

CIRCULAR 2/2018, SOBRE NUEVAS DIRECTRICES EN MATERIA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

1. Introducción.–2. El Fiscal de consumo.–2.1 Organización del servicio.–2.2 Coordinación.–2.3 Diligencias preprocesales.–2.4 Cuestiones prejudiciales europeas.–3. La acción individual.–3.1 Cuestiones de competencia: el fuero especial del consumidor.–3.2 Intervención cuando originariamente el Fiscal no es demandante ni demandado (art. 13 LEC).–3.3 Áreas de intervención prioritaria.–3.3.1 Situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.–3.3.2 El consumidor vulnerable.–3.3.3 Bienes de Consumo Ordinario o Generalizado.–3.4 Recapitulación. Examen particular de la legitimación para intervenir en defensa de los deudores hipotecarios y protección de los inversores minoristas.–3.4.1 Protección de los deudores hipotecarios.–3.4.2 Protección de los inversores minoristas.–4. La acción colectiva.–4.1 Revisión de la Circular 2/2010.–4.1.1 Competencia objetiva.–4.1.2 Nueva redacción del art. 53 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.–4.2 Eficacia *ultra partes* de las sentencias dictadas en litigios en que se ejercitan acciones colectivas.–4.3 Materias en las que puede ejercerse la acción colectiva de cesación.–4.4 Algunas cuestiones que plantea la ejecución: la tutela de los intereses difusos.–4.5 Breve referencia a la tutela cautelar.–4.6 Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras dictadas en procedimientos derivados de acciones colectivas.–5. La intervención en la jurisdicción contencioso-administrativa.–6. Cláusula de vigencia.–7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El estatuto de protección de los derechos de los consumidores y usuarios puede calificarse de complejo y esencialmente dinámico. La complejidad radica, por un lado, en las diversas fuentes (Unión Europea, Estado, Comunidades Autónomas) que, de forma constante, están emanando nuevas normas. Por otro, en su distinta naturaleza, comprendiendo disposiciones de carácter público y privado. Por ello se ha afirmado que «difícilmente podrá encontrarse codificado en un conjunto» constituyendo, más bien, «la resultante de la suma de las actuaciones normativas enderezadas a este objetivo, de los distintos poderes públicos que integran el Estado, con base en su respectivo acervo competencial» (STC n.º 88/1986, de 1 de julio).

Su carácter intrínsecamente evolutivo se demuestra en la permanente creación y desarrollo de nuevas formas de relación de consumo. Lo anterior implica el análisis de los diferentes sectores en los que puede ser preciso el amparo de los poderes públicos para la efectiva tutela de la parte más débil. La diversidad de los productos y servicios, el distinto perfil de los potenciales consumidores y usuarios y otros factores como pueden ser las nuevas tecnologías o la aparición de nuevas modalidades de publicidad o de prácticas comerciales hacen que esta materia precise de una periódica revisión que, en la medida de lo posible, evite la obsolescencia.

En este marco diverso y en permanente movimiento, cobra todo su sentido el principio proclamado por el Constituyente en el art. 51.1 CE, al reclamar a los poderes públicos que garanticen la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos mediante «procedimientos eficaces» (art. 51 CE). Ello se concreta, especialmente, «ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión», en virtud de lo dispuesto en el art. 8, letra «f», del RDL 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* (en adelante, TRLGDCU).

Dentro de la pluralidad de mecanismos tuitivos, el Ministerio Fiscal se integra en el marco de la protección jurídica. Ya la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998, *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores*, incorporó –dentro de las entidades habilitadas para ejercitar la acción– la posibilidad de que lo fuera «cualquier organismo u organización, correctamente constituido con arreglo a la legislación de un Estado miembro, que posea un interés legítimo». El interés legítimo hace referencia a los intereses colectivos de los consumidores protegidos por la normativa comunitaria en materia de acciones de cesación. La norma incluía a los «organismos públicos independientes específicamente encargados» de la protección de tales intereses «en los Estados miembros en los que existan tales organismos». El texto referido se trasladó, literalmente, al actual art. 3 de 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 precedente 98/27/CE.

En nuestro país, la LEC 1/2000 fue inicialmente reformada por Ley 39/2002, de 28 de octubre, *de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de pro-*

tección 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.

Una modificación posterior, llevada a cabo por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, *por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios*, insertó en el art. 15 de la LEC 1/2000 –referido a la publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios– una específica mención al Ministerio Público, atribuyéndole la condición de parte en los procesos en los que «el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación». Esta condición se circunscribió a aquellos casos en los que «el interés social» lo justificara, determinando la obligación del Juzgado de comunicar la iniciación al MF para que valorase «la posibilidad de su personación».

Bajo esta normativa, se emitieron las primeras directrices por la Fiscalía General del Estado en 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*, cuyo contenido se centra, principalmente, en la acción colectiva de cesación.

Al amparo de estas normas, el Ministerio Fiscal español ha tratado de incrementar su presencia, de forma progresiva, en el ámbito de las acciones colectivas en materia de consumo.

Finalmente, el art. 11 fue nuevamente reformado 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. Esta norma entró en vigor al día siguiente de su publicación (BOE de 28 de marzo de 2014) e incluyó un nuevo apartado 5 con el siguiente tenor: «el Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios». De esta manera, se atribuye al Ministerio Fiscal un amplio margen de actuación en este campo, sin distinción entre la acción individual y la colectiva.

La precitada modificación normativa exige que se dicte una nueva Circular dirigida a la actualización de los criterios jurídicos y organizativos. La ausencia de limitación aparente en la legitimación del

Ministerio Fiscal no implica una intervención generalizada en todo tipo de procedimientos, debiendo determinarse aquellas áreas que se consideran prioritarias.

Es necesario destacar que la atribución de esta facultad al Ministerio Fiscal no es exclusiva del ordenamiento español. Un ejemplo nos lo suministra la experiencia portuguesa, cuya Constitución reconoce el derecho fundamental a la acción popular en su art. 52.3, desarrollado por la Ley n.º 83/95, de 31 de agosto (*Direito de participação procedimental e de acção popular*), que contiene una mención específica del Ministerio Público (art. 16). El art. 31 del *Código de Processo Civil* recoge la legitimación del MP portugués para el ejercicio de las acciones dirigidas a la protección del consumo de bienes y servicios, previsión que también contienen las leyes sectoriales como la *Lei das Cláusulas Contratuais Gerais* (DL n.º 446/85, de 25 de octubre, art. 26).

En el marco iberoamericano también se observa la presencia del Fiscal en el ámbito de las acciones colectivas de consumo. Pueden citarse, por ejemplo, la legislación de Argentina, Colombia, Uruguay o México, siendo particularmente destacable la experiencia brasileña.

Menos habitual resulta, por el contrario, en el derecho comparado, la intervención del Ministerio Público en el ámbito contencioso-administrativo, que sin embargo en nuestro país no solo aparece como una nota característica de esta Jurisdicción desde su consolidación formal en el último tercio del siglo XIX, sino que trae causa del propio origen histórico de la institución del Fiscal en España, vinculada directamente al concepto mismo y al desarrollo histórico de la Administración Pública, en el contexto del nacimiento del Estado moderno.

Pues bien, las reformas legales reseñadas han afectado también de manera decisiva, como se verá, a la posición y la intervención de la Fiscalía cuando se trata de defender los derechos e intereses de los consumidores y usuarios frente a actos o disposiciones de las Administraciones Públicas. Esta es ya una realidad reconocida y asumida por la propia Jurisdicción, empezando por el Tribunal Supremo. Se hace necesario por ello incorporar a la presente Circular una referencia explícita a ese nuevo y creciente campo de actuación de la Fiscalía, en el que, lejos de subrayar diferencias o delimitar parcelas de actuación respecto de su intervención en el terreno civil o mercantil, se trata precisamente de reforzar la coordinación y el intercambio de criterios en el seno del principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal.

2. EL FISCAL DE CONSUMO

2.1 Organización del servicio

La Circular 2/2010 concluyó que «en todas aquellas Fiscalías Territoriales cuyo volumen de trabajo lo justifique, el Fiscal Jefe habrá de designar un Fiscal encargado de la coordinación de las diligencias informativas y los procedimientos judiciales de esta naturaleza en el ámbito civil, a fin de facilitar su registro y el seguimiento de las intervenciones del Ministerio Público y de las resoluciones que los órganos judiciales adopten en los procedimientos relativos a acciones colectivas en los que se vean afectados los intereses generales».

Las reformas llevadas a cabo en el EOMF por las Leyes 14/2003, de 26 de mayo y 24/2007, de 9 de octubre supusieron el espaldarazo definitivo hacia el principio de especialización por materias de la Fiscalía. Como expresa la exposición de motivos de la primera de estas normas, «la realidad, pues, se ha empeñado en demostrar que el diseño estatutario basado en un eje jerárquico integrado por el Fiscal Jefe, Teniente Fiscal y Fiscales ha sido superado por una irreversible presencia del Fiscal en numerosas parcelas jurídicas, algunas de ellas caracterizadas por importantes exigencias de especialización». En esta misma idea se insiste en la exposición de motivos de la Ley 24/2007, en la que se «opta decididamente por dar un mayor impulso al principio de especialización», de forma que este principio «forme parte sustancial de la estructura organizativa de la Fiscalía».

Tanto por la orientación legislativa –plasmada en el aumento de competencias, indicado en el anterior epígrafe– como por la necesidad percibida en los últimos años –manifestada en los procesos civiles de gran impacto social en materia de consumo–, resulta preciso avanzar en el principio de especialización en esta concreta área.

A tal efecto, se considera que la materia de consumidores y usuarios debe quedar integrada en las Secciones de lo Civil de las Fiscalías territoriales, en coherencia con el ámbito funcional de éstas que aparece descrito en los apartados I y II de la Instrucción 4/2009, de 29 de diciembre, *sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas*.

Del mismo modo, la figura del Fiscal encargado de la materia de consumidores y usuarios ha de quedar integrada, a estos efectos, en la Sección de lo Civil. Aunque no ostente propiamente la condición de Fiscal Delegado, en su designación habrán de observarse los trámites previstos en el apartado I.e) de la Instrucción 5/2008, de 18 de diciem-

bre, *sobre adaptación del sistema de nombramiento y estatus de los delegados de las secciones especializadas de las Fiscalías y del régimen interno de comunicación y relación con las áreas de especialización delegadas tras la reforma del EOMF operada por Ley 24/2007, de 9 de octubre*. Por lo tanto, será designado por el Fiscal Jefe Provincial, previa oferta «entre todos los Fiscales de la correspondiente plantilla» –incluida la de Área, en su caso– y resolviéndose con preferencia en favor de «aquellos que por razón de las anteriores funciones desempeñadas, cursos impartidos o superados o por cualquier otra circunstancia análoga, se hayan especializado en la materia». Los nombramientos y ceses «serán puestos en conocimiento del correspondiente Fiscal de Sala Delegado».

Obviamente, nada impide que la designación recaiga en quien ya ostente la condición de Fiscal Delegado de la Sección de lo Civil, que en todo caso ejercerá las funciones de dirección y organización que le hayan sido asignadas por el Fiscal Jefe Provincial en el decreto correspondiente. De esta manera, la actuación del Fiscal encargado de la materia de consumidores y usuarios quedará bajo la supervisión y coordinación del Fiscal Delegado provincial. Y del mismo modo, ambos estarán sujetos a las facultades atribuidas al Fiscal designado a nivel autonómico, en los términos previstos en la Instrucción 4/2016, de 22 de diciembre, *sobre las funciones del Fiscal Delegado de la especialidad civil y de protección jurídica de las personas con discapacidad de las Comunidades Autónomas*.

La especialización, obviamente, debe adaptarse a las singularidades de cada territorio. Lo anterior significa que se podrán designar uno o varios Fiscales encargados de esta materia que, según las características de cada Fiscalía, ejercerán sus funciones en régimen de exclusividad o compatibilizando esa actividad especializada con la prestación de otros servicios.

Igualmente, en los casos en que así lo aconseje el volumen o entidad de los asuntos que deban asumirse, se podrá designar un Fiscal de Enlace en la correspondiente Fiscalía de Área, en los términos previstos en la Instrucción 1/2015, de 13 de julio, *sobre algunas cuestiones en relación con las funciones de los Fiscales de Sala Coordinadores y los Fiscales de Sala Delegados*, designación que podrá recaer en quien ya ostente tal condición en relación con la materia civil.

Este esquema organizativo permitirá a la Fiscalía poder ofrecer a la sociedad de la correspondiente área, provincia o comunidad autónoma un referente concreto, conocido y accesible. Al mismo tiempo, impulsará la formación de una red de especialistas que facilitará la coordinación vertical y la unificación de criterios.

El encuadramiento en la materia civil implica, en el ámbito orgánico, el papel central del Fiscal de Sala Delegado de esta especialidad, sin perjuicio de las facultades de los Fiscales Jefes de cada uno de los órganos territoriales, en los términos expuestos en la Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, *sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 de la CE*, y en la Instrucción 1/2015, de 13 de julio, *sobre algunas cuestiones en relación con las funciones de los Fiscales de Sala Coordinadores y los Fiscales de Sala Delegados*.

