

PROTECCIÓN DEL USUARIO DEL SECTOR ELÉCTRICO

1. UNA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL PREVIA NECESARIA: NOCIÓN JURÍDICA DE CONSUMIDOR O USUARIO.

- 1.1. NOCIÓN JURÍDICA ESPAÑOLA DE CONSUMIDOR O USUARIO.
- 1.2. ACOTACIÓN COMUNITARIA DEL CONCEPTO JURIDICO DE CONSUMIDOR E INTEGRACIÓN EN LA NOCIÓN NACIONAL.
- 1.3. EL DENOMINADO *CONSUMIDOR MEDIO*.
- 1.4. ASIMETRÍA CONCEPTUAL DE LA NOCIÓN CONSUMERISTA DE USUARIO *VERSUS* CONSUMIDOR DEL SECTOR ELÉCTRICO.

2. DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y USUARIO EN LA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

- 2.1. LA NUEVA SOCIEDAD DE CONSUMO.
- 2.2. EL ARTÍCULO 51 CE, UN PRIVILEGIO CONSTITUCIONAL.
- 2.3. DESARROLLO NORMATIVO DEL PRINCIPIO *PRO CONSUMMATORE* Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DEL USUARIO DEL SECTOR ELÉCTRICO.

3. OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO.

- 3.1. VIGENCIA DEL INTERÉS DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO.
- 3.2. OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO EN EL SECTOR ELÉCTRICO.

4. GRADO DE SATISFACCIÓN DEL USUARIO DEL SECTOR ELECTRICO.

- 4.1. SATISFACCIÓN Y COMPORTAMIENTO DEL USUARIO.
- 4.2. PERCEPCIÓN DEL USUARIO DEL SECTOR ELÉCTRICO.

5. APROXIMACIÓN A LA PRÁCTICA FORENSE EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DEL SECTOR ELÉCTRICO: CONFLICTOS MÁS FRECUENTES.

- 5.1. INTERRUPCIÓN DEL SUMINISTRO ELÉCTRICO Y DAÑOS IRROGADOS AL USUARIO COMO CONSECUENCIA DEL SUMINISTRO DEFECTUOSO.
- 5.2. SOBREFACTURACIÓN POR EXCESO DE POTENCIA.
- 5.3. TRANSMISIÓN *AD INFINITUM* POR LAS EMPRESAS SUMINISTRADORAS DE LAS DEUDAS GENERADAS POR UN USUARIO. VINCULACIÓN LOCATIVA DE LA DEUDA COMO ÓBICE A LA SUSCRIPCIÓN DE NUEVA PÓLIZA DE ABONO.
- 5.4. DISCONFORMIDAD DEL USUARIO CON LA FACTURACIÓN.

5.5. DE LA LEGITIMACIÓN Y DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RECLAMACION.

6. CAUCES DE RECLAMACIÓN Y PUNTOS CRÍTICOS DE LOS MISMOS PARA LA EFICAZ DEFENSA DEL USUARIO.

6.1. ACCIÓN ADMINISTRATIVA.

6.1.1. ESPECIAL NECESIDAD DE LA ACCIÓN TUITIVA DE LA ADMINISTRACIÓN SOBRE LOS USUARIOS DEL SECTOR ELÉCTRICO.

6.1.2. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DEL SECTOR ELÉCTRICO.

6.1.3. LA LIQUIDACIÓN DEL DAÑO *INTER PRIVATOS* EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

6.1.3.1. DE LA CAUSACIÓN DEL DAÑO Y SU REPARACIÓN.

6.1.3.1.1. FUGAZ SÍNTESIS EVOLUTIVA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

6.1.3.1.2. APROXIMACIÓN A LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL DAÑO.

6.1.3.1.3. REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO.

6.1.3.2. EXIGENCIA DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN CUANTO A LA LIQUIDACION DEL DAÑO.

6.1.3.2.1. LA LIQUIDACIÓN DEL DAÑO POR LA ADMINISTRACIÓN SECTORIAL.

6.1.3.2.2. EJECUTIVIDAD DE LA SANCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

6.1.3.2.3. LA SUPERACIÓN DEL PRINCIPIO RETRIBUCIONISTA. IMPACTO SOBRE EL CONSUMIDOR PERJUDICADO Y SOBRE EL CONJUNTO DE LOS CONSUMIDORES.

6.2. PROCEDIMIENTO ARBITRAL.

6.2.1. EL SECTOR ELÉCTRICO Y SU ADHESIÓN AL SISTEMA ARBITRAL.

6.2.2. INSTRUMENTOS PARA IMPULSAR LA ADHESIÓN DE LOS EMPRESARIOS DEL SECTOR ELÉCTRICO AL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO.

6.2.2.1. EL SISTEMA ARBITRAL COMO EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD Y SOBERANÍA DE LAS PARTES CIMENTADO EN LA RECÍPROCA CONFIANZA EN LA INSTITUCIÓN.

6.2.2.2. ARBITRAJE POR *EMPATÍA* Y ARBITRAJE POR *ATRICIÓN*. REFLEXIONES Y PROPUESTAS PARA IMPULSAR LA ADHESIÓN EMPRESARIAL.

6.2.2.2.1. ARBITRAJE POR *EMPATÍA*.

6.2.2.2.1.1. Potenciación del arbitraje electrónico.

6.2.2.2.1.2. Del ineludible incremento presupuestario y la posible aplicación de beneficios fiscales.

6.2.2.2.1.3. Actividad de fomento desde la contratación pública.

6.2.2.2.1.4. Desarrollo de campañas eficaces de comunicación pública para el conocimiento generalizado del sistema arbitral de consumo.

6.2.2.2.1.5. Cualificación de los árbitros y personal adscrito a las Juntas Arbitrales de Consumo

6.2.2.2.1.6. Incremento de la seguridad jurídica en sede arbitral de consumo.

6.2.2.2.1.6.1. Mayor rigor en la fundamentación del laudo.

6.2.2.2.1.6.2. Establecimiento de un régimen de recursos.

6.2.2.2.1.6.3. Adopción de acuerdos para la unificación de criterios arbitrales.

6.2.2.2.1.7. Adhesiones a la carta frente a ofertas públicas puras de sometimiento.

6.2.2.2.2. ARBITRAJE POR ATRICION.

6.2.2.2.2.1. Exclusión del mercado por el consumidor y el sector público.

6.2.2.2.2.2. La alternativa judicial y las nuevas tecnologías. El pequeño David frente al poderoso Goliat.

6.3. JURISDICCIÓN CIVIL.

6.3.1. ACCIONES INDIVIDUALES.

6.3.1.1. EL JUICIO VERBAL. RECLAMACIONES INFERIORES A 900 EUROS, LA HONDA DE DAVID.

6.3.1.2. EL JUICIO ORDINARIO.

6.3.2. ACCIONES COLECTIVAS.

6.3.2.1. JUSTIFICACIÓN Y FINALIDAD DE LAS ACCIONES COLECTIVAS.

6.3.2.2. PUNTOS CRÍTICOS EN LA JURISDICCIÓN CIVIL PARA LA DEFENSA DE INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS.

6.3.2.2.1. LA CONTROVERTIDA CUESTIÓN DE LA LEGITIMACIÓN PARA LA DEFENSA DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS.

6.3.2.2.2.1. LEGITIMACIÓN EN DEFENSA DE INTERESES COLECTIVOS.

6.3.2.2.2.2. LEGITIMACIÓN EN DEFENSA DE INTERESES DIFUSOS.

6.3.2.2.2.3. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*.

6.3.2.2.2. DUDAS EN EL RÉGIMEN DE PUBLICIDAD E INTERVENCIÓN EN PROCESOS PARA LA



PROTECCIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.

6.3.2.2.3. DE LA DIFICULTAD PARA LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES EN DEFENSA DE LOS INTERESES GENERALES.

6.3.2.2.4. INTRASCENDENCIA PARA LOS CONSUMIDORES DE LAS CONDENAS DINERARIAS EN ACCIONES PARA LA DEFENSA DE LOS INTERESES DIFUSOS.

6.3.2.2.5. LA DEFENSA HEROICA DE INTERESES GENERALES FRENTE A LA GUADAÑA DE LAS COSTAS.

1. UNA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL PREVIA NECESARIA: NOCIÓN JURÍDICA DE CONSUMIDOR O USUARIO.

1.1. NOCIÓN JURÍDICA ESPAÑOLA DE CONSUMIDOR O USUARIO.

Uno de los problemas que se plantean con mayor frecuencia en el ámbito doctrinal consumerista y en la práctica, al analizar las reclamaciones presentadas, es la invocación del carácter de usuario por quien no goza de tal condición. Existe una notable confusión en cuanto al alcance de la noción de consumidor o usuario, que como advierte ISABEL SEGURA¹, conviene aclarar antes de adentrarnos en cualquier análisis posterior. La cuestión no es baladí, pues tan solo quien cumpla las cualidades establecidas como consumidor o usuario podrá invocar con éxito la normativa privilegiada consumerista, acceder al arbitraje institucional de consumo como forma alternativa de resolución de conflictos o acogerse a los beneficios procesales dispensados a favor de los consumidores.

En España, desde el punto de vista jurídico, la noción de consumidor o usuario parece en principio clara según la definición recogida en el artículo 3 TRLGDCU: *“A efectos de esta Norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”*.

La nueva definición simplifica sin duda el tradicional concepto que ofrecía el anterior artículo 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, criticado como recuerda BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO² por su complejidad y falta de técnica jurídica, cuyo tenor literal disponía: *“A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualesquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”*.

A *sensu contrario*, disponía el conforme reza el artículo 1.3 de la Ley del 84 que *“No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”*. Hoy, tras la reforma operada por el RD Legislativo 1/2007, se ha optado por la formulación en positivo de la definición de empresario, entendiéndose por tal a los efectos de esta norma en su artículo 4 *“a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada”*.

¹ SEGURA RODA, ISABEL. *Nosotros, los consumidores*, Barcelona 2001, p.19.

² BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. “El concepto de consumidor” en *Hacia un Código del Consumidor*, Manuales de formación continuada del CGPJ nº 34, Madrid, 2005, p. 29.

Frente a la aparente transparencia de la norma referida, la realidad es más compleja como muestra la vacilante jurisprudencia existente. En primer lugar, parece oportuno recordar que la condición de consumidor se adquiere no solo por la adquisición del bien o producto, o la contratación del servicio, actividad o función -consumidor jurídico-, sino también, como hemos anticipado, por su disfrute o utilización -consumidor material- (piénsese en quien recibe el producto o servicio como un regalo), siempre y cuando ésta se realice como destinatario final.

Por lo que respecta a las personas físicas no suele plantear mayores problemas que la distinción de aquellos casos en los que el reclamante ejerce una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, en cuyo caso está clara la exclusión, pese a la aplicación minoritaria de alguna resolución como es el caso de la SAP de Valencia de 15 de febrero de 2003, en la que se otorga al adquirente de un camión. Por el contrario deniegan correctamente la invocación de consumidor también en supuestos similares con la adquisición de camiones la SAP de Guadalajara de 12 de septiembre de 2003, SAP de Córdoba de 14 de diciembre de 2005, la SAP de Navarra de 11 de abril de 2005 o la SAP de Gerona de 16 de octubre de 2006. En el sector de la hostelería se rechazan las pretensiones de propietarios de bares y restaurantes basando su acción en la condición de consumidores en la SAP de Córdoba de 27 de febrero de 2003, SAP de Zaragoza de 6 de julio de 2004 o SAP de Valencia de 14 de febrero de 2005. La misma AP de Córdoba, a través de su Sentencia de 20 de marzo de 2000 rechazaba correctamente el reconocimiento de consumidor al agricultor adquirente de semillas de remolacha para integrarlas en su actividad agraria o la SAP de Almería de 12 de mayo de 2004 con idéntico supuesto de hecho salvo que la simiente era de pepino. La SAP de Navarra de 7 de noviembre de 2003, razona la inaplicación de la LGDCU a una empresa de almacenamiento de pescado por su integración del producto en el mercado ante los daños generados por la interrupción del suministro eléctrico. Resuelve correctamente la SAP de Murcia de 27 de julio de 2005 al rechazar la aplicación de la normativa tuitiva de consumidores al adquirente de una máquina de impresión digital por integrarla en el negocio que regenta el actor, aunque curiosamente razona que si hubiera sido una fotocopiadora para su empresa entonces si hubiera gozado de la condición de consumidor.

Supuesto aparte sería el del profesional que adquiere un bien o contrata un servicio pero lo realiza en su condición de destinatario final o para un uso compartido profesional y privado. En este caso habrá de analizarse el elemento subjetivo desde la óptica de su actuación ulterior en el mercado o su consideración de *destinatario final*. En este sentido resulta interesante el razonamiento aportado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de enero de 2005 al analizar la compra por un agricultor de material de construcción para el tejado de su granja, en la que además de mantener su actividad comercial, albergaba su vivienda. En esta resolución el tribunal comunitario solo reconoce la aplicación de la privilegiada condición de consumidor si el uso profesional tiene un carácter residual

respecto de la satisfacción del interés privado. Así se expresa: *“Una persona que ha concluido un contrato referente a un bien destinado a un uso en parte profesional y en parte ajeno a su actividad profesional no puede prevalerse del beneficio de las reglas de competencia específicas previstas en los artículos 13 a 15 del mencionado Convenio –Convenio de Bruselas-, salvo si el uso profesional es marginal hasta el punto de tener un papel despreciable en el contexto global de la operación de que se trate, de tal forma que el aspecto extra profesional que predomine no tendrá incidencia a estos efectos”*.

Las mayores dificultades surgen en el análisis de determinadas personas jurídicas. ZAFRA VICTOR³, se refiere a las personas jurídicas como *“un ser de existencia legal, susceptible de derechos y obligaciones, o de ser término subjetivo en relaciones jurídicas”*. Por su parte, el artículo 35 del Código Civil, reconoce que son personas jurídicas:

“1º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley.

Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados”.

