



Roj: **AAP M 2461/2013 - ECLI:ES:APM:2013:2461A**

Id Cendoj: **28079370282013200040**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **30/09/2013**

Nº de Recurso: **158/2013**

Nº de Resolución: **139/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 - 28010

Tfno.: 914931988

37007750

N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0003084

Recurso de Apelación 158/2013

Proc. Origen: P. Ordinario 521/07

Órgano Procedencia : Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid

De : ASOCIACION DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS **AUSBANC** CONSUMO

Procurador : Dña. M^a José Rodríguez Teijeiro

Abogado : Dña. M^a Isabel Cámara

Contra : TELEFONICA S.A y TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U

Abogado: D. José Miguel Fatás Monforte

AUTO nº 139/2013

En Madrid, a 30 de septiembre de 2013.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don Enrique García García, Don Alberto Arribas Hernández y Don Pedro María Gómez Sánchez, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 158/13 interpuesto contra el Auto de fecha 23 de octubre de 2012 dictado en el Procedimiento Ordinario número 521/07 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid .

Ha sido parte apelante en el presente recurso la demandante **AUSBANC** CONSUMO y parte apelada TELEFONICA S.A y TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U., ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don Pedro María Gómez Sánchez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado número de Madrid se dictó con fecha 12 de octubre de 2012 Auto cuya parte dispositiva establece:



"Que estimando la excepción procesal de falta de legitimación activa ad processum, invocada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de Telefónica S.A., debo acordar y acuerdo, en consecuencia el archivo de las actuaciones".

SEGUNDO .- Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase. La sesión de deliberación y votación se celebró en fecha 26 de septiembre de 2013.

TERCERO .- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Dispone el Art. 11 de la L.E.C. , en lo que aquí interesa, lo siguiente:

"1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas ...".

Más allá de la legitimación de **AUSBANC** para la defensa de sus propios intereses como asociación y de los de sus asociados, legitimación que se funda en el simple hecho de su constitución con arreglo a la Ley de Asociaciones y cuyo disfrute no han sido cuestionados ni por la parte demandada ni por la resolución recurrida, la peculiaridad del precepto transcrito estriba en trascender de esa noción elemental para atribuir a las asociaciones de consumidores y usuarios un tipo de legitimación excepcional que las habilita para actuar y defender en juicio intereses de terceros: los intereses generales de los consumidores y usuarios. Como indicó esta misma Sala en su sentencia de 30 de diciembre de 2008 , esos intereses generales de los consumidores y usuarios pueden ser, con arreglo a la terminología de la L.E.C., tanto intereses meramente colectivos como intereses colectivos que, además, tengan carácter difuso. Los primeros son aquellos que afectan a un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes están perfectamente identificados o son de fácil determinación, atribuyéndose la legitimación para la tutela de estos intereses colectivos a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados; y los segundos afectan a una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, exigiendo la Ley de Enjuiciamiento Civil un plus de legitimación para la defensa de los intereses difusos al reconocerse esa cualidad exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

En el ejercicio de acciones de dichas características la asociación de consumidores no actúa intereses propios ni intereses -al menos no exclusivamente- de sus propios asociados, sino que, por el contrario, pone en juego intereses de terceros mediante un tipo de representación que en modo alguno puede considerarse que le corresponda de modo originario y que, por lo tanto, solo el Estado puede conferirle previa constatación de que, efectivamente, es digna de ostentarla: cuando la ley establece condiciones -incluso condiciones rigurosas- para ostentar esa legitimación excepcional no restringe ni limita un teórico derecho originario de mayor amplitud, sino que define los contornos mismos de ese derecho cuya configuración no puede ser sino de origen legal.

En tal sentido, el Art. 20 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , en la redacción proveniente de la Ley 44/2006 de 31 de diciembre, que es la que se encontraba en vigor en el momento de interposición de la actual demanda, dispone que "...3. Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este capítulo son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los consumidores y usuarios.