A tal efecto, esta arquitectura funcional deberá tener su correspondiente reflejo en las Memorias anuales de cada Fiscalía, en las que se habrá de hacer una referencia específica, en apartado singularizado, a la actuación llevada a cabo en esta materia durante cada ejercicio, con el formato y contenido que fije el Fiscal de Sala Delegado de lo Civil. De esta forma, se flexibiliza la dación de cuentas en esta materia, quedando sin efecto la obligatoriedad semestral a que se refería el penúltimo párrafo del apartado I de la Circular 2/2010.

2.2 Coordinación

El art. 51 CE exige la actuación coordinada de todas las Administraciones implicadas al objeto de garantizar la protección y defensa de los consumidores y usuarios. La coordinación de todos los poderes públicos y el deber de colaboración interadministrativa tienen incidencia especial en el ámbito de la protección de determinados colectivos que precisan de una defensa más intensa debido a las posibles situaciones de abuso. El papel destacado de las organizaciones de consumidores y usuarios más representativas se subraya en el art. 51.2 CE y en la normativa de desarrollo.

En el ámbito de la Unión Europea, dentro del marco de la protección de los consumidores previsto en los arts. 38 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* y en el art. 169 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, se ha subrayado la necesidad de la cooperación interadministrativa y el papel esencial de las organizaciones de consumidores. Muestra de ello son el Reglamento (CE) 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de octubre de 2004, *sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores (Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores)* que se ha visto actualizado y potenciado por el posterior Reglamento (UE) 2017/2394 del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, *sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 2006/2004*, que será aplicable a partir del 17 de enero de 2020.

El *Acuerdo de entendimiento entre el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, la FGE, el Instituto Nacional de Consumo y el Consejo de Consumidores y Usuarios* (14 de marzo de 2011) expresó que «la protección del consumidor constituye un interés público común» cuya defensa se encomienda normativamente a distintas instituciones públicas y a las Asociaciones de Consumidores y usuarios, estableciendo un sistema de colaboración «regular y estable».

El objeto del convenio se concreta en tres puntos: 1.º Promover la aportación de información relevante en relación con la protección de los legítimos derechos de los consumidores y usuarios 2.º Impulsar el desarrollo de actuaciones judiciales, que por su trascendencia colectiva, aconsejen el ejercicio de acciones de cesación o la persecución penal. 3.º Colaborar en la formación jurídica de técnicos de consumo, vinculados a las Administraciones Públicas, asociaciones de consumidores y usuarios y fiscales.

La asunción por las diferentes Comunidades Autónomas de competencias en materia de consumo y la estructuración de los diferentes servicios conforme a su legislación propia aconsejan promover convenios de estas características en las CCAA. La Instrucción 4/2016 indicó a los Sres. Fiscales Delegados de las CCAA la necesidad de «coordinar 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».

Por último, es importante destacar que la intervención de oficio en esta materia no está limitada al Ministerio Fiscal, sino que nuestras Leyes procesales ofrecen un amplio margen para la actuación de los órganos judiciales. Puede citarse el art. 552 LEC en materia de cláusulas abusivas, siguiendo la interpretación del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CC del Consejo de 5 de abril de 1993 dada por el TJUE (entre otras, las SSTJUE, Sala 1.ª, de 26 de octubre de 2006, n.º C-168/2005 –caso Mostaza Claro– y, Sala 4.ª, de 4 de junio de 2009, n.º C-243/2008 –caso Pannon–). Lo anterior ha determinado que el CGPJ haya firmado diversos convenios en este ámbito como los realizados con la Junta de Andalucía y la Federación Andaluza de Municipios y Provincias (1 de marzo de 2016, prorrogado por adenda de 13 de marzo de 2017), Junta de Comunidades de Castilla – La Mancha (13 de junio de

2016) o el Gobierno de Navarra y la Federación Navarra de Municipios y Concejos (22 de septiembre de 2016) en materia de detección de supuestos de vulnerabilidad en procedimientos de desahucios y ejecución hipotecarias.

2.3 Diligencias preprocesales

Las diligencias preprocesales carecen de procedimiento expresamente regulado y han sido objeto de escaso tratamiento tanto legal como doctrinal. A ellas hace referencia el último párrafo del artículo 5 EOMF, tras la reforma introducida por la Ley 14/2003, que dispone que *también podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye*.

De utilización cotidiana por el Ministerio Fiscal en distintos ámbitos, particularmente –en lo que concierne a la materia civil– en cuestiones referentes a adultos que pueden encontrarse en situación de modificación judicial de la capacidad o de menores, también presentan un importante campo de aplicación en esta área, como subrayó la Circular 2/2010 (apartado IV. C y conclusión 2.^a), refiriéndose a la acción colectiva.

La Circular 4/2013, de 30 de diciembre, *sobre las diligencias de investigación*, contiene un apartado XX, titulado «diligencias preprocesales en ámbitos no penales», que resume la doctrina de la FGE. Este tipo de diligencias presenta una serie de singularidades que le separan de las diligencias de investigación tanto en aspectos materiales (por su naturaleza extrapenal pueden relajarse los principios de contradicción y defensa), como adjetivos (denominación, registro y numeración diferenciados). Es de subrayar que no están sometidas al plazo máximo de duración de seis meses, ni a la necesidad de petición de prórroga. Lo anterior, obviamente no puede interpretarse como una atenuación en la celeridad que debe necesariamente inspirar a los Sres. Fiscales en su tramitación.

Generalmente se encuentran destinadas a las actuaciones previas al ejercicio de acciones, singularmente mediante la interposición de una demanda civil, recabando los datos que se consideren de interés para su preparación.

Obviamente, también pueden servir para valorar si la citada demanda debe o no presentarse.

No se limitan, sin embargo, al citado cometido, sino que sirven de soporte adecuado y flexible para diversas actividades que no desembocan necesariamente en el marco de un proceso.

Un campo importante es el derivado de la coordinación institucional a la que se refiere el art. 103 CE. Esta resulta de particular relevancia cuando el ilícito constituye una infracción administrativa. En principio, no existe norma general y solamente en casos concretos la Ley prevé que el Ministerio Fiscal comunique a la autoridad administrativa extremos de los que tenga conocimiento y de los que puedan derivarse consecuencias administrativo-sancionadoras. Ahora bien, de esta regulación fragmentaria cabe extraer un principio de «comunicación interorgánica» o interinstitucional, asumido por la Fiscalía General del Estado (vid. Instrucciones de la Fiscalía General del Estado 4/1991 de 13 de junio, 2/1999 de 17 de mayo, y 1/2003, de 7 de abril, todas ellas en materia de tráfico; Instrucciones 7/1991, de 11 de noviembre y 1/2001, de 9 de mayo, en materia de siniestralidad laboral; Consulta 2/1996 de 19 de febrero, en materia de defraudaciones a la Seguridad Social; Circular 1/2002, de 19 febrero, en materia de extranjería; Instrucciones 1/2009, de 27 de marzo, y 10/2005, de 6 de octubre, en materia de protección de menores). El fundamento de estos actos de comunicación radica, en última instancia, en que el Derecho administrativo sancionador y el Derecho Penal son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, derivadas del artículo 25 CE (STC n.º 18/1981, de 8 de junio) y en la función de defensa de la legalidad que el art. 124 CE atribuye al Fiscal.

De conformidad con lo dispuesto en las Circulares 2/2010 y 4/2013, las diligencias preprocesales habrán de constar debidamente registradas en los archivos de la Fiscalía, quedando reflejado su número y objeto, así como el Fiscal asignado para su tramitación. Del mismo modo, se dejará constancia de la fecha de incoación y de finalización, así como el sentido de la resolución adoptada (normalmente, archivo o demanda).

Los decretos emitidos en el seno de las citadas diligencias preprocesales tendrán una motivación razonada y proporcionada a su objeto, particularmente los de apertura y conclusión.

2.4 Cuestiones prejudiciales europeas

Una importante función del Fiscal de Consumo radica en su intervención en las cuestiones prejudiciales europeas. En este sentido, la Instrucción 1/2016, de 7 de enero, *sobre la intervención del Fiscal en*

las cuestiones prejudiciales europeas, concluye que «cuando se suscite la cuestión prejudicial en un procedimiento para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios, el Fiscal deberá emitir el correspondiente dictamen, aunque no se hubiera constituido con anterioridad como parte, siempre que aprecie interés social». Se aparta este criterio del general que limita su intervención «cuando sea parte en el procedimiento en que se susciten» debido al amplio margen conferido por el art. 11.5 LEC.

Son aplicables las restantes previsiones citadas en el referido documento, subrayándose la necesaria puesta en conocimiento del Fiscal de Sala Delegado en la materia civil «para solicitar instrucciones sobre el contenido del informe a emitir».

Nótese que la Instrucción no exige el dictamen en todo caso, sino que lo limita a aquellos en que se aprecie «interés social» que, como señala la Circular 2/2010, constituye una «especie del interés público» que «conecta con el Capítulo III del Título I de la Constitución que se refiere a los principios rectores de la política social y económica, contenidos en los arts. 48 a 53 CE».

3. LA ACCIÓN INDIVIDUAL

La notable ampliación de la legitimación del Ministerio Fiscal, derivada de la nueva redacción del art. 11.5 LEC, determina la necesidad de fijar criterios de actuación en lo referente a las acciones individuales. Dicha temática no fue contemplada en la Circular 2/2010 que se centró en las acciones colectivas, y particularmente, en la de cesación.

Precisamente, el carácter individual de estas acciones impide trasladar de forma automática los criterios manejados entonces, y aconseja modular el nivel de intervención del Ministerio Fiscal en coherencia con el sentido y finalidad de los principios funcionales de nuestra institución, recogidos en el art. 124 CE.

3.1 Cuestiones de competencia: el fuero especial del consumidor

El art. 3.8 EOMF dispone que «corresponde al Ministerio Fiscal (...) mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales, promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes, e intervenir en las promovidas por otros».

Es importante, en primer lugar, realizar una simple mención a las normas de competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores previstas en los arts. 17 a 19 del Reglamento n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*.

En segundo lugar, en lo que concierne a competencia objetiva, es necesario subrayar la modificación realizada por la LO 7/2015, de 21 de julio, *por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, en los arts. 82.2.2.º y 86 ter.2.d LOPJ que determina que la acción individual en los procedimientos relativos a condiciones generales de contratación se residence ahora en los Juzgados de Primera Instancia (el conocimiento de los recursos, sin embargo, se atribuye a las Secciones especializadas de las Audiencias Provinciales). La reforma mantiene los ámbitos tradicionales de los Juzgados de lo Mercantil, como la competencia desleal o la publicidad, que se contienen en el citado art. 86 ter.

Las cuestiones de competencia territorial, que se abordarán seguidamente, son las que plantean mayor complejidad.

Tanto para las personas físicas (art. 50 LEC) como para las jurídicas (art. 51 LEC) el fuero general se ubica, en primer término, en el lugar del domicilio del demandado. También constituye regla el carácter dispositivo de este tipo de normas (art. 54 LEC), aunque ello quiebra en los asuntos que deban decidirse por juicio verbal, donde no cabe la sumisión expresa ni la tácita.

Las disposiciones referidas, sin embargo, no son aplicables a la materia de consumidores y usuarios. Por un lado, el art. 54.2 LEC dispone que «no será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios». El art. 54.1 LEC, por su parte, establece el carácter imperativo de las reglas contenidas en diversos apartados del art. 52.1 (algunos de los cuales hace referencia a la materia de consumidores y usuarios, como el n.º 14, referido a la no incorporación al contrato o a la nulidad de cláusulas de condiciones generales de la contratación).

Por otra parte, la Ley 42/2015, de 5 de octubre, *de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, añadió un apartado 3 al art. 52 LEC con el siguiente tenor: «cuando las normas de los apartados anteriores no fueren de aplicación a los litigios derivados del ejercicio de acciones individuales de consumidores o usuarios será competente, a elección del consumidor o usuario, el tribunal de su domicilio o el tribunal correspondiente conforme a los artículos 50

y 51». Dicha norma tiene carácter imperativo (AATS de 22 de junio de 2016, rec. 869/2016 y de 18 de enero de 2017, rec. 1032/2016, entre otros).