La solución en todo caso no es sencilla pues admite múltiples posibilidades susceptibles de interpretaciones diversas que requerirán un estudio pormenorizado de cada caso (colegio público, asociación, fundación, comunidad de propietarios, congregaciones e institutos religiosos, sindicato...). Un ejemplo de las reticencias existentes en amplios sectores empresariales para la asunción de la consideración de consumidor o usuario a determinadas personas jurídicas nos lo ofrece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 12 de junio de 2000, en la que una operadora de telefonía pretendía la anulación del laudo dictado por la Junta Arbitral de Consumo del Ayuntamiento de Irún, acogiendo la reclamación de Cruz Roja por no estar conforme con la facturación de determinadas llamadas a servicios de tarificación adicional. La Audiencia Guipuzcoana, sin embargo otorga a Cruz Roja la protección invocada considerándola consumidora. En el mismo sentido la SAP de Teruel de 31 de octubre de 2002, reconoce a un sindicato el carácter de consumidor y la SAP de Burgos de 15 de febrero de 2001 a un Centro Policlínico.

VATTIER⁴, como los más prestigiosos autores de la doctrina francesa cual representan CALAIS-AULOY y STEINMETZ⁵, ha planteado incluso la posibilidad de ampliar la consideración de consumidor a aquellas personas

³ ZAFRA VICTOR, M. *Diccionario Básico Jurídico*, Granada, 1991, p. 302.

⁴ Vid. VATTIER FUENZALIDA, C, Introducción y noción jurídica del consumidor, en las *Jornadas sobre la problemática jurídica de consumo*, Valladolid, 1992, pp. 19-21.

⁵ CALAIS-AULOY, J y STEINMETZ, F. *Droit de la consommation*, Paris, 2003, pp. 10 y ss.

jurídicas que realizan una contratación fuera de su ámbito de competencia o actuación ordinaria, y aunque en nuestro vecino gallo ha tenido mayor acogida, en España se ha rechazado sin embargo la privilegiada consideración de consumidor por nuestro Tribunal Supremo, a través de sus Sentencias de 12 diciembre de 1991; 16 de diciembre de 1998; 16 de octubre de 2000 o 31 de octubre de 2000. Idéntica respuesta ha manifestado la SAP de Madrid de 21 de julio de 2000 ante la demanda interpuesta por una compañía publicitaria; SAP de de Granada de 18 de marzo de 2000 por el cobro de comisiones bancarias a una mercantil; SAP de Toledo de 16 de marzo de 2000 ante la adquisición de maquinaria de hostelería o la de 13 de octubre de la misma Audiencia por el préstamos bancario solicitado por una constructora para la adquisición de viviendas: SAP de León de 27 de enero de 2000 por la adquisición de maquinaria para una pescadería; SAP de Madrid de 16 de enero de 2006 al rechazar la invocación de consumidor de una empresa que concertó el suministro de quince líneas telefónicas o la de 11 de abril de 2007 ante la pretensión resolutoria de un contrato de compraventa de un vehículo por parte de una mercantil. En sentido contrario al sostenido, entendemos que resulta improcedente el reconocimiento que otorga la SAP de Barcelona de 29 de julio de 2004 a una sociedad limitada que adquiere teléfonos móviles razonando que los adquiere como destinatario final de los mismos, cuando desde el mismo momento en que su contratación supone una deducción fiscal en su actividad y contribuyen a la comunicación laboral es obvio no concurre el requisito legal.

Del análisis del precepto y con las cautelas que requiere el estudio pormenorizado de cada caso, hemos de concluir que encontrarán también cobertura en el elenco legislativo consumerista, aquellas personas jurídicas que sin finalidad de lucro ni destinarlos al tráfico mercantil adquieren bienes o contratan cualquier suerte de servicios, encontrándose en una situación de desequilibrio respecto del empresario. Ahora bien, frente a la tónica dominante expuesta, nótese que la nueva redacción dada al precepto se refiere al consumidor como la persona que actúa en el ámbito ajeno a *una* actividad profesional, no a *su* actividad profesional. Y, en la misma línea el empresario queda definido como la persona física o jurídica que actúa en el marco de *su* actividad empresarial o profesional Sin duda este punto será capaz también de generar ríos de tinta y es posible que la interpretación de nuestros tribunales module en un futuro próximo la noción de consumidor que hemos venido barajando hasta el momento en un sentido más abierto y próximo a la concepción francesa.

1.2. ACOTACIÓN COMUNITARIA DEL CONCEPTO JURÍDICO DE CONSUMIDOR E INTEGRACIÓN EN LA NOCIÓN NACIONAL.

Lo cierto es que la normativa española, a diferencia de la comunitaria⁶, admite la calificación de consumidor para determinadas personas jurídicas. Esta divergencia, se ha acentuado con motivo de la interpretación del Tribunal de Justicia del concepto de consumidor, definido en el artículo 2 b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas (STJCE, de 22 de noviembre de 2001). En esta resolución, respondiendo a la cuestión prejudicial planteada por el *Giudice dipace di Viadana (Italia)*, el tribunal comunitario entiende que la Directiva debe aplicarse únicamente a personas físicas.

Esta discordancia conceptual, como se ha destacado doctrinalmente, produce asimetrías⁷. No obstante la desarmonía existente entre la normativa española y la comunitaria, ello no es óbice como bien es sabido para que cada Estado pueda ampliar la esfera de protección al usuario en el proceso de transposición de la norma comunitaria, mediante la aplicación del conocido *principio de minimis* en virtud del artículo 153.5 del Tratado, debiendo admitirse por tanto la concepción española de consumidor sin mayores reparos.

1.3. EL DENOMINADO CONSUMIDOR MEDIO.

Finalmente, hemos de referirnos por la importancia creciente que ha ido adquiriendo, al nuevo concepto de «*consumidor medio*», acuñado por la jurisprudencia comunitaria⁸ como aquel *normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*. Con esta noción, que aspira a consagrarse como concepto jurídico⁹, se pretende reforzar la ponderación por parte de los

⁶ La normativa comunitaria restringe de modo sistemático, desde hace diez años, la condición de consumidor a la persona física. Así se observa en las Directivas Comunitarias que expresamente se refieren a ello: Artículo 2.b) de la Directiva 93/12/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOL núm. 95, de 21 de abril de 1993, pp. 29-34); Artículo 2 de la Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DOL núm. 280, de 29 de octubre de 1994, pp. 83-87); Artículo 2.e) de la Directiva 98/6/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores (DOL núm. 80, de 18 de marzo de 1998, pp. 27-31); Artículo 1.2.a) de la Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: (DOL núm.171, de 7 de julio de 1999, pp. 12-16); Artículo 2.e) de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico, en el mercado interior (DOL núm. 178, de 17 de julio de 2000, p.p. 1-16).

⁷ VV.AA. (Dir. CARRASCO PERERA, A), *El Derecho de Consumo en España: presente y futuro*, Madrid, 2002, p. 24.

⁸ Vid. Asunto C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb eV contra Clinique Laboratoires SNC y Estée Lauder Cosmetics GmbH (1994) Rec. I-317; Asunto C-210/96, Gut Springheide GmbH contra Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt (1998) Rec. I-4657.

⁹ Vid. Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento

tribunales nacionales de las actuaciones que les sean sometidas, adecuando su respuesta al conocimiento que pueda tener un consumidor activo, con conocimiento de sus derechos pero también de sus obligaciones.

Huelga profundizar en que una gran parte del movimiento consumerista contempla con profundo recelo esta nueva línea por entender que en la práctica puede suponer un mayor margen de tolerancia hacia conductas contrarias a los intereses de los consumidores. En todo caso lo que parece evidente desde una perspectiva consumerista que ha de informar el resto del ordenamiento es que salvo que la actividad comercial vaya dirigida a un segmento muy concreto de usuarios a los que pueda presumirse un nivel determinado de formación, la actividad comercial deberá ser escrupulosamente respetuosa con cualquier posible destinatario de la misma. De cualquier modo, resulta preocupante la idea de segmentar en varios grupos a los consumidores y que los menos *atentos, perspicaces e informados*, que justamente serían los que precisarían mayor tutela, queden excluidos de la protección hasta ahora otorgada por no alcanzar el nivel medio exigido de discernimiento y responsabilidad ¿consumidores de segunda?

1.4. ASIMETRÍA CONCEPTUAL DE LA NOCIÓN CONSUMERISTA DE USUARIO *VERSUS* EL CONSUMIDOR DEL SECTOR ELÉCTRICO.

Superada ya la clásica distinción entre el consumidor cualificado y el consumidor a tarifa propia de la normativa anterior, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.1.g) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, reguladora del sector eléctrico, son consumidores *las personas físicas o jurídicas que compran la energía para su propio consumo*.

De la lectura del precepto transcrito y contrastado éste con la definición tradicional consumerista de consumidor o usuario, e incluso con la nueva redacción otorgada por el art. 3 TRLGDCU, cuyo alcance resulta por el momento insospechado a pesar de que osamos augurar un alud de jurisprudencia contradictoria en su interpretación, observamos que de la normativa sectorial eléctrica puede inferirse un mayor alcance subjetivo que el consumerista cimentado sobre la idea de *destinatario final*.

Entendemos la definición de consumidor de energía eléctrica más próxima a la noción de cliente. Bajo esta óptica, serían consumidores todos aquellos que contrataran con un empresario la adquisición de bienes o servicios, de tal suerte que en la misma se engloban con igual rasero tanto a las relaciones establecidas con los consumidores y usuarios finales en sentido estricto como a simples relaciones mercantiles, por haberse establecido entre dos empresarios. Y ello sin perjuicio de la protección que merezca igualmente el empresario cliente del suministro eléctrico. No podemos olvidar que el concepto de consumidor nace indisolublemente unido a la idea de una relación bilateral

Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas desleales») (DOL núm. 149, de 11 de junio de 2005, pp. 22-39).

en que una de las partes, de modo ajeno a su actividad habitual y en una situación de mayor debilidad contrata un bien, producto o servicio con quien si es un profesional del comercio, sin ánimo de integrarlo en ningún proceso de producción o prestación a terceros de modo oneroso. Siguiendo esta corriente, al equiparar cliente con consumidor, se obvia esa situación de especial fragilidad generadora de la conciencia social y legislativa que demandaba una mayor protección del agente débil en el proceso de contratación, las verdaderas víctimas del conjunto de abusos y daños que señalaban FERRIER¹⁰ o GUILLEN CARAMES¹¹.

Probablemente la intención del legislador era establecer en el ámbito del suministro eléctrico una normativa uniforme para cualquier cliente de las empresas suministradoras y el término *consumidor* obedezca más a esa idea que a una ajustada concepción jurídica definitoria en los términos del TRLGDDCU, si bien lo cierto es que de la redacción final otorgada resulta poco armónica con la normativa consumerista. Hubiera sido preferible en este sentido que la Ley 54/1997 se hubiera referido directamente a cliente en sentido amplio si esta era su voluntad. De cualquier modo no es esta la primera ocasión en que el legislador extiende una singular protección a cualquier contratante equiparándolo a estos efectos al consumidor, ejemplos de ello son las regulaciones referidas a bienes o servicios defectuosos o viajes combinados, hoy incorporadas a los libros tercero y cuarto del TRLGDCU como advierte el precepto definitorio de consumidor en la norma consumerista.

Aceptada la pretendida equiparación de consumidor y cliente que parece propugnar la Ley 54/1997, nada obsta a la equivalencia por estos de los derechos que ésta recoge, ahora bien, cuestión distinta será la aplicación de los beneficios procesales singulares que la ley depara solo a los consumidores en sentido estricto e incluso la invocación conexas de la normativa sustantiva de consumo, y en este campo es en el que la asimetría conceptual puede manifestarse con mayor virulencia, Ejemplo de ello resulta la SAP de Navarra (Sección 1) de 7 de noviembre de 2003, en la que con motivo de la reclamación de una empresa titular de un almacén de pescado ante una interrupción que aún programada no quedó acreditado se anunciara de modo visible, razonaba *Ciertamente, debemos coincidir con la parte demandada-apelante, de que en el caso de autos no es aplicable la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (RCL 1984\1906), por integrar la demandante el servicio de suministro de energía eléctrica en el proceso de producción (art. 1.3 LGDCU), ahora bien, ninguna duda debe ofrecer dentro del ámbito civil obligacional del contrato de suministro de energía eléctrica la exigencia de responsabilidad por negligencia (art. 1101 y 1104 del Código Civil), de la que sólo puede exonerarse acreditando que adoptó no sólo la diligencia exigible desde el cumplimiento de las prevenciones reglamentarias, sino toda la diligencia debida, para evitar un daño.*

¹⁰ FERRIER, D y CAS, G. *Traité de droit de la consommation*, Paris, 1986, p.2.

¹¹ GUILLEN CARAMES, JAVIER. *El Estatuto Jurídico del Consumido*, Madrid, 2002, p.45.

2. DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y USUARIO EN LA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.

2.1. LA NUEVA SOCIEDAD DE CONSUMO.

La contratación es una de las primeras muestras de evolución y pacífica convivencia del ser humano. Prescindiendo del espejismo autárquico, aún considerando inevitable el cotidiano intercambio de bienes y servicios o su adquisición por un precio, lo cierto es que la contratación denota el triunfo del diálogo entre iguales para la satisfacción de intereses subjetivos. Gayo afirmaba que el contrato se celebraba por el simple intercambio de una pregunta y una respuesta (*interrogatio et responsio*).

Hoy, la *stipulatio* y *obligatio verbis* que también Ulpiano articulaba a través del entendimiento y negociación de dos partes, no son más que dos históricas referencias de los anales de nuestro derecho si las referimos a la contratación con consumidores. El consagrado principio de autonomía de la voluntad de las partes que el progresista Alonso Martínez supo plasmar en el aún vigente artículo 1255 del Código Civil, auténtico faro en el océano del Derecho Privado, no es hoy más que una canción épica, incapaz de embelesar al más romántico empresario.

Con la producción en serie o en cadena, llega también la contratación en masa, y es entonces cuando ese principio de autonomía de la voluntad de las partes se trunca definitivamente por la imposición de contratos de adhesión que establecen unas condiciones generales predispuestas por la parte vendedora. Hemos pasado de una contratación en la que primaba la relación personal entre comprador y vendedor a un sistema de contratación en masa con imposición por parte del vendedor de condiciones generales de la contratación en las que el usuario no tiene posibilidad de negociación.

Los importantes cambios desarrollados en los últimos años en la estructura del mercado, la distribución, comercialización y la aparición de nuevos servicios y sistemas de compra han distanciado aún más al usuario del vendedor, haciéndolo si cabe más necesitado de una especial protección. De ello es muestra ilustrativa la idea manifestada por el catedrático FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA¹² al referir la existencia de una *degradación de la posición del consumidor*.

