

Protección judicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico

Piedad González Granda

Facultad de Derecho
Universidad de León

Abstract

Con la intención de contribuir al necesario desarrollo doctrinal del mecanismo judicial previsto en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico -así como de superar el desinterés que hasta el momento viene suscitando la utilización práctica de dicha posibilidad legal-, analiza la autora el procedimiento para la tutela de la acción de cesación en la defensa de consumidores y usuarios, destinatarios de los servicios de la información y del comercio electrónico, en un imprescindible ejercicio de interpretación jurídica, dado que la mencionada Ley no contiene prescripción alguna -salvo la relativa a la legitimación activa- respecto de su tramitación procesal.

The aim of this paper is contributing to the legal literature on the injunction procedure set in the Information Society Services and Electronic Commerce Act, as well as fostering its utilization among practitioners. In this vein, the paper analyzes the injunction aimed at the protection of consumers consisting of orders by courts or administrative authorities requiring the termination of any infringement. This is mainly an interpretative endeavour. Since the Act does not provide a procedural regime, but only rules regarding claimant's standing.

Title: Consumers Protection in the field of Electronic Commerce

Keywords: Electronic Commerce, Consumers Protection, Injunction, Termination of infringement

Sumario

- 1. Vías de resolución judicial de conflictos previstas en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico**
- 2. El procedimiento para la tutela de la acción de cesación**
 - 2.1. Objeto procesal**
 - 2.2. El sistema de legitimación**
 - a) Legitimación activa**
 - b) Intervención procesal**
 - c) Legitimación pasiva**
- 3. Integración procedimental**
 - 3.1. Jurisdicción y competencia territorial**
 - 3.2. Procedimiento aplicable**
 - 3.3. Particularidades probatorias**
 - 3.4. Medidas cautelares**
 - 3.5. La sentencia y su ejecución**
- 4. Bibliografía**

1. Vías de resolución judicial de conflictos previstas en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico

El desarrollo imparable de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación tiene una influencia social de tal magnitud que el legislador no puede sino realizar constantes esfuerzos de adaptación para procurar otorgar adecuadas respuestas a toda una serie de relaciones novedosas –fundamentadas en la utilización de la telemática– respecto a las cuales las normas tradicionales no pueden resultar enteramente aplicables.

Tal es lo que sucede con la creciente generalización del comercio electrónico, nueva forma de contacto entre *prestadores de servicios de la sociedad de la información* por un lado y *destinatarios de los mismos* por otro (según terminología acuñada por la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información, en particular el Comercio Electrónico en el Mercado Interior)¹, que posibilita la realización de transacciones comerciales a través de cualquier medio electrónico², dándose origen a diferentes grupos de negocios, de tal modo que si los más importantes cuantitativamente hablando son los que se llevan a cabo entre empresas (B2B o B-B, *business to business*, es decir, relaciones de empresa a empresa) así como los que tienen por objeto los consumidores (B2C o B-C, *business to consumer*, o sea, relaciones de empresa a consumidor, o lo que es lo mismo, litigios de consumo), tampoco deben olvidarse las relaciones entre consumidores (C2C), entre consumidores y empresas (C2B), entre los empleados y las empresas (B2E), e incluso entre las empresas o los consumidores y las Administraciones Públicas (A2B y A2C respectivamente). Debiendo destacarse que, de entre toda esta diversidad de posibles relaciones, resalta en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (BOE núm. 166, de 12.7.2002; en adelante LSSICE) –que tuvo como objeto principal la incorporación al ordenamiento jurídico español de la mencionada Directiva 2000/31/CE³– un particular afán por proteger los intereses de los consumidores cuando son éstos

¹ Dicha norma comunitaria –conocida como Directiva sobre el comercio electrónico– define los servicios de la sociedad de la información en su Considerando 17º como *cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento y el almacenamiento de datos y a petición individual del receptor de un servicio*, efectuando su artículo 2 a) una remisión al artículo 1.2 de la Directiva 98/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas relativas a los servicios de la sociedad de la información, modificada por la Directiva 98/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio.

² Si el comercio electrónico es el término genérico para describir la manera en que las organizaciones negocian electrónicamente, Internet es sin duda la herramienta tecnológica de comunicación electrónica más conocida y de mayor potencialidad, si bien no la única, pues también existen Intranets, intercambio electrónico de datos (EDI) y tarjetas inteligentes, entre otros. Puede consultarse respecto a la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y en especial de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información, una ya abundante bibliografía española, entre la que cabe mencionar: DAVARA RODRÍGUEZ, 1996; RODRÍGUEZ DE CASTRO, 1999; BARONA VILAR, 2002; MATEU DE ROS y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, 2000; VATTIER FUENZALIDA, 1999; DE MIGUEL Y ASENSIO, 2002; LLÁNEZ GONZÁLEZ, 2000; MUÑOZ MACHADO, 2000; DE ROSELLÓ MORENO, 2001; BOTANA GARCÍA et al., 2001; etc.

³ Asimismo, a través de la LSSICE se incorpora parcialmente la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, al regular, de conformidad con lo establecido en ella, una acción de cesación contra las conductas que contravengan lo dispuesto en esta Ley.

los destinatarios de los servicios en las transacciones comerciales realizadas a través de medios electrónicos⁴, de tal manera que cabe afirmar que surge un renovado concepto de consumidor en este ámbito concreto del comercio electrónico, que es la “*persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información*”, respecto al cual resulta necesario dictar toda una serie de normas específicas para que su nivel de protección cuando realiza transacciones comerciales electrónicamente sea equivalente al existente en las transacciones tradicionales, requisito imprescindible para poder generar confianza en la nueva modalidad comercial⁵.

Buena prueba de este necesario esfuerzo legislativo es -en el ámbito nacional- la existencia en la actualidad de diversas iniciativas legislativas que inciden, directa o indirectamente, en la materia que aquí nos ocupa: por un lado, la reciente Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los consumidores y usuarios (BOE núm. 312, de 30.12.2006), que introduce determinadas modificaciones en la legislación española en defensa de los consumidores y usuarios, para dar cumplimiento a una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, al tiempo que incorpora un serie de mejoras en la protección de los consumidores en diversos ámbitos en los que la experiencia ha puesto de manifiesto la existencia de situaciones deficitarias de protección⁶; por otro lado, el Proyecto de Ley de Conservación de

⁴ Dentro de una conocida y creciente política de protección de consumidores y usuarios, en que la perspectiva legislativa interna no puede ser analizada desvinculada de la política legislativa desempeñada por las instancias comunitarias, y ello porque en buena medida los avances legislativos internos en la materia traen su causa de aquella política legislativa más amplia, de tal manera que las múltiples iniciativas en materia de protección de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios van plasmándose en las legislaciones internas de los Estados miembros de la Unión Europea.

Aunque resulte imposible resumir aquí brevemente la plasmación normativa de la ingente política protectora comunitaria en materia de consumo, cabe hacer referencia al menos a los siguientes hitos normativos: Carta de Protección del Consumidor del Consejo de Europa (1973), Resolución del Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros sobre futuras prioridades para el relanzamiento de la política de protección de consumidores (1989), numerosas Directivas (así la 85/577 CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de establecimientos comerciales; Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, sobre aproximación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo; Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, sobre protección de consumidores en materia de contratos a distancia; 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 consumidores; Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo); diversas Recomendaciones, Resoluciones y Reglamentos sobre política comunitaria de protección al consumidor. Mención aparte merece el llamado Libro Verde sobre el Acceso de los consumidores a la Justicia y solución de litigios en materia de consumo en el Mercado Único, de 11 de noviembre de 1993 y los múltiples Trabajos Posteriores.

⁵ CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO, 2000, pp. 123 y ss.

⁶ Efectivamente, mediante sentencia de 9 de septiembre de 2004, en el Asunto C-70/2003, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declaró que España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, incorporada a nuestro Derecho interno mediante la Ley 7/98, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, que modifica, a través de su Disposición Adicional Primera, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los consumidores y usuarios. Concretamente, se aduce que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno a los arts. 5 y 6.2 de la citada Directiva. A la vista de

Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, cuyo objetivo principal es la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones⁷; sin olvidar el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Sociedad de la Información, que prevé la inclusión de toda una serie de medidas adicionales a las que ya se contemplan en el Plan 2006-2010 para el Desarrollo de la Sociedad de la Información y de Convergencia con Europa y entre Comunidades Autónomas (conocido como *Plan Avanza*), con el que se pretende la optimización del marco regulatorio y la eliminación de posibles obstáculos⁸, así como la flexibilización de las comunicaciones comerciales y de las contrataciones electrónicas; así como el Borrador de Regulación de la Mediación y el Arbitraje de Consumo⁹, que -como se dirá más adelante- legitima expresamente a las Asociaciones de consumidores para la defensa de intereses colectivos y difusos en este medio de resolución de conflictos.

dicha sentencia, es preciso modificar los preceptos contenidos en los arts. 10.2 y 10. bis. 3 de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios, así como los arts. 3.2 y 6.2 de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación.

Por otro lado, esta Ley pretende -tal como señala expresamente el legislador en la Exposición de Motivos del Proyecto- incrementar la protección del consumidor en diferentes ámbitos en los que se han advertido ciertas deficiencias. Entre otras, baja de servicios, prohibición de redondeo, aparcamiento, vivienda, contratos, ampliación de la legitimación a las Comunidades Autónomas y a los municipios para demandar el cese de prácticas contrarias a la Ley General para la Defensa de consumidores y usuarios, seguridad de productos y Asociaciones de consumidores, entre otros.

⁷ Y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio.

⁸ Se refieren, entre otros, al fomento del uso de Internet y de las nuevas tecnologías a partir de la actual red de telecentros, interlocución telemática obligatoria entre compañías de servicios y usuarios en sectores económicos relevantes, estrategia de impulso a la Administración Electrónica en las Entidades Locales, e inclusión de colectivos desfavorecidos en la Sociedad de la Información.

⁹ La Conferencia Sectorial de Consumo ha aprobado en reunión celebrada el pasado 12 de julio de 2006 una propuesta para establecer una nueva regulación del Arbitraje de Consumo, contenida en un nuevo Borrador en la materia que introduce diversas modificaciones en el vigente sistema arbitral, entre las que debe destacarse en primer lugar el establecimiento de una Mediación previa al Arbitraje con el objetivo de buscar la aceptación de un proceso mediador, de tal manera que al Arbitraje se recurrirá sólo en caso de desacuerdo o no aceptación del procedimiento mediador. Pero otras modificaciones previstas destacables son las siguientes: se prevé la creación de un Registro Central de todas las empresas adheridas a este sistema a través de cualquiera de las Juntas Arbitrales. En cuanto a las competencias de la Junta Nacional de Arbitraje, ésta atenderá los conflictos suprarregionales cuando afecten a un volumen importante de consumidores así como los recursos de alzada frente a resoluciones de las Juntas Territoriales sobre la admisión o no a trámite de las solicitudes de arbitraje en determinadas materias, siendo también de su competencia la elaboración de recomendaciones ante laudos contradictorios en distintas Juntas. El Borrador prohíbe con carácter general las ofertas públicas de adhesión de empresas al sistema arbitral de consumo que establezcan limitaciones, que sólo podrán admitirse excepcionalmente. Otras novedades previstas son el establecimiento de incentivos a las empresas que se adhieran al sistema arbitral de consumo, así como búsqueda de mecanismos que faciliten la adhesión favoreciendo el uso de las nuevas tecnologías -videoconferencias, arbitraje electrónico, etc...-, para eliminar costes derivados de la estructura del sistema. Igualmente, se apuesta por la formación de los árbitros y por intensificar el funcionamiento de las distintas Juntas como sistema integrado, mediante la constitución de Delegaciones Territoriales y Colegios Sectoriales. Finalmente, también ha remencionarse que se prevé la creación del Consejo General, como órgano de representación y participación, cuya finalidad será el seguimiento, apoyo y mejora del sistema arbitral de consumo, integrado por representantes de los Ministerios de Sanidad y Consumo, Justicia y Administraciones Públicas, así como de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales.

Efectivamente, que el comercio electrónico conoce en la actualidad un desarrollo extraordinario no puede ser un secreto para nadie, como tampoco el hecho de que -al igual que sucede en el tradicional- también en éste pueden producirse controversias entre sus participantes (prestadores y destinatarios de los servicios de la sociedad de la información), entendiéndose en este punto el legislador comunitario que, sin perjuicio del necesario impulso y fomento de los mecanismos extrajudiciales -a los que se hará referencia más adelante- igualmente ha de tenderse a la mejora de los recursos judiciales existentes en las diversas legislaciones nacionales que “*permitan adoptar rápidamente medidas destinadas a poner término a cualquier presunta infracción y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados*” (art. 18 de la Directiva 2000/31/CE).

De este modo, y siguiendo bastante fielmente los imperativos comunitarios, el legislador español contempla en el Título V de la LSSICE - bajo el rótulo específico de “*Solución judicial y extrajudicial de conflictos*” - las dos modalidades clásicas en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos para la resolución de los conflictos jurídicos privados.