El TS, con anterioridad a la modificación legislativa, ya había expresado que debía prevalecer el fuero imperativo del art. 52.2 LEC (limitado, con anterioridad a la reforma de la Ley 42/2015, al Juzgado del domicilio del consumidor). El precepto hace referencia a los «litigios en materia de seguros, ventas a plazos de bienes muebles corporales y contratos destinados a su financiación, así como en materia de contratos de prestación de servicios o relativos a bienes muebles cuya celebración hubiera sido precedida de oferta pública». Dicha norma, hoy también vigente, tiene como fin «impedir privilegios procesales para las empresas dedicadas a la contratación en masa o por vías o medios que la sitúan en una posición inicialmente más ventajosa que la del aceptante de sus ofertas» (así, AATS de 29 de mayo de 2012, rec. 55/2012 y de 16 de septiembre de 2015, rec. 121/2015, entre otros). El TS admitió esta postura incluso cuando pudiera ser dudoso el factor de la oferta pública precedente al contrato, en el caso concreto, por considerar que esta interpretación era la más favorecedora para el usuario, de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (en este sentido, entre otros muchos, AATS, Sala 1.ª, de 13 de abril de 2007, rec. 20/2007; de 18 de junio de 2008, rec. 69/2008; de 26 de mayo de 2009, rec. 53/2009; de 13 de abril de 2010, rec. 24/2010; de 13 de septiembre de 2011, rec. 124/2011; de 13 de marzo de 2012, rec. 20/2012; de 3 de septiembre de 2013, rec. 118/2013; de 7 de octubre de 2014, rec. 128/2014, y de 24 de junio de 2015, rec. 102/2015).

Con fundamento en el citado art. 52.2 LEC y de forma amplia, se aplicó el fuero del domicilio del consumidor a buena parte de las relaciones de consumo. Así, como simples ejemplos y con carácter no exhaustivo, contrato de transporte aéreo –billete electrónico– (ATS de 2 de febrero de 2010, rec. 396/2009; de 11 de enero de 2011, rec. 532/2010, y de 13 de enero de 2016, rec. 168/2015), consumo de producto defectuoso (lata de aceitunas adquirida en un supermercado, ATS de 9 de abril de 2013, rec. 257/2012), cobro indebido de cargos en tarjeta de crédito por entidad bancaria (ATS de 25 de mayo de 2016, rec. 656/2016), venta de localidades por Internet (ATS de 21 de mayo de 2013, rec. 63/2013), devolución de matrícula de curso a distancia (ATS de 27 de enero de 2016, rec. 201/2015), reclamaciones en servicios de telefonía (ATS de 29 de junio de 2016, rec. 758/2016), cobro indebido de servicios de televisión digital (ATS de 29 de abril

de 2015, rec. 7/2015), artículos adquiridos por vía telemática (ATS de 14 de enero de 2014, rec. 192/2013 y de 1 de diciembre de 2009, rec. 269/2009), suministro de gas (ATS de 9 de septiembre de 2014, rec. 112/2014 y de 16 de diciembre de 2015, rec. 184/2015).

Muchas resoluciones fundamentaron este criterio en el derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor que, para reclamaciones de pequeña cuantía, podría verse obligado a demandar fuera de su partido, lo que claramente resulta contrario a su estatuto protector (así, entre otras, ATS de 1 de junio de 2016, rec 251/2015 y de 11 de enero de 2017, rec. 1056/2016).

Otras, con fundamento en el mismo derecho, subrayaron que «la realidad social muestra una práctica generalizada de contratación de servicios por vía telefónica o telemática en la que el consumidor suele estar perfectamente localizado mientras que la exacta localización de la compañía con la que contrata, o de los empleados que lo hacen en su nombre, resulta extremadamente difícil» (entre otros, AATS de 27 de octubre de 2009, rec. 233/2009, y de 3 de septiembre de 2013, rec. 118/2013).

Desde el punto de vista de la legislación sobre consumidores y usuarios, es necesario traer a colación el art. 90 TRLGDCU que considera, entre otras, abusiva la cláusula que establezca «la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble». El TJUE, refiriéndose a la Directiva 93/13/CEE, señaló: «Una cláusula de esta naturaleza, cuyo objeto consiste en atribuir la competencia, en todos los litigios que tengan su origen en el contrato, a un órgano jurisdiccional en cuyo territorio se halla el domicilio del profesional, impone al consumidor la obligación de someterse a la competencia exclusiva de un Tribunal que puede estar lejos de su domicilio, lo que puede hacer más dificultosa su comparecencia. En los casos de litigios de escasa cuantía, los gastos correspondientes a la comparecencia del consumidor podrían resultar disuasorios y dar lugar a que éste renuncie a interponer un recurso judicial y a defenderse. Una cláusula de esta índole queda así comprendida en la categoría de aquellas que tienen por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, a que se refiere el punto 1, letra q) del Anexo de la Directiva». El TJUE expresa que dicha cláusula «debe considerarse abusiva a los efectos del artículo 3 de la Directiva, en la medida en que, a pesar de la exigencia de buena fe, crea, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligacio-

nes de las partes que se derivan del contrato» (STJUE de 27 de junio de 2000, n.º C-240/98 a C-244/98, acumulados –caso Océano Grupo Editorial y Salvat Editores–).

Sin embargo, el art. 52.2 LEC no era aplicable a todos los casos. En concreto, el TS estimó que la acción de nulidad de las órdenes de suscripción de obligaciones subordinadas o de participaciones preferentes no era susceptible de ser incluida. En este caso –razona el TS–, no se trata de contratos cuya celebración hubiera venido precedida de oferta pública, sino que venía derivada de una negociación privada entre el cliente y la entidad financiera, tras un ofrecimiento particular (entre otros, AATS de 17 de febrero de 2016, rec. 195/2015 y rec. 241/2015). La reforma operada por la Ley 42/2015, al añadir el apartado 3, dio lugar a que dicha doctrina ya no resultara aplicable a partir de su entrada en vigor, dado que se trata de un fuero imperativo (ATS de 22 de junio de 2016, rec. 869/2016).

El fuero sólo puede aplicarse a relaciones de consumo propiamente dichas, quedando excluidas aquellas en las que no figure la condición de consumidor o usuario de una de las partes (art. 3 TRLGDCU). El TS ha excluido, por ejemplo, contrataciones de servicios realizadas por una comunidad de bienes dentro de su actividad empresarial (ATS de 1 de junio de 2016, rec. 595/2016) o por persona jurídica dentro de su actividad profesional (ATS de 22 de marzo de 2017, rec. 1107/2016). Debe recordarse que pueden darse supuestos en los que estén presentes tanto la satisfacción de las necesidades personales como las vinculadas a actividades profesionales o comerciales. En este último caso, el TS se inclina por el criterio del objeto predominante en atención a la jurisprudencia comunitaria con el siguiente razonamiento: «Ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato –más allá de un criterio puramente cuantitativo– y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba» (STS n.º 224/2017, de 5 de abril).

La nueva redacción de la LEC establece un fuero electivo (domicilio del consumidor o usuario o el correspondiente conforme a los arts. 50 y 51 LEC) «a elección del consumidor o usuario». Este fuero elec-

tivo se contempla tanto en el nuevo apartado 3 como en el apartado 2 del art. 52 que, manteniendo su redacción, se ha visto modificado al añadir un último inciso («o el que corresponda conforme a las normas de los artículos 50 y 51, a elección del demandante»).

Debe reseñarse también la especialidad del procedimiento monitorio que, por su peculiar naturaleza jurídica, hace inaplicable las previsiones contenidas en el art. 52.2 LEC. La determinación de la competencia territorial se realiza, en este tipo de procedimientos, de forma imperativa a favor del juzgado del domicilio del demandado (art. 813 LEC), sin distinguir la posición jurídica o condición que ostenten cada una de las partes en la relación subyacente (AATS de 11 de febrero de 2016, rec. 182/2015 y de 24 de mayo de 2016, rec. 520/2016).

Finalmente, el TS ha subrayado la necesidad de aplicar, «con todo su rigor», el art. 58 LEC (apreciación de oficio de la competencia territorial cuando viniere fijada por reglas imperativas) en relación con sus arts. 54 y 59 (AATS de 5 de noviembre de 2004, rec. 73/2004; de 18 de febrero de 2015, rec. 192/2014, y de 14 de diciembre de 2016, rec. 885/2016, entre otros) en atención a su finalidad protectora.

3.2 Intervención cuando originariamente el Fiscal no es demandante ni demandado (art. 13 LEC)

La LEC dedica una serie de preceptos a los supuestos en los que la pluralidad de partes se produce como fenómeno sobrevenido, es decir, con posterioridad al inicio del proceso.

La posible actuación sobrevenida del Ministerio Fiscal en los casos de acción individual tiene un ámbito de aplicación radicalmente distinto al de las acciones colectivas. La amplia legitimación prevista en el art. 11.5 LEC para que el Ministerio Fiscal ejercite cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios tiene un reflejo diferente en cada supuesto.

Así, el art. 15.1 LEC recoge expresamente la intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios. En tales ocasiones, la norma establece que «será parte (...) cuando el interés social lo justifique» y prevé expresamente la comunicación del Juzgado o Tribunal al Ministerio Público «para que valore la posibilidad de su personación».

Distinto es el caso de la acción individual en el que la intervención como sujeto no originariamente demandado ni demandante se funda en el art. 13 LEC. Se trata de un supuesto de intervención voluntaria a

resultas de una noticia que puede el Fiscal haber recibido, bien por cauces extraprocesales o también por la decisión del propio Tribunal. Respecto a este último caso, además de los supuestos en que la norma lo prevea expresamente, cabe la notificación de la pendencia del proceso cuando, según los mismos autos, pueda verse afectado por la resolución que le ponga fin o cuando el propio Tribunal advierta indicios de que las partes están utilizando el proceso con fines fraudulentos (art. 150.2 LEC).

Aunque la solicitud de intervención no suspende el curso del procedimiento y no se produce retroacción de actuaciones, el Fiscal, en su calidad de interviniente, goza de amplias facultades de actuación y de utilizar los recursos que proceda contra las resoluciones que estime perjudiciales, incluso cuando las consienta su litisconsorte.

3.3 Áreas de intervención prioritaria

Dada la amplitud de la posible intervención del Fiscal, deviene necesario, al objeto de unificar criterios y establecer unas pautas mínimas de actuación y coordinación, determinar qué situaciones debe el Fiscal atender prioritariamente.

3.3.1 SITUACIONES DE INFERIORIDAD, SUBORDINACIÓN E INDEFENSIÓN

El art. 8.f TRLGDCU establece, como derecho básico de los consumidores y usuarios, «la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión».

La mayoría de las distintas normas autonómicas hacen también referencia a este tipo de situaciones que pueden afectar a los consumidores de forma individual o colectiva (art. 4.7 Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de *Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía*; art. 4.g Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de *Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón*; art. 26.1 Ley del Principado de Asturias 11/2002, de 2 de diciembre, de *los Consumidores y Usuarios*; art. 4, apartado c Ley 7/2014, de 23 de julio, de *protección de las personas consumidoras y usuarias de las Illes Balears*; art. 3.1.f Ley 3/2003, de 12 de febrero, del *Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias*; art. 4.1 Ley 1/2006, de 7 de marzo, de *Defensa de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad de Cantabria*; art.7.1.c Ley 11/2005, de 15

de diciembre de 2005, *del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha*; art. 5.f: f) Ley 2/2015, de 4 de marzo, *por la que se aprueba el Estatuto del Consumidor de Castilla y León*; arts. 121.2.d) y 125.1 Ley 22/2010, de 20 de julio, *del Código de consumo de Cataluña*; art. 3.5 y 21 Ley 6/2001, de 24 de mayo, *del Estatuto de los Consumidores de Extremadura*; Ley 2/2012, de 28 de marzo, *gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias*; art. 3.1.f Ley 11/1998, de 9 de julio, *de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid*; arts. 3.5 y 20 Ley 4/1996, de 14 de junio, *del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia*; art. 4 c de la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, *de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias, del País Vasco*; art. 6.1 Ley 5/2013, de 12 de abril, *para la defensa de los consumidores en la Comunidad Autónoma de La Rioja*; art. 4.7 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*).

Se establece un amplio marco de protección que abarca aspectos jurídicos, administrativos y técnicos. Comprende muchas actuaciones independientes del recurso a la vía judicial que pueden permitir, en el caso concreto, equilibrar las potenciales situaciones de indefensión que puedan producirse.

Dentro del ámbito propiamente judicial, es de reseñar que la actuación del Fiscal puede ser independiente o paralela a la del consumidor. Recuerda la Recomendación CM/Rec. (2012)11, de 19 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre el papel del Ministerio Público fuera del sistema de justicia penal, que 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».

Al mismo tiempo, la intervención del Fiscal no es imperativa, pudiendo actuar (demandar o intervenir) o no hacerlo, atendiendo a la situación concreta del ciudadano. Incluso puede retirarse del procedimiento si considera que ya no concurre situación de desprotección que justifique su intervención o no concorra interés público.

La intervención del Fiscal en «beneficio de personas privadas, dignas por la situación en que se encuentren, de la protección de la Autoridad pública» (Circular de 8 de mayo de 1889) es tradicional en nuestro ordenamiento. El consumidor o usuario ha venido a unirse a otros colectivos, como, por ejemplo, los menores de edad o las perso-

nas con capacidad modificada judicialmente, que gozan de un estatuto de protección.