Según señala REYES LÓPEZ¹³ la sociedad actual se caracteriza, entre otros elementos por su rápida evolución, debida al vertiginoso desarrollo

¹² FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y GALLEDÓ FERNÁNDEZ, *Fundamentos de Derecho Mercantil I*, Valencia, 1999, p. 28.

¹³ REYES LOPEZ, M.J. *Derecho Privado de Consumo*, Valencia, 2005, p. 19.

tecnológico e industrial. SANCHEZ DE DIEGO¹⁴, se refiere a esta evolución, marcada por la denominada *sociedad de la información*, como un salto histórico solo comparable al ocurrido hace 500 años con el tránsito de la Edad Media al Renacimiento.

Nos hallamos según reflexiona FAURA¹⁵ en una sociedad compleja y desigual, donde la abundancia va acompañada de bolsas de pobreza, donde las nuevas tecnologías desplazan a las antiguas. Caminamos, parece que irremisiblemente, hacia una globalización donde la economía predomina y genera nuevas formas y nuevos hábitos de consumo. Hemos pasado de un consumo de subsistencia o necesidad a un consumo desmedido en la abundancia e inflexible en la inmediatez.

El incremento sin precedentes del consumo ha dado lugar a la progresiva consolidación de un nuevo grupo social –consumidores–, que junto a sectores tradicionalmente omnipresentes para el legislador (trabajadores, discapacitados...) se han hecho merecedores de una política específica orientada a la protección de sus intereses. Se alza así una respuesta jurídica (aún incipiente en muchos aspectos) a una situación de desigualdad en el ámbito de la contratación.

En este contexto, la defensa del consumidor se impone como una exigencia en un estado democrático que adopta también la denominación de *social*. E ineludiblemente ligada a la defensa del consumidor, el asociacionismo de consumo está llamado a jugar un papel relevante en el proyecto de una sociedad democrática avanzada. La intervención pública en la defensa del consumidor responde tanto a un motivo de tutela de los propios intereses generales de los adquirentes de bienes y servicios como de preservación de la libre competencia.

2.2. EL ARTÍCULO 51 CE, UN PRIVILEGIO CONSTITUCIONAL.

La defensa del consumidor surge y se desarrolla tal y como sintetizaba QUINTELA GONÇALVES¹⁶ como una forma de *auto-defensa* de los consumidores ante una situación de desigualdad manifiesta en el mercado. En cuanto realidad social organizada comienza a generar unas reglas de relación fácticas ante las que el legislador pasa del desconocimiento a la legalización, culminando en nuestro caso con su incorporación en mayúscula al texto constitucional.

¹⁴ SANCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. en CEACCU *Los usuarios de la sociedad de la información*, Madrid, 1999, p.29

¹⁵ FAURA, I. *Consumidores activos*, Barcelona, 2002, p. 51.

¹⁶ QUINTELA GONÇALVES, M.T. *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1986, p. 35.

La defensa de los intereses de los consumidores y usuarios encuentra acomodo constitucional en el artículo 51 de nuestra Carta Magna, expresándose el legislador con el siguiente tenor:

1. *Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.*
2. *Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca.*

Esta privilegiada previsión constitucional, tan sólo compartida de modo expreso¹⁷ en los textos constituyentes de dos países de nuestro entorno comunitario, Portugal (artículo 81)¹⁸ y Polonia (artículo 76), supone la consagración en nuestro ordenamiento jurídico del denominado «*principio pro consummatore*¹⁹».

Siguiendo la línea marcada por el Primer Programa Preliminar del Consejo de la CE para una política de protección y de información de los consumidores (1975)²⁰, recoge el artículo 51 CE cuatro derechos esenciales de los consumidores, a saber: 1) Protección de la seguridad y salud; 2) Protección de los legítimos intereses económicos; 3) Información y educación; 4) Fomento de las organizaciones de consumidores y usuarios y audiencia a las mismas. De estos derechos, los dos primeros contemplados en el apartado 1 del artículo 51, se han venido considerando derechos básicos o sustantivos, imponiéndose a los poderes públicos la obligación de garantizarlos mediante procedimientos eficaces²¹. Por el contrario, el derecho a la información y educación, así como

¹⁷ En la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 23 de mayo de 1949, enmendada por la Ley de 26 de noviembre de 2001, se ha tratado de buscar un precedente de la defensa de los consumidores a través de la previsión de su artículo 74 sobre la prevención del abuso de una posición de poder económico (apartado 16) y las medidas de protección en el comercio de productos alimenticios, estimulantes y artículos de consumo (apartado 20), si bien no se refiere de modo expreso a la protección de los consumidores.

¹⁸ La previsión consumerista de la Constitución portuguesa ha sido considerada precursora de la española. Ambas, según apunta CAZORLA PRIETO, son exponentes de una nueva etapa del constitucionalismo, denominada *posdesarrollista*, en las que tienen entrada en el santuario de las normas supremas disposiciones tendentes a obtener una mejor calidad de vida. Vid. CAZORLA PRIETO, L.M. en VVAA (Dir. Garrido Falla, F.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 2001, p. 951.

¹⁹ Vid. MARTINEZ DE AGUIRRE, C. “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de Obligaciones”, en ADC 1994, p. 56; GARCÍA CANTERO, G. “Integración del Derecho del consumo en el Derecho de obligaciones”, *RJN*, 13, 1992, p. 41; DE LEON ARCE, A (Dir.). *Derechos de los consumidores y usuarios*, Valencia, 2000, p. 61.

²⁰ DO N° C 92 de 25 de abril de 1975, pp. 1-16.

²¹ La referencia constitucional a *procedimientos eficaces* ha sido objeto de numerosas críticas por entender que pese a la preocupación que denota por la salvaguarda de los derechos de los consumidores, carece de sentido pues sería absurdo *a sensu contrario* instaurar *procedimientos ineficaces*. Sobre la valoración crítica vid. SILGUERO ESTAGNAN, J. “La protección procesal del interés colectivo de los

el fomento de las organizaciones de consumidores y usuarios y su audiencia, previstos en el apartado 2 del mismo precepto, se han interpretado como derechos instrumentales, toda vez que se entendían como medios para alcanzar la consecución de los primeros.

Los dos primeros apartados del precepto constitucional estudiado se encuadran dentro de los denominados principios rectores de la política social y económica. Ello significa que nos hallamos ante reglas impuestas a los poderes públicos, que en consecuencia habrán de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Vinculan en suma, como ha apuntado RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES²², al legislador (STC 71/1982, de 30 de noviembre), al juez y a los poderes públicos (SSTC 19/1982, de 5 de mayo y 14/1992, de 10 de febrero). Su invocación ante la jurisdicción ordinaria, conforme lo dispuesto en el artículo 53.3 CE habrá de alegarse, atendiendo a su legislación de desarrollo. Finalmente debe recordarse que su ubicación en el texto constitucional lo excluye de la privilegiada vía del recurso de amparo constitucional.

2.3. DESARROLLO NORMATIVO DEL PRINCIPIO PRO CONSUMMATORE Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO DEL USUARIO DEL SECTOR ELÉCTRICO.

En desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 51 de nuestra Carta Magna, en 1984 ve la luz la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En su alumbramiento resultó decisiva la tremenda alarma social generada por la intoxicación de la colza, que acabó con la vida de cientos de consumidores, dejando terribles y permanentes secuelas a otros tantos miles como consecuencia del desvío a uso humano de aceite desnaturalizado con anilina. Los efectos del criminal negocio gestado a principios de los años 80 dejaban este agri dulce sabor legislativo.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, recogía en su artículo segundo, como es sabido, los siguientes derechos básicos:

- a) La protección frente a los riesgos que puedan afectar a su salud o seguridad.
- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

consumidores”, en Estudios sobre Consumo Nº 49, Madrid, 1999, p.74. En el mismo sentido BAENA DEL ALCAZAR, J.M. “La ordenación del mercado interior”, en *El modelo económico de la Constitución Española*, Madrid, 1981, Vol. I, p. 212. En contra, defendiendo el acierto de la CE al referirse a la eficacia de los procedimientos, se manifiesta BERCOVITZ, A. “La protección de los consumidores, la Constitución Española y el Derecho Mercantil” en *Lecturas sobre la Constitución Española*, Madrid, 1978, Vol. II, p. 15.

²² RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. “La protección del consumidor en la Constitución española de 1978. Notas para un debate”, en *Revista General de Derecho*, Nº 678, Madrid, 2001, p. 1821.

- c) La indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos.
- d) La información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación, para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.

Tras numerosas modificaciones operadas tanto por razón de la necesidad de incorporar diversas Directivas Comunitarias como por imperativo de distintas resoluciones judiciales (STC 15/1989, de 5 de diciembre; STJCE de 9 de septiembre de 2004), la Disposición Final Cuarta de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, habilitaba al Gobierno para que en el plazo de tres años procediera a refundir en un único texto la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tuvieran que ser refundidos.

El sistema adoptado por el Proyecto presentado de nuestro Texto Refundido no deja de ser un *tertius genus* entre el tradicional sistema de codificación francés y la coexistencia de normativa general más o menos unificada con otra de carácter sectorial. Pese a la insoslayable complejidad que presenta nuestro sistema de distribución competencial entre el Estado y sus Autonomías, no cabe duda que lo deseable sería caminar hacia una codificación de nuestro repertorio consumerista. Ahora bien, también es cierto que este tránsito no es sencillo y un paso de estas dimensiones exige no solo la adopción de una determinada política legislativa sino también su articulación a través de otros cauces procesales distintos de la presente delegación legislativa. En cualquier caso, habida cuenta de las presentes circunstancias y aún existiendo probablemente siempre soluciones que pudieran causar una mayor complacencia en el movimiento consumerista, es de justicia reconocer el mérito y esfuerzo que supone la unificación normativa pretendida.

El resultado de esta habilitación normativa es el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias. La actuación desarrollada, aún con las observaciones apuntadas, ha contribuido pues positivamente a la racionalización de la diarrea legislativa existente en materia de protección de consumidores y usuarios, al menos a nivel estatal, constatando el buen hacer que esta desarrollándose desde la Subdirección General de Normativa y Arbitraje del Instituto Nacional del Consumo. Cuestión distinta que merecería un análisis muchísimo más detenido, y quizá reservables para otra ocasión, es si tras la ingenua apariencia de una fusión de textos normativos, no se ha escondido un hábil redactor capaz de innovar con sutileza revolucionarios aspectos para la protección de los consumidores, que probablemente solo sean advertidos tras el paso del tiempo. Lo cierto es que según profundizamos en el estudio de la nueva norma

encontramos más aspectos que llaman nuestra atención y encierran ignotas cargas de profundidad legislativa.

De cualquier modo a nivel estatal y desde la óptica exclusiva consumerista no contamos con ningún tipo de normativa más allá de la genérica de consumo que hoy de modo global aglutina el TRLGDCU. Debemos acudir por tanto a la normativa sectorial específica para encontrar el desarrollo normativo de los derechos del usuario del sector eléctrico. En concreto merecen destacarse, en sus respectivas versiones consolidadas merced a las modificaciones operadas por distintos textos legislativos, las siguientes:

- Ley 54/1997, de 27 de noviembre, reguladora del sector eléctrico.
- Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica.
- Orden ECO/797/2002, de 22 de marzo, por la que se aprueba el procedimiento de medida y control de la continuidad del suministro eléctrico.

Ha de destacarse que si bien es cierto que el legislador estatal tiene competencia exclusiva sobre las bases reguladoras del sector energético ex art 149.1.25^a CE, no es menos cierto que las Comunidades Autónomas, en virtud del art. 149.1.22^a CE, pueden hacer uso también de sus facultades para regular la producción, distribución y transporte de la energía eléctrica cuando radiquen única y exclusivamente a su propio territorio.

Desde la perspectiva de protección del usuario, a nivel autonómico han de destacarse las siguientes normas:

- Ley 11/1997, de 2 de diciembre, reguladora del sector eléctrico (Canarias).
- Ley 6/1999, de 15 de abril, de protección de la calidad del suministro eléctrico (Castilla-La Mancha).
- Ley 2/2002, de 25 de abril, de protección de la calidad del suministro eléctrico en Extremadura.
- Ley 2/2007, de 27 de marzo, reguladora de la garantía del suministro eléctrico en la Comunidad de Madrid.

3. OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO.

3.1. VIGENCIA DEL INTERÉS DE LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO.

Interesa con carácter previo, antes de adentrarnos en el estudio más detallado de las obligaciones de servicio público impuestas a los

suministradores de energía, detenernos un instante a realizar una precisión conceptual. Tal y como apunta SENDÍN GARCÍA²³, el término servicio público ha sido y es frecuentemente utilizado con un doble significado: a) para designar una actividad que por su importancia social debe quedar garantizada, con independencia de que el mercado esté interesado en suministrarla o no; b) para designar un servicio que se presta con arreglo a un determinado régimen jurídico. Señala con razón SENDÍN GARCÍA, que parece preferible referirse a la primera interpretación con un término diferente, que podría ser *servicio esencial* tal y como lo conocemos tradicionalmente en el Derecho español o *servicio de interés general* en la terminología comunitaria.

Atendiendo a la configuración dada por el Derecho Comunitario derivado, y siguiendo las pautas dictadas por SOUVIRON MORENILLA²⁴, las “obligaciones de servicio público”, constituyen en general una modalización cuantitativa o cualitativa de las actividades desarrolladas por los particulares en virtud de su libre iniciativa y en régimen de mercado, impuesta con carácter unilateral o bilateral por los poderes públicos para garantizar finalidades de interés público instrumentadas a través de la propia actividad privada.

Desde un punto de vista histórico, señala ARIÑO²⁵ que la noción de servicio público es utilizada por primera vez por ROUSSEAU para oponer la idea de “interés colectivo del Estado” al de “servicio al rey”.

El fenómeno de la privatización y liberalización de la economía ha generado un intenso debate sobre la crisis del concepto de servicio público. No obstante la discusión doctrinal, coincidimos con LOPEZ CANDELA²⁶ en que la única crisis que padece es la que de índole material puede derivar por su no prestación. La noción de servicio público ha de mantenerse, en la línea de identificarlo con la noción de servicio universal o servicio básico, esto es, de servicio esencial para la comunidad. De esta manera, solidaridad y economía se hacen compatibles y dicha noción sigue siendo perfectamente útil para el operador jurídico.