Circunscribiendo aquí el análisis a la tutela o solución judicial de los conflictos derivados del comercio electrónico, es importante destacar que, si bien los arts. 30 y 31 de la LSSICE contemplan exclusivamente la acción de cesación, es obvio que dicha tutela no puede quedar limitada de este modo, sino que la acción de cesación establecida en la LSSICE debe ser entendida sin perjuicio de las acciones judiciales previstas en la legislación tanto general como especial en protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

Así, y si bien resulta en principio evidente la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de las pretensiones fundadas en materia de comercio electrónico, dada la naturaleza privada de las relaciones e intereses controvertidos en este ámbito y la atribución genérica de jurisdicción “*ratione materiae*” efectuada ex art. 9.2 de la Ley Orgánica de 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 2.7.1985; en adelante LOPJ) a los órganos jurisdiccionales del orden civil, sin embargo, es necesario destacar que los conflictos surgidos pueden derivar en litigios que no correspondan a este orden jurisdiccional, sino que su conocimiento puede venir atribuido a los órdenes penal o contencioso-administrativo en su caso, por razón de la materia objeto del proceso¹⁰. Ello sin olvidar que, dada la diversidad de conflictos que se pueden generar en el ámbito de los denominados “*servicios de la sociedad de la información*” como medio de

¹⁰ Al orden jurisdiccional penal siempre que se trate de actuaciones con trascendencia penal (por ej., estafa informática, violación de derechos de la propiedad intelectual o industrial, usurpación y cesión de datos reservados de carácter personal, difusión de mensajes injuriosos o calumniosos, publicidad engañosa, falsedad documental, difusión y exhibición de material pornográfico a menores e incapaces y pornografía infantil, etc...). Vid. MATA Y MARÍN, 2001; PUENTE ABA, 2002. También puede consultarse MARCHENA GÓMEZ, 2006, especialmente pp. 9 y 10. Por su parte, quedan enmarcadas dentro del ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo todas aquellas relaciones jurídicas conflictivas derivadas de aquellas modalidades del comercio electrónico en que se relacionan Administraciones Públicas y consumidores (A2C) o Administraciones Públicas y empresas (A2B). Por ejemplo, la comisión de infracciones y aplicación de sanciones previstas por los arts. 37 y ss. de la LSSICE.

transmisión de información y de desarrollo comercial y empresarial,¹¹ no todas las conductas que incurran en algún tipo de infracción en la materia podrán canalizarse a través de medidas judiciales, sino que en ocasiones sólo conducirán a la imposición de determinadas medidas administrativas¹².

Situados ya estrictamente en el orden jurisdiccional civil, es oportuno insistir en la idea de que las conductas contrarias a las previsiones de la LSSICE no sólo pueden dar lugar a las acciones de cesación, aunque éstas sean las más conocidas y las únicas a las que se refiere de forma expresa la LSSICE (art. 30) como vía de solución judicial de los conflictos entre prestadores y destinatarios de los servicios contemplados en la Ley, sino que caben otras pretensiones -con arreglo a la clásica distinción doctrinal y jurisprudencial de pretensiones en atención al “petitum” en mero-

¹¹ La Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, define los servicios de la sociedad de la información en su Considerando 17º como *cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento y el almacenamiento de datos y a petición individual del receptor de un servicio*, efectuando su art. 2.a) una remisión al art. 1.2 de la Directiva 98/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas relativas a los servicios de la sociedad de la información, modificada posteriormente por la Directiva 98/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio. En virtud de lo dispuesto en el art. 1 de la LSSICE (“Objeto”) y del concepto amplio que maneja la Ley -tal y como aclara expresamente el legislador en la Exposición de Motivos-, *“Es objeto de la presente Ley la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información”*. Teniendo en cuenta que el concepto amplio de “servicio de la información”, engloba, *“además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la Red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la Red, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitadas en los propios servidores o aplicaciones facilitadas por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador”*. Entre las más significativas en orden a la protección de consumidores y usuarios figuran incumplimientos por el prestador de servicios de obligaciones tales como la de información en comunicaciones comerciales, ofertas promocionales y concursos; o en contratación electrónica el incumplimiento de la obligación de confirmar la recepción de la aceptación en la prestación del mismo, y de que esta confirmación se pueda archivar por el consumidor destinatario en el servidor de su cuenta de correo electrónico (o dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones).

¹² Vía ésta que debe considerarse incluida en el marco más general de la *“acción administrativa en defensa de los consumidores y usuarios”*, insustituible, al decir de la doctrina, como contrapeso de la debilidad de los consumidores y usuarios en un mercado cada vez más tecnificado y complejo, que viene a explicar la existencia de una abundante normativa tuitiva de los mismos. Con carácter general sobre dicha actividad puede consultarse REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO, 1998, pp. 16 y ss.; o el clásico JORDANA DE POZAS, 1949, pp. 41-54.

En el ámbito concreto de la LSSICE, el Título VII, y bajo el rótulo de *“Infracciones y sanciones”*, establece el régimen sancionador aplicable contra las infracciones, determinando la competencia sancionadora, que corresponde al Ministro de Ciencia y Tecnología para las infracciones muy graves y al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información para las infracciones graves y leves; así como la imposición de multas coercitivas para asegurar su ejecución, conformando así un régimen sancionador *“proporcionado pero eficaz, como indica la Directiva 2000/31/CE, para disuadir a los prestadores de servicios del incumplimiento de lo dispuesto en esta Ley”*, tal como establece el legislador en la Exposición de Motivos del propio texto legislativo.

declarativas, constitutivas y de condena- en procesos derivados de la práctica del comercio electrónico: principalmente otras declarativas de condena, aunque también es posible el planteamiento de pretensiones mero-declarativas e incluso constitutivas.

Así, se ejercerá una pretensión de condena de dar cosa específica -con identificación del bien y posibilidad de utilizar la diligencia preliminar del art. 256.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC en adelante)- siempre que el conflicto traiga causa de la adquisición de un bien por vía electrónica y el incumplimiento en la entrega por el prestador del servicio. Y también cabe la pretensión de condena por los daños y perjuicios como accesoria a una pretensión mero-declarativa o de condena, siempre que se haya producido un daño o perjuicio efectivo, real y evaluable económicamente, derivado del incumplimiento de las disposiciones de la LSSICE, y siempre que este daño sea probado así como la culpa y su relación de causalidad con la conducta ilícita del prestador de servicios¹³.

Igualmente son posibles pretensiones constitutivas o mero-declarativas en el ámbito del comercio electrónico, a pesar de no encontrarse expresamente contempladas en el texto de la LSSICE. En cuanto a las primeras, ha de decirse no obstante que, a pesar de ser ello posible, difícilmente se pretenderá en un litigio de estas características la creación, modificación o extinción de una relación, negocio o acto jurídico. En cuanto a las segundas -que sólo requerirán la prueba de la situación de incertidumbre conectada con una determinada actitud del demandado que pueda provocarle un daño o perjuicio¹⁴- debe reconocerse también que es difícil imaginar supuestos en los que en el comercio electrónico la voluntad del actor vaya a quedar satisfecha con la simple declaración de ilicitud de una determinada actuación, siendo más habitual su ejercicio junto a pretensiones de condena. Porque, efectivamente, en la mayoría de las ocasiones la mera declaración de ilicitud de un determinado comportamiento no sirve para complacer plenamente al destinatario que intervenga como actor en este tipo de conflictos; y ello es así porque en este ámbito concreto -al igual que sucede en otros varios¹⁵- se da frecuentemente la posibilidad de determinadas actuaciones ilícitas que no se agotan en un único y concreto acto, sino que tienden a repetirse y a continuar en el tiempo. Y así, si tomamos como ejemplo la emisión de una comunicación electrónica por un determinado prestador de servicios que ha tenido como destinatarios a personas que no han solicitado o autorizado expresamente su remisión, advertimos que si se declara que tales comunicaciones no han tenido -efectivamente- como destinatarios a personas que han solicitado o autorizado expresamente su remisión, con ello no se evita que el prestador de servicios pueda reiterar su conducta seguidamente; y lo mismo sucede con muchos otros ejemplos que queramos imaginar relativos a incumplimientos por el prestador

¹³ Vid., más ampliamente al respecto, GONZÁLEZ MALABIA, 2004, pp. 219 y ss.

¹⁴ Y ello sin perder de vista la construcción elaborada por el TC en relación con el concepto de interés para la habilitación de la tutela mero-declarativa en su sentencia 194/1993, de 14 de junio, al exigir que éste sea *específico y cualificado*, y que *“que le habilite y legitime para solicitar una tutela frente a quien aún no ha incumplido la obligación que le incumbe, pero que, por su conducta actual, es previsible que no la cumpla”*.

¹⁵ Puede consultarse GONZÁLEZ GRANDA, 2003A, pp. 212 y ss. De la misma autora, GONZÁLEZ GRANDA, 2004, pp. 648 y ss.

de servicios de obligaciones tales como información en comunicaciones comerciales o en ofertas promocionales y concursos.

De ahí que se requiera no sólo la mera declaración de ilicitud del comportamiento electrónico, sino el ejercicio de pretensiones dirigidas generalmente a obtener un no hacer por parte del sujeto demandado, y para esto surgen precisamente las acciones de cesación¹⁶, que con arreglo a la clasificación mencionada en atención al “petitum” - y a salvo alguna posición doctrinal minoritaria divergente que las conceptúa como de hacer¹⁷ - se configuran como pretensiones de condena de no hacer, ello sin perjuicio de que la efectividad de su deber de abstención pueda llevar aparejada la puesta en marcha de medidas necesarias para detener la actividad que se viene realizando de forma ilícita, lo que en sí mismo puede entrañar la imposición de una conducta positiva del sujeto.¹⁸

Por lo que se refiere específicamente a la acción de cesación contemplada en la LSSICE, debe decirse que plantea múltiples aspectos de interés relativos a su configuración legal, que están aún en buena medida pendientes del necesario desarrollo doctrinal y jurisprudencial, y que podemos reconducir a dos. En primer lugar, los requisitos o presupuestos que han de concurrir para su efectivo ejercicio y posterior tramitación, dado lo escueto de la regulación contenido en el art. 30, que establece sólo en su apartado 1 que “*Contra las conductas contrarias a la presente Ley que lesionen intereses colectivos y difusos de los consumidores podrá interponerse acción de cesación*”; y en su apartado 2 que “*La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la presente Ley y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inminente*”. Y por otro lado, todo lo relativo a su tramitación procesal, teniendo en cuenta que la LSSICE no contiene prescripción procesal alguna –salvo la relativa a la legitimación activa–, limitándose el 30.3 LSSICE a establecer simplemente que “*la acción de cesación se ejercerá conforme a las prescripciones de la LEC para esta clase de acciones*”.

¹⁶ En el marco de las llamadas acciones colectivas, cuyo origen histórico se encuentra en el Derecho Anglosajón, extendiéndose con rapidez desde la “*Supreme Court of Judicature*” inglesa hacia otros países del Common Law. Vid. al respecto LAFOND, 1993, pp. 215 y ss. En los ordenamientos de la Europa continental -de tradición romanogermánica- el retraso en la recepción del reconocimiento de los intereses supraindividuales encuentra su causa última en las pautas de planteamiento individualista y extremadamente liberal en que se desarrolla el proceso de codificación, siendo impulsadas de forma definitiva sólo a través de los esfuerzos comunitarios que ven en las mismas un mecanismo insustituible para la protección de los derechos de los consumidores. El hito fundamental en la materia viene representado por 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*, que tiene por objeto aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las acciones de cesación destinadas a la protección de los intereses colectivos de los consumidores contempladas en muy diversas Directivas (Publicidad engañosa, Contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, Crédito al consumo, Ejercicio de actividades de Radiodifusión televisiva, Viajes combinados, Cláusulas abusivas contractuales, etc.).

¹⁷ Vid., sobre este punto, MUERZA ESPARZA, 1997, p. 30.

¹⁸ Pero esto no deja de ser, a fin de cuentas, sino la consecuencia propia de ese mandato de no hacer, como muy bien advierte CABAÑAS GARCÍA, 2005, p. 104.

Las siguientes páginas versan precisamente sobre estos aspectos señalados, en un intento de contribuir al imprescindible desarrollo doctrinal de este mecanismo previsto en la LSSICE, que permita entender la acción de cesación como un salto cualitativo en la defensa de los consumidores y usuarios (*destinatarios de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico*), superando el desinterés generalizado que viene suscitando la utilización práctica de dicha posibilidad legal.¹⁹

2. El procedimiento para la tutela de la acción de cesación

2.1. Objeto procesal

De acuerdo con lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 30 LSSICE, cabe afirmar que el objeto de este proceso lo constituye la pretensión de que se condene al demandado a que cese en la conducta contraria a la Ley que se le imputa, que ha de ser lesiva de intereses colectivos o difusos de los consumidores; si bien es igualmente posible ejercer la acción para pretender que se prohíba la realización futura de una conducta cuando ésta haya finalizado si es que existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inminente.

Consecuentemente, es claramente advertible que dicha acción de cesación contiene una doble solicitud de tutela de fondo, dado que la LSSICE se refiere, bajo la denominación de acción de cesación, de manera conjunta, tanto a la acción de cesación en sentido estricto como a la acción de prohibición.

La acción de cesación en sentido estricto, dirigida a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la Ley que se le imputa. Por ejemplo, puesto que el art. 21 LSSICE²⁰ proscribire con carácter general el envío de mensajes publicitarios y promociones por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónico si no hubiera sido solicitado o autorizado expresamente por los destinatarios, la acción de cesación puede pretender que cese el envío de dichas comunicaciones. Otro ejemplo es el que parte de la existencia del deber de identificación de las comunicaciones comerciales remitidas al usuario, que impone la inclusión al comienzo del mensaje de la palabra “publicidad” con objeto de facilitar al usuario la clara detección de su contenido, y la misma claridad demanda el legislador para el supuesto de que la comunicación comercial remita cualquier tipo de promoción, concurso, sorteo, premio, regalo o

¹⁹ Sobre la infrutilización generalizada de las acciones de cesación en todos los ámbitos legales donde el legislador ha introducido esta figura - no obstante la existencia de algunas importantes resoluciones con trascendencia mediática, especialmente en el ámbito de condiciones generales de la contratación, tales como registros de morosos, fraudes con tarjetas bancarias, comisiones y préstamos hipotecarios, etc.-, suele aducirse los numerosos obstáculos procesales que las Asociaciones de Consumidores encuentran en el ejercicio real de las acciones colectivas ante los Tribunales de Justicia, así como también la disparidad de resoluciones judiciales. Circunstancias ambas que no contribuyen precisamente al uso decidido de este mecanismo legal, debiendo abogarse por la unificación de criterios y por la creación de una interpretación uniforme que sirva para dotar de auténtica efectividad el ejercicio de acciones de cesación.