La intervención del Fiscal cuando el consumidor entable una acción individual en su defensa se constituye como un mecanismo excepcional de protección jurídica. En todo caso, el Fiscal debe ponderar cuidadosamente la situación y conocer la opinión del ciudadano afectado para valorar la oportunidad de la misma, en el marco de las correspondientes diligencias preprocesales. 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)

Debe tenerse en cuenta también que se trata de un ámbito en el que el principio general del art. 1.255 CC («los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público») se encuentra limitado por el tenor del 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»).

Las situaciones en que la normativa considera que hay que otorgar prioridad se reducen a las siguientes: 1) Situaciones subjetivas que afectan a colectivos especialmente vulnerables. 2) Situaciones objetivas, en atención a bienes o servicios de uso o consumo común ordinario y generalizado.

3.3.2 EL CONSUMIDOR VULNERABLE

La protección de los consumidores y usuarios se basa en la concurrencia de una posición de desequilibrio en el marco de la contratación de bienes y servicios susceptible de generar abusos.

La inferioridad o debilidad potencial del consumidor se manifiesta de forma más acusada en determinados grupos debido a particulares situaciones subjetivas. Al individuo que se integra en estos colectivos se le denomina «consumidor vulnerable», expresión que ha ido ganando aceptación en los últimos tiempos.

Desde el punto de vista de la normativa, el art. 43 TRLGDCU se refiere a los «colectivos especialmente vulnerables» en el ámbito de la cooperación institucional en materia de control de calidad.

La legislación de las Comunidades Autónomas regula con mayor detalle esta figura. No obstante, ni la denominación es idéntica

(«colectivos de consumidores especialmente protegibles», «colectivos de especial protección», «consumidor vulnerable», «colectivos especialmente protegidos», etc.) ni tampoco es uniforme la atención que cada norma les dedica. Es importante reseñar que algunas de ellas formulan un catálogo de estos grupos que suele incluir a los niños y adolescentes, las personas con discapacidad y a las personas mayores –grupos que, tradicionalmente, han sido objeto de atención por parte del Ministerio Fiscal–, pero también a otros como las personas en situación económica y social más desfavorecida, las mujeres gestantes, los inmigrantes, las mujeres víctimas de violencia de género o las personas en situación de enfermedad. Mención singular merece la Ley 7/2014, de 23 de julio, *de protección de las personas consumidoras y usuarias de las Illes Balears*, que recoge –dentro del concepto de «consumidor vulnerable» que define la Ley– a los «turistas». Se trata, además, de definiciones no exhaustivas, remitiendo algunas normas, incluso, a la posibilidad de ampliar reglamentariamente dichos catálogos.

Se encuentran importantes referencias también en el marco de la legislación sectorial. Ejemplos de ello lo son el art. 45 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, *del Sector Eléctrico*; el art. 57 del 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 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*. El marco de competencias sectorial del Estado y de las CCAA en la protección del «consumidor vulnerable» ha sido objeto de atención por nuestro Tribunal Constitucional (así, STC Pleno n.º 62/2016, de 17 de marzo, en el marco de la denominada «pobreza energética»).

La dificultad de llegar a una definición y a un planteamiento unitario ha sido puesta de manifiesto por las instituciones europeas. Así, la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, *sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables*, expresa que el concepto hace referencia a un «grupo heterogéneo». Incluye a personas consideradas como tales de forma permanente (por razón de discapacidad, edad, credulidad, género) o temporal (referida a criterios diversos como, por ejemplo, la situación social y financiera, la educación, el acceso a Internet, dificultades para entender la información...). El concepto de «consumidor medio» –afirma– «no es lo suficientemente flexible para adaptarlo a

casos específicos y (...), en ocasiones, no se corresponde con la vida real». En lo que concierne a la legislación europea, debe abordarse «como una tarea transversal, teniendo en cuenta las distintas necesidades, capacidades y circunstancias de los consumidores». En todo caso, «los Estados miembros tienen la obligación de adoptar medidas adecuadas y de proporcionar garantías suficientes para la protección de los consumidores vulnerables» y «cualquier estrategia (...) debe ser proporcionada, de manera que no se restrinjan las libertades individuales o las posibilidades de elección de los consumidores».

El objetivo general del Reglamento (UE) n.º 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*, consiste en «garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores». Dentro de los objetivos específicos, el tercero se preocupa de los sistemas de resolución de litigios. El desarrollo de «herramientas específicas» para facilitar el acceso de las personas vulnerables constituye una de las acciones adecuadas para atender a sus necesidades y derechos. Se justifica en que estos colectivos son menos propensos a utilizar las vías de reclamación establecidas con carácter general.

La labor del Fiscal entronca con esta idea de posibilitar el acceso a la vía judicial de los individuos pertenecientes a tales colectivos cuando, en atención a sus circunstancias concretas, no sea posible utilizar otros medios que permitan reequilibrar la situación de inferioridad, indefensión o desprotección en que puedan encontrarse. Se engloba pues, en la estrategia general de los poderes públicos que, en este caso, permite proporcionar un mecanismo eficaz (art. 51.1 CE) de acceso a los ciudadanos en condiciones de igualdad (art. 9.2 CE) a la tutela judicial (art. 24 CE).

La determinación de qué personas concretas se encuentran dentro del concepto de «consumidor vulnerable» depende de la extensión subjetiva que el Legislador haya atribuido a la protección en cada sector de la normativa de consumo. Tiene, pues, una perspectiva transversal. En ocasiones, las categorías que integran la definición no aparecen con perfiles nítidos, lo que permite un cierto margen de discrecionalidad en la valoración. Además, la cláusula general del art. 11.5 LEC («cualquier acción en defensa de los consumidores y usuarios») permite entender, en algunos casos y siempre que no lo impida el texto de la norma a aplicar, que el Fiscal dispone de un marco discrecional amplio para estimar concurrente dicha situación en atención a las circunstancias, capacidades y necesidades en presencia.

3.3.3 BIENES DE CONSUMO ORDINARIO O GENERALIZADO

El art. 9 TRLGDCU dispone 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».

La legislación de las CCAA incorpora preceptos relativos a la protección de este tipo de bienes y servicios. Algunas de ellas hacen referencia a los que tienen «carácter básico» (por ejemplo, el art. 3 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, *de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía*, o art. 3.2 de la Ley del Principado de Asturias 11/2002, de 2 de diciembre, *de los Consumidores y Usuarios*); otras a los «de primera necesidad y los servicios esenciales o de interés general» (por ejemplo, el art. 7.1 de la 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*). En ocasiones, contienen definiciones más precisas (por ejemplo, la de «servicios básicos» que se contienen en el art. 20 de la Ley 5/2013, de 12 de abril, *para la defensa de los consumidores en la Comunidad Autónoma de La Rioja*, o en el art. 251.2.c de la Ley 22/2010, de 20 de julio, *del Código de consumo de Cataluña*). Alguna norma contiene, incluso, listados no exhaustivos de tales bienes y servicios (por ejemplo, el art. 6 de la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, *de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón*).

Desde un punto de vista objetivo, determinados bienes o servicios tienen mayor relevancia que los demás en la vida de cualquier persona. Lo anterior les hace acreedores de una protección diferenciada. Esta preferencia no sólo se contiene en la legislación general de consumo. Así, el art. 250.1 del Código Penal considera más grave la estafa recaída sobre «cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social». La Sala 2.^a del TS ha declarado que «se trata con esta agravante de conseguir un plus de protección de la tutela del consumidor frente a ataques fraudulentos a *bienes cuasi primarios*» (SSTS n.º 620/2004, de 4 de junio). El precepto persigue, en definitiva, «la protección de los consumidores» (entre otras muchas, SSTS n.º 581/2009, de 2 de junio; 605/2014, de 1 de octubre, o 368/2015, de 18 de junio). Por «cosas de primera necesidad», a estos efectos, se ha entendido, «todas aquellas que resulten imprescindibles para la subsistencia o salud de las personas» (entre otras, SSTS n.º 1307/2006, de 22 de diciembre y 657/2014, de 29 de septiembre) y por «bienes de reconocida utilidad social» a aquellos que satisfacen «fines colectivos» (entre otras, SSTS n.º 655/2016, de 15 de julio

y 763/2016, de 13 de octubre) o «necesidades consideradas como beneficiosas para el conjunto de los integrantes del grupo social» (STS n.º 103/2001, de 30 de enero). Se trata, en todo caso, como refiere la última resolución citada, de una circunstancia referida a «la cualidad de las cosas o bienes».

El concepto anterior, sin embargo, es demasiado restringido para poder abarcar la finalidad protectora que persigue la legislación general de consumo. Aunque el bien no resulte imprescindible para la vida diaria, su carácter de «uso masivo» y apto para satisfacer necesidades de la vida corriente hacen que productos como los turismos (SSAP Barcelona, secc. 16.ª, n.º 420/2013, de 24 de julio y n.º 23/2013, de 16 de enero) o servicios como los de telefonía (SAP Salamanca, secc. 1.ª, n.º 245/2011, de 8 de junio) puedan integrar el concepto.

No se trata de establecer un catálogo delimitado de bienes o servicios (aunque, en ocasiones, la normativa destaque especialmente algunos de ellos), sino de subrayar el carácter y la importancia de los mismos en la situación personal y concreta de cada ciudadano como aspecto a valorar a la hora de decidir la intervención del Ministerio Fiscal.

3.4 Recapitulación. Examen particular de la legitimación para intervenir en defensa de los deudores hipotecarios y protección de los pequeños inversores

La intervención del Ministerio Fiscal en el ámbito de la acción individual en materia de consumo está perfilada de forma muy amplia en la LEC. Dado que es materialmente imposible estar presente en todos los procedimientos de esta naturaleza, atendiendo al número de asuntos que se tramitan en los distintos Juzgados y a los recursos personales y materiales del MF, resulta necesario identificar las actuaciones en que debe actuar prioritariamente.

En primer lugar, hay que atender a la inexistencia de otros mecanismos eficaces para solventar la situación de desequilibrio e indefensión. Constatado lo anterior, el segundo paso consiste en valorar la relevancia de la concreta situación abusiva teniendo en cuenta tanto factores subjetivos (necesidades, capacidades y circunstancias del consumidor) como objetivos (cualidad del bien o servicio).

Formulado el esquema general, se ha considerado conveniente realizar una breve mención expresa de las dos áreas que, en los últimos años, han dado lugar al mayor número de intervenciones.

3.4.1 PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS

Tanto el RDL 6/2012, de 9 de marzo, *de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*, como la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, definieron una serie de medidas aplicables a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encontrase situado en el umbral de exclusión.

La Ley 25/2015, de 28 de julio, *de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*, amplió por un plazo adicional de dos años (es decir, hasta el 15 de mayo de 2017) la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables contenido en el art. 1.1 de la Ley 1/2013.

El Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, *por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, ha ampliado el plazo, de nuevo, por tres años adicionales (es decir, hasta el 15 de mayo de 2020).

La medida de suspensión de los lanzamientos, concebida con un carácter excepcional y temporal según expresa el preámbulo de la Ley 1/2013, sólo afecta a un grupo de personas en situación de especial vulnerabilidad por riesgo de exclusión definidas en su art. 1. La norma exige, por un lado, la pertenencia a uno de los tipos de unidad familiar que contempla o que el deudor sea mayor de 60 años. Por otro lado, además, es necesario que presente unas determinadas circunstancias económicas y que el crédito o préstamo garantizado con hipoteca recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

La forma de acreditar estos extremos se caracteriza por el antiformalismo, pudiendo acreditarse ante el Juez «en cualquier momento del procedimiento de ejecución hipotecaria y antes de la ejecución del lanzamiento». La norma exige, en su art. 2, la presentación de un conjunto de documentos justificativos referidos a la percepción de ingresos por los miembros de la unidad familiar, número de personas que habitan la vivienda y titularidad de los bienes, junto con la declaración del deudor/es relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos. No se exige la intervención de abogado ni de procurador.

El ámbito de aplicación de esta medida se extiende también a los procedimientos extrajudiciales de ejecución hipotecaria. Por esta razón, la jurisprudencia menor ha admitido la aplicación de esta

medida cuando, en un juicio verbal de desahucio por precario (art. 250.1.2.º LEC), el propietario haya adquirido la vivienda en el seno de una subasta extrajudicial, al incumplir los deudores las obligaciones de pago asumidas en virtud de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria (SAP Málaga, Sección 4.ª, n.º 208/2016, de 11 de abril).

Si el acreedor ejecutante está adherido al *Código de Buenas Prácticas* previsto en el anexo del RDL 6/2012, de 9 de marzo, el deudor puede solicitar el alquiler de la vivienda por una renta anual máxima fijada en dicha norma. El citado arrendamiento tiene duración anual, prorrogable hasta completar el plazo de cinco años a voluntad del arrendatario. Adicionalmente, si existe mutuo acuerdo entre las partes, puede prorrogarse anualmente durante cinco años más.

El Ministerio Fiscal se ha personado, en los últimos años, en algunos procedimientos de ejecución hipotecaria como interviniente, instando la suspensión de los lanzamientos. Pese al carácter antiformalista del sistema de acreditación fijado en la Ley 1/2013, en casos concretos se ha apreciado una vulnerabilidad muy acusada de personas con discapacidad o de edad avanzada que podía redundar en una efectiva indefensión. Los Sres. Fiscales deberán intervenir cuando tengan conocimiento de situaciones similares.