3.2. OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO EN EL SECTOR ELÉCTRICO.

El artículo 1 del RD 1955/2000 como *servicio esencial* para todos los consumidores, razón por la cual resulta imperativo el establecimiento de una serie de cautelas para asegurar el correcto suministro a todos los usuarios. Pese al prometedor enunciado del ordinal primero del referido texto articulado, lo cierto es que el estudio del desarrollo de la norma resulta decepcionante para el usuario. Sorprende por razón de la importancia que reviste el suministro

²³ SENDÍN GARCÍA, M.A. *Regulación y servicios públicos*. Granada, 2003, p. 62.

²⁴ SOUVIRON MORENILLA, J.M. *El proceso de liberalización y la nueva regulación de las telecomunicaciones*. Granada, 1999, p. 191.

²⁵ ARIÑO ORTIZ, G. *Economía y Estado. Crisis y reforma del servicio público*. Madrid, 1993, p. 254.

²⁶ Vid. LOPEZ CANDELA, J.E. *Sobre la necesidad de un concepto de servicio público*. Madrid, 2004, pp. 154 y ss.

eléctrico, y en comparación con otros servicios esenciales como pudieran ser las telecomunicaciones, la parquedad de la regulación existente.

Todo servicio que merezca la consideración de público, debe cumplir al menos con tres características bien reguladas para que sean directamente exigibles por los usuarios sin necesidad de especiales fuegos de artificios de índole legal:

- a) Accesibilidad
- b) Continuidad.
- c) Calidad.

Por lo que respecta a la accesibilidad, esta ha de ha de conjugar tanto el derecho del usuario a acceder al suministro, como que este sea en términos asequibles.

El acceso al suministro, si bien es cierto se establece como obligación para las empresas suministradoras en el artículo 41.1.i), 43 y concordantes del RD 1955/2000, este se presenta en unos términos de tal laxitud que lo que sorprende es su cumplimiento. Hasta tal punto resulta lejana la normativa existente a la sensibilidad tuitiva del usuario que el derecho de acceso en lugar de regularse en positivo como el reconocimiento de una condición básica para el usuario el artículo 44 del RD 1955/2000 se refiere al *derecho de acometida* como la contraprestación económica que debe ser abonada a la empresa distribuidora por la realización del conjunto de actuaciones necesarias para atender un nuevo suministro o para la ampliación de uno ya existente. Esto es prima en definitiva en la mente del legislador el aseguramiento económico del suministrador por encima del suministro eléctrico para el usuario como elemento esencial para el desarrollo con una mínima y elemental calidad de vida. De cualquier modo, el artículo 103.2 del RD 1955/2000, establece los siguientes plazos

A) Elaboración de los presupuestos correspondientes a nuevos suministros: a partir de la solicitud de un suministro, la empresa distribuidora comunicará por escrito al solicitante el punto de suministro y las condiciones técnico-económicas para realizar el mismo, con indicación de la necesidad o no de reservar locales para centros de transformación dentro de los siguientes plazos máximos, contados en días hábiles:

1º Suministros en baja tensión:

a) Cuando se solicite un suministro de hasta 15 kW en el que no sea preciso realizar instalaciones de extensión, la empresa distribuidora dará por escrito las condiciones técnico-económicas en un plazo de cinco días.

b) Para cualquier servicio cuando no sea necesaria la instalación de centro de transformación: diez días.

c) Cuando sea necesaria la instalación de centros de transformación:

1ª Servicio auxiliar de obras: diez días.

2ª Servicio definitivo con centro de transformación de media a baja tensión: veinte días.

3ª Servicio definitivo con subestación transformadora de alta a media tensión: treinta días.

2º Suministros en alta tensión:

a) Para un consumidor con tensión nominal de suministro igual o inferior a 66 kV: cuarenta días.

b) Otros suministros de alta tensión: sesenta días.

Las empresas distribuidoras, dentro de los plazos anteriormente indicados, facilitarán por escrito a los solicitantes la justificación detallada de los derechos de acometida a liquidar, precisando el sistema empleado para su determinación y su plazo de vigencia, que será, como mínimo, de tres meses a partir de la fecha de la notificación.

Una vez definida la propuesta técnica y su aprobación, y una vez aceptada por el solicitante la previsión de los derechos correspondientes a la extensión, o a la conexión, según se trate, se establecerán las previsiones de actuación correspondientes a su ejecución.

B) Ejecución de las instalaciones necesarias para los nuevos suministros: cuando se trate de una instalación de extensión y que deba ser realizada por la empresa distribuidora, los plazos de ejecución para la puesta en servicio de la instalación a partir del momento que se satisfagan los derechos de acometida serán los siguientes, contados en días hábiles:

1º Suministros en baja tensión:

a) Cuando no sea preciso realizar ninguna ampliación de la red de baja tensión: cinco días.

b) Cuando únicamente se necesite ampliar la red de baja tensión: treinta días.

c) Cuando se necesite construir un centro de transformación: sesenta días.

d) Cuando se necesiten construir varios centros de transformación: ochenta días.

2º Suministros en alta tensión:

- a) Acometida a un solo consumidor con tensión nominal de suministro igual o inferior a 66 kV: ochenta días.
- b) Otros suministros de alta tensión: el plazo se determinará en cada caso en función de la importancia de los trabajos a realizar.

Para mayor salvaguarda de los ya holgados plazos previstos, dispone el propio artículo 103.2 del RD 1955/2000, que en el cómputo de plazos no se tendrán en cuenta los necesarios para obtener autorizaciones, permisos o conformidad para la realización de los trabajos. En el caso de que sea necesaria la construcción de uno o varios centros de transformación para uso del distribuidor, el plazo no comenzará a computarse hasta la firma de un documento de cesión de uso, correspondiente al local o locales. Además, deberán ser entregados en condiciones para poder realizar la instalación eléctrica, por lo menos, sesenta días antes de que finalice el plazo establecido. Cuando concurren circunstancias especiales y no exista acuerdo entre el distribuidor y el cliente, el plazo lo fijará el órgano competente de la Administración correspondiente.

En cuanto a la asequibilidad del servicio, siendo realmente compleja la labor de establecer un coste unitario que pueda entenderse asequible para el conjunto de los usuarios, la norma ha de establecer no obstante la necesidad de cumplimiento de unos parámetros en orden a su valoración, a tal efecto:

- Los precios de los servicios incluidos en el servicio público en zonas de alto coste, rurales, insulares y distantes han de resultar comparables a los precios de dichos servicios en áreas urbanas, teniendo en cuenta, entre otros factores, sus costes y los colectivos con necesidades sociales especiales.
- Han de existir planes de precios en los que el importe de las cuotas de alta, el de los conceptos asimilados y el de las cuotas periódicas fijas de abono no limiten la posibilidad de ser usuario del servicio.

En orden a asegurar el cumplimiento de los objetivos reseñados, la compañía suministradora debería ofrecer a sus usuarios, los siguientes elementos:

- a) Programas de precios de acceso y uso de los que permitan el máximo control del gasto por parte del usuario y, en particular, la existencia de un abono social. Este plan de precios estará destinado a jubilados y pensionistas cuya renta familiar no exceda del indicador que se determine, en cada momento, por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, y consistirá en

la aplicación de una bonificación en el importe de la cuota de alta y en la cuota fija de carácter periódico.

- b) Posibilidad de que el usuario elija la frecuencia de facturación que mejor se adapte a sus preferencias, dentro de las posibilidades ofertadas por el suministrador, las cuales incluirán, como mínimo, la frecuencia mensual y la bimestral.
- c) Publicidad e información de las compañías suministradoras a los usuarios sobre las condiciones de prestación de los servicios, especialmente con relación al carácter accesible de estos.
- d) Una información completa, detallada, gratuita y fácilmente comprensible en las facturas, para que los consumidores puedan comprobar y controlar los gastos generados por el uso del suministro eléctrico así como efectuar un seguimiento adecuado de sus propios gastos y utilización, ejerciendo con ello un nivel razonable de control sobre sus facturas.
- e) Medios para efectuar el pago de la conexión a la red de manera escalonada, cuando así se establezca por resolución del organismo regulador competente.

No corre mejor suerte en la exégesis practicada la regulación de la continuidad y la calidad del servicio.

La continuidad del suministro, regulada en el artículo 101 del RD 1955/2000, viene determinada por el número y la duración de las interrupciones.

Lo primero que llama poderosamente la atención en la regulación vigente es que los mínimos exigibles de calidad en la continuidad del suministro dependen del lugar donde éste se ubique, estableciéndose a este respecto una clasificación según los siguientes tipos de zonas:

- a) ZONA Urbana: Conjunto de municipios de una provincia con más de 20.000 suministros, incluyendo capitales de provincia, aunque no lleguen a la cifra anterior.
- b) ZONA Semiurbana: Conjunto de municipios de una provincia con un número de suministros comprendido entre 2.000 y 20.000, excluyendo capitales de provincia.
- c) ZONA Rural, que a su vez comprende:
 - ZONA Rural Concentrada: Conjunto de municipios de una provincia con un número de suministros comprendido entre 200 y 2.000.

- ZONA Rural Dispersa: Conjunto de municipios de una provincia con menos de 200 suministros y suministros ubicados fuera de los núcleos.

Decimos con razón que llama poderosamente la atención porque siendo uno de los principios básicos de la prestación de servicios públicos la independencia de la ubicación geográfica del usuario para evitar desigualdades en el acceso a un servicio esencial, si es que llega a establecerse por el legislador una clasificación geográfica en función de cualquier parámetro que aquí parece cimentarse sobre la densidad de usuarios, lo lógico hubiera sido que la teleología de esta distinción no fuera otra sino la de potenciar el acceso de los menos favorecidos al servicio. Pues bien, aquí justamente parece optarse por lo contrario, al regular como examinaremos seguidamente unas condiciones de continuidad mucho más penosas para los usuarios aislados geográficamente que aquellos otros que residan en núcleos urbanos densamente poblados.

Existen así dos tipos de interrupciones del suministro según dispone el precitado artículo 101.1 RD 1955/2000:

a) *Interrupciones programadas*. Serán aquellas acaecidas para permitir la ejecución de trabajos previstos en la red. En estos casos los consumidores afectados deben ser informados mediante comunicación individualizada (si están conectados en alta tensión o son establecimientos que a su vez prestan servicios declarados esenciales) o mediante carteles anunciadores, situados en lugares visibles (para el resto de los consumidores) y mediante comunicación en dos de los medios de mayor difusión de la provincia en todos los casos, con una antelación mínima de 24 horas. El documento de aviso deberá contener la fecha y la hora del inicio y finalización de la interrupción. Si la Administración Autonómica correspondiente no autorizase la interrupción programada, y ésta hubiese sido anunciada a los consumidores, la compañía distribuidora deberá informar a los consumidores de esta circunstancia, mediante los mismos medios anteriores.

b) *Interrupciones imprevistas*. El resto de las interrupciones, las imprevistas mayores de tres minutos no podrán superar ni en tiempo ni en número, conforme a la redacción dada por el Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre al artículo 104.2 del RD 1955/2000, los siguientes valores en cada año natural:

a) Media tensión (de 1 a 36 kV):

	Número de horas	Número de interrupciones
Zona urbana	3,5	7

Zona semiurbana	7	11
Zona rural concentrada	11	14
Zona rural dispersa	15	19

Los consumidores conectados a redes de tensión superior a 36 kV se asimilarán a los umbrales definidos en zonas urbanas, sea cual sea su ubicación.

b) Baja tensión (menor o igual a 1 kV):

	Número de horas	Número de interrupciones
Zona urbana	5	10
Zona semiurbana	9	13
Zona rural concentrada	14	16
Zona rural dispersa	19	22

El examen de lo expuesto no tiene desperdicio desde el punto de vista de protección al consumidor.

Por una parte se observa una intolerable discriminación de los usuarios alejados de entornos urbanos (que suponemos son los que más beneficios deben aportar a las suministradoras), cuando en claro desequilibrio contractual, y aquí habrá que plantearse su adecuación no solo a media docena de principios básicos de nuestro ordenamiento interno, sino también a la Directiva de Prácticas Comerciales Desleales y a la reciente Propuesta de Directiva sobre Derechos de los Consumidores que recordemos no distinguirá entre cláusulas contractuales *inter privatos* y las santificadas administrativamente si estas se consideran abusivas. Habrán adivinado que esta discriminación en el deber de soportar un índice de lobreguez mucho más acuciado en las zonas rurales no se traduce en bonificación alguna en la factura de estos usuarios.

En segundo término, y al margen de los muy elevados márgenes de tolerancia establecidos para la interrupción de un servicio tan básico como es el suministro eléctrico y los daños que éste puede irrogar al usuario, también resulta pasmoso que en las interrupciones imprevistas estas no se computen si no es a partir del tercer minuto. Al margen de los perjuicios que objetivamente se generan desde el primer segundo de interrupción, no serán pocos los supuestos en que como consecuencia de una interrupción sea de 10 segundos o de 3 minutos se hayan producido desajustes en distintos equipos de los

usuarios. Algo continuo tal y como explicita nuestro Diccionario de la Lengua en su 22ª edición es algo que dura, obra, se hace o se extiende sin interrupción, algo constante y perseverante. Carece pues también de cualquier justificación el periodo de gracia otorgado a las suministradoras.

Finalmente tampoco queda claro qué límite tienen las interrupciones programadas, pues por muy necesarias o convenientes que puedan resultar para la empresa distribuidora lo cierto es que el usuario se privado del servicio durante el tiempo que estas perduren, y precisamente por razón del carácter previsible que encierran debiera establecerse un límite máximo y compensaciones mínimas con mayor rigor si cabe.

Si estos valores fuesen superados en un año, la compañía distribuidora estará obligada a aplicar en la facturación de los consumidores conectados a sus redes, dentro del primer trimestre del año siguiente al del incumplimiento, los descuentos que para los consumidores a tarifa figuran a continuación:

Más si la regulación temporal de las interrupciones del suministro resultan poco o nada favorables para el usuario en un servicio tan sensible como es el suministro eléctrico, las compensaciones previstas por el legislador han de llenar de sonrojo a cualquier jurista dotado de un mínimo de sensibilidad para con el consumidor superior al que pueda poseer un centro de transformación.