²⁰ Por cierto que sobre los vaivenes normativos de esta disposición puede consultarse LLACER MATA CAS, 2003, p. 200.

descuento; en consecuencia, la acción de cesación puede pretender que cese el envío de las comunicaciones comerciales que no cumplen el requisito mencionado. Y la acción de prohibición, dirigida a prohibir la realización futura o la reiteración de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitarse la acción, siempre que existan indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inminente. Por seguir con los ejemplos indicados, en el caso de que las comunicaciones comerciales indebidas hayan finalizado pero existan indicios que hagan temer su reiteración, entonces se solicitará una acción de prohibición que pretenda la abstención de reiteración de las comunicaciones comerciales indebidas.

La razón de la regulación conjunta está en que -tal y como señalábamos- en el ámbito del comercio electrónico, al igual que en otros ámbitos materiales donde se introdujeron este tipo de acciones con anterioridad, se dan con frecuencia actuaciones ilícitas que no se agotan en un acto sino que tienden a repetirse y continuar en el tiempo. Por ello, se regula la acción de cesación conjuntamente con la acción de prohibición: cesación, para conseguir que cese la actuación que ya está teniendo lugar; y prohibición, para impedir su reiteración futura. La acción de cesación tendrá por objeto conseguir el cese del comportamiento ilícito que ya está teniendo lugar, en tanto que la acción de prohibición tiene por objeto impedir la reiteración del comportamiento contrario a las disposiciones de la LSSICE. Ambas integran pretensiones declarativas de condena de no hacer, aunque algunos consideran que las de cesación son de hacer -de hacer que cese-²¹, disquisición teórica ésta que escapa aquí de nuestro interés.

Pero sí nos interesa detenernos en otro punto, y es acerca del carácter ilícito de la actuación lesiva de intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios que intervengan como destinatarios de servicios de la sociedad de la información, siendo oportuno realizar una serie de puntualizaciones al respecto.

No ofrece dudas que dicha declaración de ilicitud no ha de ser resultado de una acción mero-declarativa autónoma sino que es el presupuesto necesario para la estimación de la pretensión de cesación/prohibición. Tampoco ha de ofrecerlas el hecho de que la actuación ilícita ha de producir un daño o perjuicio lesivo que no es preciso identificar como material o patrimonial. Pero sí es oportuno hacer hincapié en el peligro de continuidad o repetición de la acción ilícita, por cuanto la acción no tiene sentido si se trata de un acto aislado en el tiempo, sino que ha de tratarse de actos continuados o bien un solo acto pero de efectos duraderos (por ej., envío de comunicaciones comerciales por vía electrónica a sujetos que no lo hayan autorizado), estribando el problema -como fácilmente puede advertirse- en la prueba de la concurrencia de dicho peligro de repetición o continuidad, planteando al respecto la doctrina la oportunidad de aprovechar las disposiciones contenidas en el art. 217.4 y 6 LEC en relación con la carga de la prueba²². Y además resulta inexcusable resaltar la circunstancia de que la acción de cesación prevista tiene como finalidad proteger intereses colectivos o difusos de los consumidores o usuarios que puedan verse afectados por conductas contrarias a las previsiones de la LSSICE, de tal manera que se

²¹ O, como también se ha dicho, “de dejar de hacer”, en expresión de MUERZA ESPARZA, 1997, p. 30. Vid. también BARONA VILAR, 1999, pp. 240 y ss.

²² Vid., al respecto, GONZÁLEZ MALABIA, 2004, p. 218.

configura como una acción colectiva, puesto que no tutela intereses o derechos individuales de los destinatarios de los servicios de la información, sino intereses colectivos o difusos de consumidores o usuarios que participen de aquellos servicios²³, extendiéndose la legitimación - como enseguida se dirá- a quienes, disfrutando de servicios de la sociedad de la información, poseen expectativas de protección frente a las actuaciones contrarias a las disposiciones de la LSSICE, con la finalidad de que las mismas cesen o no se reiteren. Destacar este último punto - esto es, que se trata de un instrumento de tutela supraindividual de intereses legítimos- resulta especialmente interesante, sobre todo si se tiene en cuenta que, sin perjuicio de ello -como a continuación se verá- para su ejercicio el art. 31.1 LSSICE atribuya legitimación en primer lugar a las *personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo*, cuestión que se analiza seguidamente.

Pero antes, ha de hacerse referencia a la posibilidad legal de acumulación de pretensiones, prevista en la LEC y su proyección en este ámbito concreto, dado que la LSSICE no contiene previsión expresa alguna. Y si ninguna precisión requiere la aplicación de las normas relativas a la llamada acumulación de acciones contenidas en la LEC (arts. 71 y ss.)²⁴, no sucede lo mismo con la acumulación de procesos, dada la existencia de una norma específica -el art. 78.4 LEC- para los procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las Leyes reconozcan a consumidores y usuarios.

En efecto, si con arreglo al art.74 LEC, la acumulación de procesos -consistente en la reunión de varios procesos en curso en uno solo a fin de que todos ellos se sustancien en un solo juicio y se resuelvan en la misma sentencia- tiene una serie de presupuestos generales, previstos en el art. 76

²³ Quede claro que nos movemos aquí en el marco genérico de las acciones de cesación y en la órbita de la defensa de los llamados "intereses legítimos", que con independencia del ámbito específico sobre el que se proyecten, suelen distinguirse por tres notas comunes. En primer lugar, su carácter preventivo, en el sentido de que tratan de evitar que una determinada práctica alcance la esfera material del consumidor individual produciéndole un daño tangible. La función preventiva de dichas acciones ha sido especialmente destacada por la Comisión Europea en el Libro Verde sobre Acceso de los consumidores a la Justicia y solución de litigios en materia de consumo en el Mercado Único, de 16 de noviembre de 1993. En segundo lugar, por el contenido de la pretensión procesal, que salvo algunas excepciones (determinadas acciones declarativas y/o de nulidad en materia de cláusulas de condición general y propiedad industrial), viene constituido por pretensiones típicas de condena a no hacer, porque se trata de salir al paso de una actuación del demandado que se revela duradera en el tiempo y con visos de querer permanecer. Y por último, por su legitimación colectiva. Sobre este particular, puede consultarse CABAÑAS GARCÍA, 2005, pp. 145 y ss.

²⁴ La expresión acumulación de acciones debe ser entendida como acumulación de pretensiones *ab initio* en la demanda, existiendo en realidad dos modalidades: la acumulación subjetiva (art. 72 LEC) o litisconsorcio voluntario, cuando existen varios demandantes frente a un mismo demandado, o bien existe un solo demandante frente a varios demandados, o bien varios demandantes frente a varios demandados; y la acumulación objetiva (art. 71 LEC), cuando el actor ejercita varias pretensiones frente al mismo demandado. Dándose los requisitos legales de fondo necesarios (esto es, la compatibilidad de las acciones para la acumulación objetiva, y la conexión entre las acciones para la acumulación subjetiva-, así como los requisitos procesales establecidos en el art. 73 LEC, nada impedirá la acumulación de otras acciones a la acción de cesación, tanto en la vertiente subjetiva del fenómeno (por ejemplo, si el destinatario de los servicios de la sociedad de la información ejercita una acción de cesación frente a varios prestadores de servicios), como en la vertiente objetiva de la acumulación de acciones (por ejemplo, cuando el destinatario de los servicios de la sociedad de la información ejercita una acción de cesación conjuntamente con la pretensión de condena por los daños y perjuicios irrogados por el comportamiento ilícito).

LEC²⁵, además la acumulación de procesos en materia de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios tiene una particularidad relevante contenida en una norma especial aplicable sólo en este ámbito: el art. 78.4 LEC. Según dicha disposición normativa, se permite, e incluso se ordena, que se decrete de oficio su acumulación cuando la diversidad de procesos *-ya sean promovidos por Asociaciones, Entidades o Grupos, o bien por consumidores determinados, no hubiera podido evitarse mediante la acumulación de acciones, o a través de la Intervención prevista en el art. 15 de la LEC-*. Pero ha de señalarse que esta posibilidad se ve mermada con la nueva disposición contenida en el art. 15.4 LEC, dado que suprime, por razón de celeridad procesal, la paralización del procedimiento para llamar a eventuales afectados, consiguiéndose con ello no sólo el efecto pretendido -esto es, limitar la intervención de consumidores concretos- sino además otro efecto no advertido debidamente, y éste es que, por ser más difícil la publicidad de la pendencia del proceso, con ello también se limita la posibilidad de acumulación de procesos.

2.2. El sistema de legitimación

a. Legitimación activa

El art. 31.1 LSSIC atribuye legitimación activa para el ejercicio de la acción de cesación en materia de comercio electrónico en primer lugar a las *personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo* desmarcándose en este punto la Ley de la Directiva 98/27/CE, que la atribuye siempre a entidades públicas o privadas, y que -en referencia inequívoca a intereses supraindividuales- advierte expresamente en su art.1 de que los intereses tutelados no deben entenderse como *"acumulación de intereses de particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción"*, lo cual -sigue diciendo la norma- *"no obsta a las acciones particulares ejercitadas por particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción..."*.

La explicación no puede ser sino que el legislador nacional ha querido así facilitar al máximo el control jurisdiccional de dichas prácticas. Y la misma explicación ha de valer para el legislador de pocos meses después, puesto que igualmente la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de Transposición al ordenamiento español de determinadas Directivas en materia de consumo²⁶, también se

²⁵ Sabido es que, en virtud de lo dispuesto en el art. 76 LEC, la acumulación de procesos sólo se ordenará: si la sentencia que ha de recaer en un proceso puede producir efectos prejudiciales en el otro, es decir, efectos de cosa juzgada positiva; o si existe conexión entre los objetos procesales, de manera que, de seguirse los procesos por separado, se puedan llegar a dictar sentencias con fundamentos o pronunciamientos controvertidos, incompatibles o mutuamente excluyentes.

²⁶ Con el objetivo de conseguir la plena transposición al ordenamiento jurídico interno de la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, se articula 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, que viene a modificar: en primer lugar, la LEC (Capítulo I, art. Primero) en sus arts. 6, 11, 52, 221, 249, 250 y 728, naciendo de este modo un procedimiento con todo un conjunto de especialidades procesales. Por otro lado, se modifican también las Leyes sustantivas que regulan los ámbitos en los que la Directiva 98/27/CE exige la introducción de la acción colectiva de cesación (Capítulo II, arts. Segundo-Octavo y Capítulo III, art. Décimo). Además, se regula la habilitación de las Entidades españolas para el ejercicio de la acción de cesación en otros Estados miembros de la CE (Capítulo II, art. Tercero, Segundo). Y finalmente se aprovecha también para transponer al ordenamiento interno dos Directivas que modifican otras anteriores (Capítulos III y IV): Directiva

desmarca en este punto de la mencionada Directiva 98/27/CE y otorga legitimación para la acción de cesación en algunos ámbitos sectoriales a “*cualquier persona*” concreta capaz de invocar un interés legítimo o un derecho²⁷. Por el contrario, como sabemos, en el ámbito general del consumo de bienes y servicios contemplado en la LEC, la legitimación individual es operativa sólo en cuanto a los intereses propiamente individuales, impidiéndose al consumidor o usuario iniciar a título individual un proceso para defender intereses supraindividuales, ello sin perjuicio de la posibilidad legal de intervención procesal del consumidor individual en un proceso donde se ventilen intereses colectivos o difusos²⁸.

Y lo cierto es que, desde el punto de vista de los conceptos, no resulta fácil determinar certeramente a qué tipo de legitimación se está refiriendo la LSSICE en este punto, porque resulta que si la acción de cesación contemplada en la misma tiene -por definición legal- el cometido de proteger intereses colectivos o difusos de los consumidores o usuarios que puedan verse afectados por conductas contrarias a las previsiones de la LSSICE, entonces la legitimación activa concedida a las *personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo* plantea dificultades conceptuales difícilmente salvables. Debe reconocerse que si el sujeto individual -persona física o jurídica- ha de ser titular de un derecho o interés legítimo -tal como exige la norma- en tal caso, y para que éste sea coherente con la previa definición legal dicho derecho o interés legítimo no podrá ser referido sino a intereses colectivos o difusos y no individuales.

Desde la promulgación de la vigente LEC, que tiende a clarificar las tradicionales oscuridades en torno a los conceptos de intereses colectivos y difusos, suele hacerse referencia, no ya a una doble vertiente de la legitimación -ordinaria y extraordinaria- sino triple, de tal manera que a estas dos vertientes se añade una tercera: la legitimación derivada del interés general. Si las dos primeras categorías se diferencian según haya o no coincidencia entre la parte de la relación material y la parte legitimada procesalmente para actuar como parte (ordinaria en el primer caso y extraordinaria en el segundo), por su parte la tercera categoría se refiere a la defensa de intereses que trascienden del interés propio de quien comparece en el proceso, incluyendo fenómenos tales

98/7/CE, de 16 de febrero de 1998 (modifica la de 887/102/CEE) y Directiva 97/55/CE, de 6 de octubre de 1997 (modifica la de 84/450/CEE).

²⁷ Y sin que el legislador ofrezca explicación alguna al respecto siquiera en la Exposición de Motivos de la Ley mencionada. Así sucede tanto en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, como en la Ley 25/1991, de 12 de julio, sobre el ejercicio de actividades de Radiodifusión Televisiva; al igual que en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. La doctrina señala (así CABAÑAS GARCÍA, 2005, p. 145) que parece traslucirse de ahí que el legislador español haya seleccionado las Leyes que juzga más importantes a estos efectos y las haya así recompensado facilitando al máximo su control jurisdiccional.