Es evidente que la cuestión de la suspensión de los lanzamientos no agota la complejidad que, tanto desde el punto de vista procesal como material y desde la perspectiva de los derechos de los consumidores, plantean los créditos hipotecarios. Una muestra de ello lo constituye el RDL 1/2017, de 20 de enero, *de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo* y el correlativo Acuerdo de 25 de mayo de 2017, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye a determinados juzgados, con competencia territorial indicada para cada uno de los casos, para que de manera exclusiva y no excluyente conozcan de la materia relativa a las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física (BOE n.º 126, de 27 de mayo).

En modo alguno se trata de limitar la acción del Fiscal en este campo, sino de establecer unos criterios mínimos de intervención a la hora de definir qué asuntos deben considerarse prioritarios.

3.4.2 PROTECCIÓN DE LOS INVERSORES MINORISTAS

La Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, *relativa a los mercados de instrumentos*

financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, señala, en su Considerando 4, que «la crisis financiera ha dejado al descubierto algunos puntos débiles en el funcionamiento y la transparencia de los mercados financieros». Lo anterior «ha dejado clara la necesidad de fortalecer el marco regulador de los mercados de instrumentos financieros (...) con el fin de aumentar la transparencia, mejorar la protección de los inversores, reforzar la confianza, abordar los ámbitos no regulados y garantizar que se den a los supervisores las competencias necesarias para desarrollar sus cometidos».

Dentro de este objetivo de «protección de los inversores», la Directiva destaca que «las medidas a tal efecto deben ajustarse a las particularidades de cada categoría de inversores» y que «las normas de conducta deben ejecutarse en beneficio de los inversores que más necesidad tienen de protección». El nuevo marco jurídico europeo en materia financiera se completa con el Reglamento (UE) n.º 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 *relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012*.

Tanto el Reglamento como la Directiva definen la expresión «instrumento financiero» por remisión a un conjunto de categorías diversas. En el mismo sentido, el art. 2 del Real Decreto Ley 4/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores* (en adelante, TRLMV), comprende un amplio catálogo. En lo que ahora interesa, distingue dos tipos de instrumentos financieros a efectos de las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión: los instrumentos financieros complejos y los no complejos.

La norma diferencia también dos clases de clientes: profesionales y minoristas (art. 203). Los primeros son aquellos «a quienes se presume la experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos» (art. 205.1). Los segundos se definen de manera negativa, es decir, «todos aquellos que no sean profesionales» (art. 204).

Uno de los principios básicos del Derecho de los mercados financieros consiste en «la existencia de información veraz, suficiente y comprensible sobre los productos y servicios ofrecidos por las entidades financieras a sus clientes», que adquiere mayor importancia «cuanto más sofisticados y complejos son» (Exposición de Motivos de la Orden ECC/2316/2015, de 4 de noviembre, *relativa a las obligaciones de información y clasificación de productos financieros*). Esta es la razón por la que, tanto la Directiva 2014/65/UE (arts. 24 y 25)

como su precedente la Directiva 2004/39/CE (art 19) contemplan una serie de disposiciones para garantizar la protección del inversor, entre los que se contemplan los deberes de información.

El TRLMV, en sus arts. 208 a 220, desarrolla los principios anteriores recogiendo, entre otros, junto con el deber general de información (art. 209), la necesidad de que esta incluya orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros y las estrategias de inversión (art. 210), constituyendo una obligación de las entidades evaluar la idoneidad del cliente y la conveniencia del producto o servicio, es decir, si es adecuado para su perfil (arts. 212 y 213). Dichos requisitos se acentúan más cuando se trata de clientes minoristas y productos complejos. El RD 217/2008, de 15 de febrero, *sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre*, y la Circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, *sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros*, complementan el conjunto normativo expuesto.

La crisis financiera llevó consigo el cuestionamiento de algunos de estos instrumentos financieros complejos (obligaciones subordinadas, participaciones preferentes...). La propia Exposición de Motivos de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, *de reestructuración y resolución de entidades de crédito*, desarrolló medidas de protección del inversor con objeto de dar «respuestas decididas en relación con la comercialización de los instrumentos híbridos y otros productos complejos para el cliente minorista, entre los que se incluyen las participaciones preferentes, con el fin de evitar que se reproduzcan *prácticas irregulares* ocurridas durante los últimos años».

Con relación a las denominadas «participaciones preferentes» (instrumento financiero comprendido en el actual art. 2.1.h TRLMV), el Defensor del Pueblo publicó un estudio en marzo de 2013 en el que subrayaba el «importante quebranto para la economía de miles de personas que creían haber depositado sus ahorros de una manera segura y que podían recuperarlos cuando lo necesitaban».

Un número elevado de afectados optó por acudir a los Tribunales de Justicia y la Administración puso en funcionamiento un amplio conjunto de medidas (preventivas, de comprobación e inspección,

sancionadoras, de solución extrajudicial de conflictos...) que se han ido paulatinamente reforzando.

La mayor parte de las demandas se han centrado en la acción de nulidad por vicios del consentimiento (arts. 1261.1.º, 1300 y ss. CC). El TS ha declarado que «lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato» (SSTS n.º 625/2016, de 24 de octubre, y 560/2015, de 28 de octubre, entre otras). Los detalles relativos a «qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza» (SSTS n.º 547/2015, de 20 de octubre; 60/2016, de 12 de febrero, y 605/2016, de 6 de octubre, entre otras). En suma «no basta con la conciencia más o menos difusa de estar contratando un producto de riesgo», sino que «es preciso conocer cuáles son esos riesgos» (STS n.º 677/2016, de 16 de noviembre, entre otras).

Esta misma jurisprudencia ha estimado que la ausencia de acreditación de los deberes de información «permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento», presunción «que puede ser desvirtuada por la prueba practicada» (STS n.º 245/2017, de 20 de abril, entre otras).

El TS señala que el deber de información que compete a la entidad financiera es «una obligación activa, no de mera disponibilidad», no siendo los clientes «inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas o consultar la página web». Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, «el cliente no puede saber qué información concreta ha de buscar» y «debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante» (SSTS n.º 102/2016, de 25 de febrero, y 677/2016, de 16 de noviembre, entre otras).

El TS ha precisado que «la contratación anterior de otro producto similar, sin que conste que en su momento se ofreciera al cliente información suficiente y adecuada, no permite descartar la existencia de

error en el consentimiento» (SSTS n.º 67/2017, de 2 de febrero, y 219/2017, de 4 de abril, entre otras). La confirmación del contrato anulable exige que se realice cesada la causa que motivó la impugnabilidad y con conocimiento de esta, al igual que la aplicabilidad de la doctrina de los actos propios, que también requiere tener una percepción clara y precisa del alcance de dicho error (véanse SSTS n.º 535/2015, de 15 de octubre, y 19/2016, de 3 de febrero, referidas a los contratos de permuta financiera o *swap*).

La determinación del momento inicial del plazo de ejercicio de la acción constituye un extremo de suma importancia a los efectos del art. 1301 CC. El TS ha señalado: «En relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error» (SSTS n.º 769/2014, de 12 de enero; 489/2015, de 16 de septiembre, y 734/2016, de 20 de diciembre, entre otras). En suma, «desde que los clientes estuvieron en disposición de conocer los riesgos patrimoniales de la operación» (STS 218/2017, de 4 de abril).

Por último, en cuanto a los efectos restitutorios por nulidad derivada de vicio del consentimiento, los efectos de la nulidad alcanzan a ambas partes. Por ello, el TS ha precisado que deben consistir en «la restitución por la entidad comercializadora del importe de la inversión efectuada por los adquirentes, más el interés devengado desde que se hicieron los pagos, y el reintegro por los compradores de los rendimientos percibidos más los intereses desde la fecha de cada abono» (STS n.º 716/2016, de 30 de noviembre, entre otras). El TS viene considerando innecesario la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, al considerar que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la norma. La entidad debe intereses legales del capital invertido «desde que recibió el dinero» (STS n.º 270/2017, de 4 de mayo).

La actuación del Fiscal en este ámbito fue tardía (debido a que su intervención en la acción individual tuvo introducción en la LEC a finales de marzo de 2014, cuando ya se habían adoptado bastantes medidas)

y puntual (fundamentalmente para casos de personas de avanzada edad en los que la naturaleza del abuso era muy llamativa), abarcando un pequeño espectro de casos. Este ejemplo es interesante porque permite ver la interacción de los distintos componentes del sistema de protección del consumidor y situar el papel del Ministerio Fiscal, limitado a los casos en que no haya sido posible evitar la judicialización del conflicto y que, además, la protección del particular sea necesaria en atención a su situación de acusada vulnerabilidad e indefensión.

4. LA ACCIÓN COLECTIVA

4.1 Revisión de la Circular 2/2010

Expresa 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*, que «en las últimas décadas se ha puesto de manifiesto que el proceso civil que denominaremos tradicional y las reglas que le son de aplicación, en tanto en cuanto presuponen la actuación individual y concreta de una persona determinada, resultan claramente insuficientes para hacer efectiva una auténtica protección de los derechos legalmente reconocidos a consumidores y usuarios». Por ello, continúa, las llamadas acciones colectivas «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».

Las directrices emanadas del citado instrumento continúan vigentes y, junto con el presente texto, constituyen el cuerpo doctrinal de la Fiscalía General del Estado en materia de protección de los derechos de los consumidores. No obstante, lo anterior, el carácter dinámico de las normas de consumo ha dado lugar a que determinados extremos hayan quedado obsoletos. El propósito del presente epígrafe es atender a estos extremos.

4.1.1 COMPETENCIA OBJETIVA

La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, *por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, ha modificado el tenor del art. 86ter, apartado 2.d LOPJ, atribuyendo a los Juzgados de lo Mercantil el conocimiento de «las acciones colectivas previstas en la

legislación relativa a condiciones generales de la contratación y a la protección de consumidores y usuarios».

Lo expuesto modifica lo establecido en el primer párrafo del apartado IV. D de la Circular 2/2010, que atribuía la competencia objetiva a «los Juzgados de Primera Instancia», salvo para aquellas materias específicamente recogidas en el art. 86 ter.2, competencia del Juzgado de lo Mercantil.

La competencia de los Juzgados de lo Mercantil para el conocimiento de la acción colectiva en materia de condiciones generales de la contratación ya venía recogida en la redacción precedente del art. 86 ter, apartado 2.d (la modificación sólo ha afectado a la acción individual, tal como se refirió en el apartado 3.1). La definición de los restantes asuntos competencia de los Juzgados de lo Mercantil recogidos en el art. 86 ter.2 –en los que no se diferencia entre acción individual o colectiva– ha permanecido intacta.

La cuestión radica en definir el alcance del segundo inciso «las acciones colectivas previstas en la legislación relativa (...) a la protección de consumidores y usuarios».

Se ha de partir del hecho de que «no existe propiamente una jurisdicción mercantil». Los Juzgados de lo Mercantil «son órganos especializados de la jurisdicción civil» (STS n.º 229/2016, de 8 de abril) cuya denominación, como reseña la Exposición de Motivos de la LO 8/2003, de 9 de julio, *para la Reforma Concursal*, no responde «a una identificación plena con la disciplina o la legislación mercantil», es decir, «ni se atribuyen (...) todas las materias mercantiles, ni todas las materias sobre las que se extienden sus competencias son exclusivamente mercantiles».

El art. 86 ter «contiene una regla de atribución de competencia objetiva, no una simple norma de reparto», es decir, recoge «una norma de carácter imperativo mediante la cual se asigna a esta clase de juzgados una determinada competencia (...) con exclusión de los juzgados de primera instancia» (SSTS n.º 253/2016, de 18 de abril y 539/2012, de 10 de septiembre). El precepto «relaciona un catálogo cerrado de materias específicas de las que compete conocer» a tales órganos judiciales (STS n.º 698/2017, de 21 de diciembre).

Los Juzgados de Primera Instancia tienen asignado el conocimiento «de todos los asuntos civiles que por disposición legal *expresa* no se hallen atribuidos a otros tribunales» (art. 45.1 LEC 1/2000, en relación con el art. 85.1 LOPJ).

Es importante, por tanto, reseñar que la nueva redacción del precepto no comprende la totalidad de las acciones colectivas que puedan guardar relación con los consumidores y usuarios. La competencia

objetiva viene determinada por el tipo de acción ejercitada que debe estar expresamente prevista en la legislación protectora de dicho colectivo, es decir, no abarca aquellas que puedan estar fundadas únicamente en la legislación ordinaria (por ejemplo, las normas sobre incumplimiento contractual previstas en el Código Civil).

