

Colección
DERECHO DEL CONSUMO



RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO A TRAVÉS DE ADR Y ODR (DIRECTIVA 2013/11 Y REGLAMENTO (UE) N° 524/2013)

Silvia Díaz Alabart

Directora

Cristina Fuenteseca Degeneffe

Coordinadora

Cristina Fuenteseca Degeneffe
M^a Dolores Hernández Díaz-Ambrona

M^a Patricia Represa Polo

Tania Vázquez Muiña

María Teresa Álvarez Moreno

Silvia Díaz Alabart

Helena Díez García

Prólogo

Silvia Díaz Alabart

Catedrática de Derecho civil



PRÓLOGO

La resolución extrajudicial de litigios hace ya un tiempo que es un tema de absoluta actualidad en los más diversos ámbitos, desde el familiar, al de la contratación o incluso al testamentario. Es evidente que los medios de resolución alternativa no pueden sustituir el acceso a la justicia ordinaria, pero pueden ser un buen complemento a la misma cuando se den las circunstancias precisas para ello, la primera de las cuales es que las reclamaciones que se sustancian por esos procedimientos siempre han de recaer sobre derechos sujetos a la autonomía de la voluntad.

Son varias las circunstancias que hacen aconsejable en el ámbito del consumo acudir a los denominados procedimientos de resolución alternativa (ADR y ODR). Entre ellas pueden mencionarse: que se trate de conflictos de una mínima cuantía dineraria que resultaría claramente anti económico someter a los tribunales, cuando es conveniente que el procedimiento sea sencillo y carente de formalismos, que se busque la rapidez y la gratuidad o bajo coste en la solución de la controversia, que el número de conflictos sobre una misma cuestión sea muy elevado y el someterlas a los tribunales pueda suponer colapsar su funcionamiento, etc. Ejemplo claro en la actualidad de este último supuesto es la promulgación del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (BOE 21 de enero de 2017).

Ante el aluvión de demandas de personas que habían contratado un crédito hipotecario variable con cláusulas suelo que se esperan tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que resolvía varios asuntos acumulados (C-154/15, C-307/15 y C-308/15), en el sentido de declarar

abusivas las cláusulas suelo que no tengan la transparencia exigible a las cláusulas predispuestas, el nuevo RDL dispone la posibilidad de abordar las reclamaciones de solicitud de devolución de las cantidades indebidamente cobradas por las entidades bancarias en base a esas cláusulas con un procedimiento extrajudicial, un procedimiento de nueva creación específicamente pensado para este tipo de supuestos.

El Real Decreto-ley 1/2017, dispone que las entidades bancarias ofrezcan a sus clientes que se encuentren en la situación descrita un procedimiento voluntario, gratuito y rápido (ha de solucionarse la reclamación en un plazo máximo de tres meses desde la presentación de la reclamación). El objetivo de arbitrar esta solución no es solamente el facilitar a los consumidores la resolución de sus reclamaciones sin coste, sino evitar esos mismos costes que corren de cuenta del erario público en el funcionamiento de todo el sistema judicial. A la vez es claro que las entidades bancarias también pueden verse beneficiadas por ese procedimiento alternativo, ya que el pago de las costas judiciales supone cuando son muchos los litigios que pierden un capítulo económico de cierta trascendencia. Como corresponde la implantación de este sistema para un caso particular no puede suponer la privación del derecho de cualquier persona de acudir a los tribunales ordinarios, por lo que éste, como cualquier otro procedimiento de resolución alternativa se basa en la voluntariedad de quienes deciden someter sus litigios a medios de resolución alternativa.

La Unión Europea no podía ser ajena a esta realidad, y desde hace tiempo ha venido actuando en favor de la implantación en su territorio de medios de resolución alternativa. Después del Libro verde sobre resolución alternativa de litigios de abril de 2002, hay que destacar la Directiva 2008/52/CE, relativa a determinados aspectos de la mediación en materia civil y mercantil. Con ella se abre la posibilidad de que cuando sea procedente, los tribunales que conozcan de un asunto puedan proponer a las partes que recurran a la mediación para resolver el litigio de que se trate. La transposición de la Directiva de 2008 se ha llevado a cabo con la promulgación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

En el año 2013, dando un importante paso más en su apuesta a favor de los medios alternativos de resolución de litigios para solventar las reclamaciones de consumo, la UE ha publicado dos importante normas: la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y el Reglamento UE nº 524/2013, de 21 de mayo, sobre la resolución de litigios en línea en

materia de consumo. Normas que cubren todo el espectro de la resolución alternativa tanto en relación con las ADR como con las ODR.

Si bien se trata de dos tipos de normas de diferentes, una Directiva y un Reglamento, ambas son absolutamente complementarias, no sólo por los reenvíos de una a otra que obligan a un estudio conjunto, sino porque el Reglamento no se puede aplicar en su totalidad mientras no se haya realizado la transposición de la Directiva, cosa que aún está pendiente en nuestro país.

La Directiva no supone un cambio radical sobre las entidades y procedimientos de resolución que venían funcionando en la UE. No crea nuevos procedimientos o entidades de resolución alternativa, sino que básicamente establece los requisitos que deben cumplir tanto las entidades como los procedimientos, o las personas que se ocupan de unas y otros para que se pueda garantizar un buen nivel de calidad, fiabilidad y eficacia en toda la UE. En el conjunto de la Unión el entramado de entidades de resolución tenía bastantes deficiencias, y la Directiva pretende solventarlas.

El Reglamento si que aporta un cambio trascendente. Se ocupa de un sector en alza dentro del comercio mundial, el que se lleva a cabo electrónicamente en el ámbito de la Unión, en particular respecto del comercio electrónico transfronterizo. Para facilitar la resolución de los conflictos de consumo generados en ese tipo de contratación, la UE ha creado la denominada «plataforma europea de resolución alternativa de litigios de consumo», que pretende ser el cauce adecuado para ello.

Es cierto que el mercado electrónico ha ido aumentando su facturación y que hay un amplio sector de consumidores que prefieren contratar la mayor parte de sus bienes o servicios con esa modalidad, pero tampoco hay que olvidar que este modo de contratación no es accesible para todos los consumidores. Tal y como ha puesto de relieve Joaquín Leguina en su artículo «No es país para viejos» (publicado en el diario *ABC* el 26 de enero de 2017), «las nuevas tecnologías están creando ya un auténtico muro imposible de salvar entre quienes saben manejarse con ellas y quienes jamás llegarán a utilizarlas... y esta brecha insalvable se está abriendo a través de una sola variable, la edad».

La evidencia de que hay un grupo importante de personas alejadas que no son usuarias de estas tecnologías, bien por la edad, bien por otras razones, obliga, conforme al principio de máxima accesibilidad, a procurar acercarlas a todos los tipos de consumidores, y también dar alternativas de procedimientos presenciales que sean accesibles para todos.

Esbozado siquiera el marco en el que se encuadran los trabajos que componen el libro que se presenta, corresponde decir algo brevemente del mismo y de las autoras que lo han elaborado.

Con esta obra hemos querido entrar en las últimas novedades en materia de resolución alternativa de litigios planteados por consumidores, novedades que más pronto que tarde han de reflejarse en nuestras normas de consumo. En ella participan una serie de autoras con una ya larga trayectoria en el ámbito del Derecho de consumo. Todas ellas son autoras de trabajos de investigación de carácter individual o colectivo sobre este campo jurídico, así como otras obras de carácter docente, o como participantes en cursos, seminarios y congresos sobre esta misma materia.