²⁸ Efectivamente, es importante matizar dicha restricción con dos oportunas puntualizaciones. Primera, que ello no excluye -como se acaba de decir- la intervención del consumidor individual en un proceso donde se ventilen intereses supraindividuales (art. 15 LEC). Y segunda, que ello tampoco impide -por supuesto- que el consumidor tenga legitimación para demandar en su propio nombre y derecho para exigir la oportuna indemnización o la condena (a hacer, no hacer o entregar), siempre que efectivamente pueda probar que ha padecido un daño individual por el hecho de consumo); y ello con independencia de que una Asociación de Consumidores o un Grupo de Afectados en su caso haya podido iniciar un proceso en defensa de un interés supraindividual que pudiera afectarle.

como la legitimación de personas jurídicas para la defensa de intereses colectivos y difusos, así como también la exigencia de la intervención del M.F. por razones de interés general²⁹.

Siguiendo estos conceptos, si lo que diferencia precisamente un interés o afectación individual de uno supraindividual es que en el segundo, aún habiendo particulares afectados, se mantiene el interés general, entonces la cuestión que cabe suscitar es: ¿puede el sujeto individual accionar para la tutela de intereses supraindividuales (esto es, colectivos o difusos) con independencia de su "*afectación directa*", o ha de exigirse que se trate de un particular afectado individualmente? En otras palabras, ¿a qué categoría de legitimación hace referencia la norma en este punto: legitimación ordinaria o legitimación extraordinaria derivada del interés general? Si nos atenemos a la definición de la propia acción de cesación contenida en la LSSICE, habremos de afirmar que no se trata de legitimación ordinaria, puesto que la acción de cesación tutela intereses colectivos y difusos y éstos obviamente no son susceptibles de titularidad individual. Pero si, por el contrario, concluimos que el legislador ha querido otorgar legitimación derivada del interés general a los sujetos individuales para la interposición de la acción de cesación, hemos de decir que ello se compadece mal con la remisión que la propia Ley efectúa a la LEC para la tramitación procedimental, puesto que, con buen sentido, la LEC restringió la legitimación para el ejercicio de las acciones en tutela de los intereses colectivos y más aún para el ejercicio de las acciones en tutela de los intereses difusos -que encomienda en exclusiva a las Asociaciones de Consumidores representativas, tratando de evitar demandas indiscriminadas que podrían llegar a paralizar incluso la actividad empresarial y degenerar en fraudes y abusos.³⁰

En consecuencia, y si resulta que la norma de cesación no ofrece dudas respecto a la finalidad para la que se contempla este instrumento, que no es otro que la protección de lo supraindividual, entiendo que al menos habrá de exigirse que el tal legitimado individualmente deba aducir un interés coincidente -hipotéticamente al menos- con el de otros sujetos, habiendo de acreditar que se ha visto vulnerado un derecho o interés legítimo suyo individual, en la medida en que resulte coincidente con otros, de tal manera que así se salve la exigencia de tutela supraindividual³¹.

²⁹ Víd. MORENO CATENA, 2005, pp. 96 y ss.

³⁰ Además, se entiende que el carácter difuso del interés, unido a la imposibilidad o extrema dificultad en la determinación de los afectados que conlleva (la posibilidad de que existan cientos o miles de afectados, con dispersión geográfica, de distinto grado de perjuicio) implica desde el inicio una situación compleja desde el punto de vista material, complejidad que se traslada luego al proceso. Todo ello hace que se requiera una capacidad de organización solvente, una estructura operativa consolidada, una experiencia específica en la materia de consumo, capaz de movilizar a los afectados y de iniciar un proceso de estas características. De este modo, se entiende que sólo las organizaciones estables y cuyo objetivo sea la defensa de intereses específicos de consumidores ofrecen la garantía y solvencia mínimas indispensables para llevar adelante las actividades exigidas fuera y dentro del proceso. Por esta razón, la legitimación para la defensa de los intereses difusos se restringe a las Asociaciones de consumidores y usuarios que sean representativas conforme a la Ley. Víd., al respecto, GONZÁLEZ CANO, 2002, pp. 145 y ss.

³¹ En este mismo sentido, CABAÑAS GARCÍA (2005, pp. 144 y ss.) entiende que, como consecuencia de la función preventiva de la acción de cesación, ha de entenderse que sólo cabe la legitimación activa individual cuando la finalidad del proceso sea la tutela de intereses legítimos supraindividuales, tratándose para el actor de una "*afectación indirecta*" y en forma de riesgo potencial, de esa práctica.

En cualquier caso, cabe extraer de aquí dos conclusiones. En primer lugar, que -a pesar de la tradicional consideración generalizada de la acción de cesación como “acción colectiva de cesación” en la legislación sectorial y en la doctrina científica- no parece del todo correcta dicha terminología en aquellos sectores en los que -tal como sucede en la acción de cesación contemplada en la LSSICE- tal asimilación no está exenta de matices, como estamos viendo. En segundo lugar, que podemos imaginar el colapso de los Tribunales si resulta que los consumidores y usuarios individuales advierten las posibilidades casi infinitas que dicha adjudicación de legitimación les confiere y deciden acudir a la vía judicial para ejercitar acciones de cesación ante algunas de las conductas que pueden destacarse por su importancia en el ámbito del comercio electrónico: concretamente, la no identificabilidad de las comunicaciones comerciales remitidas al usuario, así como el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas; ambas, como bien sabemos todos, incumplidas reiteradamente en la práctica por la gran mayoría de las comunicaciones que recibimos a diario. También puede añadirse que, si bien suele afirmarse que dos son las razones que explican fundamentalmente la aparición de las acciones colectivas -en primer lugar, la voluntad de evitar una multiplicidad de procesos que desborden a los Tribunales (economía judicial en fin), y en segundo término una función social de protección de los intereses generales, debe decirse que la primera ya no se cumple y queda la duda de si se cumple la segunda cuando la legitimación activa es individual.

Por lo que se refiere al resto de los apartados en que se subdivide el art. 31 LSSICE ha de admitirse que plantea menores problemas, refiriéndose a supuestos de legitimación colectiva para el ejercicio de la acción de cesación, acordes con la naturaleza supraindividual de los intereses protegidos. Ello con excepción de la legitimación concedida al *Ministerio Fiscal*, consecuencia ésta sin duda de la posición advertida por el legislador de debilidad en la que se encuentran los destinatarios de los servicios de la sociedad de la información ante los prestadores de tales servicios, junto a la repercusión social que presentan los comportamientos ejecutados en el ámbito de la sociedad de la información, y en definitiva como representante que es esta institución de la defensa de la legalidad.³²

De este modo, la LSSICE atribuye legitimación activa para el ejercicio de la acción de cesación a los *Grupos de consumidores y usuarios afectados*, con remisión a lo dispuesto por la LEC (“*en los casos y condiciones previstos en la LEC*”), y de dicha remisión se derivan tres conclusiones claras. En primer lugar, que los Grupos de afectados -destinatarios de los servicios de la sociedad de la información- no sólo estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación sino cualquier otra pretensión posible en la materia, puesto que, igualmente, el art. 11.2 LEC atribuye legitimación activa a los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso en materia de consumo cuando sus componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente

³² La misma atribución de legitimación venía otorgando con anterioridad el art. 16 LCGC, y, a partir de las modificaciones introducidas por la Ley 39/2002, en otras Leyes: así, por ejemplo, el art. 10^{ter} LGDCU; el art. 10 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; o el art. 13 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados. Y puede considerarse en términos generales acertado, debiendo animar a los representantes del MF en general a asumir este tipo de proceso, para que se conviertan en portavoces de las pretensiones de los miles de consumidores que pueden verse beneficiados, al igual que ya actuó en algunos casos destacados, como es el de la Fiscalía de Córdoba contra Gas natural de Andalucía, por entender que la citada Compañía incluía en sus contratos dos cláusulas abusivas.

determinables. En segundo lugar, debe entenderse que los Grupos de afectados estarán legitimados sólo para la defensa de intereses colectivos, excluyéndose la legitimación del Grupo tanto para la defensa en juicio de intereses puramente individuales como para la defensa de intereses difusos³³. Por último, y en orden al reconocimiento de la capacidad del Grupo de afectados, ha de estarse a los tres presupuestos previstos en la LEC en orden al reconocimiento de la capacidad del Grupo, cuyo cumplimiento no está exento de dificultades, sin que deba olvidarse que las excepciones sobre la capacidad del Grupo y sobre la representación con que actúa, en caso de ser estimadas, producen la terminación del proceso mediante auto de sobreseimiento, por inexistencia de determinados presupuestos procesales³⁴.

A saber: 1.- La necesaria determinación o facilidad en la determinación en la demanda de los miembros que constituyen el Grupo de afectados. 2.- La necesidad de que el Grupo se constituya con la mayoría de afectados para poder demandar en juicio, exigencia encaminada a evitar Grupos no suficientemente representativos, tratando de evitar los riesgos de inseguridad y de comportamientos fraudulentos o poco justificables derivados de esta transitoriedad, pero requisito que en definitiva, es difícilmente comprobable o fiscalizable. Y 3. que la comparecencia en juicio del Grupo se articule mediante el representante del mismo, estableciéndose un sistema de representatividad tácita, debiendo acreditarse en la demanda que los componentes del Grupo identificado han otorgado dicha representación voluntaria a quien actúa procesalmente en su nombre.³⁵

Dado que la LSSICE otorga legitimación activa individual a la persona física o jurídica "*titular de un derecho o interés legítimo*", debe entenderse que es posible que sea interpuesta una acción de cesación por un Grupo de afectados y, de forma paralela, la persona o personas que no deseen formar parte del Grupo de afectados para litigar en cuanto tal Grupo -por la razón que sea, bien por disentir de las líneas de defensa, o por cualquier otra razón- pueda interponer de forma individual su propia acción de cesación. Ello sin perjuicio de lo que establece el art. 15.2 LEC, que

³³ En la posición de la LEC, la prohibición para la defensa de intereses puramente individuales es comprensible, puesto que se trata de colectivos creados "ad hoc" por el número de afectados de que se trate. Por lo que se refiere a la prohibición para la defensa de intereses difusos, ya se ha señalado líneas arriba que con ello se trata de evitar demandas indiscriminadas que podrían llegar a paralizar incluso la actividad empresarial y degenerar en fraudes y abusos, además de perseguirse con ello que sólo las organizaciones estables y cuyo objetivo sea la defensa de intereses específicos de consumidores ofrecen la garantía y solvencia mínimas indispensables para llevar adelante las actividades exigidas fuera y dentro del proceso tengan legitimación para la defensa de los intereses difusos, dada la complejidad extrema de estos procesos.

³⁴ Debe recordarse al respecto, no obstante, que el legislador quiere facilitar la posibilidad de integración del Grupo de afectados y para ello ha previsto en el art. 256.1.6º LEC una diligencia preliminar específica con este objeto -es decir, para concretar a los integrantes del Grupo de afectado cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables-, a adoptar a instancia de quien pretenda iniciar el proceso para la defensa de un interés colectivo en materia de consumo, cuya importancia es evidente por razón de su doble finalidad: por un lado, para posibilitar el cumplimiento de los presupuestos procesales relativos a la capacidad para ser parte y, por otro lado, para posibilitar el cumplimiento de la obligación de comunicar a los afectados la presentación de la demanda. Pueden consultarse algunas cuestiones de interés al respecto en PEITEADO MARISCAL Y DE LA OLIVA SANTOS 2002, pp. 200-201. También en LORCA NAVARRETE, 2000, pp. 7-8.

³⁵ Sobre las dificultades que plantea este supuesto "*esquema ideal de voluntad presunta*" (tal como lo califica CABANAS GARCÍA, 2005, p. 198, advirtiendo, no obstante, que salta por los aires en cuanto algún afectado se manifiesta en contra de la actividad de esa mayoría del Grupo), vid. también SAMANES ARA, 2000, p. 40; GONZÁLEZ GRANDA, 2000, pp. 37 y ss. GONZÁLEZ CANO, 2002, pp. 140 y ss.

está pensando en el supuesto -distinto- de intervención voluntaria de cualquier usuario afectado que se incorpore con posterioridad al proceso iniciado por el Grupo.

