentarios al Código Penal*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2011.
- SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando y DOLZ LAGO, Manuel Jesús. *Delitos societarios y conductas afines. La responsabilidad penal y civil de la sociedad, sus socios y administradores*. Editorial La ley. Cuarta edición. Madrid, 2017.
- SERRANO GÓMEZ, *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*. Editorial Dykinson SL, 3ª edición. Madrid, 2016.