Lo expuesto con anterioridad supone que la estrategia elegida por el colectivo demandante condiciona no sólo el objeto del proceso, sino también cuál va a ser el órgano competente. Por ejemplo, en el caso de un servicio en el cual la empresa no observó adecuadamente las obligaciones a que se comprometía, puede optarse por la acción indemnizatoria por incumplimiento contractual prevista en el Código Civil (arts. 1.101 y 1.104), entrando en la competencia del Juzgado de Primera Instancia. Sin embargo, si esos incumplimientos derivan de alguna de las «prácticas comerciales desleales con los consumidores» que regula el art. 19 y concordantes de la Ley 3/1991, de 10 de enero, *de Competencia Desleal*, y los consumidores optan por la posibilidad de ejercitar alguna de las acciones previstas en el art. 32 de dicha norma, la competencia correspondería al Juzgado de lo Mercantil.

Cuestión distinta (y compleja, dado que la carga injustificada de una duplicidad de procesos puede resultar desproporcionada y resultar contraria al derecho a la tutela judicial efectiva) es la de la admisibilidad de la acumulación de acciones y la determinación del tribunal competente para conocer de ella, materia a la que se hará referencia sucinta en el epígrafe siguiente.

4.1.2 NUEVA REDACCIÓN DEL ART. 53 DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

En lo que concierne al ejercicio acumulado de pretensiones distintas a las propias de la acción de cesación, 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*, ha introducido dos nuevos párrafos, estableciendo el primero que «a cualquier acción de cesación podrá acumularse 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».

Aclara el citado párrafo que «de dicha acción acumulada accesoria conocerá el mismo juzgado encargado de la acción principal, la de cesación por la vía prevista en la ley procesal».

El segundo párrafo señala que «serán acumulables a cualquier acción de cesación interpuesta por asociaciones de consumidores y usuarios la de nulidad y anulabilidad, 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 hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas».

La presente disposición amplía y aclara este particular al que hizo referencia la Circular 2/2010, en el epígrafe IV. D y conclusión primera, relativo a las condiciones generales de la contratación referidas a los arts. 12.2, párrafo segundo, de la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación*, y el art. 73.2 LEC.

4.2 Eficacia *ultra partes* de las sentencias dictadas en litigios en que se ejercitan acciones colectivas

Los problemas referidos a la legitimación y a la cosa juzgada material fueron objeto de análisis en el apartado IV. H y conclusión 8.^a de la Circular 2/2010, siendo necesario matizarla.

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» (SSTS n.º 401/2010, de 1 de julio, y 241/2013, de 9 de mayo). Existen dos sistemas sobre la eficacia de la cosa juzgada para la totalidad del grupo de consumidores o usuarios afectado. Por un lado, puede entenderse que la sentencia tiene eficacia para todos ellos, salvo que explícitamente se hayan separado del grupo (exclusión voluntaria/*opt-out*) o, por otro, considerar que el efecto de la cosa juzgada debe limitarse a los integrantes que hayan manifestado su voluntad de formar parte del proceso colectivo (participación voluntaria/*opt-in*). Ambos modelos presentan ventajas e inconvenientes, aunque 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* (2013/396/UE) estima preferible el segundo.

La STJUE (Sala Primera) de 26 de abril de 2012, dictada en el asunto C-472/10, estableció que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* («los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas»), en relación con su art. 7, apartados 1 («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») y 2 («los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas»), debe interpretarse en el sentido de que:

«No se opone a que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva que forma parte de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de dicha Directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores, por una entidad designada por el Derecho nacional, surta efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación; cuando, en el marco de dicho procedimiento, haya sido declarada abusiva una cláusula de las condiciones generales de la contratación, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional, para que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales no resulten vinculados por dicha cláusula.»

La STJUE (Sala Primera) de 14 de abril de 2016, dictada en los asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, ha declarado también que el art. 7 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que «se opone a una normativa nacional (...) que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor (...) a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente (...) sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva».

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que «extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato (...) o cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas» (STC 148/2016, de 19 de septiembre, reiterada posteriormente en SSTC 206/2016, 207/2016, 208/2016, 209/2016, 218/2016, 221/2016, 223/2016, 3/2017 y 4/2017, todas ellas referidas a la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva).

El Tribunal Supremo ha analizado en profundidad esta cuestión expresando, en primer lugar, la naturaleza «problemática» de la eficacia *ultra partes* de las sentencias dictadas en los litigios en que se ejercitan acciones colectivas. Para el TS es necesario, por una parte, garantizar el principio de estabilidad de las resoluciones judiciales y de seguridad jurídica y, de otra, que el ejercicio de estas acciones no pueda suponer una restricción a la protección de los derechos de los consumidores (STS n.º 367/2017, de 17 de mayo). La doctrina puede sistematizarse de la siguiente forma:

– Acción colectiva, posterior a sentencia estimatoria de otra también colectiva declarando nulidad y cesación de cláusula suelo abusiva, instada por asociación de consumidores diferente a la que entabló el primer litigio relativa a la misma cláusula predispuesta por el mismo banco. Se aprecia eficacia de cosa juzgada (STS n.º 705/2015, de 23 de diciembre).

– Eficacia de sentencias desfavorables para el consumidor que no ha sido parte en el proceso en que se ejercitó la acción colectiva respecto de un proceso posterior en el que ejercita una acción individual. Carecen de eficacia de cosa juzgada, puesto que no puede perjudicarlo un pronunciamiento desfavorable acordado en un proceso en el que no ha podido intervenir (SSTS n.º 334/2017, de 25 de mayo, y 357/2017, de 6 de junio).

– Efectos de la sentencia estimatoria de una acción colectiva en un posterior litigio en el que se ejercita una acción individual sobre nulidad de una condición general abusiva por falta de transparencia.

Para resolver esta cuestión el TS tiene en cuenta que el tribunal debe tomar como referencia al consumidor medio en la resolución de la acción colectiva y que la naturaleza de la abusividad de la condición general es relevante (en el caso la ausencia de información adecuada por parte del predisponente sobre la existencia y trascendencia de la cláusula contractual, perjudicial para el consumidor, y la conducta estándar del primero en el citado suministro de la información, conforme se analizó en STS n.º 138/2015, de 24 de marzo).

Señala el TS que la sentencia que estima la acción colectiva debe tener, como regla general, efectos en los litigios pendientes en los que se esté ejercitando una acción individual respecto dicha cláusula suelo. Excepciona el TS los casos en que consten circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente (conocimiento experto) o a la información suministrada en el caso concreto que se aparten del estándar medio (que permita al consumidor adoptar una decisión plenamente consciente) y justifiquen que las razones apreciadas en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en el caso concreto (STS n.º 367/2017, de 17 de mayo). Obviamente, en todo caso y como efecto de la sentencia dictada en la acción colectiva, la empresa condenada tiene que cesar completamente en el uso de la condición general nula en su actuación en el mercado.

Retroactividad del efecto restitutorio. Por último, es importante destacar, en relación a la doctrina inicialmente sentada por la STS n.º 241/2013, de 9 de mayo (que estimó la irretroactividad de la sentencia «de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación»), que la STJUE de 21 de diciembre de 2016, dictada en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ha estimado (en sentido contrario) que, «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas

en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión». El TS ha modificado su doctrina en tal sentido (así, STS n.º 123/2017, de 24 de febrero).

4.3 Materias en las que puede ejercerse la acción colectiva de cesación

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 varios cuerpos legales preexistentes al objeto de regular la acción de cesación de forma que, tal y como se recogía en el apartado II de su Exposición de Motivos, «se constituya en un instrumento efectivo para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, con las características jurídicas y el ámbito de aplicación señalados por la Directiva comunitaria 98/27/CE» (en la actualidad la Directiva 2009/22/CE, de 23 de abril, *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores*, que sufrió una modificación por el Reglamento n.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en materia de consumo). Tanto la Directiva como la citada norma recogían un conjunto de legislación sustantiva a la que era de aplicación.

Junto a las menciones genéricas de los arts. 53 a 56 TRLGDCU, la legislación sectorial recoge numerosas referencias a la referida acción de cesación. El art. 54 TRLGDCU, en este sentido, reconoce la legitimación de diversas personas jurídicas (tanto de naturaleza pública como privada) para el ejercicio de dicha acción frente a conductas contrarias a lo dispuesto en dicha norma en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados.

La legislación sectorial también es abundante en menciones a la 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 16/2011, de 24 de junio), préstamos y créditos hipotecarios y servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito (art. 11 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo), comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (art. 15 de la Ley 22/2007, de 11 de julio) servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (arts. 30 y 31 de la Ley 34/2002, de 11 de julio), libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (art. 26 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre) o prácticas comerciales desleales y publicidad ilícita (arts. 32 y 33 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, *de competencia desleal*; art. 6.1 de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, *General de Publicidad*, y otras relacionadas, como el art. 23 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, *de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco*).

No parece, por otro lado, que las menciones reseñadas constituyan un «*numerus clausus*». De hecho la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013, expresa, en su Considerando 7, que «los ámbitos en que se ejerce la acción privada complementaria para hacer valer los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, en forma de recurso colectivo, son 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», pero al mismo tiempo matiza que «los principios establecidos en la presente Recomendación deben aplicarse de forma horizontal y uniforme a dichos ámbitos, pero también a cualesquiera otros en los que las demandas colectivas de cesación o de indemnización por daños y perjuicios derivados de la violación de derechos reconocidos por el Derecho de la Unión sean pertinentes».

Muchas de las normas citadas contienen referencias explícitas a la legitimación del Ministerio Fiscal, situación que se ha visto completada con el art. 11.5 LEC, ya mencionado.

A la hora de abordar este inmenso campo es necesario desarrollar una serie de medidas de coordinación tanto desde el punto de vista interno de la Fiscalía como interinstitucional.

La comunicación establecida en la Circular 2/2010 al Fiscal de Sala Delegado de lo Civil se torna imprescindible a la hora de detectar

aquellas situaciones que presentan caracteres de abuso y llevar una estrategia unificada. La experiencia acumulada tras la actividad judicial motivada por la crisis económico-financiera iniciada en 2008 (de la que es muestra, por ejemplo, la STS n.º 241/2013, de 9 de mayo, referida a las cláusulas suelo) impone fijar criterios mínimos de selección de los asuntos. Por otro lado, la existencia de colectivos que presentan situaciones de especial vulnerabilidad, obliga a prestar una especial atención a su presencia en determinados ámbitos (por ejemplo, en materia de publicidad ilícita, la protección especial de los menores recogida en el art. 30 de la Ley 3/1991, en el art. 5, apartados 4 y 5, de la LO 1/1996, art. 3 de la Ley 34/1988 o arts. 44 y 46 de la Ley 17/2011; la protección de las personas con discapacidad establecida en el art. 4 de la Ley 3/1991; la protección contra la utilización en forma discriminatoria o vejatoria de la imagen de la mujer recogida en los arts. 3 y 6.2 de la Ley 34/1988 o en los arts. 10 y 12 de la LO 1/2004, o la protección contra la utilización vejatoria de la imagen de las víctimas del terrorismo prevista en el art. 45 de la Ley 29/2011). Protección particular debe prestarse también, por su vulnerabilidad, porcentaje de población, por la frecuencia de los casos y por constituir un objetivo general en materia de derechos humanos (véase, en este sentido, el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento y la Recomendación CM/Rec.[2014]2, de 19 de febrero, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, *sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores*), al colectivo de personas mayores consumidoras y usuarias frente a los potenciales abusos.

Desde la perspectiva de la colaboración, también reseñada en la Circular 2/2010, junto con el importante papel del movimiento asociativo, las normas designan entidades públicas especialmente legitimadas para la acción colectiva de cesación.

Destaca el importante papel de la *Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición* (organismo autónomo que refunde los precedentes Instituto Nacional del Consumo y Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición, a partir del RD 19/2014, de 17 de enero), entre cuyas funciones se encuentra la coordinación de las actuaciones de las Administraciones con competencias que incidan directa o indirectamente en el consumo, la seguridad alimentaria y la nutrición y «la preparación de acciones judiciales en defensa de los intereses generales de los consumidores» (art. 4.2, letra «s» de su Estatuto, en relación con el art. 54 TRLGDCU y 2, apartados 3 y 4, de la Ley 11/2001, de 5 de julio, *por la que se crea la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición* –tras la modificación operada

por la Disposición Final Cuarta de la Ley 17/2011, de 5 de julio, *de seguridad alimentaria y nutrición*–).

Además del anterior y de las entidades correspondientes de las CCAA y de las corporaciones locales a que hace referencia el art. 54 TRLGDCU, las normas sectoriales incluyen otros organismos. La coordinación es indispensable para evitar situaciones de desprotección y para una mejor administración de los recursos humanos y materiales. En este punto puede ser aplicable lo expuesto en el apartado 2.2 de esta Circular.

4.4 Algunas cuestiones que plantea la ejecución: la tutela de los intereses difusos

La Disposición Final Tercera de la Ley 16/2011, de 24 de junio, *de contratos de crédito al consumo*, introdujo una frase final en el segundo párrafo del art. 519 LEC (referido a la acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados) que disponía que «el Ministerio Fiscal podrá instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados».