El art. 31 LSSICE otorga legitimación activa en tercer lugar a las *Asociaciones de Consumidores y Usuarios* exigiendo que las mismas reúnan los requisitos establecidos por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios (BOE núm. 175 y 176, de 24.7.1984; en adelante, LGDCU) o en su caso por la legislación autonómica en la materia, de la misma manera que el art. 11.1 LEC se refiere a Asociaciones de Consumidores legalmente constituidas³⁶. Habrá que estar, para ello, no sólo a lo dispuesto en la LGDCU sino también en otras normas³⁷, siendo oportuno destacar en este punto que la reciente Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios (BOE núm. 312, de 30.12.2006) ha tratado de acabar con cierta indefinición de las Asociaciones de Consumidores representativas que puedan ejercer acciones en defensa de intereses generales, y regula éstas, estableciendo las obligaciones de independencia y transparencia que deben reunir para poder representar los intereses generales de los consumidores, recogiendo así las observaciones efectuadas al efecto por el Consejo de Estado. Básicamente: estar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores (aquéllas de ámbito estatal y aquéllas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una comunidad autónoma), no tener ánimo de lucro ni dedicarse a actividades distintas de la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, mantener la independencia en sus actuaciones, no realizar comunicaciones comerciales de bienes o servicios y no percibir ayudas económicas o financieras de las empresas que suministran bienes o servicios a consumidores y usuarios. La Ley establece con claridad que sólo las Asociaciones de Consumidores que estén representadas en el Consejo de Consumidores y Usuarios y las autorizadas por la legislación autonómica en su ámbito territorial -esto es, constituidas de acuerdo con la legislación específica de consumo, estatal o autonómica- pueden representar los intereses generales de los consumidores, en tanto que las demás sólo podrán en su caso representar a las Asociaciones y a su asociados, pero no los intereses generales de los consumidores³⁸. El legislador aclara en la Exposición de Motivos del texto legal que así “*se facilita el ejercicio de las acciones en defensa de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, y se da cumplimiento a lo previsto en el art. 11.3 de dicha norma*”. Con ello se persigue dotar de un sistema más efectivo de tutela a los intereses de los consumidores y usuarios en el ámbito específico del

³⁶ Recordemos que, con carácter general, el art. 11.1 LEC atribuye legitimación a estas Asociaciones para el ejercicio de cualquier pretensión encaminada a una triple tutela en juicio: de los derechos e intereses individuales de sus asociados (fenómeno éste de representación institucional voluntaria más que de legitimación, en cuya virtud defenderán los derechos e intereses de los consumidores que se encuentren asociados a las mismas); de los derechos e intereses de la Asociación misma (supuesto éste de legitimación ordinaria o común, con relación a los derechos e intereses patrimoniales, morales, etc., de la entidad como persona jurídica); y de los derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios (supuesto de legitimación extraordinaria o derivada del interés general, según los postulados clásicos del Derecho Procesal).

³⁷ Así, RD 825/1990, de 22 de junio, regulador del derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones y RD 287/1991, de 8 de marzo, regulador del catálogo de productos, bienes y servicios a determinados efectos de la LGDCU.

³⁸ Vid. arts. vigésimo, vigésimo bis, vigésimo primero, vigésimo primero bis, vigésimo primero ter., vigésimo segundo y vigésimo segundo ter. de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, modificados por obra del art. 1. ocho de la citada Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

ejercicio de la acción de cesación contra las conductas contrarias a la LSSICE, si bien no faltan voces que advierten de que con esta iniciativa legislativa pretende ponerse coto injustificadamente a la interposición de acciones de cesación³⁹.

No debe olvidarse, en fin, que en virtud del adicionado art. 10 *quatier* a la LGDCU –por la Ley 39/2002, de 28 de octubre⁴⁰- las Asociaciones de consumidores presentes en el Consejo de Consumidores y Usuarios podrán ejercitar acciones de cesación ante los tribunales de otro Estado miembro de la Unión Europea, previa solicitud en tal sentido al Ministerio de Justicia a través del Instituto Nacional de Consumo y posterior publicación en el DOCE, como consecuencia de una transacción electrónica que vulnerase intereses colectivos o difusos de destinatarios de los servicios de la sociedad de la información españoles.

También otorga la LSSICE legitimación al *Instituto Nacional de Consumo*, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo a través de la Subsecretaría de Sanidad y Consumo -y configurado como un organismo encargado, a nivel nacional, de promover y fomentar los derechos de consumidores y usuarios, bajo cuya dependencia existe un Registro de Asociaciones de Consumidores en el que están inscritas todas las de ámbito nacional-, así como a los organismos que, junto a este Instituto se han creado a nivel autonómico que desempeñan funciones similares y a nivel local (concretamente a través de las llamadas Oficinas Municipales de Información al Consumidor). Es importante destacar que, dado que esta previsión normativa de legitimación no se contiene con carácter general en el texto de la LEC respecto del ejercicio del resto de pretensiones a las que hubiera lugar en un proceso suscitado en materia de consumo⁴¹, debe decirse que en consecuencia tales instituciones sólo podrán ejercitar la acción de cesación prevista en el art. 30 LSSICE y no otras en que haya afectación de intereses colectivos o difusos en materia de comercio electrónico. Ello sin perjuicio de la legitimación activa que le atribuyen expresamente otras normas, como por ej.: la LCGC respecto del ejercicio de las acciones previstas por el art. 12 de dicho texto legal; el art. 10 Ley General de Consumidores y Usuarios, del art. 10 de la Ley sobre Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, o el art. 13 de la Ley reguladora de los Viajes Combinados, por obra de la Ley 39/2002, de 28 de octubre.

³⁹ Debe recordarse que la SAP de Madrid de 10 de octubre de 2002, dictada en el asunto de la cláusula de redondeo al alza en hipotecas a tipo variable comercializadas por una entidad financiera, desestimó la excepción de falta de legitimación activa de la actora -AUSBANC- opuesta por la entidad financiera demandada que se basaba en la falta de inscripción de aquella en el Registro del Instituto Nacional de Consumo.

⁴⁰ de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (BOE núm. 269, de 29.10.2002).

⁴¹ La explicación de la atribución de legitimación a este tipo de organismos obedece principalmente a exigencias comunitarias, por cuanto la Directiva 98/27/CE asigna a los “*organismos públicos independientes específicamente encargados de la protección de los intereses supraindividuales*” de los consumidores y usuarios un papel muy destacado para el ejercicio de la acción de cesación. Igualmente el Libro Verde sobre la Protección de los consumidores en la Unión Europea, presentado por la Comisión en 2001, pretende intensificar la actividad de tales organismos públicos de los Estados miembros para el control de las prácticas intracomunitarias. Pero además la doctrina advierte cómo también se explica dicha atribución de legitimación desde otra clave distinta: concretamente una clave interna que convierte a esta vía en un complemento o una alternativa -según las circunstancias- a los mecanismos normales de fiscalización administrativa de los agentes del mercado, cuando estos mecanismos fallen o se muestren inhábiles (así exactamente CABAÑAS GARCÍA, 2005, p. 205). En España, ha actuado en algún caso conocido mediáticamente como el caso del redondeo de las tarifas de los parkings.

Debe señalarse que asimismo es posible que el mencionado Instituto Nacional de Consumo o los órganos asimilados ejerciten acciones de cesación ante los Tribunales de otro Estado miembro de la Unión Europea, como consecuencia de una transacción electrónica efectuada en dicho Estado, que pueda vulnerar los intereses de los destinatarios de servicios de la sociedad de la información españoles que adquieran bienes o disfruten de servicios como consumidores o usuarios. Ello en virtud del nuevo art. 10 *quáter* LGDCU introducido por la Ley 39/2002, condicionándose dicha posibilidad a su inclusión en la lista publicada en el DOCE, previa solicitud formulada por aquéllos ante el Ministerio de Justicia.

Por último, y teniendo en cuenta el carácter frecuentemente transnacional de las actividades comerciales electrónica, la LSSICE legitima también para el ejercicio de la acción de cesación a *“las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores que estén habilitadas ante la Comisión Europea mediante su inclusión en la lista publicada a tal efecto en el Diario Oficial de las CCEE”*, en previsión similar a la que contiene ahora -también limitada al ejercicio de la acción de cesación- el apartado 4º del art. 11 LEC, introducido por la Ley 39/2002, de 28 de octubre⁴². Pero, y puesto que con carácter general la LEC atribuye legitimación activa para pretender la tutela de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios en el art. 11.2 LEC a *“las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos”*, por esta razón habrá de diferenciarse entre el ejercicio de la acción de cesación por un lado y el ejercicio de otro tipo de pretensiones en tutela de intereses supraindividuales.

Para el ejercicio de la acción de cesación se entienden legitimadas las entidades de otros Estados miembros, legalmente constituidas, que tengan como finalidad la protección de intereses colectivos o difusos de consumidores o usuarios y que se encuentren habilitadas ante la Comisión Europea, conforme a la normativa comunitaria, mediante su publicación en la lista publicada a tales fines en el DOCE. Por lo que se refiere a la legitimación contemplada en el art. 11.2 LEC -al margen de la acción de cesación- debe tratarse de entidades o corporaciones cuya estructura responda a cualquiera de las formas de atribución de personalidad jurídica que nuestro ordenamiento prevé, que persigan la defensa o protección de consumidores y usuarios, y ha de entenderse referida sólo a la tutela de intereses colectivos y no difusos, puesto que la protección de los difusos se encomienda exclusivamente a las Asociaciones de Consumidores.

⁴² En lo referente a las Entidades españolas habilitadas en otros Estados miembros de la Comunidad Europea para el ejercicio de la acción de cesación, se establece una “doble regulación” –según determina el legislador en la Exposición de Motivos de la citada Ley, y así *“Toda Entidad pública competente en materia de consumo que desee estar habilitada ante la Comisión Europea para el ejercicio de dichas acciones mediante su inclusión en la lista a tal fin publicada en el ‘Diario Oficial de las Comunidades Europeas; así lo hará sabe, a través del Instituto Nacional del Consumo, al Ministerio de Justicia, que lo notificará a la Comisión. Sin embargo, a las Asociaciones de consumidores y usuarios, además de la solicitud expresa en el sentido antes citado, se les exige que estén presentes en el Consejo de consumidores y usuario”*, de tal manera que *“el Ministerio de Justicia, cumplidos estos requisitos, y a instancia del Instituto Nacional del Consumo, efectuará la preceptiva notificación a la Comisión Europea”*.

b. Intervención procesal

La intervención procesal constituye un supuesto legal de legitimación sobrevenida, figura jurídica construida en buena medida por la doctrina científica y huérfana de regulación legal hasta que la LEC la incorporó en sus arts. 13-15, que supone la posibilidad de incorporación de terceros a un proceso pendiente, distinguiéndose tres modalidades al efecto: la intervención procesal voluntaria o espontánea (art. 13), la intervención procesal provocada (art. 14) y la intervención procesal en procesos sobre intereses colectivos y difusos en materia de consumo (art. 15).

Los rasgos esenciales de la regulación contenida en el art. 15 (bajo el enunciado de "*Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios*") son los siguientes: 1. La intención del legislador es la de reconocer expresamente la eventualidad de adhesión por parte de los consumidores y usuarios a un procedimiento previamente instado por una Asociación o Entidad destinada a la salvaguarda de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios, para hacer valer sus derechos o intereses individuales. 2. El interviniente se coloca siempre en la postura activa del proceso. Y 3. La norma establece la forma de hacer el llamamiento y regula a continuación dos regímenes de intervención diferenciados según se trate de intereses colectivos o difusos⁴³.

Pero, con el propósito expresamente admitido por el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 39/2002 de garantizar la rapidez de los procedimientos judiciales en los que se ejercite una acción de cesación para la protección de intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios, dicha Ley adiciona un nuevo apartado 4º en el art. 15 LEC, que establece una excepción a la regulación contemplada en los apartados precedentes contenidos en dicho art. 15: "*Quedan exceptuados de lo dispuesto en los apartados anteriores los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios*".

Si se tiene en cuenta que lo dispuesto en los apartados anteriores se refiere tanto a la Publicidad como a la Intervención en los procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios, varias son las puntualizaciones que cabe hacer al respecto⁴⁴.

En primer lugar, y a pesar de la literalidad del apartado 4º, lo que se exceptiona es sólo el régimen de publicidad, de tal manera que ha de entenderse que no se impide la posibilidad de intervención. Si bien es evidente que la exclusión del régimen de publicidad previsto en el art. 15 LEC restringe seriamente la intervención de los destinatarios de los servicios de la sociedad de la información en su condición de consumidores o usuarios individuales, pues no podrán tener conocimiento de la sustanciación del proceso, tanto si se trata de intereses colectivos como

⁴³ Vid., entre otros trabajos, SAMANES ARA (2000), pp. 149 y ss. También GONZÁLEZ GRANDA, 2000, pp. 76 y ss., especialmente pp. 85 y ss.

⁴⁴ Sobre este particular, puede consultarse en extenso el trabajo de GONZÁLEZ GRANDA, 2003A, pp. 243 y ss.. De la misma autora, 2004. pp. 688 y ss.

difusos. Con ello, en opinión de un importante sector doctrinal, viene a reducirse injustificadamente el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva sólo en aras a obtener una mayor celeridad en la tramitación del proceso.

En segundo lugar, debe quedar claro que la referida excepción sólo opera respecto a la acción de cesación, de tal manera que no sucede lo mismo cuando los consumidores intervinientes ejercitan pretensiones diversas a la de cesación. Circunstancia que hace aún más criticable la previsión incorporada en el art. 15.4º LEC: si es cierto que las acciones de cesación son las que muestran mayor relevancia en conflictos derivados de la práctica del comercio electrónico, desde luego no son las únicas que pueden ejercitarse. Por ello, siendo los mismos los intereses a proteger, no se alcanza a comprender el por qué de la excepción restringida sólo al ámbito de la acción de cesación.

Finalmente, debe tenerse presente que con carácter general -si bien no expresamente en la acción de cesación contemplada en la LSSICE- en la legislación sectorial que regula las acciones de cesación se encuentra una norma que dispone que todas las entidades legitimadas activamente para el ejercicio de la acción de cesación podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno, para la defensa de los intereses que representan (así art. 16 de la LCGC, art. 10. ter de la LGDCU, etc.). Disposiciones normativas éstas que hemos de entender referidas naturalmente al sistema de Intervención procesal previsto en la LEC. Ahora bien, teniendo en cuenta que la propia LEC suprime el trámite de publicidad del art. 15 para este tipo de procesos en su apartado 4º, parece claro que esta fórmula de intervención queda reducida a asuntos que alcancen trascendencia mediática logrando así aperturar a los demás legitimados⁴⁵.

c. Legitimación pasiva

La LSSICE no contiene norma alguna relativa a la legitimación pasiva, es decir, a quién puede ser parte demandada en los procesos en que vayan a enjuiciarse pretensiones ejercitadas en materia de comercio electrónico. Tampoco la LEC -como es sabido- dedica específicamente un precepto a la regulación de la legitimación pasiva.