El conjunto de las aportaciones que conforman esta obra puede decirse que ofrece una visión bastante completa de lo dispuesto en Directiva y Reglamento, y de como afectan ambos a nuestro Ordenamiento jurídico y, consecuentemente a la protección de los consumidores y al buen funcionamiento del Mercado Interior.

«Los principios de libertad y de legalidad de la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo, y su impacto en el sistema arbitral de consumo» es el tema que desarrolla Helena Díez García, con la solvencia que la caracteriza, en este caso potenciada por su conocimiento completo del funcionamiento práctico de las Juntas Arbitrales de Consumo, en su condición de Presidenta de la Junta Arbitral de León. La normativa europea sobre las ADR y ODR afecta directamente al sistema español de arbitraje de consumo, y la autora examina en particular como se concretan estos principios de libertad y legalidad en la Directiva, así como el impacto que pueden producir en el arbitraje de consumo como sistema de resolución alternativa de litigios de consumo de mayor implantación en nuestro país. Uno de los puntos que desarrolla con profundidad es el de si la inclusión por parte del comerciante de una cláusula de sumisión al arbitraje de consumo, obliga al consumidor cuando la controversia se produzca después de la celebración de dicho contrato, y si ello puede atentar contra el principio de libertad.

Cristina Fuenteseca Degeneffe aborda en un extenso y solido estudio, otros de los principios esenciales para las entidades de resolución alternativa de litigios: «El principio de transparencia, la eficacia y la equidad en la Directiva 2013/11 y su transposición al Derecho español». La autora comienza destacando que en el texto de la Directiva de 2013 hay más preceptos dedicados al papel de las entidades de resolu-

ción de litigios que a los principios de los procedimientos de resolución alternativa, y es que dichos principios los engloba bajo la rúbrica de acceso y requisitos aplicables a las entidades y procedimientos de resolución alternativa. Asimismo entra en la experiencia española sobre los procedimientos y lo que puede suponer el Anteproyecto de ley sobre estos medios alternativos de resolución en cuanto a modificación de la actual situación. Pero lo que se trata con mayor profundidad en el trabajo son los principios de transparencia, eficacia y equidad, que estudia con la minuciosidad que caracteriza sus trabajos.

«La resolución alternativa de litigios de consumo por medios electrónicos» es el tema que se regula parcialmente en el Reglamento UE nº 524. Éste aporta la gran novedad para la resolución electrónica de las reclamaciones procedentes de contratación también on line a través de la creación de una Plataforma europea. Las cuestiones que suscita las hemos tratado conjuntamente M^a Patricia Represa Polo y yo misma. Aunque la creación y funcionamiento de la Plataforma se ha recogido en un Reglamento, por lo que no precisaría de transposición a nuestro Ordenamiento, lo cierto es que esa interdependencia que existe entre Reglamento y Directiva, hace que mientras que no se trasponga ésta, aunque el Reglamento esté ya en vigor en España no se pueda utilizar la plataforma.

La Plataforma puede ser un medio muy útil para facilitar la resolución de litigios derivados del comercio electrónico, especialmente el transfronterizo. Facilitar solo, ya que la plataforma en sí misma no es una entidad de resolución, sino un cauce intereuropeo que canaliza las reclamaciones de cualquier consumidor que vive en la UE frente a cualquier comerciante radicado asimismo en Europa. También es labor de la Plataforma el facilitar on line formularios de reclamación en cualquiera de las lenguas de la Unión, y de hacer las traducciones necesarias para que el comerciante que reciba la reclamación lo haga también en su propia lengua. En esta herramienta todo resulta nuevo, y las autoras hemos buscado ofrecer una visión completa de la plataforma y su funcionamiento, sin dejar de señalar algunos de los problemas que pueden plantearse en relación con ella.

M^a Teresa Álvarez Moreno se ocupa de una cuestión eminentemente práctica como es la de, «Los servicios de atención al cliente como medio alternativo de resolución de conflictos». Aunque en muchas ocasiones al hablar de medios de resolución alternativa de conflictos no se toman en consideración los servicios de atención al

cliente, lo cierto es que éstos constituyen la posibilidad más inmediata de que los consumidores puedan presentar, y en muchas ocasiones resolver sus reclamaciones de consumo. No lo hacen así la Directiva y Reglamento de 2013, pues ambas los toman muy en cuenta. En concreto el Reglamento establece la necesidad de que antes de gestionar una reclamación a través de la plataforma europea se haya intentado resolverla directamente con el empresario, esto es con el servicio de atención al cliente. El trabajo de la Profesora Álvarez Moreno hace un recorrido por sus diferentes modos de organización y funcionamiento, con especial atención a los derechos de los consumidores en relación con sus reclamaciones ante dicho servicio, y al modo en que esos servicios se incardinan en la Directiva 2013/11/UE.

Por su parte, M^a Dolores Hernández Díaz-Ambrona se ocupa de los organismos de supervisión y reclamación. Entre los temas que toca hay uno poco tratado generalmente; la intervención del Ministerio Fiscal en materia de consumo, para luego pasar a un análisis del *modus operandi* de las entidades de resolución alternativa. Finaliza su trabajo con una referencia específica a los problemas relacionados con la resolución de conflictos que se plantean en algunos de los sectores de contratación esenciales: sector financiero, electricidad e hidrocarburos, energías, telecomunicaciones y transporte.

Finalmente, una aproximación a «La mediación en conflictos de consumo: La Directiva 2013/11/UE y el Reglamento (UE) n^o 524/2013», constituye la aportación de una nueva colaboradora del equipo, Tania Vázquez Muiña. La mediación en consumo es uno de los procedimientos de resolución alternativa de litigios de consumo que se ha ido afianzando en diferentes Estados Miembros de la Unión Europea. En España, si bien la mediación ha sido muy bien acogida en algunos campos (así, la mediación en el ámbito familiar), no ha tenido hasta el momento el mismo éxito para los de consumo que el arbitraje, si bien las Juntas Arbitrales también vienen realizando ciertas labores de mediación. Las muchas posibilidades de este tipo de procedimiento, máxime cuando también se ha comenzado a realizar mediación en línea, hace que sea un tema de máxima actualidad, y que sea preciso incluir un estudio que lo aborde en relación con la Directiva y Reglamento sobre resolución alternativa de litigios de consumo.

Silvia Díaz Alabart
Catedrática de Derecho Civil

ABREVIATURAS

- AC Aranzadi Civil
- ADC Anuario de Derecho Civil
- AECOSAN Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición
- ADR *Alternative Dispute Resolution*
- BOE Boletín Oficial del Estado
- C.C. Código Civil
- CE Constitución Española
- C.E. E Comunidad Económica Europea
- CGPJ Consejo General del Poder Judicial
- COM Comisión de las Comunidades Europeas
- DOCE Diario Oficial de las Comunidades Europeas
- DOUE Diario Oficial de la Unión Europea
- DPO *Data Protection Officer*
- DRALCC Directiva de Resolución Alternativa de conflictos de Consumo
- L A Ley de Arbitraje
- LEC Ley de Enjuiciamiento Civil
- LGDCU Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
- LMA Ley de Mediación de Asuntos Civiles y Mercantiles
- LOTT Ley de Ordenación de Transportes Terrestres
- OMIC Oficina de Información Municipal de información al Consumidor
- OPSAC Ofertas Públicas de Adhesión al Sistema Arbitral de Consumo

ODR	<i>On line Dispute Resolution</i>
RAL	Resolución Alternativa de Litigios
RD	Real Decreto
RDAC	Real Decreto de Arbitraje de Consumo
RDP	Revista de Derecho Privado
RRLC	Reglamento europeo de Resolución de Litigios de Consumo
SAC	Sistema Arbitral de Consumo
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJE	Tribunal de Justicia Europeo
TRLCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