El art. 519 fue objeto de un breve análisis en el apartado IV. H de la Circular 2/2010, junto con algunos otros aspectos relativos a la ejecución. Conviene realizar algunas precisiones.

La legislación española no contempla un proceso especial para la tutela de los intereses colectivos en materia de consumo, sino sólo algunas normas especiales dispersas en su articulado. En este sentido, no se aparta de la idea original de la LEC 1/2000 de evitar la proliferación de los procesos especiales y ceñirlos a los «imprescindibles» (Exposición de Motivos, apartado XIX).

La adaptación de este sistema a las acciones colectivas que presentan un cuantioso número de afectados reviste suma complejidad. Cuando la petición lleva aparejada una pretensión restitutoria e indemnizatoria, la fase de ejecución, en particular, se enfrenta a considerables obstáculos que han sido objeto de estudio en el derecho comparado. Entre ellas, se encuentran las dificultades de identificar individualmente a todos los afectados, la ausencia de interés de algunos de ellos cuando los importes a indemnizar son reducidos (pese a que el beneficio obtenido por el demandado resulta muy elevado atendiendo a la suma global) o la prolijidad de los trámites para determinar tanto la condición de beneficiario como el importe efectivo a indemnizar en cada caso concreto. La sobrecarga que supone para el

Juzgado y la ausencia de principios generales que puedan orientar estas tareas debieran ser objeto de atención del Legislador.

La experiencia de estos años ha confirmado la necesidad de unas pautas básicas. El AAP Córdoba n.º 505/2014, de 22 de diciembre ha avalado el criterio interpretativo a favor de una flexibilización de las normas procesales en materia de prueba en aras de la tutela efectiva y del deber de colaborar en la ejecución de la empresa condenada (dado que cuenta con mayor disponibilidad y facilidad probatoria sobre los datos de identidad e importes indebidamente cobrados). Junto a lo anterior, la búsqueda de fórmulas eficaces de pago o devolución, de destino de las cantidades debidas cuando no es posible hacerlas llegar a los beneficiarios (ingreso 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*) y sobre los gastos de ejecución y costas.

4.5 Breve referencia a la tutela cautelar

Tanto en el marco de la acción individual como en el de la colectiva, la adopción de medidas cautelares constituye una parte importante de la tutela jurisdiccional (art. 5 LEC).

La Circular 2/2010, en el plano de la colectiva, ya reflejó su trascendencia. En este sentido, la conclusión sexta estableció que «los Sres. Fiscales solicitarán ante el órgano judicial la adopción de las medidas cautelares en los términos a que se hace referencia en los artículos 721, 728 y 732 de la LEC, siempre y cuando ello sea preciso para garantizar la tutela judicial efectiva de consumidores y usuarios y la defensa del interés social». No es ocioso recordar que el Ministerio Fiscal, en su condición de órgano constitucional (arts. 124 CE y 2 EOMF) está excluido del deber de prestar caución (arts. 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, *de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas* y 728.3 LEC).

Dentro del amplio margen que permite el art. 727 LEC, reviste singular importancia el hecho de impedir que la conducta lesiva o la utilización de la cláusula o condición general impugnada pueda reiterarse durante la tramitación del proceso. De otra forma, la efectividad de la sentencia y la posible reparación posterior disminuirían de forma sensible dado que el daño en el derecho protegido sigue producién-

dose y aumentando (en este sentido, por ejemplo, AAP Alicante, Sección 8.ª, 82/2015, de 30 de octubre; Cádiz, Sección 5.ª, 214/2015, de 4 de diciembre y Castellón, Sección 3.ª, 264/2014, de 15 de diciembre).

En la medida en que dichas medidas no son meramente conservativas, sino anticipativas del fallo, los Sres. Fiscales deberán acreditar con el mayor detalle los requisitos del «*fumus boni iuris*» y «*periculum in mora*».

La versatilidad e importancia de las posibles medidas cautelares es fácilmente perceptible. Así, recientemente, a solicitud del Ministerio Fiscal y en el ejercicio de una acción colectiva de cesación en materia de condiciones generales de la contratación, el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de A Coruña (Auto 141/2017, de 14 de septiembre) estimó las medidas cautelares consistentes en la prohibición cautelar y temporal de facturación de servicios de telefonía durante determinados períodos indebidos, prohibición de inscripción de los clientes que no abonen tales facturas en ficheros de solvencia patrimonial y publicación de la decisión en un periódico de difusión nacional con cargo a la demandada con el objeto de que los consumidores y otras empresas que pudieran verse afectadas puedan tomar las medidas pertinentes para poner fin a esta práctica.

4.6 Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras dictadas en procedimientos derivados de acciones colectivas

El apartado VIII del Preámbulo de la Ley 29/2015, de 30 de julio, *de cooperación jurídica internacional en materia civil*, expresa que se ha incluido una norma especial «habida cuenta de su cada vez mayor frecuencia». Dichas resoluciones son susceptibles de reconocimiento y ejecución en España (art. 47.1).

La norma establece una serie de cautelas adicionales para «enfrentarse a algunas *class actions* que no tienen parangón en nuestro ordenamiento».

En primer lugar, para su oponibilidad en España a afectados que no se hayan adherido expresamente, será exigible que la acción colectiva extranjera haya sido comunicada o publicada en España por medios equivalentes a los exigidos por la ley española y que dichos afectados hayan tenido las mismas oportunidades de participación o desvinculación en el proceso colectivo que aquéllos domiciliados en el Estado de origen.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la competencia del Juez de origen, la resolución no se reconocerá cuando su competencia no se

haya basado en un foro equivalente a los previstos en la legislación española (art. 47.2).

Dado que, conforme al art. 54.8 de la Ley, el Ministerio Fiscal «intervendrá siempre» en el procedimiento especial de exequátur («a cuyo efecto se le dará traslado de todas las actuaciones»), los Sres. Fiscales deberán velar por el cumplimiento de los indicados preceptos.

La competencia para el conocimiento de estos asuntos se determina conforme a los arts. 85.5, 86 ter.3 LOPJ y 52 Ley 29/2015.

Es necesario recordar que las normas sobre reconocimiento y ejecución tienen carácter subsidiario respecto de las normas internacionales e internas especiales (arts. 85.5, 86 ter.3 LOPJ, 523 LEC 1/2000 y 2 de la Ley 29/2015). Debe tenerse en cuenta, como señala el ya referido Preámbulo de la Ley 29/2015, que «el mantenimiento del exequátur como procedimiento especial cuyo objeto es declarar, a título principal, el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, autorizar su ejecución (...) contrasta con lo establecido en los reglamentos de la Unión Europea y se estima adecuado pues el régimen contenido en este texto se aplica a resoluciones originarias de países con los que no se mantiene ningún vínculo y parece conveniente mantener ciertas cautelas antes de dar validez a las decisiones adoptadas por sus órganos jurisdiccionales». En particular, en lo que concierne a la Unión Europea, hay que estar a lo dispuesto en los arts. 36 y ss. del Reglamento n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (aplicable a partir del 10 de enero de 2015), al que ya se ha hecho referencia en el apartado 3.1.

5. LA INTERVENCIÓN EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

El art. 19.1.f) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (LJCA) dispone que «están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: (...) El Ministerio Fiscal para intervenir en los procesos que determine la Ley».

Como ya se ha podido observar al reproducir su texto, las normas procesales civiles examinadas en la presente Circular (art. 11.5 y art. 15.1 LEC) hacen mención genérica al ejercicio de «cualquier acción» para la defensa de los intereses de los consumidores y a la posibilidad de que el Fiscal sea parte, cuando el interés social lo justifique, 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»; sin especificar por tanto que exclusivamente se refieran al orden jurisdiccional civil. Por otra parte, la Disposición final primera de la misma LJCA contiene una cláusula de supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El art. 3.14 EOMF, a su vez, encarga al Fiscal la tarea de «defender, igualmente, la legalidad en los procesos contencioso-administrativos (...) que prevén su intervención».

Parecería obvio por consiguiente que, en la medida en que la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios pueda encauzarse a través de un procedimiento contencioso-administrativo, la interpretación conjunta e integrada de las normas que se acaban de enunciar permita e incluso exija la intervención del Ministerio Fiscal en términos sustancialmente análogos a los que se han expuesto, con referencia a la jurisdicción civil, en las páginas anteriores.

La posibilidad de que una controversia en materia de consumo acceda a la jurisdicción contenciosa no solo es claramente factible en la práctica, sino que de hecho resulta muy frecuente que la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios haya de desplegarse frente a actos u omisiones de las Administraciones Públicas. En la sociedad actual, y en particular en el marco del denominado Estado de bienestar, la condición de ciudadano se funde de manera cada vez más indisociable con la calidad de *usuario* –en tanto que destinatario– de las prestaciones a cargo de la Administración. Pero además ese ciudadano consumidor o usuario es en todo caso, incluso en la esfera de las relaciones jurídico-privadas, sujeto pasivo –y en muchos casos beneficiario– de un amplísimo acervo regulatorio al que ya se ha hecho referencia, que principalmente se desarrolla y se concreta mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, ya sea por el Gobierno del Estado o por los de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivas competencias.

De ahí que, tanto en relación con los singulares actos administrativos que articulan la relación Administración-administrado como en el plano del control de legalidad de la infinidad de disposiciones generales de rango infralegal que afectan a esta materia, el ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa constituya hoy un terreno inherentemente vinculado a la defensa del consumidor.

En ese contexto, la aplicación de las normas legitimadoras de la intervención procesal del Fiscal no solo resulta viable desde un punto de vista hermenéutico, como se ha expuesto, sino que halla, en la perspectiva sistemática y teleológica, una sólida dimensión constitu-

cional: se abre camino a un más eficaz desempeño de la misión de defensa de los derechos de los ciudadanos que directamente asigna el art. 124 CE al Ministerio Público, en un terreno tan sensible, objeto – como ya se ha apuntado– de especial tutela en la propia Constitución (art. 51 CE).

Así ha venido a reconocerlo y asumirlo, como también se anticipó, la propia jurisdicción. Existen ya precedentes tanto en la Sala Tercera del Tribunal Supremo como, por ejemplo, en la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en los que se ha admitido con naturalidad e incluso promovido de oficio la legitimación y la actuación del Ministerio Fiscal, a partir de la fundamentación jurídica que se acaba de reproducir. Así, el Tribunal Supremo ha llamado al Fiscal por la vía del art. 15 LEC a un recurso contencioso administrativo ordinario promovido por una asociación de consumidores y usuarios contra un acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, o ha recabado el dictamen de la Fiscalía en el trámite dirigido a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –con cita expresa de la Instrucción 1/2016 de la Fiscalía General del Estado–, dada la incidencia de la materia objeto del proceso en los intereses de los consumidores. Y la Audiencia Nacional ha admitido la personación de la Fiscalía en un recurso ordinario interpuesto por una asociación de conductores contra la normativa reguladora del sistema de impartición de los cursos para la recuperación del permiso de conducir retirado por pérdida de todos los puntos.

Dando por sentada, en consecuencia, la legitimación procesal del Ministerio Fiscal en los términos indicados, resulta oportuno sin embargo hacer dos observaciones.

En primer lugar, es preciso subrayar que esta novedosa vía de legitimación entra en juego únicamente en aquellos supuestos en que la acción ejercitada no se encauce por el procedimiento especial y sumario para la protección de los derechos fundamentales regulado en los artículos 114 y ss. LJCA. Si, por el contrario, la pretensión se deduce por esa vía, la legitimación del Fiscal deriva directamente de la propia naturaleza del procedimiento, en la forma y con el alcance que se determinaban en la Circular 3/1998, de 23 de diciembre, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de lo contencioso administrativo*. El matiz más destacable es que en estos casos la personación del Fiscal es preceptiva e indeclinable, sin margen en ningún caso para la apreciación discrecional del *interés social* subyacente en el caso concreto, puesto que tal interés –identificado con la tutela de un derecho fundamental– se presupone en atención a la naturaleza de la acción ejercida.

La segunda observación se refiere al exacto alcance de las conclusiones expuestas acerca de la legitimación procesal del Fiscal. Los repetidamente citados arts. 11 y 15 LEC permiten configurar, por la vía que se ha apuntado, exactamente eso: un cauce de legitimación procesal. Pero no afectan a la naturaleza de los procedimientos ni al objeto de los mismos, tal y como se contemplan y regulan en la LJCA y en la legislación administrativa aplicable en cada caso. En este sentido hay que subrayar que el TRLGDCU solo se aplica, según su art. 2, «a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios», quedando por tanto fuera de su radio de acción cualquier controversia propia del Derecho Administrativo.

Por consiguiente, y sin perjuicio de la asunción *mutatis mutandis* de cuantas directrices y orientaciones se ofrecen en esta Circular acerca de la actuación del Ministerio Público, el marco normativo y procesal propio de la jurisdicción contenciosa permanece inalterado, de manera que la iniciativa y la postura de la Fiscalía en el proceso deberán atenerse al régimen específico de la propia LJCA y la normativa administrativa aplicable, muy especialmente la Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* en cuanto concierne a la recurribilidad de las resoluciones y disposiciones administrativas (actos recurribles, plazos, clase de recurso ejercitable en cada caso, motivos en los que puede fundarse el recurso, etc.).