Pero ha de decirse que, no obstante el censurable silencio legal, la legitimación pasiva está resuelta implícitamente a través de la definición legal otorgada a la acción de cesación,⁴⁶ de tal manera que habrá de entenderse que para el ejercicio de la acción de cesación contemplada en la LSSICE resultan pasivamente legitimados cualesquiera personas físicas o jurídicas que infrinjan

⁴⁵ Vid. CABAÑAS GARCÍA, 2005, p. 203.

⁴⁶ Si nos situamos en las legislaciones sectoriales que contienen acciones de esta naturaleza, debe decirse que el único ámbito normativo en que se recoge una disposición específica con el rótulo de "*Legitimación pasiva*" es la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en virtud de cuyo art. 17 la acción de cesación "*procederá contra cualquier profesional que utilice condiciones generales de la contratación que se reputen nulas*". Tras la introducción del nuevo art. 10 ter. en la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios -por obra de la Ley 39/2002, de 28 de octubre- para el ejercicio de la acción de cesación en este ámbito corresponde la legitimación pasiva a aquellos que utilicen o recomienden la utilización de cláusulas abusivas que lesionen intereses colectivos e intereses difusos de los consumidores y usuarios.

lo establecido en la presente Ley, lesionando los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios.

Consecuentemente, la legitimación pasiva viene necesariamente determinada por la condición de prestador de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, contrastando ello con lo que sucede en otro tipo de procesos en materia de consumo derivados de la práctica del comercio electrónico, en los que en ciertos casos el prestador de los servicios puede configurarse como actor y el destinatario como demandado.⁴⁷

3. Integración procedimental

En el marco de un amplio programa europeo destinado a mejorar el acceso del consumidor a la Justicia⁴⁸ se potencian las acciones de cesación, que aparecen durante la pasada década de los 80 para tratar de atender a comportamientos ilícitos que no encontraban solución precisa en las normas vigentes, y se regulan parcialmente en diversos textos legales sectoriales hasta encontrar su consagración definitiva mediante la Directiva 98/27/CE sobre las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores cuya transposición al ordenamiento español tuvo lugar -como ya se ha mencionado líneas arriba- a través de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de Transposición de diversas Directivas en la materia, que realizó una serie de modificaciones en la LEC para viabilizar el ejercicio de dichas acciones⁴⁹, y que además vino a generalizar la acción de cesación por actuación empresarial ilícita con la introducción de una nueva Disposición Adicional Tercera en la Ley General de Defensa de consumidores y usuarios⁵⁰.

⁴⁷ Resulta lógico pensar que en la mayoría de los litigios derivados de la práctica del comercio electrónico el sujeto pasivo va a estar integrado por un prestador de servicios de la sociedad de la información, si bien cabe la posibilidad de que en determinados supuestos también los destinatarios de los servicios puedan llegar a constituirse en demandados. En consecuencia, si bien en la mayoría de los procesos en materia de comercio electrónico la parte activa va a venir integrada por destinatarios de los servicios de la sociedad de la información, en su condición o no de consumidores o usuarios así como por las entidades con legitimación colectiva, y la legitimación pasiva corresponderá a los prestadores de tales servicios, lo cierto es que ello no excluye que en ciertos casos el prestador de los servicios pueda configurarse como actor y el destinatario como demandado. Sin embargo, respecto a la acción de cesación, la legitimación pasiva viene necesariamente determinada por la condición de prestador de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico.

⁴⁸ Entre cuyos puntales más destacados hay que mencionar los siguientes: el Libro Verde de la Comisión, de 16 de noviembre de 1993, sobre el Acceso de los consumidores a la Justicia y la Solución de litigios relacionados con el Consumo en el Mercado Único; la Comunicación de la Comisión, de 14 de febrero de 1996, relativa a un Plan de Acción sobre el Acceso de los consumidores a la Justicia y la Solución de litigios de consumo en el mercado interior; la Comunicación de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, sobre la Solución Extrajudicial de conflictos de consumo; y la Comunicación de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a la Extensión del acceso de los consumidores a la Extensión del acceso de los consumidores a los demás sistemas de solución de litigios.

⁴⁹ Como determina expresamente el legislador de 2002 en la Exposición de Motivos de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, "la modificación que la presente Ley instrumenta en la Ley de Enjuiciamiento Civil establece ya el marco procesal adecuado para que, una vez introducidas las acciones de cesación en la legislación sustantiva reguladora del ámbito referenciado, dicho instrumento de defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios pueda ser efectivamente utilizado...".

⁵⁰ En los siguientes términos:

La mencionada Directiva 98/27/CE obligaba concretamente a introducir la acción de cesación en el ámbito sustantivo de los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, sector al que se refiere en concreto otra Directiva: la 2000/31/CE, objeto de transposición al ordenamiento español mediante la LSSICE, que es de julio de 2002. De tal manera que su transposición al ordenamiento español tuvo lugar un poco antes en el tiempo -concretamente tres meses- a la publicación de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, que vino a introducirla en términos similares en diversas materias (viajes combinados, aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, etc.) y que realizó una serie de modificaciones en la LEC precisamente para viabilizar el ejercicio de dichas acciones. En consecuencia, cuando el art. 30.3 LSSICE efectúa su remisión a las disposiciones previstas en la LEC para el ejercicio de la acción de cesación, lo cierto es que la LEC no contenía disposición ninguna en la materia, puesto que hasta el mes de octubre del mismo año no se realizó la pertinente modificación en la LEC.

Dicho lo cual, ha de entenderse que a partir de ese momento dicha remisión -imprescindible si se tiene en cuenta que la LSSICE no recoge previsión procesal alguna salvo la relativa a la legitimación activa- debe conducirnos hacia las modificaciones operadas por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, en la LEC, precisamente para adaptarla a la tutela de la acción de cesación de prácticas empresariales ilícitas, que constituye la regulación supletoria para todo aquello no directamente regulado en la legislación sectorial en materia de acciones de cesación. Las especialidades afectan a las siguientes materias: capacidad y legitimación (arts. 6.1.8º y 11.4), competencia territorial (art. 52.1.16º), publicidad e intervención (art. 15.4), contenido y efectos de la sentencia (art. 221.2), medidas cautelares (art. 728.3.IV) y sistema "ad hoc" de multas coercitivas (art. 711.2). Y puede afirmarse que con ello ha venido a crearse en realidad un nuevo proceso con especialidades para la tutela de las acciones de cesación.

Pero, en segundo lugar, también habrán de tenerse en cuenta todo el bloque de disposiciones normativas en materia de consumo que contiene la vigente LEC desde el momento de su promulgación dentro de la creciente política de protección de consumidores y usuarios y que trata de paliar la dispersión normativa previamente existente en dicho ámbito. Efectivamente, sabemos que el legislador de 2000 aborda con mayor o menor acierto distintos institutos y mecanismos procesales para la tutela procesal de los intereses de los consumidores, de tal manera que, sin haber optado por configurar expresamente un proceso especial y específico en materia de consumo, es posible hablar -como hace la doctrina- de un "proceso civil especial encubierto"⁵¹

"1. A falta de normativa sectorial específica, frente a las conductas de empresarios o profesionales contrarias a la presente Ley que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios podrá ejercitarse la acción de cesación.

2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura

Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

3. La legitimación para el ejercicio de esta acción se regirá por lo dispuesto en el art. 11.2 y 3 LEC, y en cualquier caso estará legitimado el MF".

⁵¹ Si tenemos en cuenta que lo que caracteriza a un proceso como especial frente a uno ordinario es fundamentalmente el hecho de que obedezca a principios estructurales diferentes, hemos de decir sin ambages

que persigue una tutela jurisdiccional rápida, eficaz y económica de los intereses de los consumidores y usuarios en sus vertientes colectiva y difusa, incorporando toda una serie de normas procesales en los lugares oportunos afectantes a diversas materias: capacidad (arts. 6.1.7º y 7.7º), legitimación (art. 11), diligencias preliminares (art. 256.2.6º), mecanismos de publicidad e intervención de terceros (art. 15), acumulación de acciones (art. 78.4), eficacia de la sentencia (arts. 221 y 222.3) y ejecución (art. 519).

Consecuentemente, podemos afirmar que el proceso para la tutela de la pretensión de cesación en defensa de los intereses de consumidores y usuarios en el ámbito de la LSSICE se presenta como un proceso subjetivamente complejo en el que los aspectos procedimentales de mayor interés que vamos a mencionar a continuación han de ser integrados atendiendo a ambos bloques normativos⁵².

3.1. Jurisdicción y competencia territorial

Dado el contexto de las transacciones en materia de comercio electrónico, está claro que, antes de las reglas de competencia, será necesario atender en muchos casos a los criterios de delimitación de la jurisdicción española para conocer de los procesos en materia de comercio electrónico, esto es, la llamada competencia judicial internacional.

En el marco europeo, sabemos que el Consejo inició un proceso de actualización de los Convenios de Bruselas y Lugano y el texto resultante es el Reglamento del Consejo CE nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, que introdujo algunas modificaciones con la finalidad precisamente de recoger la nueva situación tecnológica y aplicar las normas específicas a los contratos de consumo celebrados electrónicamente. Conforme a la nueva regulación, cuando se

que en materia de defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios el legislador de la LEC ha configurado un procedimiento no especial pero sí con especialidades, si bien tampoco ha pretendido la construcción de un proceso de tales características en un sentido estricto o formal, sino de forma más implícita, esto es, estableciendo en distintas normas –desperdigadas– una serie de notas específicas que son de aplicación a determinados procedimientos en los que se ventilan o enjuician derechos surgidos de relaciones jurídicas concretas. Dicha técnica es coincidente con la empleada en la LEC en otros muchos procesos con especialidades: por ejemplo, sobre Impugnación de acuerdos societarios (arts. 52.1.10º, 73.2 y 222.3 LEC); sobre Propiedad Horizontal (arts. 52.1.8º y 449.4 LEC); etc., y es una opción del legislador coherente con la idea general defendida en la Exposición de Motivos, tendente a la reducción drástica del número de procesos especiales. No obstante, plantea un inconveniente claro, por cuanto la dispersión normativa dificulta la visión de conjunto del proceso y ha dado lugar también a diversas contradicciones e incoherencias entre algunas de las especialidades introducidas, problema que se agrava si tenemos en cuenta además que, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Final Sexta.5 de la LEC, el proceso con especialidades en materia de consumo se refiere también a todas las relaciones que están reguladas en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Sobre las cuestiones concretas que han quedado obviadas como consecuencia de esta regulación fragmentaria, *vid.* GONZÁLEZ CANO, 2002, p. 75.

⁵² Sobre la posibilidad de hablar de un procedimiento común en materia de la órbita general del consumo – y de otros procedimientos –a modo de subespecies– referidos a materias específicas en dicho marco general, *vid.* GONZÁLEZ GRANDA, 2004, pp. 665-666. En tal acepción, en dicha órbita general debemos situar el procedimiento para la tutela de la pretensión de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios de la LSSICE.

trate de contratos electrónicos celebrados por destinatarios de servicios de la sociedad de la información que ostenten la condición de consumidores o usuarios entrará en juego lo dispuesto por los arts. 15 y ss. del Reglamento, debiendo entenderse que cuando el consumidor accede a Internet, sujeta al prestador de servicios a la jurisdicción de su país de residencia, por aplicación del fuero del domicilio del consumidor⁵³. Parece razonable que este nuevo precepto -fruto de un intenso debate político y jurídico en las negociaciones respecto a su adopción, especialmente en lo concerniente a las relaciones entre el Reglamento y las ADR (*“Alternative Dispute Resolutions”*)-⁵⁴ preocupe a los agentes económicos que ofrecen bienes y servicios por medios electrónicos, dada la inseguridad jurídica que produce el hecho de tener que actuar o defenderse en juicio ante órganos jurisdiccionales de todos los Estados miembros en los que sus actividades puedan ser accesibles⁵⁵.

En defecto de regulación convencional, habrá de estarse a lo dispuesto por la normativa interna en materia civil y mercantil, concretamente a lo dispuesto por el art. 22 LOPJ. En su virtud, y en defecto de sumisión y de domicilio del demandado en España, también serán competentes los Tribunales españoles en aplicación del fuero legal especial contenido en el art. 22.4 LOPJ en materia de contratos de consumidores, que exige, de forma alternativa:- o la celebración del contrato electrónico precedido de oferta personal o publicidad realizada en España,- o la realización, por el destinatario de los servicios de la sociedad de la información constituido como consumidor o usuario, de los actos necesarios para la celebración del contrato electrónico en España.

Por lo que se refiere a la determinación de la competencia territorial, resulta de aplicación lo dispuesto en el fuero especial del art. 52.1.16º LEC incorporado para el ejercicio de la acción de cesación por obra de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, y por ende, aplicable a la acción de cesación que aquí nos interesa, dada la remisión efectuada por la LSSICE. Dicho ordinal 16º LEC no establece un único fuero legal especial, sino un fuero legal especial preferente y varios fueros legales subsidiarios concurrentes de modo sucesivo para el actor: - el fuero legal especial preferente es el del lugar donde el demandado tenga su establecimiento, y en su defecto el fuero subsidiario del domicilio del demandado, y en defecto de éste, entonces entra en juego el fuero

⁵³ Por su parte, el Convenio de Bruselas requería que el prestador de servicios hubiera formulado previamente en el Estado del domicilio del consumidor una oferta específica o desarrollado una actividad de publicidad y el destinatario hubiera realizado en dicho Estado los pasos necesarios para la conclusión del contrato.