ORGANISMOS DE SUPERVISIÓN Y RECLAMACIÓN

M^a DOLORES HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA
Profa. Titular de Derecho Civil UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE CONSUMO: 1. Legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de acciones.– 2. Ámbito de la legitimación de cualquier tipo de acción en defensa del consumidor.– III. ENTIDADES DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA: CONCEPTO.– IV. DEBER DE INFORMACIÓN Y PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.– V. LITIGIOS SOMETIDOS A LAS ENTIDADES DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA.– VI. CARÁCTER VINCULANTE O NO DE LA DECISIÓN ADOPTADA POR LA ENTIDAD DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA.– VII. SUPUESTOS DE INADMI- SIÓN DE LA RECLAMACIÓN.– VIII ENTIDADES DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS EN EL SECTOR FINANCIERO.– IX. EL SECTOR DE LA ELECTRICIDAD E HIDROCARBUROS: 1. Resolución de conflictos.– 2. Breve referencia a los problemas que plantea el sector energético.– X. EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES.– XI. EL SECTOR DEL TRANSPORTE.– XII. COMPRAS EN ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES Y COMPRA ONLINE.– XIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 51 de la Constitución en su apartado 1 establece que: «los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo, mediante procedimiento eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos».

Constituye un llamamiento dirigido a todos los poderes públicos, obligados a garantizar la protección de los intereses de los consumidores y usuarios en el marco de una realidad económica muy dinámica, que evoluciona cada día con el impacto de las nuevas tecnologías en la distribución de bienes y la progresiva liberalización de los servicios de interés general, entre otros factores.

El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre en su artículo 21 apartado 2 que fue modificado por la Ley 3/2014 de 27 de marzo establece que las oficinas y servicios de información y atención al cliente que las empresas, pongan a disposición del consumidor y usuario, deberán asegurar que éste constancia de sus quejas y reclamaciones, mediante la entrega de una clave identificativa y un justificante por escrito, en papel o en cualquier otro soporte duradero. Si tales servicios utilizan atención telefónica o electrónica para llevar a cabo sus funciones deberán garantizar una atención personal directa, más allá de la posibilidad de utilizar complementariamente otros medios técnicos a su alcance. Añade además que «las oficinas y servicios de información y atención al cliente serán diseñados utilizando medios y soportes que sigan los principios de accesibilidad universal, y en su caso, medios alternativos para garantizar el acceso a los mismos a personas con discapacidad o edad avanzada».

Queda claro que las empresas relacionadas con los servicios de interés general, entendiéndose por tales aquellas que realizan actividades comerciales que cumplen misiones de interés general, deben de tener a disposición del consumidor un Servicio de Atención al Cliente que atienda las quejas y reclamaciones de los usuarios.

A veces, el consumidor, se ve sumido en una especie de laberinto que le hace desistir de su reclamación, más si el propio consumidor tiene determinadas características que le hacen especialmente vulnerable. La reforma llevada a cabo por la Ley 3/2014 de 27 de marzo ha tenido en cuenta esta posibilidad al hablar de mejorar la accesibilidad a los discapacitados y personas de edad avanzada, pero pensando más en problemas físicos o de movilidad, que de comprensión de la información que se pone a disposición del cliente.

II. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE CONSUMO

1. Legitimación del ministerio fiscal para el ejercicio de acciones

Tan importante es el acceso de cualquier consumidor a un sistema de resolución de conflictos, tanto desde punto de vista judicial como extrajudicial, que si nos centramos, en este primer aspecto, es decir desde el punto de vista judicial, el artículo 11 de la Ley del Enjuiciamiento Civil, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2014, de 27 de marzo introduce un nuevo apartado quinto, según el cual «el Ministerio Fiscal está legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios».

La necesidad de esta reforma ya la puso de manifiesto el Informe del Ministerio Fiscal al Anteproyecto de Ley de Crédito al Consumo de 3 de mayo de 2010¹ el cual manifiesta expresamente que resulta difícil justificar que la legitimación del Ministerio Fiscal esté limitada, conforme prevé el artículo 11,4 de la LEC al ejercicio de la acción de cesación, siendo indiscutible que el interés público puede verse comprometido en el marco de cualesquiera acciones colectivas, sin que la iniciativa del Fiscal en su defensa pueda aparecer condicionada a que una asociación de consumidores tome la iniciativa ejercitando la acción en los supuestos, por ejemplo, a que se refiere el artículo 11, 3 del mismo texto legal, por ello propone que debería modificarse el artículo 11 de la LEC incluyendo un ordinal con el siguiente tenor «El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios».

Se le concede por tanto una amplia legitimación al Ministerio Fiscal para intervenir en defensa de cualquier consumidor, partiendo de un consumidor de tipo medio, con mayor razón, se entiende esta intervención, si este consumidor reúne determinadas características que le hacen ser vulnerables.

El Ministerio Fiscal se convierte en garante y defensor de los derechos de los consumidores.

La legitimación del Ministerio Fiscal en el proceso civil viene dada, en términos generales, por la Constitución que le asigna la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses y derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la Ley, según su artículo 124 y por los propios preceptos de su Estatuto

¹ Véase pp. 21 y 22.

Orgánico que desarrollan el mandato constituyente y en particular por las disposiciones legales que establecen su intervención, un ejemplo de tales disposiciones es el citado artículo 11,5 de la LEC.

Esta legitimación no deriva de la titularidad de derechos subjetivos, ni siquiera cuando su intervención se asemeja a la del interviniente adhesivo o coadyudante² o al sustituto procesal, sino que se trata de un órgano del Estado al servicio de los intereses públicos indisponibles por los particulares, cuya misión es promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, así como velar por la independencia de los Tribunales y promover ante éstos la satisfacción del interés social. Como el juez no se puede erigir en valedor de los intereses públicos de oficio, sin instancia de parte, la Ley encomienda esta protección al Ministerio Fiscal que, aunque asuma la postura de actor, no está en el proceso como sujetos de derechos, sino como órgano del Estado en defensa de la legalidad y de los intereses públicos encomendados.

Concretamente, en relación a la materia de consumo, 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 señala que es ineludible que en lo sucesivo los Fiscales Superiores mantengan reuniones periódicas con las autoridades autonómicas de consumo y los Fiscales de las diferentes Fiscalías Territoriales y/o de Área a fin de coordinar esfuerzos e intercambiar pareceres sobre las posibles líneas de actuación de comportamientos eventualmente lesivos a los intereses de los consumidores y usuarios que presenten mayor incidencia en el ámbito territorial de sus respectivas fiscalías³.

La función del Ministerio Público se desarrolla necesariamente y de forma natural dentro del proceso, reclamando de los órganos jurisdiccionales la tutela judicial efectiva tanto en el proceso civil, como en el contencioso administrativo, como en el social, y dicha actividad

² No creemos que cuando el Ministerio Fiscal actúa porque lo ordena la Ley en defensa de los intereses sociales su intervención deba identificarse con la del interviniente o coadyudante, porque este último interviene en una causa, en ayuda de parte, a favor de un derecho ajeno y es necesario que tenga un interés en la relación objeto de controversia, mientras que el Ministerio Fiscal actúa con independencia de cualquier interés de parte.

³ Del contenido y resultado de estas reuniones deberá darse cuenta semestralmente, siempre a través del respectivo Fiscal Superior, al Fiscal de Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

del Ministerio Fiscal está sujeta a concretar autorizaciones legales, de modo que la norma debe prever expresamente su intervención a través del mecanismo procesal de la legitimación.