Las asociaciones o cooperativas que no reúnan los requisitos exigidos en esta Ley o en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, sólo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores ..."

Entre esos requisitos básicos el Art. 21 ter, en redacción de igual vigencia, disponía que "Las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal y todas aquéllas que no desarrollen principalmente sus funciones en el ámbito de una comunidad autónoma, deberán figurar inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores que se gestiona en el Instituto Nacional del Consumo.... Y más adelante añade que "...La resolución de exclusión del Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores determinará la pérdida de esta condición, en todo caso, y por un período no inferior a cinco años desde la fecha de la exclusión, sin perjuicio del mantenimiento de su personalidad jurídica con arreglo a la legislación general de asociaciones o cooperativas ...".

Dicho requisito es, pues, esencial para que la asociación pueda actuar en juicio intereses colectivos, pero si esos intereses tienen carácter difuso, el Art. 11-3 exige un requisito adicional para el otorgamiento de legitimación: el carácter representativo de la asociación, carácter que concreta y define el Art. 22-2 de la L.G.D.C.U. en la redacción dada por la mencionada Ley 44/2006 (idéntica al texto del Art. 24-2 de la actual L.G.D.C.U. de 2007) al decir que "A efectos de lo previsto en el artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tendrán la consideración legal de asociaciones de consumidores y usuarios representativas las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica ...".

SEGUNDO .- Por lo que se refiere al requisito genérico de la inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores, es cierto que **AUSBANC** lo cumplía en la fecha de interposición de la presente demanda, toda vez que la resolución administrativa que la excluyó de dicho Registro quedó cautelarmente suspendida por auto del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 3 de 10 de octubre de 2006. El hecho de que con posterioridad y durante la sustanciación del presente litigio la Audiencia Nacional confirmase la sentencia de dicho Juzgado Central que fuera desestimatoria del recurso interpuesto por **AUSBANC** contra su exclusión del Registro, llevó a la resolución ahora apelada a considerar que la pérdida sobrevenida de legitimación que ese hecho suponía comportaba una correlativa pérdida de interés legítimo y configuraba una hipótesis subsumible, con arreglo al Art. 413-1 de la L.E.C., entre aquellos acontecimientos posteriores a la interposición a la demanda a los que, frente al principio general de la litispendencia, cabría atribuir trascendencia relevante en relación con el devenir o la justificación de la continuidad del propio proceso. Se trataba, sin duda, de un punto de vista atendible que incluso habría obtenido refrendo en la S.T.S. de 15 de julio de 2010 en la que se razonaba, bien que con el carácter de "obiter dicta", lo siguiente:

"(ii) El principio de perpetuación de la jurisdicción, del que es un reflejo el artículo 413.1 LEC, no es aplicable únicamente al objeto del proceso, sino también a aquellas condiciones de las partes necesarias para el ejercicio de la acción que no impliquen una extinción de su capacidad jurídica o de su capacidad procesal. La Sala interpreta que la exclusión del Registro de Asociaciones de consumidores puede reunir esta última condición; pero, como ha quedado dicho, la resolución administrativa que ordenaba dicha exclusión no podía ejecutarse en tanto no se justificase su firmeza o la denegación de su suspensión. (iii) La pérdida de las condiciones exigidas para entablar la acción solo podía tener efectividad mediante la firmeza o ausencia de suspensión cautelar del acto administrativo del que derivaba".

No es ese, sin embargo, el punto de vista jurisprudencial que finalmente ha prevalecido, en calidad de verdadera "ratio decidendi" y en torno al problema de **AUSBANC** que nos ocupa, en la reciente sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. En ella el Alto Tribunal comenta el particular que acabamos de transcribir de su anterior sentencia de 15 de julio de 2010 diciendo que dicha resolución "...admitió a nivel de hipótesis que la pérdida de las condiciones exigidas para entablar la acción podía tener efectividad mediante la firmeza del acto administrativo de exclusión del Registro de Asociaciones de consumidores, lo que podría justificarse porque la legitimación que a la demandante atribuirían las medidas cautelares sería una legitimación provisional abocada a consolidarse -de revocarse la decisión de exclusión- o a claudicar en el momento en el que la resolución alcanzase firmeza...", pero a renglón seguido nos indica que "...la expresada sentencia ni siquiera obiter dicta [dicho de paso] afirmó que la firmeza de la resolución de exclusión produjese la pérdida sobrevenida de capacidad con los efectos que ha declarado la sentencia recurrida, sino que en cualquier caso la falta de firmeza lo impedía...". Y a continuación establece las siguientes premisas:

*"a) La resolución administrativa de exclusión del Registro, fundada en el incumplimiento por **AUSBANC** de sus deberes, tiene un contenido materialmente sancionador (sentencia 473/2010, de 15 de julio, ya citada).*

b) El principio de irretroactividad de las Leyes consagrado en el art. 9.3 de la Constitución es aplicable a las normas restrictivas de derechos individuales, en el sentido de que la «restricción de derechos individuales» ha de equipararse a la idea de sanción (SSTC 90/2009, de 20 abril y 100/2012, de 8 de mayo).



c) *El rechazo de la legitimación como consecuencia de una sanción que no era firme en los momentos de interposición de la demanda y de dictar la sentencia en la primera instancia, supone en cierta medida dotar de efectos retroactivos a la sanción restrictiva de derechos -así lo califica el artículo 37.C) TRLCU-, y vaciar de contenido el proceso -si bien en este caso la intervención del Ministerio Fiscal impide tal consecuencia-.*

d) *La pérdida sobrevinida de las condiciones legales precisas para litigar, como consecuencia de una sanción afecta al principio pro actione y debe ser objeto de una interpretación restrictiva.*

e) *Esta interpretación restrictiva es especialmente intensa cuando la demandante no tiene una legitimación ordinaria ni litiga en defensa de un interés particular y propio, sino una legitimación extraordinaria para la defensa de intereses ajenos, ya que las consecuencias de la sanción se proyectan sobre terceros, máxime cuando se trata de intereses colectivos de los consumidores que los tribunales tienen el indeclinable deber de tutelar".*

Es, pues, claro que, en aplicación de esta doctrina, el hecho de que durante la sustanciación del presente proceso haya llegado a alcanzar firmeza la resolución administrativa que excluyó a **AUSBANC** del Registro no sería circunstancia capaz de privarle de la legitimación para la defensa de intereses colectivos que ostentaba originariamente, es decir, al inicio del proceso.

TERCERO .- Ahora bien, conviene matizar que la precedente reflexión únicamente nos permite considerar colmado el requisito de la inscripción registral de **AUSBANC**, requisito básico que, en cuanto tal, únicamente le conferiría legitimación, como se ha dicho, para la defensa de intereses generales de los consumidores que tengan el carácter de colectivos, y de hecho es la propia sentencia que acabamos de transcribir parcialmente la que se ocupa de especificar (apartado 76) que el supuesto por ella analizado no es un supuesto del Art. 11-3 de la L.E.C., esto es, un supuesto en el que la asociación de consumidores actúe en defensa de intereses que quepa calificar de "difusos" con arreglo a dicho precepto legal.

Llegados a este punto, es importante aclarar que en ningún momento ha resultado controvertida la apreciación con arreglo a la cual las acciones ejercitadas en su demanda por parte de **AUSBANC** son acciones que persiguen la defensa de intereses de dicha naturaleza, es decir, intereses "difusos" de los definidos en el Art. 11-3 L.E.C., y de hecho ha sido ella misma la que en todo momento ha partido de dicho planteamiento. Obviamente, tal circunstancia nos veda, por razones de estricta congruencia, la posibilidad de entrar a discriminar qué pretensiones de las formuladas en la súplica de la demanda pudieran eventualmente ser examinadas bajo un prisma diferente en razón al mayor o menor grado de determinabilidad de los miembros del colectivo en cuyo provecho se ejercitan.