⁵⁴ Efectivamente, respecto a la génesis de tales disposiciones, ha de destacarse que las relaciones entre este Reglamento y las ADR habían sido objeto de un debate político muy intenso en las negociaciones para su adopción. En septiembre de 2000, el Parlamento Europeo propuso que, bajo determinadas condiciones, *“las cláusulas por las cuales el consumidor y el operador acuerden por contrato que cualquier desacuerdo deberá remitirse a un sistema extrajudicial de solución de conflictos autorizado en virtud de un Plan aprobado por la Comisión pudieran ser oponibles a los consumidores*. En su propuesta, la Comisión no secundó al Parlamento sobre este punto y en consecuencia el Reglamento adoptado no recoge estas enmiendas del Parlamento. Pero debe decirse que, al adoptar el Reglamento, el Consejo y la Comisión hicieron hincapié en la importancia de las ADR en una Declaración conjunta en la que consideran que *“por regla general, conviene tanto a los consumidores como a los empresarios intentar resolver sus conflictos de mutuo acuerdo antes de acudir a los Tribunales”*, destacando al respecto que el Reglamento y en particular los arts. 15 y 17 no tienen por objeto prohibir a las partes que recurran a las ADR.

⁵⁵ Vid. al respecto GONZÁLEZ MALABIA, 2004, p. 107.

del domicilio del actor (fuero éste último que, si bien como norma general contraviene el equilibrio entre las partes, en materia de consumo el legislador parte precisamente de la situación de desequilibrio inicial en perjuicio del actor). Fuero legal del art. 52.1.16º LEC que debe entenderse como inderogable, pues, aunque el legislador de la Ley 39/2002 olvidó modificar el alcance del art. 54 para dejar claro su carácter en este punto, lo cierto es que la competencia deviene inderogable también por razón del procedimiento aplicable, dado que es el Juicio Verbal; lo que convierte en ociosa la consideración ulterior sobre la posible inclusión del contenido de esta acción en el apartado 2 del art. 54 LEC y en consecuencia el análisis de la posible virtualidad de la sumisión tácita, análisis de la problemática que de otro modo resultaría ineludible⁵⁶.

3.2. Procedimiento aplicable

La Ley 39/2002, de 28 de octubre, adiciona un punto 12º al apartado 1 del art. 250 LEC, extendiendo en consecuencia el ámbito del Juicio verbal para el conocimiento de otra tutela privilegiada: “12. *Las que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de consumidores y usuarios*”. Consecuentemente, y dada la remisión efectuada por la LSSICE, este trámite es igualmente el que ha de regir la acción de cesación en materia de comercio electrónico.

La opción del legislador se justifica en la Exposición de Motivos de la Ley 39/2002 en atención a la necesidad de garantizar la rapidez de estos procedimientos, prioridad que se encuentra en coherencia con la conveniencia aludida en la Directiva 98/27/CE de establecer procedimientos ágiles en la materia. No obstante, los puntos de fricción que el Juicio Verbal viene planteando en materia de prueba pueden hacer llegar a dudar del acierto de la elección de esta vía para estos procedimientos, teniendo en cuenta la complejidad de las pretensiones⁵⁷.

3.3. Particularidades probatorias

Sabido es que el art. 299.2 LEC admite como medio de prueba los medios de reproducción y archivo de datos o prueba por soporte informático, si bien no cuenta con una regulación muy detallada respecto a su práctica, a salvo el examen por el Tribunal a que se refiere el art. 384 LEC, pero debe decirse que a grandes rasgos, no plantea dificultades, en cuanto a la aportación ni en cuanto a la práctica del mismo.

El punto más espinoso en esta materia es sin duda alguna la regla de valoración libre que le otorga el art. 384.3 LEC, que la doctrina ha calificado como “inexplicable regla”, señalando que no tiene ningún sentido que el documento en soporte informático sea considerado a estos efectos de peor condición que el documento en soporte papel tradicional al cual se le aplica con carácter general las reglas de prueba legal, resaltando que al atribuir el legislador español un valor distinto al documento electrónico está contraviniendo los criterios establecidos al respecto en la

⁵⁶ Sobre este punto, en extenso, puede consultarse GONZÁLEZ GRANDA, 2004, pp. 669-671.

⁵⁷ Sobre los problemas que plantea el Juicio Verbal en materia probatoria, originados por el olvido del legislador en la adaptación del procedimiento probatorio de los distintos medios de prueba a la estructura específica del Juicio Verbal -como sabemos, sin trámite concreto de contestación a la demanda con carácter previo a la Vista, y regido por el principio de unidad de acto de forma casi absoluta-, vid. PICÓ I JUNOY, 2002; GONZÁLEZ GRANDA, 2003B, pp. 17 y ss., etc.

Unión Europea y plasmados en Leyes recientes, como sucede en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (BOE núm. 304, de 20.12.2003) que en su art. 3.8 declara que “*el soporte en que figuran los datos formados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio*”⁵⁸. Poniéndose de relieve igualmente que tampoco se ha tenido en cuenta la obligación impuesta por el art. 9 de la Directiva 2000/31/CE, que dispone que “*los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica*”⁵⁹. No obstante, y para el ámbito específico de la contratación electrónica, el art. 24.2 LSSICE establece que: “*En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental*”. De tal manera que el legislador de la LSSICE quiere evitar los inconvenientes que la valoración libre podría acarrear en el comercio electrónico y lo equipara a la prueba documental. Pero debe advertirse que se limita al ámbito exclusivo de la contratación electrónica, concepto mucho más limitado que el de comercio electrónico, si bien muchos entienden que no existe inconveniente en que la solución dada en el art. 24.2 LSSICE pueda hacerse extensiva a todo el ámbito del comercio electrónico, siempre que el documento disponga de las garantías de la firma electrónica⁶⁰, en tanto que en otro caso, sería aplicable la valoración libre del documento electrónico.

Una vez valoradas las pruebas, puede suceder que el Juez advierta la insuficiencia probatoria - que es la condición fáctica de aplicación de la regla de juicio⁶¹- , en cuyo caso, y antes de aplicar dicha regla de juicio, deberá valorar la conducta procesal de las partes, analizando cuál de ellas tenía la posibilidad de probar más fácilmente la verdad o la incerteza de un hecho, con independencia de quién tuviera la carga de la prueba, y ello en base a la aplicación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria como “*cautela legal para la valoración de las pruebas*”, que encuentran plena aplicación en este proceso⁶².

⁵⁸ Por lo que el documento con firma electrónica debería ser de valoración legal siempre que no fuera impugnado como inauténtico. Así expresamente GONZÁLEZ MALABIA, 2004, p. 273.

⁵⁹ SANCHÍS CRESPO, 1999, p. 124.

⁶⁰ Así, GONZÁLEZ MALABIA, 2004, op. et loc. cit. nota 55.

⁶¹ Puesto que, como decía ROSENBERG, el dominio de la carga de la prueba comienza allí donde termina el dominio de la libre valoración, de tal manera que si el Juez atravesó este último sin poder encontrar la solución, la carga de la prueba le da lo que la libre valoración de la prueba le negó. Debe decirse que ROSENBERG, 2002, p. 82. realiza estas afirmaciones en un momento histórico en que la doctrina científica comenzó a cuestionarse si la libre valoración e la prueba no habría de sustraer al Juez de la influencia de las normas sobre la carga de la prueba, duda que él rebate con energía en el análisis novedoso que realiza sobre la materia.

⁶² Así, con carácter general, CORTÉS DOMÍNGUEZ, 2005, pp. 231-232. La expresión entrecomillada es de DE LA OLIVA SANTOS, 2002, p. 303. Víd. también MUÑOZ SABATÉ, 2001, p. 180.

Para la aplicación judicial de estos principios como mecanismos flexibilizadores de la regla de juicio en las acciones de cesación, víd. la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 4 de marzo de 2002, dictada ante una acción emprendida por un consumidor del servicio telefónico sobre la posible existencia de un mal funcionamiento o una utilización ilícita por parte de terceros -que fundamenta el actor en una facturación desproporcionada en relación con el consumo habitual y acredita este extremo debidamente-, en la que se establece que “*es evidente que corresponde a la Compañía Telefónica dar cumplida y satisfactoria respuesta al consumidor*”, porque “*es la Compañía quien dispone de importantes medios técnicos y posibilidad de acceso a los registros correspondientes, a diferencia del consumidor*”.

3.4. Medidas cautelares

En materia de medidas cautelares, es importante destacar en primer lugar que la LEC recoge toda una serie de disposiciones normativas que configuran la competencia, los requisitos y el procedimiento para su adopción, recogiendo además el art. 727 en su último apartado la posibilidad de adopción de medidas cautelares diversas, a través de lo que se conoce como un *régimen abierto* que tiende a dar cabida a la adopción de todas las medidas que puedan considerarse necesarias en cada caso,⁶³ razón por la cual no es necesario que la LSSICE haga referencia expresa en su texto a la tutela cautelar para poder entender que los Tribunales disponen de los medios necesarios para asegurar cautelarmente la efectividad de la futura sentencia a dictar en un proceso en el que se ventilen intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico, que será normalmente la de cesación provisional a que se refiere el art. 727.7º LEC (*“la orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo”*).⁶⁴

En segundo lugar, en relación con la adopción de medidas cautelares en la acción de cesación contemplada en la LSSICE, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el apartado 4 del art. 728 LEC introducido por la Ley 39/2002, expresamente referido a las acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, que dispone literalmente que *“en los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el tribunal podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados”*. En su virtud, y no obstante el carácter general del presupuesto de prestación de caución suficiente por el solicitante para la adopción de medidas cautelares, y de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del mismo art. 728 (*“Salvo que expresamente se disponga otra cosa”*), dicho apartado 4 viene a constituir una clara especialidad de los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación, y por ende, también una acción cualquiera de cesación en materia de comercio electrónico.

Deben realizarse, no obstante, dos puntualizaciones al respecto. Por un lado, que dicha excepción sólo es operativa en la acción de cesación, de tal manera que no es aplicable cuando se ejercite una pretensión de otra naturaleza -aunque ésta sea en defensa de consumidores y usuarios- en el ámbito del comercio electrónico.

Por otro, que no nos encontramos ante una derogación *“ope legis”* del régimen general en materia de cauciones para la adopción de las medidas cautelares (la utilización de los términos *“el tribunal podrá dispensar...”* es suficientemente clara y expresiva al respecto), sino de la ponderación de la obligación genérica de prestación de caución, de tal manera que habrá de

⁶³ Régimen abierto al que se refiere la doctrina procesalista. Así, DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, 2001, p. 1223) refiere cómo la tutela cautelar ha pasado así a ser, por definición, atípica o innominada.

⁶⁴ Al respecto, GONZÁLEZ MALABIA, 2004, pp. 284-285.

entenderse, no la exclusión del requisito de la prestación de la caución sino más bien que en tales procedimientos el tribunal podrá valorar la oportunidad de dispensar al solicitante de la medida cautelar de tal deber. Si tenemos en cuenta los factores que el tribunal debe tomar en consideración al efecto, “*las circunstancias del caso*” así como “*la entidad económica y la repercusión social de los intereses afectados*”, este último criterio viene en realidad a constituir la única referencia real en la materia, por cuanto la vaguedad e imprecisión del primero resulta patente⁶⁵. Y de este modo, cabe advertir que el precepto está pensando en la eventualidad de intereses económicos muy elevados, en los que las cuantías de cauciones para garantizar la cobertura de daños y perjuicios sufridos por el demandado en caso de sentencia desestimatoria supondría un obstáculo que podría resultar insalvable, teniendo en cuenta que la determinación de la cuantía de dicha fianza debe hacerse atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión, así como a la acreditación que sobre el fundamento de la solicitud de la medida realice el solicitante.

3.5. La sentencia y su ejecución

Si se ha ejercitado una acción de cesación dirigida a obtener una sentencia de condena del prestador de servicios de la sociedad de la información por su conducta contraria a las disposiciones de la LSSICE y vulneradora de derechos o intereses supraindividuales de consumidores y usuarios (o en su caso dirigida a prohibir su realización futura o su reiteración), la sentencia que habrá de recaer -siempre que sea estimatoria de la demanda- será una sentencia de condena, puesto que tal es la naturaleza de dichas pretensiones. Así se observa, por ejemplo, con la sentencia que condena al prestador de servicios al cese del envío de las comunicaciones comerciales que vulneren el art. 21 LSSICE, o que le condena a abstenerse de reiterar dichas comunicaciones indebidas en el futuro en el caso de que existan indicios que hagan temer su reiteración futura.

Ahora bien, puesto que estamos haciendo referencia a intereses supraindividuales -esto es, colectivos o difusos- de destinatarios de los servicios de la sociedad de la información en su condición de consumidores y usuarios, por esta razón hemos de acudir a las disposiciones normativas específicas que contiene la LEC en el art. 221 bajo el criticable -ahora se dirá el porqué- enunciado de “*Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores*”.

Efectivamente, uno de los problemas que suscitaba la tutela judicial de los intereses plurisubjetivos con anterioridad a la vigente LEC era precisamente el de la extensión de los efectos de cosa juzgada de la sentencia que resolviera las pretensiones mediante las que se solicitaba la tutela de los mismos. Ante la ausencia de una norma especial sobre el particular, la doctrina apuntaba diversas soluciones y sobre todo reivindicaba una regulación expresa sobre la materia. Y así, el art. 221 LEC ha venido a regular en su texto los contenidos y efectos diferenciados y específicos de las sentencias condenatorias en los procesos promovidos para la defensa de los intereses colectivos y difusos, constituyendo un conjunto de reglas especiales en la

⁶⁵ GONZÁLEZ GRANDA, 2003A, pp. 265 y ss.

materia: el art. 221.1^a y 3^a respecto a pretensiones de condena y el art. 221.2 respecto a pretensiones declarativas, en ambos casos ejercitadas colectivamente⁶⁶.