Con fundamento en tan amplia legitimación, y haciendo una importante matización sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el planteamiento de una cuestión prejudicial, y exclusivamente en relación a los procedimientos para la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, entiende la Instrucción 1/2016 de 7 de enero de la Fiscalía General del Estado sobre «La Intervención del Ministerio Fiscal en las Cuestiones Prejudiciales Europeas «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. En los demás supuestos, ya sean procesos civiles, penales o contencioso-administrativo el fiscal puede plantear la cuestión prejudicial cuando por aplicación de las normas procesales respectivas o del Estatuto del Ministerio Fiscal esté interviniendo, ya que si el Fiscal ni ha sido ni ha debido ser parte en el proceso subyacente, carecerá de legitimación para promover el incidente, salvo que sea un procedimiento en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios.

La citada Circular 2/2010, sobre la «La Intervención del Ministerio Fiscal en el Orden Civil para la Protección de los Consumidores y Usuarios «señala además que «la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de los intereses colectivos o difusos responde a la evidente dificultad que entraña el ejercicio de reclamaciones individuales por parte de los consumidores y usuarios perjudicados, y a la irrenunciable necesidad de facilitar el acceso a la tutela jurisdiccional en el marco de una razonable economía procesal». Añade asimismo que «resulta evidente que la posición procesal de un consumidor o usuario aislado en un pleito seguido contra una gran empresa, aunque teórica y formalmente sea equivalente a la de esta última, no lo es en la práctica, ya que la desigualdad y el desequilibrio de medios existentes entre ambas partes, una de las cuales goza habitualmente de mayor poder económico, constituye otras de las razones justificativas de la intervención del ministerio fiscal en defensa del interés social eventualmente comprometido».

También se ha puesto de manifiesto, en el Informe del Consejo Fiscal emitido al Anteproyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo de 3 de mayo de 2010 que el interés público puede verse

comprometido en el marco de cualesquiera acciones colectivas, sin que la iniciativa del Fiscal en su defensa pueda aparecer condicionada a que una asociación de consumidores tome la iniciativa, ejercitando la acción en los supuestos, por ejemplo, a que se refiere el artículo 11,3 de la LEC y es por ello que ya se propuso la modificación del citado artículo 11 de la LEC, incluyendo un ordinal con el siguiente tenor «el Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios», modificación que como hemos visto se ha llevado a cabo en marzo de 2014.

Si a esto sumamos, las circunstancias en las que se pueden encontrar determinados consumidores, que por sus especiales circunstancias les hacen ser más vulnerables, esta legitimación para ejercitar cualquier acción para proteger al consumidor adquiere más Justificación si lo hace en nombre de un consumidor vulnerable.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 14 de junio de 2012 (la Ley 2012/29807), al resolver las distintas cuestiones prejudiciales interpuestas por la Audiencia Provincial de Barcelona, en relación al papel que juega el juez nacional ante las cláusulas abusivas de los contratos y dilucidar si la Directiva 93/13, se opone a lo dispuesto en el Texto Refundido 1/2007, que no permite que el juez que conoce una demanda en un proceso monitorio examine de oficio ni en ninguna fase del procedimiento el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando éste no ha formulado oposición, declara que la situación de desequilibrio existente entre el profesional y el consumidor sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato y por tanto, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la citada Directiva 93/13, y de este modo poder subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. Así a la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de la Directiva 93/13 y, de este modo subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y profesional. Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tal pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello.

Pero esta intervención positiva, que se le está dando a la autoridad judicial en materia de consumo, no sólo debe afectar a la autoridad judicial, sino, y con mayor razón, si cabe, al Ministerio Fiscal, cuya vocación es promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad.

Para Santos Urbaneja⁴ la legitimación es especialmente intensa en caso de defensa de los consumidores vulnerables, ya que resulta claro que más allá de la legitimación general contenida en el artículo 11-5 de la LEC el consumidor suma a esta condición la de ser más vulnerable por razón de edad (menores, mayores), discapacidad, trastorno mental, por lo que la legitimación del fiscal para intervenir aparece duplicada, dado que en este caso, la justificación además de los artículos 124 y 51 de la Constitución, se encuentra en los artículos 49⁵ y 50⁶ del mismo texto.

⁴ «Sobre la legitimación procesal del Ministerio Fiscal en defensa de los consumidores», en el Blog Notarios y Registradores, mayo 2016, pp. 1 a 11, donde señala que alguna legislación autonómica como la andaluza, ya puso de relieve el carácter especialmente vulnerable de las personas mayores «consumidoras» y en el Título X de la Ley 6/1999 de 7 de julio de atención y protección a las personas mayores en su artículo 48 dispone que «Las administraciones públicas garantizarán el respeto de los derechos que corresponden a las personas mayores como consumidores y usuarios, especialmente en relación a ofertas comerciales dirigidas específicamente a este sector de la población». Además, el citado autor, realiza un examen particular de la legitimación para intervenir en defensa de los deudores hipotecarios sin recursos, destacando el papel que juegan las Oficinas en defensa de la vivienda y la coordinación que deberían tener las mismas con el ministerio fiscal, ya que la posición de los deudores implicados se vería reforzada en estos procesos con la intervención del ministerio fiscal y propone que, en aplicación del principio de actuación de los poderes públicos contenida en el artículo 51 de la Constitución, a efectos de lograr una protección eficaz de sus intereses, las Oficinas en Defensa de la Vivienda, comuniquen al Ministerio Fiscal los procesos de los que tengan conocimiento relativo a los deudores hipotecarios sin recursos, a efectos de que el Fiscal valore su intervención en función de que considere o no que la legalidad ha sido infringida y en este caso la justificación de la intervención será aún mayor cuando el proceso afecte a personas mayores, con discapacidad o trastorno mental. Dicha intervención sobrevenida se haría en base al artículo 13 de la LEC.

⁵ Según el cual, «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos».

⁶ El cual señala que «Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

Fernández Le Gal⁷ resalta que el desequilibrio existente entre el cliente minorista, un pequeño ahorrador y una entidad financiera que ha incurrido en prácticas abusivas, cuando no presuntamente fraudulentas, justifica la legitimación del Ministerio Fiscal en aras de la satisfacción del interés social íntimamente vinculado a procurar la igualdad material. También destaca que el hecho de admitir la legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de acciones individuales en nombre del consumidor respondería a un principio de economía procesal también interesante en términos de eficiencia del sistema y que frente a la función reactiva del juez, la función del fiscal es eminentemente activa, ya que su vocación es promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad. Y en relación a la vulnerabilidad señala que esta puede también vincularse a las circunstancias socio-económicas que complican el acceso a la tutela judicial efectiva o a la dificultad de acceso a esa tutela judicial de los bienes jurídicos supraindividuales y pone como ejemplo la protección del medio ambiente a la que se refiere el artículo 45 de la Constitución y cuya tutela se ha reforzado a través de la legitimación del Ministerio Fiscal en su defensa no sólo en el ámbito penal sino también en todos los procesos contenciosos administrativos en los que se trate de la aplicación de la Ley de Responsabilidad Medioambiental⁸.

El Informe n° 12 (2009) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos y el Informe n° 4 (2009) del Consejo Consultivo de Fiscales Europeos a la atención del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre «Jueces y Fiscales en una Sociedad Democrática» destaca que según los Estados miembros, el fiscal puede tener o no funciones fuera del ámbito penal, pero cuando ejerce tales funciones, puede incluir

⁷ «La intervención del ministerio fiscal en defensa del interés público en procesos no penales, especial atención a su labor de promoción y defensa del interés social y los derechos de los ciudadanos», en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, enero junio 2014, volumen n° 41/2014, pp. 106 a 137.