Pues bien, como ya anticipáramos, cuando de la defensa de intereses difusos se trata, la normativa resulta más exigente de manera que, junto a la inscripción en el registro administrativo y demás requisitos básicos, el Art. 11-3 exige para el otorgamiento de esa legitimación excepcional la concurrencia de un presupuesto adicional señalando que *"...la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas ..."*, carácter representativo que concreta y define el Art. 22-2 de la L.G.D.C.U. en la redacción -vigente en la fecha de interposición de la demanda- dada por la Ley 44/2006 (idéntica al texto del Art. 24-2 de la actual L.G.D.C.U. de 2007) al decir que *"A efectos de lo previsto en el artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tendrán la consideración legal de asociaciones de consumidores y usuarios representativas las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica ..."*.

En opinión de la apelante **AUSBANC** el Art. 11-3 solamente exige el carácter representativo, de tal suerte que la única virtualidad que tendría el tenor normativo del Art. 22-2 L.G.D.C.U. sería la de dispensar a aquellas asociaciones que formasen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios de la necesidad de acreditar su representatividad, pero ello sin excluir la posibilidad de que esa representatividad sea acreditada por otro medios por parte de cualesquiera asociaciones que no formen parte del expresado organismo en vista de que, en su sentir, la hipótesis de pertenencia al mismo no está mencionada en el precepto con carácter cerrado o exhaustivo.

No podemos, sin embargo, compartir tal punto de vista. De la simple lectura del Art. 11-3 L.E.C. se infiere que el legislador no se ha conformado con exigir la nota de la representatividad sino que ha querido dotar a este concepto de un contenido definitorio de naturaleza legal, pues no le basta con que la asociación sea representativa sino que requiere que lo sea *"conforme a la ley"*. Esta importante precisión del precepto tiene su correlato natural dentro del capítulo de la L.G.D.C.U. destinado a la regulación de tales asociaciones. En tal sentido, hemos visto como el Art. 22-2 de dicha ley no se limita a indicar que *"...tendrán la consideración legal de asociaciones de consumidores y usuarios representativas las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios..."*, sino que nos señala claramente que tal determinación o definición se efectúa *"a efectos de lo previsto en el artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil"*, con cuya fórmula se completa de manera natural el



reenvío que efectúa este último precepto a la legalidad del ramo. Como acertadamente señala la parte apelada, es evidente que la ley no ha querido dar a la noción de "representatividad" el carácter de concepto jurídico indeterminado, o lo que es igual, no le ha bastado con una remisión a las cualidades semánticas o al sentido coloquial del vocablo "representativas" sino que ha establecido de manera clara que ese concepto ha de ser integrado mediante una definición legal, y esa definición legal no es ni puede ser otra que la contenida en el Art. 22-2 L.G.D.C.U ..

Así se deduce, por lo demás, de la S.T.S. de 29 de diciembre de 2010 en la que se razona lo siguiente: *"...debemos señalar que el caso se refiere a una tutela de intereses colectivos caracterizados en la configuración legal por la nota de ser los perjudicados por el hecho dañoso un grupo de consumidores o usuarios fácilmente determinables. Con ello se excluye la exigencia de que la asociación tenga que estar representada en el Consejo de Consumidores y Usuarios, pues ni antes ni después de la Ley 44/2.006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, se requiere tal requisito para el caso de tutela de intereses colectivos, aunque sí cabe exigirla, cuando menos desde la reforma de la LGDC y U por dicha Ley (no aplicable al caso), para la tutela de intereses difusos , lo que por lo demás resulta significativo si se contempla la terminología de asociaciones " representativas ", coincidente en el art. 11.3 LEC , por una parte, y los artículos vigésimo segundo y vigésimo segundo bis de la LGDC y U redactados por dicha Ley 44/2006, de 29 de diciembre , por otra ..."* (énfasis añadido).