Partiendo de esas premisas, el Fiscal podrá según los casos asumir la posición de recurrente, apreciando a través de las pertinentes diligencias preprocesales la procedencia de ejercitar la acción de que se trate, o podrá ser *llamado* al proceso incoado a instancia de las organizaciones o grupos que menciona el art. 15 LEC.

En ambos supuestos, no obstante, y con mayor cautela si cabe cuando se trate de cuestionar de manera directa o indirecta la legalidad de una disposición general, estatal o autonómica, resulta de especial importancia que las decisiones acerca de la personación de la Fiscalía y de la postura que haya de adoptar en el procedimiento sean objeto de una cuidadosa coordinación, en un doble frente: de un lado, con la propia actuación del Ministerio Fiscal en el área civil y mercantil, de acuerdo con las directrices fijadas en los anteriores apartados; y de otro lado, de cara a mantener la unidad de criterio «interna» en el área contencioso administrativa, donde puede resultar especialmente chocante una actuación descoordinada de la Fiscalía ante un determinado acto o comportamientos similares del mismo o diferentes órganos de la Administración, y, sobre todo, en relación con un mismo texto normativo reglamentario.

Por ello es importante reforzar la coordinación en ambos frentes. En el primer aspecto, mediante el intercambio de información y la adopción de criterios compartidos entre los Fiscales especialistas en materia civil y contencioso administrativa en los distintos niveles territoriales, y, con especial intensidad entre los Fiscales de Sala Delegados para ambas materias. En el segundo, asegurando la coordinación interna en el seno de la especialidad contencioso-administrativa, para lo que resulta oportuno hacer extensivas a la totalidad de las intervenciones del Fiscal relacionadas con los derechos de los consumidores y usuarios las directrices sobre dación de cuenta, consulta e información al Fiscal de Sala Delegado que ya rigen, conforme a la Instrucción 1/2016 y a raíz de las conclusiones establecidas por las Jornadas de Especialistas de 2016, para el planteamiento de las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La confluencia de ambas esferas de coordinación permitirá adoptar decisiones eficaces sobre la actuación del Fiscal cuando se detecte que la tutela de los derechos e intereses de los consumidores inicialmente intentada en el ámbito civil trasciende o excede del marco de relaciones jurídico-privadas y exige cuestionar una actuación de origen administrativo o, llegado el caso, la normativa reglamentaria que afecta a la materia controvertida. Y, recíprocamente, cuando se cuestionen ante la jurisdicción contenciosa resoluciones o disposiciones administrativas susceptibles de afectar a tales derechos e intereses, la visión específica de su impacto en dichas relaciones jurídico-privadas facilitará una perspectiva mucho más clara acerca de su incidencia *real* en la situación jurídica individual de los ciudadanos o colectividades afectados, de gran utilidad para ponderar la concurrencia de un verdadero interés social.

En todo caso, la intervención del Fiscal en el orden contencioso en este ámbito habrá de fundamentarse en la concurrencia de un cualificado interés social o en la apreciación de especiales situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión y deberá venir precedida, como se expuso *supra*, por la correspondiente dación de cuenta, conforme al art. 25 EOMF al Fiscal de Sala Delegado.

6. CLÁUSULA DE VIGENCIA

La presente Circular amplía y actualiza las directrices expuestas en 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*.

Con excepción de lo expresado en el primer párrafo del apartado IV. D (que cesa en su vigencia), las matizaciones y aclaraciones que afectan al epígrafe IV. D y conclusión primera (apartado 4.1.2 de la presente Circular), IV. H y conclusión 8.^a (apartados 4.2 y 4.4 de la presente Circular) y las actualizaciones de las referencias legislativas contenidas en todo el texto de la presente Circular, el resto de su contenido permanece vigente.

Las referencias que en la Circular 2/2010 se realizan al art. 15 del Reglamento número 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (Reglamento Bruselas I) deberán entenderse referidas a los actuales arts. 17 a 19 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (Diario Oficial de la Unión Europea 351/2012, de 20 de diciembre de 2012).

7. CONCLUSIONES

1.^a La ampliación de las competencias del Ministerio Público, tras la modificación del art. 11 LEC realizada 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*, obliga a una redefinición del modelo organizativo y a la determinación de aquellos aspectos que deben considerarse prioritarios.

2.^a En aquellas Fiscalías Provinciales en que no se haya realizado ya, deberá designarse, por el Fiscal Jefe, un Fiscal encargado de la protección jurídica de los consumidores y usuarios, integrado en la Sección de lo Civil. En las Fiscalías de Área podrá designarse un Fiscal de Enlace en esta materia. Los criterios y procedimientos para la designación, así como las competencias y las relaciones de coordinación necesarias para el ejercicio de sus funciones, se ajustarán a los parámetros de flexibilidad organizativa descritos en el apartado 2.1 de la presente Circular.

3.^a El art. 51 CE exige la actuación coordinada de todas las Administraciones implicadas y de las organizaciones de consumidores y usuarios.

Los Fiscales encargados de las Fiscalías Provinciales deberán realizar su cometido bajo la supervisión del Fiscal Delegado de la Comunidad Autónoma de la especialidad civil al objeto de garantizar la unidad de criterios y determinar las cuestiones prioritarias.

Todo convenio o protocolo que se realice con las Comunidades Autónomas u otras Instituciones públicas o privadas deberá encauzarse a través del Fiscal Superior de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma de que se trate. El convenio deberá contar con el informe favorable del Fiscal de Sala de la especialidad y ser autorizado, mediante el correspondiente Decreto, por el Fiscal General del Estado.

4.^a Sin perjuicio de la distribución del trabajo que se realice por cada Fiscalía Provincial, el Fiscal encargado deberá llevar un registro de las diligencias preprocesales que se incoen en su territorio, especificando la materia a que hace referencia, la fecha de su incoación y conclusión y si han dado lugar a actuaciones procesales. Las decisiones que adopte el Fiscal habrán de estar debidamente motivadas.

5.^a El Fiscal encargado despachará las cuestiones prejudiciales europeas sobre esta materia, de conformidad con lo dispuesto en la Instrucción 1/2016, de 7 de enero, *sobre la intervención del Fiscal en las cuestiones prejudiciales europeas*, solicitando a tal efecto las instrucciones del Excmo. Sr. Fiscal de Sala Delegado sobre el contenido del informe a emitir.

6.^a La Ley 42/2015, de 5 de octubre, ha introducido un nuevo apartado 3 en el art. 52 LEC sobre competencia territorial en materia de litigios derivados de acciones individuales de consumidores o usuarios. Tiene carácter electivo para este último que puede escoger entre el tribunal de su domicilio o el fuero general (según el demandado se trate de persona física o jurídica, arts. 50 y 51 LEC). Se trata de un fuero subsidiario a los restantes del mismo precepto y presenta carácter imperativo (no cabe, por tanto, sumisión expresa ni tácita).

Es también subsidiario del art. 52.2, precepto en el que –con anterioridad a la reforma– se había sostenido la aplicabilidad del fuero del domicilio del consumidor, con gran amplitud, en las materias que contempla. Esta última disposición, que continúa vigente, también se ha visto modificada, incorporando, además, el fuero general (arts. 50 y 51 LEC) con carácter electivo para el demandante, en forma análoga al nuevo apartado 3.

En el proceso monitorio, por su peculiar naturaleza jurídica, no rigen las reglas anteriores, dado el tenor del art. 813 LEC.

Los Sres. Fiscales ajustarán sus dictámenes sobre competencia a lo aquí reseñado.

7.^a Aunque la solicitud de intervención no suspende el curso del procedimiento y no se produce retroacción de actuaciones, el MF, en su calidad de interviniente, goza de amplias facultades de actuación y de utilizar los recursos procedentes contra las resoluciones que estime perjudiciales, incluso cuando las consienta su litisconsorte.

8.^a Los Sres. Fiscales atenderán, de forma prioritaria, a aquellos casos en que se revelen situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión. Atendiendo al carácter de mecanismo excepcional de protección jurídica en el marco de la acción individual, en los términos expuestos en el apartado 3.3.2 de esta Circular, los Sres. Fiscales valorarán especialmente, en primer lugar, las características subjetivas de la persona afectada que revelen su situación de especial vulnerabilidad; en segundo lugar, que no exista otro mecanismo que permita el acceso a la tutela judicial efectiva en condiciones de igualdad; y finalmente, el potencial perjuicio en atención a las características del bien o servicio.

9.^a Los Sres. Fiscales prestarán especial atención a aquellos casos en que, concurriendo las circunstancias citadas en la conclusión precedente, sea necesaria su intervención para hacer efectivas las medidas reseñadas en los apartados 3.4.1 y 3.4.2 referidas a la protección de los deudores hipotecarios y a la de los inversores minoristas.

10.^a En materia de acción colectiva, se reiteran las directrices emanadas de 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*, salvo lo dispuesto en la cláusula de vigencia.

11.^a La nueva redacción del art. 86 ter, apartado 2.d LOPJ determina que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de las acciones colectivas previstas en la legislación relativa a la protección de consumidores y usuarios, modificando el criterio expresado en la Circular 2/2010. La competencia objetiva viene determinada por el tipo de acción ejercitada que deberá estar expresamente prevista en la legislación protectora de dicho colectivo.

La reforma mantiene la competencia en materia de acción colectiva en los procedimientos relativos a condiciones generales de la contratación, pero atribuye el conocimiento de las acciones individuales a los Juzgados de Primera Instancia (art. 82.2.2.º LOPJ).

La definición de los restantes asuntos competencia de los Juzgados de lo Mercantil recogidos en el art. 86 ter.2 –en los que no se diferencia entre acción individual o colectiva– ha permanecido intacta.

12.^a En lo que concierne al ejercicio acumulado de pretensiones distintas a la propia de la acción de cesación, la nueva redacción del

art. 53 TRLGDCU amplía y aclara la redacción precedente del párrafo 1.º de la conclusión 1.ª de la Circular 2/2010 que aparecía inicialmente limitada a las condiciones generales de la contratación.

13.ª En lo que se refiere a la eficacia *ultra partes* de las sentencias dictadas en litigios en que se ejercitan acciones colectivas, los Sres. Fiscales ajustarán sus dictámenes a la doctrina del TJUE, TC y TS expuesta en el epígrafe 4.2 de la presente Circular.

14.ª En aras a la detección de las situaciones que presentan caracteres de abuso y a la necesidad de llevar una estrategia unificada en materia de acción colectiva, los Sres. Fiscales observarán las comunicaciones previstas en la Circular 2/2010 con el Excmo. Sr. Fiscal de Sala Delegado y participarán en las actividades de colaboración institucional con las entidades correspondientes de las CCAA y corporaciones locales bajo la supervisión del Fiscal Delegado de la Comunidad Autónoma de la especialidad civil.

15.ª En tanto no se produzca una modificación legislativa en lo relativo a la ejecución colectiva en materia de consumo, los Sres. Fiscales ajustarán su actuación a los criterios expuestos en el apartado 4.4 de la presente Circular.

16.ª Los Sres. Fiscales prestarán especial atención a la tutela cautelar de los consumidores y usuarios, previa acreditación y concreción de los requisitos previstos para ello, conforme a las reglas generales de «*fumus boni iuris*» y «*periculum in mora*».

17.ª En materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras dictadas en procedimientos derivados de acciones colectivas, los Sres. Fiscales estarán a lo dispuesto en los tratados, otras normas internacionales y disposiciones sobre cooperación jurídica internacional indicadas en el epígrafe 4.6.

18.ª Los artículos 11 y 15 LEC, en relación con el artículo 19.1.f) y la D. F.1.ª LJCA, y el art. 3.14 EOMF, legitiman al Ministerio Fiscal para intervenir en el proceso contencioso-administrativo en defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios, más allá de su clásico marco de actuación preceptiva en los procedimientos especiales para la protección de los derechos fundamentales.

Esa novedosa intervención deberá ajustarse en general a los principios y directrices establecidos en esta Circular, pero teniendo en cuenta que ha de producirse de acuerdo con las normas reguladoras de la jurisdicción contencioso administrativa y el Derecho Administrativo.

Por tanto, la actuación de la Fiscalía en este ámbito se llevará a cabo bajo la coordinación del Fiscal de Sala Delegado para el orden contencioso administrativo, que la desempeñará en estrecha colabora-

ción con el Fiscal de Sala de lo Civil, asegurando ambos, a través de la acción conjunta de las dos especialidades en todos los niveles orgánicos y territoriales, la unidad de actuación del Ministerio Fiscal en esta materia.

En todo caso, la intervención del Fiscal en el orden contencioso en este ámbito habrá de fundamentarse en la concurrencia de un cualificado interés social o en la apreciación de especiales situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión y deberá venir precedida por la correspondiente dación de cuenta, conforme al art. 25 EOMF al Fiscal de Sala Delegado.

En razón de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.