⁸ Así en la Exposición de Motivos de la Ley 10/2006, de 26 de abril se justifica la intervención del Ministerio Fiscal en el sentido de que «es bien sabido que el legislador, ha hecho, hasta el presente momento, un esfuerzo importante para garantizar el derecho-deber al medio ambiente. Sin embargo, el carácter de interés colectivo que se predica del medio ambiente y sus limitados sistemas de protección ciertamente lejos de los sistemas de protección que poseen intereses jurídicos individuales, implica una especial dificultad a la hora de defenderlo o bien de exigir su respeto. A ello obedece en esencia, el que se atribuya al Ministerio Fiscal la defensa de este interés colectivo que es el medio ambiente y también que esta institución preste una atención específica a la defensa de este bien jurídico».

entre otras materias, derecho civil ... así como la protección del medio ambiente, los derechos sociales de los grupos vulnerables, como los menores, las personas minusválidas y las personas con bajos ingresos. Y añade que cuando el fiscal actúa fuera del ámbito penal, ha de respetar la competencia exclusiva del juez y tener en cuenta que la participación del ministerio público en los procesos judiciales no debe afectar la independencia de los tribunales ni al principio de separación de poderes, que ha de ser respetado, por un lado en las tareas y actividades confiadas a los fiscales fuera del ámbito del orden jurisdiccional penal y, por otro, en el papel confiado a los tribunales para la protección de los derechos humanos.

En definitiva el Ministerio Fiscal debe velar porque no se produzca desequilibrio entre las partes que intervienen en un contrato, máxime cuando se trata de contratos de adhesión, donde una de las partes se halla en una situación de prepotencia frente a la otra, que en muchas ocasiones de ve obligada a aceptar lo que ofrecen, porque necesita el producto ofrecido.

El Ministerio Fiscal está legitimado, como hemos visto, porque así lo recoge la LEC, artículo 11, 5 para ejercitar cualquier acción en nombre del consumidor, sean estas colectivas o individuales. Tiene clara justificación su legitimación para el ejercicio de acciones individuales porque están se adaptan más a las circunstancias concretas de cada consumidor y responden más a las necesidades de los consumidores que se encuentran en situaciones de especial vulnerabilidad.

2. Ámbito de la legitimación: cualquier tipo de acción en defensa del consumidor

Creemos que es importante matizar las diferencias entre acciones colectivas e individuales y matizar el papel que juegan cada una de ellas.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 14 de abril de 2016 (la Ley/2016) resalta las diferencias entre las acciones colectivas y las acciones individuales, ya que considera que en la acción individual el sistema de protección establecido en la Directiva 93/13 está basado en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información, mientras que en las acciones colectivas tales organizaciones no se encuentran en esa situación de inferioridad, pues sin negar la importancia del papel

fundamental que deben desempeñar para lograr un elevado nivel de protección de los consumidores en el seno de la Unión Europea, hay que hacer constar, no obstante, que una acción de cesación que enfrente a una de tales asociaciones con un profesional no se caracteriza por el desequilibrio que existe en el contexto de una acción en la que estén implicados un consumidor y el profesional con el que contrata. En consecuencia señala que el artículo 7 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a, lo dispuesto en el artículo 43 de la LEC que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción individual en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva, que se encuentre pendiente, ejercitada por una asociación de conllevando ese efecto suspensivo una subordinación necesaria de la acción individual a la acción colectiva. Señala así mismo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en esta sentencia, que tal norma (el artículo 43 de la LEC) resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado ni eficaz para que cese el uso de la cláusula abusiva en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, ya que las acciones individuales y colectivas tienen en el marco de la Directiva 93/13 objeto y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de estas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13. Recuerda así mismo que si bien corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer las reglas que regulen las relaciones entre ambas clases de acciones, dichas reglas deben cumplir tanto con el principio de equivalencia («no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares sometidas al derecho interno»), como es la efectividad («que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los consumidores»).

Esta decisión manifestada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo es a propósito de una interpretación de la normas propuesta por el juez español que conduce a la suspensión de la causa por tiempo indeterminado de varios años, pero sin archivo definitivo

y es evidente, por tanto, que esta doctrina resulta aplicable con igual o mayor fuerza, cuando la respuesta jurisdiccional ha sido poner fin al litigio, y así lo pone de manifiesto el Tribunal Constitucional en su sentencia de 19 de septiembre de 2016 (la Ley 2016/146364) al declarar que en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de octubre de 2014⁹ que se recurre en casación, se produjo una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante como consecuencia del archivo de las actuaciones por litispendencia al existir un procedimiento anterior instado por una asociación de consumidores (ADICAE) en ejercicio de una acción colectiva de cesación de cláusulas abusivas, entre ellas, la cláusula suelo cuyo contenido coincide con la firmada por el demandante, ya que la Audiencia ha realizado una interpretación irrazonable de la ley procesal, por la que, superando su tenor literal, ha impedido a los demandantes obtener una resolución de fondo, además de ser contraria al Derecho comunitario conforma a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (reflejada en la anterior sentencia comentada de 14 de abril de 2016).

Se alega por parte de los recurrentes en el recurso de amparo, que aunque la intervención del consumidor individual en una acción colectiva ya iniciada por una asociación de consumidores y usuarios, sea una posibilidad admitida por el artículo 11 de la LEC, no se trata

⁹ En la demanda los actores discutían la validez de la estipulación firmada en un contrato de modificación del préstamo hipotecario suscrito con Catalunya Banc SA en la que se hacía referencia al límite mínimo del 3,50 por 100 nominal actual, estimando que se trataba de una cláusula nula de pleno derecho por abusiva, al no haber podido negociarse individualmente, resultar contraria a la buena fe y causar un desequilibrio contractual en su perjuicio, teniendo en cuenta su condición de consumidores y solicitaban además de su nulidad, la devolución de lo pagado en exceso durante la vigencia de dicha estipulación, al no haber podido acogerse a las fluctuaciones del mercado, daño que cuantificaban en la cantidad de 6.870 euros con 98 céntimos, con los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro. La entidad demandada alegó la excepción de prejudicialidad de los artículos 43 y 405,3 de la LEC, ya que con anterioridad había sido demandada por ADICAE mediante el ejercicio de una acción colectiva para la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y además litispendencia en causa civil, ya que con anterioridad existía una demanda la cual había dado lugar a un procedimiento en la que se ofreció la posibilidad de ser partes en el mismo mediante la publicación de edictos en el periódico *El País*. El Auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona de 23 de julio de 2013 estimó la excepción de prejudicialidad y acordó la suspensión del procedimiento hasta que recayera resolución firme en el proceso seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, en relación a la acción colectiva interpuesta. La Audiencia en el Auto de 9 de octubre de 2014 da un paso más y modifica la resolución recurrida apreciando que no concurre prejudicialidad sino litispendencia, de manera que acordó el archivo de las actuaciones.

de una intervención obligatoria. También hacen referencia a la Recomendación de la Unión Europea de 11 de junio de 2013 la cual defiende que en estos casos no hay peligros de sentencias contradictorias pues los intereses en juego en cada una de las acciones es distinto, además de que la acción colectiva no permite el análisis individualizado, y menos cuando el concreto consumidor no se ha adherido a la acción colectiva. No se puede constituir para un concreto consumidor una obligación o carga procesal con consecuencias negativas frente a su derecho individual a la tutela judicial efectiva.