Dispone el artículo 105.2 del Real Decreto 1955/2000 que el incumplimiento de los valores expuestos para la continuidad del suministro, determinará la obligación para los distribuidores de aplicar en la facturación de los consumidores conectados a sus redes los descuentos regulados dentro del primer trimestre del año siguiente al del incumplimiento. Nuevamente nos encontramos con un periodo de gracia para aplicar la compensación legal, a la que no obstante postergar la indemnización al usuario se silencia la aplicación de ningún tipo de interés moratorio. Pero la guinda de esta tarta de fina repostería jurídica horneada a gusto del sector eléctrico, no son ya el amplio margen de tolerancia establecido para las interrupciones, ni que estas no se computen si son inferiores a tres minutos, ni que los usuarios rurales más desfavorecidos aúnen a su soledad el desamparo que les dispensa la norma, ni que las compensaciones legales se distribuyan al año siguiente una vez cerrado el ejercicio económico de la empresa. La perplejidad de esta norma alcanza su máxima cota cuando examinamos las compensaciones previstas para el supuesto de interrupción del servicio. El sistema previsto normativamente para establecer las compensaciones a las que tiene el usuario no puede ser más transparente y sencillo para cualquier afectado, que podrá comprobar desde su hogar con una simple operación mental el importe aproximado al que tiene derecho siguiendo las siguientes fórmulas.

● **TIEPI: Tiempo de interrupción equivalente de la potencia instalada**

$$TIEPI = \frac{\sum_{i=1}^k P_i \cdot H_i}{\sum P_i}$$

k = Número de interrupciones durante el periodo considerado.
H_i = Tiempo de interrupción del suministro que afecta a la potencia **P_i**
P_i = Potencia instalada en los centros de transformación MT/BT del distribuidor más la potencia contratada en MT afectada por la interrupción "i" de duración **H_i**
Las interrupciones que se considerarán en el cálculo del TIEPI serán las de duración superior a tres minutos
ΣP_i = Suma de la potencia instalada de los centros de transformación MT/BT del distribuidor más la potencia contratada en MT

Y con la misma sencillez y habilidad lógico matemática podrá también aproximarse al cálculo del número de interrupciones equivalente de la potencia instalada:

● **NIEPI: Número de interrupciones equivalente de la potencia instalada**

$$NIEPI = \frac{\sum_{i=1}^k P_i}{\sum P_i}$$

k = Número de interrupciones durante el periodo considerado.
P_i = Potencia instalada en los centros de transformación MT/BT del distribuidor más la potencia contratada en MT afectada por la interrupción "i" de duración **H_i**
Las interrupciones que se considerarán en el cálculo del NIEPI serán las de duración superior a tres minutos
ΣP_i = Suma de la potencia instalada de los centros de transformación MT/BT del distribuidor más la potencia contratada en MT

● **Percentil 80 del TIEPI: es el valor del TIEPI que no es superado por el 80% de los municipios del ámbito provincial definidos**

Para aquellos menos avanzados en esta lid o que simplemente hayan potenciado sus facetas más humanistas, simplificaremos diciendo que con independencia de las horas de penumbra que hayan padecido durante el año no podrán alcanzar un importe superior al 10% de su facturación anual. Tan asombrosa limitación con tamaña injusticia nos ahorra muchos esfuerzos dialécticos en su crítica pues la mera observancia de la norma resulta sin duda más explícita que cualquier reflexión que pueda desarrollar al respecto.

Finalmente y en cuanto a la calidad de la atención al consumidor, sobre la que el legislador también ha mostrado su preocupación, dispone el artículo

103.1 del RD 1955/2000 que se determinará atendiendo a las características del servicio, entre las que se encuentran el conjunto de aspectos referidos al asesoramiento del consumidor en materia de contratación, facturación, cobro, medida de consumos y demás aspectos derivados del contrato suscrito. En concreto, los niveles de la calidad de la atención al consumidor, se basan en los siguientes puntos:

A) Elaboración de los presupuestos correspondientes a nuevos suministros.

B) Ejecución de las instalaciones necesarias para los nuevos suministros.

C) Enganche e instalación del equipo de medida, en el plazo máximo de cinco días hábiles, a contar desde que el consumidor hubiera suscrito el correspondiente contrato de suministro.

D) Atención de las reclamaciones que los consumidores hubieran presentado en relación a la medida de consumo, facturas emitidas, cortes indebidos, en un plazo máximo de cinco días hábiles para los usuarios de menos de 15 kW contratados y de quince días hábiles para el resto.

E) Enganche después de corte por impago, en un plazo máximo de veinticuatro horas después del pago de la factura.

F) Ejecución indebida de corte por impago.

G) Informar y asesorar a los consumidores en el momento de la contratación sobre la tarifa y potencia a contratar más conveniente a sus necesidades, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 80 del presente Real Decreto, a partir de los datos aportados por los consumidores.

Pues bien, tras la exposición de los sesudos parámetros expuestos, el artículo 105.6 del RD 1955/2006 concluye que en todos aquellos supuestos en que se incumplan, las empresas distribuidoras procederán a abonar al consumidor, por cada incumplimiento, en la primera facturación que se produzca, la mayor de las siguientes cantidades: 30,050605 euros o el 10 por 100 de la primera facturación completa. Esto es 30 euros como máximo por estar sin suministro eléctrico.

Por supuesto, como no podía ser de otro modo y pese a lo jocoso que parece la lectura del Real Decreto, nada obsta para que el consumidor pueda reclamar por vía civil la indemnización de daños y perjuicios que considere adecuada, pero administrativamente esta es la protección que le dispensa nuestro legislador. Estas reclamaciones en sede civil, las examinaremos con posterioridad.

4. GRADO DE SATISFACCIÓN DEL USUARIO DEL SECTOR ELÉCTRICO.

4.1. SATISFACCIÓN Y COMPORTAMIENTO DEL USUARIO.

La satisfacción o insatisfacción son conforme a la doctrina consagrada por ALONSO²⁷ dos estados o respuestas básicas que experimenta el consumidor tras realizar la compra o adquisición y consumo y serán en gran medida determinantes para futuras adquisiciones.

Un consumidor satisfecho consolidará su convicción en haber acertado con la adquisición del producto o la marca, es muy probable que desarrolle un comportamiento de fidelidad hacia el mismo e influirá positivamente en su halo de conocidos y amistades al abordar planteamientos similares que puedan plantearse en su entorno próximo. Por el contrario, un consumidor o usuario descontento, revisará sus criterios de compra, eludirá una nueva contratación con el mismo vendedor, fabricante o productor y si le es posible en el caso de contratos de suministro de tracto sucesivo buscará un nuevo proveedor. Así mismo, desarrollará una comunicación perjudicial del bien, producto, actividad o servicio y puede plantearse desde la presentación de una reclamación o queja hasta la interposición de acciones para resarcirse de los daños o pérdidas sufridos.

Con objeto de ponderar el nivel de satisfacción del consumidor, LEWIN²⁸ desarrolló la teoría de la aspiración, sobre la cual construía tres niveles de satisfacción:

- a) Nivel de realización, el que cree haber ya alcanzado.
- b) Nivel de aspiración, hacia el que pretende dirigirse por la adquisición de un producto o la contratación de un servicio.
- c) Nivel ideal, el máximo que desearía experimentar.

La teoría de la satisfacción, se cimienta pues sobre las expectativas que albergaba el consumidor antes de la realización del acto de consumo y su grado de cumplimiento posterior. Estas expectativas, que lógicamente variarán de un consumidor o usuario a otro, estarán determinadas por la publicidad desarrollada por el comerciante, el nivel de implicación con el producto, la marca o el establecimiento, de la racionalidad de la compra y de sus experiencias previas.

MANIKAS y SHEA²⁹ han destacado que los costes asociados a conservar clientes son mucho más bajos que los de captar nuevos clientes. De

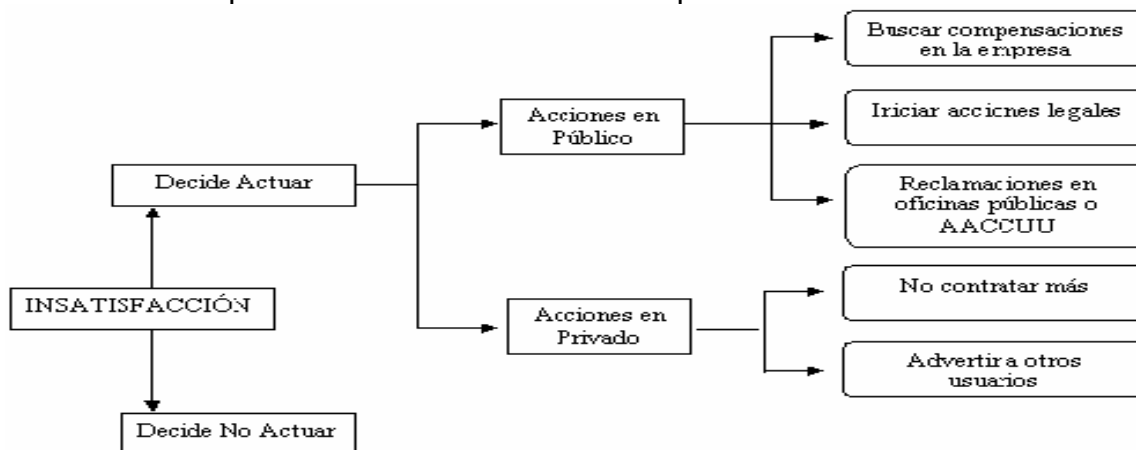
²⁷ Vid. ALONSO, J. y OTROS, *Comportamiento del Consumidor*, Madrid, 1997.

²⁸ LEWIN, K. *A dynamic theory of personality*, New York, 1935.

²⁹ MANIKAS, P.A. y SHEA, L.J. *Hotel complaint behavior and resolution: a content analysis* en *Journal of Travel Research*, 1997, pp. 68-74

este modo, apuntan SARABIA y PARRA³⁰ la utilidad de establecer estrategias de marketing eficaces para aumentar la fidelidad y reducir el número de incidencias negativas.

DAY y LANDOND³¹ esbozaron un esquema del comportamiento del consumidor en caso de insatisfacción que ha alcanzado un elevado grado de aceptación y que destaca por su sencillez. En el bosquejo apuntado establecían las posibles acciones a desarrollar por los usuarios insatisfechos.



Cuando el consumidor insatisfecho opta por no actuar, ello puede deberse a cuatro motivos fundamentales:

- El tiempo y el esfuerzo necesario es demasiado elevado frente a los resultados esperados.
- Falta de determinación a presentar una reclamación a pesar de la insatisfacción (Ej. vergüenza a solicitar hoja de reclamaciones)
- Pensar que no merece la pena porque no se va a solucionar su problema
- Desconocimiento sobre el procedimiento de reclamación o donde acudir.

En la doctrina norteamericana SINGH³² distingue cuatro tipos de consumidores en función de su respuesta ante la insatisfacción: pasivos, expresivos, irritados y activistas. El primer grupo, los pasivos, en raras ocasiones desarrollan algún tipo de actuación. El segundo constituido por los expresivos despliegan su actividad en la relación directa con el vendedor o comunicando su experiencia a otros consumidores. El tercero, los irritados, oscilan entre la queja particular en su círculo de conocidos y la reclamación

³⁰ SARABIA SÁNCHEZ, F y PARRA MEROÑO, M^a.C. *El comportamiento de queja y reclamación y la insatisfacción del consumidor*, en Estudios de Consumo nº 59, p. 10.

³¹ DAY, R. y LANDOND, E. *Toward a theory of consumer complaining behaviour* en Woodside, J. Sheth Y p. Bennet (eds) *Consumer and Industrial Buying Behaviour*, New York, 1977

³² SING., J. *A tipology of consumer dissatisfaction response styles*, en Journal of Retailing nº 66, 1990, pp.57-99.

ante oficinas públicas de protección al consumidor o asociaciones de consumidores y usuarios. Finalmente, los activistas, suelen ser más jóvenes y presentan una mayor concienciación, luchando no sólo por la solución de su conflicto sino procurando contribuir a la mejora del sistema.

SARABIA y PARRA³³ por su parte sintetizan los factores del comportamiento de queja y reclamación en los siguientes elementos:

- a) Estructura del mercado.
- b) Variables socioeconómicas.
- c) Nivel de implicación.
- d) Probabilidad percibida del éxito.

Por lo que atañe a la estructura del mercado HIRSCHMAN³⁴ apuntaba que en competencia perfecta, donde no existen barreras de entrada al mercado, hallamos un elevado número de compradores y vendedores, por lo que cualquier decisión que tomara el usuario de aumentar o abandonar la compra no afecta a la demanda total. En lógico correlato en una situación monopolística aún siendo probable que el consumidor esté descontento por la ausencia de competencia que obligue al empresario a mantener un determinado nivel de calidad o un precio adecuado, las posibilidades del usuario se reducen en función de la necesidad o posibilidad de sustitución del producto o servicio.

Otro factor interesante al analizar el comportamiento de insatisfacción del usuario es su situación socioeconómica. La mayoría de los estudios realizados concluyen que los reclamantes más activos suelen ser jóvenes con un nivel al menos medio o alto de formación e ingresos económicos.

El tercer factor relevante enunciado es el nivel de implicación. En este sentido aunque no existe una posición unánime de la doctrina, suele aceptarse la tesis de que un mayor grado de implicación en el producto adquirido o servicio contratado puede desencadenar un mayor grado de insatisfacción en caso de que no responda a las expectativas del usuario y en consecuencia un mayor índice de reclamaciones.

Por último la posibilidad percibida de éxito de la queja puede también influir en el comportamiento del usuario insatisfecho. En aquellos casos en que el usuario presenta serias dudas de que su reclamación pueda tener algún éxito opta en un porcentaje mayor por desistir, por el contrario es más propenso a continuar el proceso hasta las últimas consecuencias aquél consumidor convencido de sus posibilidades de éxito.