No obstante, debe realizarse una puntualización a este respecto. Y ésta es que, aunque el enunciado de la norma hace referencia sólo a las Asociaciones de consumidores o usuarios -de ahí lo censurable, pues hubiera sido mejor una terminología más clara, tal como "*Sentencias dictadas en procesos promovidos en defensa de intereses colectivos y difusos*"-, debe entenderse que el art. 221 LEC no puede impedir la aplicación de sus disposiciones en este ámbito concreto a todas las entidades legitimadas para el ejercicio de los intereses colectivos y difusos⁶⁷. En consecuencia, el contenido del art. 221 LEC ha de ser aplicable también en el procedimiento para la tutela de la acción de cesación contenida en la LSSICE en todos los casos, esto es, siempre que el proceso haya sido instado por entes con legitimación activa reconocida legalmente, y no sólo cuando haya sido instado por una Asociación de consumidores. Además, y teniendo en cuenta que el art. 31 de la LSSICE no es coincidente con la atribución de legitimación que efectúa el art. 11 LEC -lo que adquiere particular relevancia en relación con la atribución de legitimación activa a las personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo- igualmente debe entenderse el contenido del art. 221 LEC aplicable en el procedimiento instado por tales personas físicas o jurídicas individuales; y ello porque, de otro modo, en tales casos se frustraría de modo absoluto todo el sistema procedimental que el legislador de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, trasladó a la LEC para hacer posible el ejercicio de las acciones de cesación y dejaría tales supuestos -que queramos o no la LSSICE permite- sin protección legal concreta y sin sentido alguno, en fin, la articulación de tal vía de legitimación. Por las mismas razones expuestas, en sede de ejecución, lo dispuesto en el art. 519 LEC no debe entenderse limitado sólo a los supuestos de sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones⁶⁸. Sin olvidar igualmente la mención expresa

⁶⁶ Tal como afirma DAMIÁN MORENO, 2000, p.1439, constituye una norma sin precedentes en nuestro ordenamiento, que tiene como objeto completar las previsiones normativas que aparecen recogidas a lo largo del articulado de la nueva LEC en materia de consumidores y usuarios.

⁶⁷ El propio enunciado del art. 221 ha suscitado diversas críticas y algunas dudas interpretativas, afirmándose -no sin razón- que dicho enunciado es incorrecto, y ello tanto por defecto como por exceso. Incorrecto por defecto, por cuanto el precepto se refiere exclusivamente a juicios promovidos por Asociaciones de consumidores y usuarios, siendo así que el ámbito del precepto debe entenderse implícitamente extendido a los Grupos de Afectados, respecto a los que la LEC no hace referencia alguna a esta norma, lo que parece un olvido del legislador, especialmente si se tiene en cuenta que el mencionado art. 221 LEC no se refiere sólo a la protección de intereses difusos sino también colectivos, y para éstos tienen legitimación los citados Grupos de afectados con arreglo al art. 11 LEC, como es bien sabido. Puede consultarse al respecto la siguiente doctrina: BELLIDO PENADÉS, 2002, p. 15. GONZÁLEZ GRANDA, 2003A, p. 262. Pero, por otro lado, también puede afirmarse que dicho enunciado es incorrecto por exceso, y ello porque ciertamente no todo proceso instado por una Asociación de consumidores y usuarios requiere -ni permite- la aplicación de las disposiciones contenidas en el art. 221 LEC en orden a la concreción de beneficiados por la condena., resultando absurdo pretender aplicar dichas reglas cuando la Asociación actúa para la defensa de sus propios derechos e intereses, por tratarse de un supuesto de legitimación ordinaria que no plantea problema alguno en orden a la eficacia subjetiva de la sentencia de condena.

Es interesante la postura de GONZÁLEZ CANO (2002, p. 23), al advertir cómo efectivamente el título y el propio contenido del precepto, referente exclusivamente a juicios promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios viene a suponer una incoherencia respecto a los arts. 11, 15 y 78.4 LEC, en orden al tratamiento unitario de conflictos colectivos en materia de consumo.

⁶⁸ Porque, como señala la doctrina que ha analizado esta cuestión, estos límites, llevados a sus últimas consecuencias, pueden suponer una auténtica denegación de la tutela judicial efectiva, que incluye el derecho a

realizada en el art. 223.3 LEC en cuanto a la extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada, que viene a completar el sistema previsto⁶⁹.

De este modo, la sentencia estimatoria de condena de la acción de cesación contemplada en la LSSICE determinará individualmente los consumidores y usuarios que hayan de entenderse beneficiados por la condena (art. 221.1.1ª.I). Y, cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia habrá de establecer los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la parte actora (art. 221.1.1ª.II). Sirviendo el incidente previsto en el art. 519 LEC como mecanismo a través del cual, en este segundo caso, los destinatarios que presenten la condición de consumidores o usuarios podrán intervenir en la ejecución⁷⁰.

Debe añadirse además que el art. 1º Quinto de la Ley 37/2002, de 28 de octubre, adiciona un apartado 2 al art. 221 LEC con el siguiente tenor: *2. En las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia, o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora*), de tal manera que esta disposición - que concede una doble posibilidad legal al Tribunal, la de acordar la publicación de la sentencia, o bien una declaración rectificadora- ha de ser igualmente tenida en cuenta para la integración procedimental de la acción de cesación de la LSSICE.

Finalmente, es necesario mencionar que, si bien -bajo el enunciado general de "Cuantía de las multas coercitivas"- el art. 711 LEC venía haciendo referencia tanto a la cuantía como a los criterios para la determinación de la cuantía de las multas coercitivas en sede de Ejecución no dineraria, con la introducción de un nuevo apartado 2 en su texto por obra de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, ahora también hace referencia expresa a la cuestión en el ámbito de las acciones de cesación que nos ocupan con el siguiente texto: *"2. La sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios impondrá, sin embargo, una multa que oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la*

la ejecución de la misma. Puede seguirse la argumentación desarrollada a este respecto por GONZÁLEZ CANO, 2002, p. 242.

⁶⁹ Sobre la referencia al art. 11 en este art. 222.3 LEC ofrece la doctrina la explicación de los avatares del proceso legislativo y lo accidental de su resultado final. Vid., por ejemplo, CALDERÓN CUADRADO, 2003, pp. 461-313. Asimismo, entre otros, CABAÑAS GARCÍA, 2005, p. 249.

⁷⁰ Como es sabido, el art. 519 LEC concreta el mecanismo de la intervención en la Ejecución forzosa de sentencias de condena en caso indeterminación total o parcial de consumidores o usuarios individuales afectados, regulando la formación de un título de ejecución complejo, que se integra conjuntamente con la sentencia firme de condena así como con el auto de reconocimiento de los consumidores no individualizados previamente como beneficiados de dicha sentencia. El consumidor individual sólo tendrá que demostrar -tal es el objeto preciso del incidente- que su situación es la misma que la de los consumidores o usuarios que han intervenido en el proceso declarativo, acreditando la concurrencia de los datos y características que le personalizan como perjudicado por el hecho dañoso, y que por tanto debe ser reconocido como parte en la Ejecución. Vid. al respecto, por todos, MORENO CATENA, 2000, p. 53. Asimismo, SENÉS MOTILLA, 2000, p. 33; GONZÁLEZ CANO, 2002, pp. 267 y ss.

capacidad económica del condenado, *Dicha multa deberá ser ingresada en el Tesoro Público*". Y así, si los parámetros que la Ley utiliza para la fijación de la cuantía de los apremios en el art. 71.1 LEC están en relación con el precio o la contraprestación de hacer personalísimo (cuando figuran establecidos en el título de ejecución), y con el coste dinerario que en el mercado se atribuye a dichas conductas (cuando se trata de deshacer lo mal hecho)⁷¹, por su parte, los parámetros que la norma añadida utiliza para la determinación de la cuantía del apremio están en relación con la naturaleza e importancia del daños producido, así como con la capacidad económica del condenado, teniendo en cuenta que el legislador se pronuncia también expresamente por el tope máximo en relación con la multa única que se prevé, que oscilará entres seiscientos y sesenta mil euros, por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia.

4. Bibliografía

BARONA VILAR (1999), *Tutela civil y penal de la publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

-- (2002), "Reflexiones en torno a la tutela procesal de los consumidores y usuarios. La política de protección de los mismos en la Unión Europea: líneas de presente y de futuro", en BARONA VILAR (coord.), *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.

BELLIDO PENADÉS (2002), "La tutela de los intereses de los consumidores y usuarios en la nueva LEC", *Revista Tribunales de Justicia*, nº 12, diciembre.

BOTANA GARCÍA et al. (2001), en BOTANA GARCÍA (coord.), *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid.

CABAÑAS GARCÍA (2005), *Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos*, Tecnos, Madrid.

CALDERÓN CUADRADO (2003), "La sentencia dictada en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios", en BARONA VILAR (coord.), *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, pp. 461-313.

CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO (2000), "La protección de los consumidores", en MATEU DE ROS Y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO (coords.), *Derecho de Internet, contratación electrónica y firma digital*, ed. Aranzadi, Pamplona.

⁷¹ Destacando la circunstancia de que el legislador no haya recogido los mismos principios que el art. 589.3 LEC, esto es, la resistencia del requerido, su capacidad económica y la posibilidad de modificar o dejar sin efecto el apremio económico en atención a la ulterior conducta del ejecutado y las alegaciones que pudiese efectuar para justificarse. Vid., para la pertinente crítica sobre este punto, DOMÍNGUEZ LUELMO, 2000, p. 3745.

DAMIÁN MORENO (2000), en LORCA NAVARRETE (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, tomo I, Valladolid.

DAVARA RODRÍGUEZ (1996), *De las Autopistas de la Información a la Sociedad Virtual*, Aranzadi, Pamplona.

DE LA OLIVA SANTOS Y DíEZ-PICAZO JIMÉNEZ (2002), *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

DE MIGUEL Y ASENSIO (2002), *Derecho Privado de Internet*, Civitas, Madrid,

DE ROSELLÓ MORENO (2001), *El comercio electrónico y la protección de los consumidores*, Cedecs Derecho, Barcelona.

DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ (2001), en DE LA OLIVA SANTOS (coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid.

DOMÍNGUEZ LUELMO (2000), en LORCA NAVARRETE (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova. Vol. III, Valladolid.

DOMÍNGUEZ Y MORENO CATENA (coords.), *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, Tomo I, Madrid, pp. 37 y ss.

GONZÁLEZ CANO (2002), *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GONZÁLEZ GRANDA (2000), "Sujetos y actuaciones del proceso. Las costas procesales", en CORTÉS DOMÍNGUEZ Y MORENO CATENA, *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, Tomo I, Madrid.

-- (2003A), "De la legitimación y otras cuestiones procedimentales para la tutela de la acción de cesación en materia de consumo", *Revista de Derecho Procesal*, nº 1-3, pp. 212 y ss.

-- (2003B), "La regulación de la prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil: cuestiones prácticas", *Revista Tribunales de Justicia*, enero, nº 1, pp. 17 y ss.

-- (2004), "La tutela de la pretensión colectiva de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios en el proceso civil", en el *Libro-Homenaje al prof. Dr. Eduardo Font Serra*, ed. Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, pp. 648 y ss.

GONZÁLEZ MALABIA (2004), *Tutela judicial del comercio electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia.

LAFOND (1993), "Le recours collectif qu´be´cois: entre la commodité procédurale et la justice sociale", *Revue Européenne de droit de la consommation*, nº 3, pp. 215 y ss.

LLACER MATA CAS (2003), *La regulación del comercio electrónico*, Dykinson, Madrid.

LLÁNEZ GONZÁLEZ (2000), *Internet y comunicaciones digitales*, Bosch, Barcelona.

LORCA NAVARRETE (2000), "La regulación de las diligencias preliminares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Una regulación inconstitucional", *Diario La Ley*, 22 de septiembre.

MATA Y MARÍN (2001), *Delincuencia Informática y Derecho Penal*, Edisofer, Madrid.

MATEU DE ROS y CENDOYA MÉNDEZ DE VIGO (2000), *Derecho de Internet, contratación electrónica y forma digital*, Aranzadi, Pamplona.

MORENO CATENA Y CORTÉS DOMÍNGUEZ (2005), *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

MORENO CATENA (2000), *La Ejecución Forzosa*, en MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ (coord.), *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Tecnos, tomo IV, Madrid.

MUERZA ESPARZA (1997), *Aspectos procesales de las acciones de Cesación y Prohibición de daños en el ámbito del Derecho de Industria*, CEDECS Editorial, Barcelona.

MUÑOZ MACHADO (2000), *La regulación en la red, poder y derecho en Internet*, Tauris, Madrid.

MUÑOZ SABATÉ (2001), *Fundamentos de prueba judicial civil*, J.Mª Bosch editor, Barcelona.

PEITEADO MARISCAL y DE LA OLIVA SANTOS (2002), en JIMÉNEZ CONDE (coord.), *Ley de Enjuiciamiento Civil: Respuestas a 100 cuestiones polémicas*, ed. Sepin, Madrid.

PICÓ I JUNOY (2002), *La aplicación judicial de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, J.Mª Bosch Editor, Barcelona.

PUEENTE ABA (2002), *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Valencia.

RODRÍGUEZ DE CASTRO (1999), *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, Comares, Granada.

ROSENBERG (2002), "La carga de la prueba", 2ª ed. del año 1952, editada en castellano en Buenos Aires.

SAMANES ARA (2000), *Las partes en el proceso civil*, La Ley, Madrid.

SANCHÍS CRESPO (1999), *La prueba por soportes informáticos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

SENÉS MOTILLA (2000), *Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa*, La Ley, Las Rozas (Madrid).

VATTIER FUENZALIDA (1999), "En torno a los contratos electrónicos", *RGLJ*, nº 1, enero-febrero.