El Informe del Ministerio Público critica la solución dada por el Auto del Juzgado de lo Mercantil n^o 4 de Barcelona, de suspender el procedimiento hasta que recaiga sentencia en la causa seguida en la acción colectiva centrándose en el artículo 11 de la LEC, ya que considera que, en este citado artículo, la legitimación para ejercitar acciones en defensa de los intereses generales de los consumidores, se concede tanto a las asociaciones de consumidores y usuarios en su apartado 1, como al Ministerio Fiscal en el apartado 5 y estima, con razón, que la legitimación de aquéllas no puede impedir, así lo reconoce el propio artículo 11, 1 de la LEC la legitimación individual de los perjudicados. Añade además este Informe, que esta última legitimación, se diferencia a su vez de la prevista en el mismo precepto para ejercitar acciones de reclamación de daños, donde se distingue según que los consumidores afectados estén determinados o sean de fácil determinación o por el contrario sean indeterminados o de difícil determinación (artículo 11, 3 de la LEC).

Para el Fiscal la solución del Auto está poco fundada en derecho y pudiera entenderse como arbitraria, por cuanto desconoce el completo juego normativo del citado artículo 11 de la LEC, además de que adolece de una deficiente fundamentación, en primer lugar porque en ningún momento se ha aportado al proceso la documentación del proceso preexistente, ni por parte de la entidad demanda que era a quien le correspondería, ni por el propio Juzgado, la cual a su vez permitiera de manera cierta documentar no sólo la *Litis* del mismo y el alcance final de esta sino asimismo las relaciones procesales preexistentes en aquél, el momento procesal y lo actuado hasta ese momento, así como los llamamientos a quienes pudieran ser parte del mismo y en segundo lugar porque no se motiva por qué no era posible acordar la acumulación de procesos antes de tener que llegar a la solución de declarar la prejudicialidad, lo que supone un nuevo ataque al deber de fundamentación de una resolución cuya exigencia de motivación es

alta y exigente por las consecuencias anudadas a la misma, conforma la constante jurisprudencia constitucional en relación al artículo 24,1 de la CE.

Estima a su vez el Fiscal, que la resolución de la Audiencia incurre en los mismos defectos constitucionales atribuidos a la resolución del Juzgado de Primera Instancia, y por último concluye, que «observa que el contenido de algunas sentencias dictadas por nuestros tribunales como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea revelan la complejidad de estos asuntos, frente a la cual los Autos impugnados, excluyen, en su opinión, de manera arbitraria, enervante y formalista la posibilidad de acciones individuales a los perjudicados primando las acciones colectivas, sin acreditar elementos de pruebas esenciales, e impidiendo el acceso a una resolución de fondo tal y como exige el artículo 24,1 CE que han vulnerado».

El Tribunal Constitucional en la citada sentencia de 19 de septiembre de 2016, señala que la identidad que no la mera similitud de objeto entre ambos procesos, resulta cuanto menos dudosa y añade que «la demanda de cesación se configura por ley como un instrumento de control abstracto de cláusulas ilícitas, y lo que se pretende en ella es que el profesional demandado deje de recomendarlas o suscribirlas con sus potenciales clientes».

Si nos ceñimos al caso concreto planteado en la sentencia, la acción de cesación interpuesta por la asociación de consumidores impugnaba la cláusula suelo utilizada por la entidad bancaria demandada cuyo contenido coincide con la que habían firmado los recurrentes años antes con la misma entidad bancaria, pero si nos atenemos a los hechos, lo cierto es que en ese proceso no se conoció la cláusula suelo de su contrato, ni se han tenido en cuenta las especiales circunstancias concretas que le llevaron al recurrente a suscribir ese contrato.

El Tribunal Constitucional entiende que extender, de manera automática, un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas, 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, amén de que puede llegar a cercenar las posibilidades de su impugnación individual, si la demanda de cesación se desestima como consecuencia de la línea de defensa seguida por parte de la entidad actora, distinta de la que se hubiera sostenido el reclamante individual con base a las circunstancias concurrentes sólo por el conocidas.

Esto nos lleva a poner de manifiesto la importancia de destacar las diferencias entre las acciones colectivas y las individuales y de cómo juega el control de transparencia en ambas.

Es conveniente resaltar la importancia que en las acciones individuales tienen las especiales circunstancias del consumidor y las características de este, que le pueden hacer vulnerable y plantearnos si es lo mismo que acepté y firme una determinada cláusula quien pisa por primera vez un banco, que quien por su profesión sabe que está firmando algo de dudosa legalidad, pero como le interesa el producto el que se le ofrece lo acepta, sabiendo las consecuencias del mismo. En ocasiones, el particular ha sido advertido por el juez, que una de las cláusulas insertas en el contrato que va a suscribir puede ser abusiva, ha hecho caso omiso de esa advertencia y luego, con posterioridad, en ejecución, ha alegado el carácter abusivo de la misma, pese a la advertencia que se le hizo.

Adquiere relevancia en la acción individual, el consentimiento libremente prestado por el consumidor, y es importante resaltar la aptitud del consumidor medio que gracias a ello puede acceder a la información disponible, sin tener que realizar una investigación exhaustiva, lo que no justifica una aptitud pasiva o de falta de interés. Se debe de hablar de normalidad de la información, y no se trata de que el consumidor tenga un determinado nivel académico o cultural, sino que cuente con experiencia o aptitud para interpretar la información.

Esto nos lleva a plantearnos el papel que juega el control de transparencia en la contratación con consumidores, incluso en la contratación con empresarios, sobre todo si estos son medianos o pequeños empresarios, cuestión que aborda la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 (la Ley 23906/2016) con el voto particular formulado a la misma por Orduña Moreno. En esta sentencia el Pleno del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación planteado a la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de 20 de mayo de 2014, la cual estimó el recurso de apelación, en el sentido de considerar que como la demandante no tiene la condición de consumidor, ya que había suscrito un préstamo con garantía hipotecaria con la finalidad de financiar un local para la instalación de una oficina de farmacia no le es aplicable el control de transparencia a la cláusula suelo inserta en el contrato de préstamo suscrito y cuya nulidad solicitaba. En definitiva la cuestión jurídica planteada en dicho recurso, es si las condiciones generales incluidas en los contratos con adherentes no consumidores, pueden someterse a lo que la jurisprudencia

cia ha denominado segundo control de transparencia, o control de transparencia cualificado, ya que la recurrente consideraba que la información que se le había ofrecido no había sido suficiente y que por tanto se trataba de una cláusula nula. La Sala recuerda que el control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación que pueda pasar inadvertida al adherente medio, es decir que provocan un alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación y resalta que este control de transparencia, diferente del mero control de inclusión, está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de la propia Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos con consumidores, conforme expresamente previene la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y resalta que con arreglo al artículo 4,2 de la Directiva se debe conectar la transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le va a suponer conseguir la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo de entre los varios ofertados.

Y concluye el Alto Tribunal que, precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad, es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor, ya que ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual y no corresponde a los tribunales la configuración de un *«tertium genus»* que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones

generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores.