No obstante los criterios apuntados, no debe olvidarse que la ausencia de reclamaciones o quejas en una empresa no debe corresponderse

³³ SARABIA SÁNCHEZ, F y PARRA MEROÑO, M^a.C. *El comportamiento... ob. cit.* pp.12-13

³⁴ HIRSCHMAN, A.O. *Exit, voice, and loyalty: responses to declines in firms, organizations, and states*, Cambridge, 1970.

necesariamente con un elevado grado de satisfacción del consumidor o usuario. Tal conclusión, supone cerrar los ojos a una realidad mayor, cual es que en determinados productos o sectores simplemente el cliente insatisfecho abandona la empresa o el producto, deja de comprar. El norteamericano LASH³⁵, cita como ejemplos los estudios elaborados por las empresas Avis y Mckinsey, de donde se observa que para los clientes satisfechos la tasa de repetición de la compra era muy superior a la correspondiente a los clientes insatisfechos (78% para los que no comunicaron su insatisfacción y 46% para los que informaron de su queja pero recibieron una inadecuada respuesta). Ello contrasta con el 91% de repetición en aquellos usuarios insatisfechos que se quejaron y obtuvieron una adecuada respuesta.

Alejándonos de los estudios de corte sajón, en España, el último estudio publicado fue desarrollado por Centro de Investigaciones Sociológicas³⁶ hace casi 15 años. Desde entonces, huelga decir que la sociedad ha podido experimentar importantes cambios, entre ellos una mayor concienciación y formación en materia de defensa de los derechos de los consumidores y usuarios. En 2001, partiendo de estos datos y conjugándolos con la evolución de las reclamaciones y consultas registradas en el Instituto Nacional del Consumo hasta el año 1999, los profesores SARABIA y PARRA procuraron realizar una aproximación a la situación actual.

De este estudio se deduce que algo más de un 50% de los consumidores y usuarios manifestaron sentirse en general satisfechos con sus adquisiciones (el 50,5% exactamente), en tanto que el 49,5% restante expresó su insatisfacción. Sin embargo de este último porcentaje tan sólo reclamó el 63%, desistiendo directamente de emprender cualquier acción un 37%. Curiosamente los datos son bastante próximos a los ofrecidos anteriormente por los estudiosos norteamericanos del comportamiento del consumidor. A su vez, del 37% citado que podríamos clasificar como pasivos, el 71,4% no realizó ninguna actuación por creer que no serviría de nada (probabilidad percibida de éxito), un 19,1% manifestó no saber donde reclamar (desconocimiento sobre el procedimiento) y el 9,5% restante alegó otros motivos sin mayor precisión.

Situación	Tamaño y %	Motivos para no reclamar	Tamaño y %
Satisfechos	1243 (50,5%)		
Insatisfechos	1220 (49,5%)		
Reclaman	769 (63,0%)		
No reclaman	451 (37,0%)	Porque no sirve	322 (71,4%)
		No sabe como	86 (19,1%)
		Otros motivos	43 (9,5%)

³⁵ LASH, M.L. *The complete guide to customer service*, New York, 1990.

³⁶ Estudio/encuesta nº 1914 del Centro de Investigaciones Sociológicas, año 1991.

La Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios (CEACCU, elaboró durante el año 2004 un nuevo estudio sobre la opinión de los españoles ante los servicios de interés general. El estudio nos ofrece datos interesantes como el de que un 63,7% de los encuestados manifiestan creer que los españoles no están satisfechos (poco o nada) con los servicios recibidos, aunque este porcentaje desciende a un 51,1% si les preguntamos por su percepción particular.

Gráfico 1 • Grado de satisfacción de los españoles

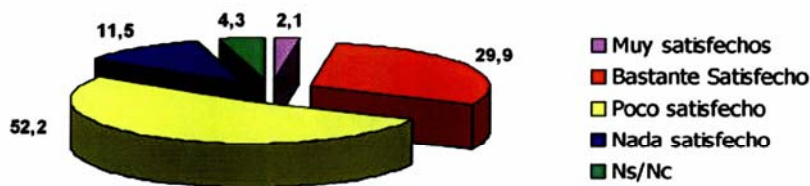
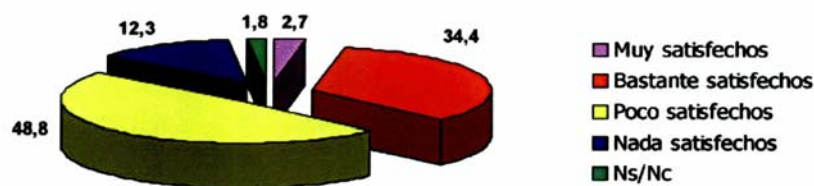
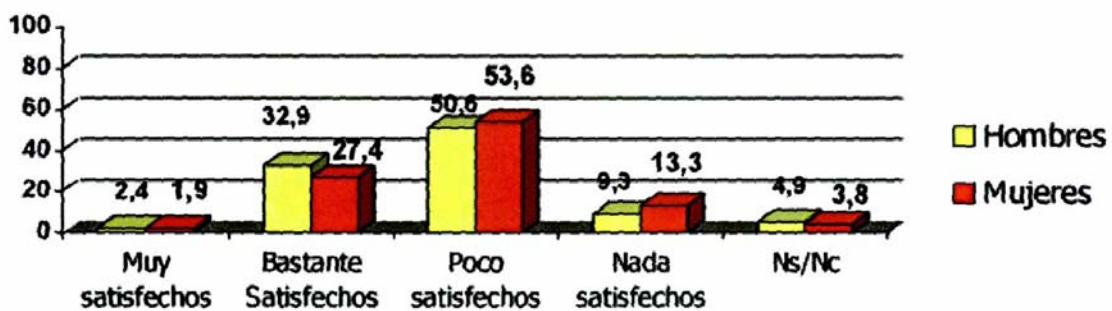


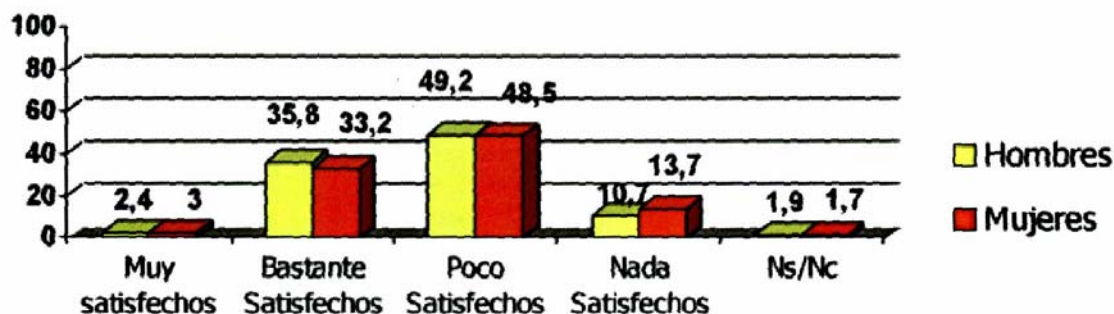
Gráfico 2 • Grado de satisfacción del encuestado



Si desagregamos los datos por sexos resulta curioso observar que las mujeres se muestran más críticas con el nivel de satisfacción tanto personalmente como cuando valoran la percepción general.

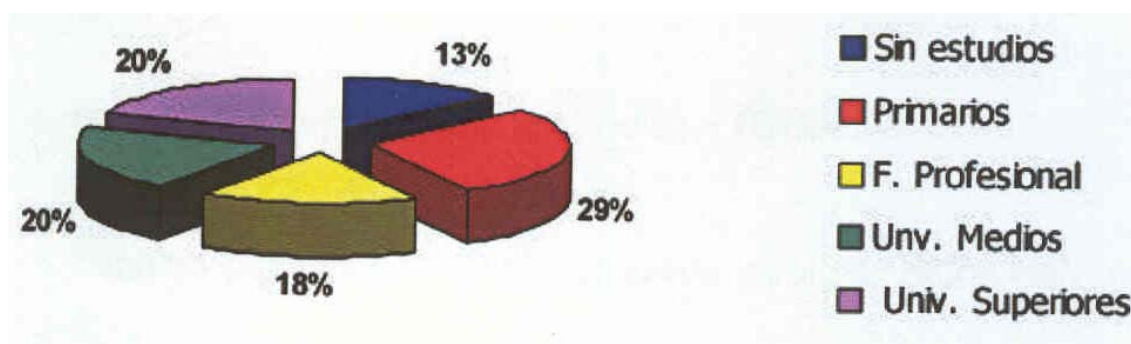


Grado de satisfacción de los españoles por sexo



Grado de satisfacción del encuestado por sexo

En cuanto a la variable de estudios, los de nivel universitario son los más críticos a la hora de la doble valoración, arrojando unos valores del 56% en la general y del 51% en la propia. En el otro extremo del arco los encuestados sin estudios tienen así mismo unos porcentajes muy elevados de insatisfacción.



4.2. PERCEPCIÓN DEL USUARIO DEL SECTOR UTILITIES.

Partiendo de los datos ofrecidos por los estudios elaborados por la Comisión Europea sobre la opinión de los consumidores ante los servicios de interés general³⁷, podemos observar como en el Eurobarómetro de 2002 aún se manifiesta la existencia de dificultades o imposibilidad de acceso a los servicios básicos de un importante porcentaje de los usuarios (el 8% en suministro eléctrico, el 9% para el suministro de agua, o el 21% para el de gas a título ilustrativo).

Su grado de insatisfacción también puede afirmarse que era elevado teniendo en cuenta el carácter básico de estos servicios, situándose entre el 15 y el 20% (16% en caso del gas, 18% en el del agua, 19% en la electricidad), a

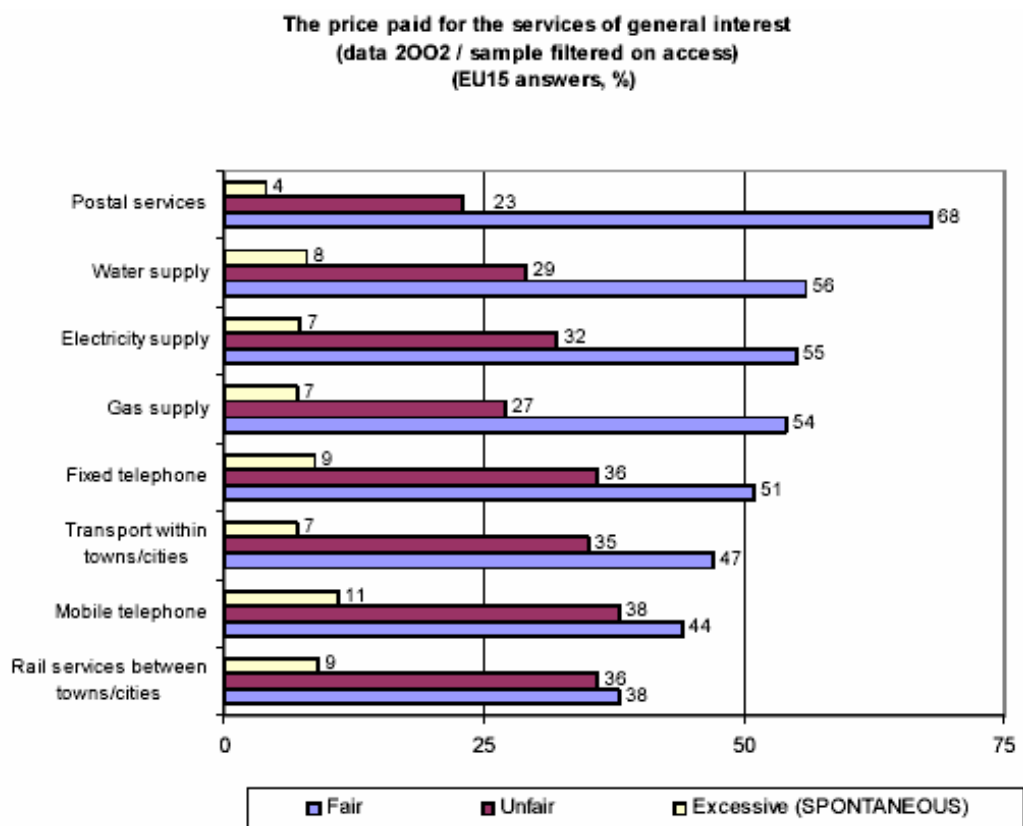
³⁷ Vid. Eurobarómetro 58. Edición Especial. Opinión de los consumidores sobre los servicios de interés general, Bruselas, 2002; Eurobarómetro, Precios y calidad de los servicios de interés general, septiembre de 2005; y Encuesta de satisfacción de los consumidores 2007, disponible en http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/serv_gen/cons_satisf/consumer_service_finrep_en.pdf

no demasiados puntos de los servicios que merecen mayor censura (transportes y telecomunicaciones con un 25 y 23%). En la última encuesta elaborada en 2006, la Comisión informa que España, junto con Eslovaquia, Grecia, Malta, Holanda, Portugal e Italia, se sitúa en el grupo de países en que los usuarios han manifestado una mayor insatisfacción con el suministro eléctrico que reciben. Tan solo un 42,7% de los usuarios encuestados se mostraron satisfechos con el servicio recibido, muy lejos del 81,6% de Lituania o de otros países como Austria (79,5%) o Dinamarca (78,9%).

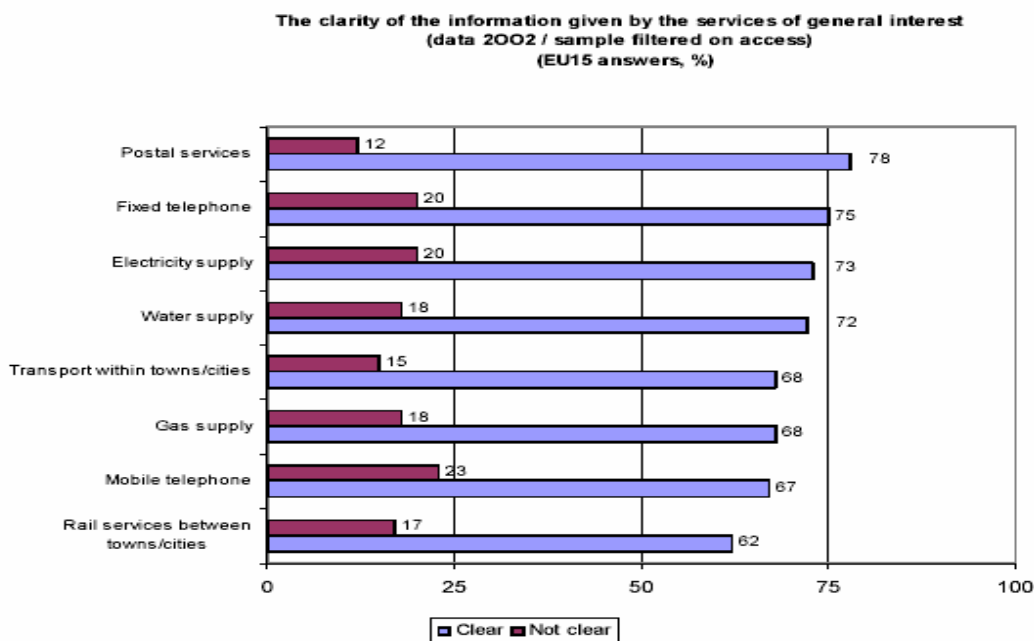
Los datos obtenidos corroboran que la percepción expresada es apreciación generalizada en la sociedad sin que resulte significativa la diferencia por sexo, ocupación, educación o edad.