La apelante invoca también el Art. 22 bis L.G.D.C.U . (*"el Consejo de Consumidores y Usuarios integrará las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico que, atendiendo a su implantación territorial, número de socios, trayectoria en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios y programas de actividades a desarrollar, sean **más representativas** ..."*) para tratar de establecer una distinción entre la representatividad exigida por el Art. 11-3 L.E.C . y la representatividad especial (ser "las más representativas") que se exige para formar parte del Consejo. Pero tampoco podemos aceptar dicho razonamiento: que del Consejo solo puedan formar parte las asociaciones "más representativas" únicamente nos indica cuál es el criterio que la Administración deberá tener en cuenta a la hora de decidir sobre la inclusión o exclusión en él de una determinada asociación, pero el fruto de esa decisión administrativa -la eventual pertenencia al Consejo- es el factor determinante de que la asociación pueda ser considerada, "ex Art. 11-3 L.E.C ., como una asociación representativa y digna, por ello, de ejercitar acciones en defensa de intereses difusos.

En suma, las circunstancias capaces de dotar de representatividad a la asociación (que, por cierto, no se circunscriben, como acabamos de ver, a la actividad más o menos intensa que aquella haya venido desarrollando sino que se extienden a otras circunstancias como su implantación territorial o el número de sus socios) son, justamente, las que deberán ser valoradas -mediante resoluciones lógicamente impugnables- por parte de los órganos de la Administración competentes para decidir sobre la inclusión o no de aquella en el Consejo de Consumidores y Usuarios: al órgano de la jurisdicción civil únicamente le compete comprobar, para atribuir o negar a la asociación la legitimación excepcional para la defensa de intereses difusos que contempla el Art. 11-3 L.E.C ., cuál haya sido el resultado de esa actividad administrativa, o, más sencillamente, verificar si como fruto de dicha actividad la asociación demandante forma o no parte del expresado organismo.

Por lo demás, no resulta pertinente, como con acierto destaca la resolución apelada, la invocación de las sentencias de este mismo tribunal de 5 de marzo de 2010 y 6 de mayo de 2011 en las que, precisamente, la dispensa del requisito de la representatividad para la defensa de los intereses difusos que allí se ventilaban se fundó en la falta de exigencia de dicho requisito dentro de la legislación sectorial que se trataba de aplicar (el Art. 29 de la Ley General de Publicidad), razonamiento que no es reconducible al supuesto que nos ocupa donde nos encontramos ante el ejercicio de acciones para la defensa de intereses difusos que no gozan de regulación específica y que han de someterse, por ello, a la regulación general, como indirectamente se advierte en las referidas sentencias.

No ha de prosperar, pues, en vista de los precedentes razonamientos en su conjunto, el recurso de apelación interpuesto.

CUARTO .- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso de conformidad con lo previsto en el número 1 del Art. 398 de la L.E.C .

A fin de eludir la condena en costas, la apelante **AUSBANC** se ha limitado a invocar el interés social relevante que subyace a su iniciativa procesal pero ha evitado mencionar en qué puedan consistir las dudas de hecho o de derecho que la controversia presenta, única hipótesis legal en la que cabría obtener dicha exoneración con arreglo al Art. 394-1 L.E.C . Ante dicho silencio, podríamos, a lo sumo, apreciar carácter dudoso, de acuerdo con el desarrollo argumental que antecede, en la cuestión relativa al requisito de la inscripción registral de la



asociación, pero parece evidente que la cuestión nuclear, la que en definitiva determina el resultado procesal objeto del recurso, es la atinente a la representatividad de la demandante en razón al carácter "difuso" de los intereses que defiende. Y sobre esa cuestión no vemos -ni se nos indica- qué dudas se podrían plantear que excedan o desborden el carácter opinable que es consustancial a cualquier controversia jurídica.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

1.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS, **AUSBANC** CONSUMO, contra la resolución del Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.

2.- Confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

3.- Imponemos a la apelante las costas derivadas de su recurso.

Así por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados que constan en el encabezamiento de la presente resolución.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