El voto particular formulado por Orduña Moreno critica no la solución a la que llega la citada sentencia, dado que considera que la demandante que suscribe el préstamo para la adquisición del local de farmacia fue suficientemente informada, ya que queda perfectamente probado que hubo negociaciones entre las partes que variaron las propuestas u ofertas iniciales a favor de los intereses del cliente, que además fue advertido del funcionamiento y en consecuencia de la cláusula suelo, por tanto no se puede alegar que estamos ante una cláusula ilegible, ambigua o incomprensible, sino su fundamentación, porque considera que procede la aplicación extensiva del control de transparencia a la contratación entre profesionales o empresarios, particularmente con relación a los pequeños o medianos empresarios que actúan como meros adherentes en dicha contratación. Esta misma conclusión interpretativa puede alcanzarse si el objeto del examen se traslada al plano técnico de la naturaleza y función del control de legalidad que determina su aplicación, bien sea éste configurado como un control de transparencia, propiamente dicho, es decir, como una plasmación o vertiente del control de abusividad, o bien sea éste configurado en el marco de un control de incorporación. Señala además que el control de incorporación no puede aplicarse (escindirse) sólo formalmente a los efectos de examinar el carácter predispuesto y su mera inteligibilidad gramatical, sino que comprende el control de fondo de la transparencia, como comprensibilidad real del clausulado, ya que el presupuesto de aplicación en este control de incorporación, al igual que el control de transparencia, no es otro que el carácter predispuesto de la reglamentación y la posición de inferioridad del adherente. No cabe además, en su opinión, confundir los conceptos de abusividad y transparencia, ya que el primer concepto responde al plano de la calificación de la cláusula y su correspondiente sanción como cláusula abusiva, ya derive del propio enjuiciamiento de la falta de transparencia (tesis del control de transparencia), o ya resulte necesario, además, la prueba del desequilibrio patrimonial que produce dicha falta de transparencia (tesis del control de incorporación) y el segundo responde necesariamente al objeto de dicho control y no a su calificación, es decir, al enjuiciamiento de la comprensibilidad real del clausurado predispuesto, extremo que debe realizarse cualquiera que sea la configuración del control, por lo que la abusividad es siempre la calificación de la cláusula predispuesta, y la transparencia el instru-

mento o parámetro que permite llegar a dicha calificación. Concluye que la doctrina de no aplicación del control de transparencia en la contratación entre empresarios o profesionales desatiende el carácter informador del principio jurídico que se deriva del control normativo de transparencia, sin que dicha exclusión encuentre tampoco apoyo en la concreción técnica de las variantes que pueden configurar el control de legalidad de la misma (abusividad/incorporación), por lo que dicha doctrina debe ser rectificada en el sentido de reconocer la aplicación del control de transparencia a la contratación entre empresarios.

Con posterioridad la Sala Primera del Tribunal Supremo ha dictado sentencia el 16 de enero 2017 (la Ley 2017/14590) de la que ha sido ponente Vela Torres, por la que se estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de julio de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección Cuarta, en el recurso de apelación nº 45/2014 sobre el ámbito de aplicación del concepto de consumidor.

Dicha resolución trae causa de un juicio ordinario en el que la recurrente en casación instaba acción de nulidad y, subsidiariamente de resolución, de contrato, denominado «acuerdo para solicitar la adhesión como miembro del Club Paradiso», por el que la actora adquiriría determinados derechos vacacionales, en concreto en la denominada categoría «Island», cuyo contenido básico era un derecho vacacional anual, con una duración máxima de ocho noches, para un máximo de cuatro personas, que podía disfrutarse en cualquiera de los destinos disponibles que el Club ofrecía.

Se solicitaba la devolución de la cantidad satisfecha en concepto de pago, por importe de 26.640 £, más los intereses legales desde la interposición de la demanda, y para el caso de que no se estimara la pretensión anterior, se solicitaba que se declarase la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por razón de dicho contrato y la condena a devolver dicha cantidad por duplicado; esto es, la suma de 12.280 euros.

La sentencia de Primera Instancia estimó en parte la demanda, al considerar, que se habían incumplido las prescripciones de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, y declaró la nulidad del contrato por aplicación de su artículo 1.7, condenando a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 31.075,73 €, menos la cantidad de 1.500 £, que la demandada le había entregado.

La sentencia de la Audiencia a su vez estimó parcialmente el recurso de apelación, revocando la sentencia recurrida, desestimando la demanda formulada, y absolviendo a la demandada de todos los pedimentos.

Interpuesto recurso de casación por la demandante, el mismo es estimado por considerar que estamos ante un contrato por el que se constituye un derecho, sin expresión de su carácter real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, que, bajo la apariencia de apartarse de la figura del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, no cumple su regulación normativa en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. Materializándose así el presupuesto contemplado en el art. 1.7 de la propia Ley 42/1998, conforme al cual, son también objeto de la misma los contratos por virtud de los cuales se constituya o transmita cualquier otro derecho real o personal por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo determinado o determinable al año. Al que se anuda la consecuencia jurídica de la nulidad de pleno derecho del contrato en cuestión, al haber infringido la sentencia recurrida el art. 1.7 de la Ley 42/1998. Y concretamente, en relación a la condición o no de consumidora de la actora, como persona física,, considera, después de precisar el concepto de consumidor o usuario como persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, y dado que en el contrato se prevé la posibilidad de reventa, que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.); de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el art. 1.1^o CCom. Desde este punto de vista, al no constar que la recurrente realizara habitualmente este tipo de operaciones, es por lo que la mera posibilidad de que pudiera lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidora, considerándola por tanto como tal.

La sentencia cuenta con un voto particular de Salas Carceller, el cual estima que debía procederse a desestimar el recurso de casación, en atención, a que no cabe encuadrar en dicho ámbito objetivo el contrato ante el que ahora nos hallamos, que contempla un producto vacacional distinto cuyo objeto es la adquisición de determinados derechos para concertar períodos vacacionales en distintos lugares y momentos con determinados beneficios y además resalta que no cabe considerar a la demandante como consumidora, dada la finalidad comercial que para ella tenía la suscripción del contrato, debiendo añadirse además, que no existió vicio del consentimiento por parte de la actora, pues recibió una información amplia, completa y detallada sobre todos los aspectos del contrato, ni además se ha acreditado que fuera sometida a técnicas agresivas de venta o que existiera dolo ni engaño, por lo que ni siquiera el reconocimiento de su condición de «consumidora» habría de determinar una solución distinta.

Por tanto, actualmente cuando se actúa en defensa del consumidor, una de cuestiones que cabe plantearse es no sólo las especiales circunstancias del mismo en cada caso concreto, sino el propio concepto de consumidor, sobre todo, cuando se actúa en parte para una pequeña actividad profesional y sobre todo el alcance del consentimiento prestado por este.

Y en relación a esta cuestión, cabe resaltar la importancia que tiene el destino de la operación, y se deben tener en cuenta todas las circunstancias del caso susceptibles de demostrar con que finalidad se adquiere el bien o servicio objeto y, en particular la naturaleza de dicho bien o de dicho servicio, teniendo en cuenta que el ánimo de lucro no es incompatible con la condición de consumidor, dado que el consumidor puede actuar con intención de enriquecerse y el límite estará en la asiduidad de sus operaciones, pues la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, en este sentido se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz de 9 de febrero de 2017, en un supuesto de préstamo concedido a un agricultor y en donde la propia póliza del banco le reconoce la condición de consumidor.

El Tribunal Supremo destaca la importancia del consentimiento en sentencias recientes, pero cuando se trata de la contratación por parte del consumidor de productos financieros.