En cuanto a la imagen de los suministradores de energía eléctrica, resulta también ilustrativo que destaque la Comisión Europea que en España tan solo el 35% de los usuarios tiene una visión positiva de ellos. Esto es menos de la mitad de países como Austria, Chipre, Luxemburgo o Irlanda.

Este descontento encuentra su máximo exponente cuando los europeos son preguntados acerca del precio que pagan por los servicios de interés general, disparándose hasta el 39% el porcentaje de usuarios insatisfechos con relación al suministro eléctrico.



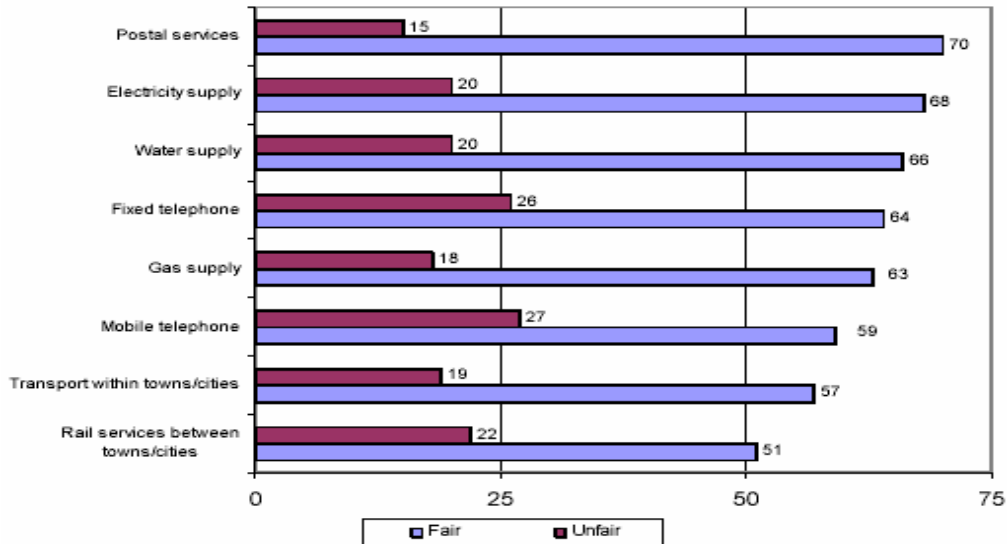
A la pregunta de la conformidad con la información recibida de sus proveedores de servicios de interés general, un 18% de los usuarios de gas y agua estaban disconformes con la recibida y en el caso de la electricidad este índice se elevaba al 20%.



Los contratos fueron considerados abusivos³⁸ en un porcentaje casi idéntico (18% en los contratos de gas y 20% en los de agua y electricidad).

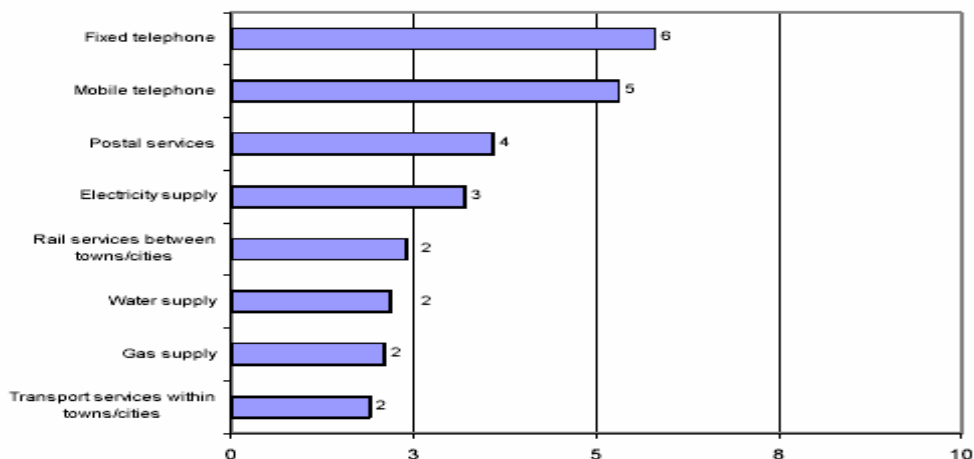
³⁸ Sobre la adecuación de los contratos en España a las condiciones generales de la contratación, vid. DIAZ MOLINA, J. *Los servicios de interés general y el derecho a la información*, CEACCU, 2000, pp.51-55.

The fairness of the contracts with the services of general interest
 (data 2002 / sample filtered on access)
 (EU15 answers, %)



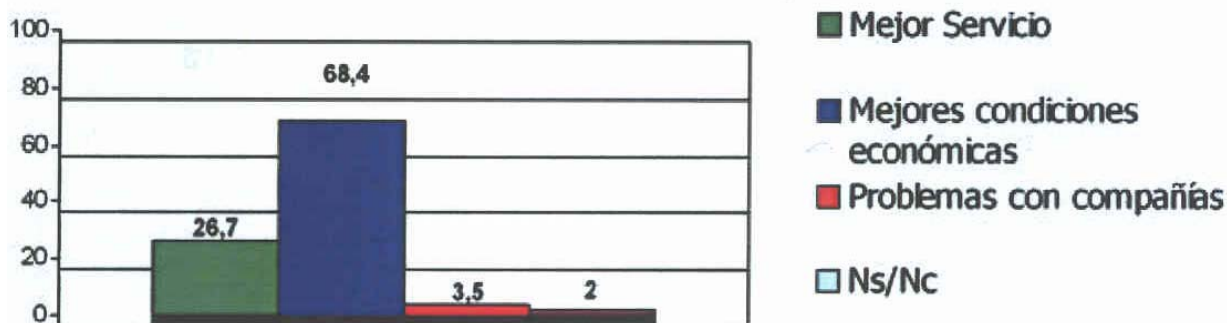
La percepción de los usuarios respecto de la atención de sus reclamaciones no alcanza el aprobado en prácticamente ninguno de los servicios, situándose en un vergonzante 2 sobre 10 los servicios de agua y gas y tan solo un punto por encima los de electricidad.

Processing of complaints, either with a complaint-handling body or
 with services of general interest provider
 (data for 2002 / total sample)
 (EU15 answers, %)



En un nuevo estudio sobre la opinión de los españoles ante los servicios de interés general estudio elaborado por CEACCU en 2004, se ofrecen datos armónicos con informes europeos, concluyéndose que un 63,7% de los encuestados manifiestan creer que los españoles no están satisfechos (poco o nada) con los servicios recibidos, aunque este porcentaje desciende a un 51,1% si les preguntamos por su percepción particular.

Finalmente al interrogar a los encuestados sobre las razones que les motivarían a cambiar de suministrador, un 68,4% manifestaron que mejores condiciones económicas y un 26,7% adujeron un mejor servicio.



En suma, de todos los servicios de interés general analizados por la Comisión Europea es el suministro eléctrico, junto con las telecomunicaciones y el transporte urbano, con los que los españoles se muestran más críticos y alejados del nivel de satisfacción medio europeo.

Examinados los datos de consultas y reclamaciones recibidas en el conjunto de las asociaciones de consumidores y usuarios integrantes del Consejo de Consumidores y Usuarios recogidos por el Instituto Nacional del Consumo respecto del último ejercicio cerrado y contabilizado (año 2007), observamos como el suministro eléctrico acaparó un total de 20.992 consultas y reclamaciones el pasado año lo que representa un 1,78% del total de las recibidas. Resulta sin embargo llamativo que contrastada esta cifra con la del ejercicio anterior se deduce que el sector ha experimentado un crecimiento del 181,63% en el número de consultas y reclamaciones tramitadas. Y esta cifra, no deja de ser extraordinariamente reducida si atendemos al número de incidencias padecidas por los usuarios lo que resulta expresivo ora del elevado nivel de resignación del usuario en este sector, ora de la inexistencia de mecanismos ágiles y eficaces de reclamación, que es lo más probable.

5. APROXIMACIÓN A LA PRÁCTICA FORENSE EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DEL SECTOR ELÉCTRICO: CONFLICTOS MÁS FRECUENTES.

La Ley 54/1997, de 27 de noviembre del Sector Eléctrico, constituye el marco regulatorio para un sistema eléctrico liberalizado que desde el 1 de enero de 1998, se ha completado en diferentes etapas hasta el 1 de enero de 2003 en que ha quedado completamente liberalizado. Esta norma nace fundamentalmente con tres objetivos

- a) El abaratamiento del suministro eléctrico.
- b) La mejora de la calidad del servicio eléctrico.

c) La ampliación de la oferta de los servicios energéticos y su adaptación a las necesidades del consumidor.

Culminado el proceso liberalizador, al menos formalmente, sin embargo el usuario lejos de percibir los beneficios propugnados por la nueva norma, percibe una intensificación de las deficiencias en la calidad del suministro, ve como las tarifas no se han reducido y el mercado continúa en las mismas manos que se encontraba antes de la liberalización.

En esta situación realizaremos una celerísima aproximación a la práctica forense en materia de protección de los usuarios del sector eléctrico, con exposición de los conflictos más frecuentes que plantean.

5.1. INTERRUPTIÓN DEL SUMINISTRO ELÉCTRICO Y DAÑOS IRROGADOS AL USUARIO COMO CONSECUENCIA DEL SUMINISTRO DEFECTUOSO.

El artículo 136 TRLGDCU contempla la electricidad junto al gas como *producto*. Y, conforme a lo dispuesto en el artículo 148 del mismo TRLGDCU, se someten al régimen especial de responsabilidad *los servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad*.

No es sencillo como demuestra la existencia de una profusa jurisprudencia vacilante establecer una clara distinción entre los supuestos de daños causados por la electricidad como producto y los generados por una defectuosa prestación del servicio. Y así, en tanto que los primeros podrán quedar sometidos al régimen especial de responsabilidad del Libro III del TRLGDCU, a los segundos les resultará de aplicación el resto de la norma general

En tal tesitura se halló la SAP de Almería (Sección 1ª), cuando a través de su Sentencia de 3 de mayo de 2000 el demandante demandó a la Compañía Sevillana de Electricidad por la descongelación de unos helados y rotura de determinados equipos informáticos, construyendo su acción sobre la responsabilidad del antiguo artículo 25 LGDCU, a lo que la suministradora opuso que en todo caso resultaría de aplicación la Ley de Responsabilidad Civil de Productos Defectuosos. La Sala, falló a favor de la actora, rechazando el argumento invocado por Sevillana de Electricidad, razonando que no se trata de un producto defectuoso, pues la energía no se suministró a perjudicado de modo defectuoso, sino que lo sucedido realmente fue la interrupción del suministro.

Con posterioridad la SAP de Granada (Sección 4ª), de 21 de febrero de 2003 o la de Barcelona (Sección 19ª) de 11 de noviembre del mismo año, concluyen que el hecho de que la electricidad permita ser considerada como producto defectuoso, no excluye la aplicación de la LGDCU, pues efectivamente no cabe pensar que el legislador quisiera recortar la protección

de los consumidores con una norma en que su Exposición de Motivos proclama que *ni el ámbito subjetivo de tutela ni el objetivo que contempla la Directiva coinciden con los de la LGDCU*. En consecuencia ambas Salas fallaron a favor de la aplicación de la responsabilidad objetiva cuando se trate de daños derivados de una defectuosa prestación del servicio de suministro eléctrico. En el mismo sentido se han pronunciado la SAP de Girona (Sección 2ª), de 7 de mayo de 2001, la SAP de Tarragona (Sección 3ª) de 27 de noviembre de 2002 o la de Jaén (Sección 3ª), de 7 de abril de 2003.

La SAP de Cáceres (Sección 1ª), de 30 de marzo de 2004, estima la demanda presentada por un usuario por los daños padecidos en su ordenador personal como consecuencia de una alteración en la tensión del fluido eléctrico y partiendo de la responsabilidad contractual y conforme a lo establecido en el artículo 1104 CC concluye que la empresa suministradora demandada debe responder de los daños causados al consumidor.

Resulta también reseñable la STS de 13 de diciembre de 2002, en la que la demandante ejercita una acción de incumplimiento contractual del contrato de suministro con base en el artículo 1105 CC y a pesar del intento del recurrente de atacar la aplicación del artículo 28 LGDCU –absuelto en primera instancia- tanto la AP como el TS se muestran firmes en la aplicación del citado precepto.

Tampoco ha de olvidarse que en supuestos en que entra en juego una actividad o servicio productor de riesgo según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS, Sala 1ª, de fechas 5 febrero 1996, 28 mayo 1996 y 26 mayo 2000 entre otras) si bien no se prevé la objetivización absoluta de la culpa, sí que se exige al agente causante del riesgo (estimando que lo son las empresas eléctricas) la adopción de medidas precautorias necesarias para evitar que se produzca el incidente perjudicial, de forma que si de la prueba practicada aparece acreditada la realidad del daño, se presume que fue por culpa de la empresa suministradora produciéndose de esta forma una inversión de la carga de la prueba sobre la adopción de todas las medidas necesarias para evitar el mal. En consecuencia, en caso de falta de prueba, sobre ella recaerán sus consecuencias desfavorables.