La primera de 24 de octubre de 2016 (la Ley 80935/2016) estima que hay un error esencial por falta de información en una compra de participaciones preferentes, ya que no se informa a los adquirentes,

ÍNDICE

PRÓLOGO	9
ABREVIATURAS	15
ORGANISMOS DE SUPERVISIÓN Y RECLAMACIÓN , por M ^a DOLORES HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA	17
I. INTRODUCCIÓN	17
II. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE CONSUMO.....	19
1. Legitimación del ministerio fiscal para el ejercicio de accio- nes.....	19
2. Ámbito de la legitimación: cualquier tipo de acción en defensa del consumidor	25
III. ENTIDADES DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA: CON- CEPTO.....	38
IV. DEBER DE INFORMACIÓN Y PRINCIPIO DE TRANSPA- RENCIA	40
V. LITIGIOS SOMETIDOS A LAS ENTIDADES DE RESOLU- CIÓN ALTERNATIVAS.....	42
VI. CARÁCTER VINCULANTE O NO DE LA DECISIÓN ADOP- TADA POR LA ENTIDAD DE RESOLUCIÓN ALTERNA- TIVA.....	43
VII. SUPUESTOS DE INADMISIÓN DE LAS RECLAMACIONES	44
VIII. ENTIDADES DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITI- GIOS EN EL SECTOR FINANCIERO.....	47
IX. EL SECTOR DE LA ELECTRICIDAD E HIDROCARBUROS.. 1. Resolución de conflictos.....	50
2. Breve referencia a otros problemas que plantea el sector energético	51
X. EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES.....	59

XI. SECTOR DE TRANSPORTES.....	61
XII. COMPRAS EN ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES Y COMPRAS ONLINE.....	62
XIII. CONCLUSIONES.....	63
LA MEDIACIÓN EN CONFLICTOS DE CONSUMO: LA DIREC- TIVA 2013/11/UE Y EL REGLAMENTO (UE) N° 524/2013, por TANIA VÁZQUEZ MUIÑA.....	65
I. LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA DE CONSUMO.....	65
II. LA DIRECTIVA 2013/11/UE SOBRE RESOLUCIÓN ALTER- NATIVA DE LITIGIOS EN MATERIA DE CONSUMO.....	69
1. Aspectos generales.....	69
2. Los principios de la resolución extrajudicial de conflictos. Especial referencia al principio de eficacia.....	74
III. EL REGLAMENTO (UE) N° 524/2013 SOBRE RESOLUCIÓN DE LITIGIOS EN LÍNEA EN MATERIA DE CONSUMO.....	77
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	81
EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA, LA EFICACIA Y LA EQUI- DAD EN LA DIRECTIVA 2013/11/UE DE 21 DE MAYO DE 2013 Y SU TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL, por CRISTINA FUENTESECA DEGENEFTE.....	85
I. CONTEXTO DEL TEMA OBJETO DE ESTUDIO.....	86
II. LA RELACIÓN ENTRE LAS ENTIDADES QUE OFRECEN PROCEDIMIENTOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS Y EL CONSUMIDOR.....	92
III. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS EN LA DIRECTIVA 2013/11/UE Y EN LA TRANSPOSICIÓN ESPAÑOLA.....	95
1. No es un tema nuevo.....	95
2. Defectuoso listado de información.....	98
3. Se protege a ambas partes: consumidor y empresario.....	98
4. Limitado ámbito de aplicación de la Directiva 2013/11/UE ...	98
5. Papel nuclear del uso de nuevas tecnologías.....	100
6. La mención de la calidad.....	102
7. La referencia a la mediación.....	103
8. La aplicación práctica de la Directiva 2013/11/UE.....	104
IV. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN EL ARTÍCULO 7 DE LA DIRECTIVA 2013/11/UE.....	109
1. La oferta de contrato de servicios de resolución alternativa de litigios.....	109
2. Los extremos que debe contener la oferta.....	115
3. Los informes anuales de actividad.....	129

V. LA EFICACIA EN EL ART. 8 DE LA DIRECTIVA 2013/11/UE...	137
VI. LA EQUIDAD EN EL ART. 9 DE LA DIRECTIVA 2013/11/UE ..	143
1. La transposición del art. 9.1 de la Directiva 2013/11/UE....	143
2. Los procedimientos no vinculantes en el art. 9.2 de la Direc- tiva 2013/11/UE.....	144
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	149
LOS PRINCIPIOS DE LIBERTAD Y DE LEGALIDAD DE LA DIRECTIVA 2013/11/UE, DE 21 DE MAYO (DIRECTIVA SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS EN MATERIA DE CONSUMO) Y SU IMPACTO EN EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO, por HELENA DÍEZ GARCÍA.....	153
I. EL ARBITRAJE DE CONSUMO COMO SISTEMA RAL EN EL ÁMBITO DE LA DIRECTIVA 2013/11/UE Y DEL ANTEPRO- YECTO RAL.....	154
II. EL ARBITRAJE DE CONSUMO Y EL PRINCIPIO DE LIBER- TAD.....	162
1. El arbitraje como equivalente jurisdiccional y el derecho de acceso a la jurisdicción.....	162
2. El arbitraje, el derecho a la tutela judicial efectiva y el prin- cipio de libertad.....	166
3. El principio de libertad y el convenio arbitral.....	171
3.1. El art. 57.4 TRLGDCU y su relación con el art. 10.1 de la Directiva 2013/11/UE: el convenio arbitral o el pacto de sumisión expresa a arbitraje de consumo concertado antes de que surja la controversia.....	171
3.2. Cláusulas contractuales de sumisión al arbitraje de con- sumo y deber de información del empresario.....	176
4. La voluntariedad del arbitraje de consumo y el art. 10.2 de la Directiva 2013/11/UE.....	181
4.1. Planteamiento.....	181
4.2. ¿Arbitraje de consumo obligatorio para el empresario?	185
5. Empresarios no adheridos al sistema arbitral de consumo y oferta de convenio arbitral.....	197
6. La solicitud de arbitraje del consumidor.....	200
III. EL ARBITRAJE DE CONSUMO Y EL PRINCIPIO DE LEGALI- DAD. ARBITRAJE DE EQUIDAD VS ARBITRAJE DE DERE- CHO.....	201
LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS, por SILVIA DÍAZ ALABART y M^a PATRICIA REPRESA POLO	209
I. INTRODUCCIÓN: LA NUEVA NORMATIVA DE LA UE SOBRE ADR Y ODR	209

II. LA PLATAFORMA EUROPEA: FUNCIONES.....	214
III. LA RESOLUCIÓN ONLINE DE LOS LITIGIOS DE CONSUMO.....	216
1. Ámbito de aplicación objetivo y subjetivo.....	218
2. Principios de funcionamiento de los ODR	226
2.1. Información: accesibilidad	226
2.2. Independencia e imparcialidad	231
2.3. Equidad y eficacia	233
2.4. Principio de libertad: voluntariedad	233
3. Confidencialidad de datos personales.....	236
4. Procedimiento de presentación de una reclamación a través de la Plataforma	241
4.1. Presupuesto para el inicio del procedimiento: intento de resolución amistosa	244
4.2. Inicio del procedimiento en la Plataforma europea.....	247
4.3. Tramitación de las reclamaciones.....	250
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	254
LOS SERVICIOS DE ATENCIÓN AL CLIENTE COMO POSIBLE MECANISMO DE ADR EN LITIGIOS DE CONSUMO, por MARÍA TERESA ÁLVAREZ MORENO.....	257
I. EL TRATAMIENTO DE LOS SERVICIOS DE ATENCIÓN AL CLIENTE EN EL TRLCU: DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES	258
1. Servicios de atención al cliente: diferenciación de otros servicios ofrecidos por el empresario.....	259
2. Configuración de los servicios de atención al cliente. Modos de prestar el servicio.....	261
2.1. Organización del servicio.....	261
2.2. Modos de prestar el servicio y obligaciones del empresario en cada caso	263
A. Reclamación presencial.....	264
B. Reclamación a distancia	264
3. Derecho del consumidor al régimen de comprobación	270
3.1. Acciones o remedios a disposición del consumidor	272
4. Derechos del consumidor en caso de reclamación ante el servicio de atención al cliente	274
5. Resolución de las reclamaciones.....	277
II. LOS SERVICIOS DE ATENCIÓN AL CLIENTE EN LA REGULACIÓN DE LA DIRECTIVA 2013/11.....	278
IV. CONCLUSIONES.....	285
V. BIBLIOGRAFÍA.....	286