Sin embargo hallamos también resoluciones que colocan al usuario próximo a una prueba diabólica. Es el caso de la SAP de Castellón (Sección 1ª) de 4 de noviembre de 2003, en la que se desarrolla el siguiente razonamiento: *Si la relación de causalidad que constituye uno de los requisitos o elementos para que nazca la obligación de resarcimiento por culpa contractual al amparo del artículo 1.101 del Código Civil, ha darse un claro nexo entre la acción dolosa, culposa, morosa o en contravención con la obligación asumida por el demandado y el daño o perjuicio producido y sí, como establece la doctrina jurisprudencial citada, son elementos indispensables para el examen de la causa eficiente «el cómo y el porqué» se produjo el accidente (STS, Sala 1ª, de 2 de abril de 1996), el motivo examinado, al afirmar que no importa que el*

origen o la causa del daño fuera una u otra (alteraciones de fluido, idas o venidas de corriente, etc.) mientras conste acreditado por el actor el desperfecto o daño y su relación con la toma de corriente eléctrica claramente está abocado al fracaso, pues se queda sólo en el mecanismo físico que produjo los daños como es la misma electricidad, sin entrar a examinar «el porqué», o sea, la causa, razón o motivo del evento, la acción u omisión culposa o dolosa que dio lugar a tales daños eléctricos». En sentido opuesto y más reciente resulta ilustrativa la SAP de Madrid (Sección 12), de 13 de abril de 2008, cuyo parecer expresa Alía Ramos como se reproduce: “(...)el representante legal de la empresa de electricidad que revisó toda la instalación eléctrica existente en la vivienda y en el armario de la CGP con ocasión del siniestro, y viene a reconocerlo la demandada, cuya discrepancia se centra en el origen de dicha sobretensión que niega lo fuera en sus instalaciones eléctricas, declarando el representante legal de Coalna, S.A. que el suministro eléctrico estuvo interrumpido un par de horas y al volver la energía comprobaron la avería en los aparatos. Por tanto, han quedado acreditados los daños y su relación directa con la toma a la corriente eléctrica, existiendo nexo causal entre la alteración del suministro y el daño, con lo que el actor ha cumplido con la carga de su prueba, invirtiéndose para la entidad demandada apelada la de demostrar las causas de exoneración”.

En otro orden, la SAP de Sevilla (Sección 2ª), de 5 de marzo de 2002 o las de Huesca de 24 de noviembre de 1998 y 24 de junio de 1999, se decantaron en supuestos de daños causados a la maquinaria de un bar por una subida de tensión de la red eléctrica por la aplicación de la a LRCPD, razonando lo siguiente: *“Tratándose pues de daños causados por un producto defectuoso, la norma a aplicar es la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil por productos defectuosos, en cuyo artículo 2.2º incluye la electricidad dentro del concepto legal de producto, sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 25 a 28 LGDCU, al vedarlo expresamente la disposición final 1ª, por lo que en virtud del principio iura novit curia debe integrarse la acción ejecutada en el ámbito de dicha Ley. Esta se caracteriza, según se señala en la Exposición de Motivos por establecer un régimen de responsabilidad cuasi objetivo que tan solo se quiebra en los supuestos del artículo 6, que no se dan en el caso examinado, correspondiendo exclusivamente acreditar la relación de causalidad entre el defecto y los daños causados.*

Sea como fuere, lo cierto es que como atina la SAP de Málaga (Sección 5ª), de 28 de octubre de 2003, condensando la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, no hemos de hallar óbice alguno para acoger la yuxtaposición de acciones para el supuesto de que el usuario invoque unos u otros argumentos jurídicos. Merece ser reproducido su Fundamento Tercero: *No obstante, hay que tener en cuenta que la acción ejercitada por el demandante (fundamento de derecho V), es la de responsabilidad extracontractual prevista en el art. 1902 del CC, y en tal sentido hay que tener*

presente que nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de diciembre de 1999, que además parece escrita para el caso de autos ante un supuesto de responsabilidad por suministro defectuoso, que en ese caso lo era de gas, argumenta que «cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente, u optando por una u otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquéllos, todo ello a favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible», añadiendo esta Sentencia con cita en la STS 18 de febrero de 1997 desde la teoría de la unidad de culpa que: «sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia, por cambio de la causa de pedir, si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas. La "causa petendi" que con el "petitum" configuran la pretensión procesal se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico».

Cuestión distinta en el supuesto de reclamación por la interrupción del servicio es la acreditación del periodo en que efectivamente este ha acaecido. Sin olvidar el criterio de proximidad o facilidad probatorio del art. 217.6 LEC, parece que será preciso un complejo esfuerzo por el usuario si atendemos a algunas resoluciones que trasladan la carga de la prueba en este sentido al actor. Así se deduce del pronunciamiento de la SAP de Sevilla (Sección 5ª), de 6 de marzo de 2000, cuyo fundamento expresa: *“correspondiendo a la parte actora la carga de la prueba del tiempo en que estuvo privada del suministro eléctrico por causa imputable a la entidad demandada, la prueba testifical aportada por la parte actora se considera insuficiente para acreditar el tiempo de interrupción, que aparece acreditado, con mayor fiabilidad, por los informes y documentos aportados por la sociedad demandada y averados mediante la prueba testifical correspondiente”.*

Ligado al valor de la prueba documental de la empresa suministradora y el posible valor atenuado del usuario se pronuncia en sentido adverso y favorable a los intereses del reclamante la SAP de Madrid (Sección 13), de 22 de enero de 2004, en la que rechaza el documento unilateral de parte de la compañía eléctrica con el siguiente argumento: *“De las declaraciones testificales en la vista del perito y de la empresa que efectuó la reparación de la cámara frigorífica siniestrada Don Luis Carlos resulta la atribución de la avería a una sobretensión de la energía suministrada por Iberdrola S.A. Esta compañía introduce en el procedimiento una contraprueba, cual es que el día del siniestro no se produjeron incidencias en la línea que suministraba*

electricidad al local del Sr. Carlos Francisco y que ningún usuario de esa línea denunció irregularidades de suministro, mas esa contraprueba se manifiesta a virtud de la declaración de un empleado de la demandada y se juzga insuficiente, ya que la duda que con la misma se pretende establecer debió la demandada, y pudo hacerlo, introducirla en el proceso con medios cognoscitivos ajenos a la empresa. No es que se pida a la demandada que pruebe que no ocurrió algo que no ocurrió, como ella aduce en su recurso, sino que se juzga su intento de acreditar el contraindicio débil y manifestado en la propia empresa, luego cuestionable e inseguro, cuando otras pruebas habilitan para tener por justificada en lo bastante la causa del siniestro”.

Por lo que respecta al tradicional planteamiento de fuerza mayor por parte de las empresas suministradoras ante cualquier tipo de inclemencia climatológica, al igual que ya haya sucedido en otros campos como es el relativo a los viajes combinados –SAP de Burgos (Sección 3ª), de 2 de junio de 2000 o SAP de Cantabria (Sección 4ª) de 7 de noviembre de 2007- se ha desechado este argumento como exonerador de la responsabilidad de la empresa suministradora. Así la SAP de Vizcaya (Sección 5ª) de 22 de mayo de 2001, manifestó que una tormenta con aparato eléctrico no constituye un supuesto de fuerza mayor. Y también siguiendo el mismo parecer la SAP de Girona (Sección 2ª), de 7 de mayo de 2001, rechazó la excepción planteada por la suministradora al alegar la adhesión de la nieve a los cables (fenómeno denominado “nieve adherente”), puesto que al ser conocido por la empresa debería haber adoptado los medios técnicos necesarios para evitarlo. Finalmente, la STS de 13 de diciembre de 2002, rechaza también el argumento de Hidroeléctrica de L'Empordà al pretender exonerar su culpa en las inundaciones provocadas por la lluvia por mucho que llegara a 85 centímetros de altura.

De cualquier modo en cuanto a la carga de la prueba de la causa extintiva, como recuerda la AP de Segovia (Sección Única) a través de sus Sentencias de 21 de octubre de 1999 o de 14 de febrero de 2000, *“no incumbe probar al actor, como pretende el recurrido, que la empresa suministradora actuó con negligencia, sino por el contrario corresponde a la recurrente demandada, justificar, en cuanto hecho extintivo o suspensivo de la obligación de suministro continuo de energía: a) Que la interrupción en el suministro tuvo su origen en avería producida por fuerza mayor. b) Que las instalaciones eléctricas (incluidas las de propiedad particular sobre las que tiene obligación de supervisión) se encontraban en adecuado estado”*

5.2. SOBREFACTURACIÓN POR EXCESO DE POTENCIA.

Tampoco resulta extraña la contratación con el abonado de una potencia superior a la que sus transformadores o instalaciones pueden suministrar, con

la correspondiente facturación excesiva en concepto de *potencia*. Dicha práctica al margen de la sanción que pudiera resultar merecedora desde la Administración de Consumo, supone el quebrantamiento del deber de información que incumbe a la empresa tanto por el artículo 103.2.G) del Real Decreto 1955/2000.

Por esta razón la STS de 20 de abril de 1999 (Sala 3ª) condena a la operadora a indemnizar al usuario en la medida de lo indebidamente facturado. Lamentablemente en este supuesto se echa en falta la existencia de unos daños punitivos específicos que trasciendan de la mera obligación del suministrador de devolver aquellas cantidades que ha venido percibiendo de modo injusto.

5.3. TRANSMISIÓN *AD INFINITUM* POR LAS EMPRESAS SUMINISTRADORAS DE LAS DEUDAS GENERADAS POR UN USUARIO. VINCULACIÓN LOCATIVA DE LA DEUDA COMO ÓBICE A LA SUSCRIPCIÓN DE NUEVA PÓLIZA DE ABONO.

Otro de los aspectos casi fascinantes de nuestra realidad cotidiana por asemejarse más a conductas propias del medioevo y anteriores a nuestra Codificación resulta la negativa por parte de las empresas suministradora de energía eléctrica a suscribir póliza de abono a un solicitante, nuevo propietario o arrendatario de una vivienda, cuyo anterior titular era moroso en el pago de la facturación. Esto es se pretende la traslación de la deuda personal de un sujeto privado a quien pueda ocupar el inmueble en un futuro. Más allá de la traslación de deudas en vía hereditaria con aceptación pura y simple de la herencia, resulta inaudito tal proceder en nuestro derecho. La citada conducta al margen de la prohibición expresa recogida por la Condición General 1ª, apartado 3º, del Reglamento de Verificaciones, resulta rayana cuando menos a la falta de coacciones en el ámbito penal, máxime operando sobre un servicio básico cual es el suministro eléctrico y aprovechándose de una situación de manifiesta necesidad para el usuario.

En cualquier caso, también ha sido sancionada por nuestro Tribunal Supremo a través de su Sentencia de 24 de febrero de 2000 (Sala 3ª).

5.4. DISCONFORMIDAD DEL USUARIO CON LA FACTURACIÓN.

La 32ª Condición General de la póliza de abono aprobada por el Real Decreto 1725/1984, de 18 de julio³⁹, dispone que las reclamaciones, discrepancias, dudas e interpretaciones de las condiciones del suministro y cuanto se relaciona con esta póliza serán resueltas administrativamente por el organismo competente de la Administración Pública en cuyo territorio se efectúa aquél, contra cuya resolución pueden entablar recurso de alzada las

³⁹ BOE nº 230, de 25 de septiembre de 1984.

partes interesadas, en el plazo de quince días, dicha resolución agotará la vía administrativa. Independientemente de lo anterior, corresponde a los Tribunales de Justicia, del lugar en que se efectúe el suministro, intervenir en todas las cuestiones propias de su jurisdicción, a instancia de parte interesada.

De ello ha de deducirse como ya hemos sostenido en ocasiones anteriores en supuestos similares que planteada la reclamación administrativa no corresponde a la empresa suministradora proceder a ninguna resolución unilateral sobre la misma en tanto no se obtenga el pronunciamiento del órgano administrativo competente.

5.5. DE LA LEGITIMACIÓN Y DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RECLAMACION.

Resultan también conocidos por nuestros Tribunales la pretensión de las compañías suministradoras de evadir su responsabilidad en caso de reclamación bien oponiéndose a la legitimación que pudieran ostentar terceros no titulares del contrato, bien reduciendo el plazo de prescripción de la acción del perjudicado por vía del artículo 1968.2 CC, enlazando este precepto con la responsabilidad extracontractual. Por fortuna la SAP de Madrid (Sección 25), de 8 de mayo de 2007, resulta contundente. Este es su parecer:

Con esa premisa fáctica calificar la conducta de la suministradora como de responsabilidad extracontractual, artículo 1902, con el consecuente período de prescripción de un año contenido en el artículo 1968.2 del CC es de todo punto inadmisibile. En efecto, siendo el contrato de suministro que justifica la prestación sinalagmática por la entidad codemandada de naturaleza análoga a la compraventa, aunque con particularidades autónomas en función de la prestación periódica de carácter previsor y la liquidación de cuentas consecuente con lo suministrado a efectos de determinación del importe correspondiente de abono, es incuestionable la naturaleza jurídica contractual de la obligación que asume la suministradora a cambio de precio estando así obligada a responder de los posibles daños y perjuicios en consonancia con el artículo 1101 del CC, no pudiendo entenderse respecto de la demandante suministrada como un tercero ajeno a la relación jurídica que justifica su prestación y suministro, a efectos de aplicación del artículo 1902 del CC, ya que no negada la obligación de suministro asumida por la entidad codemandada que opuso la prescripción, resulta de todo punto inadmisibile que se pretenda, por exclusión, ante la falta de citación de preceptos en el escrito de demanda que justifiquen la pretensión contra ella dirigida, ubicar los hechos en la pretensión jurídica que más le beneficia a efectos de apreciar la prescripción invocada, de todo punto inaceptable en consonancia con el artículo 218.1 párrafo segundo de la LEC, que faculta al tribunal a resolver conforme a las normas aplicables al caso aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes, siendo incuestionable el efectivo interés

legítimo como perjudicada de la demandante en cuanto perceptora de la prestación y suministro al que se atribuye la causalidad del efecto dañoso en relación al cumplimiento de su obligación contractual por la codemandada, bien derivado de la relación contractual por ella concertada con la suministradora codemandada en consonancia con lo estipulado en el contrato de arrendamiento suscrito con la arrendadora codemandada, folio 10, en que se indica que la demandante será la que contrate dichos suministros, bien se tome la posición de la actora como receptora del suministro debido por la relación contractual que obliga a la suministradora codemandada.

En base a lo expuesto no debió ser admitida la prescripción opuesta al no resultar de aplicación el artículo 1902 del CC, estando sujeta la acción ejercitada al amparo del artículo 1101 del CC, al no tener un plazo especial de prescripción, a los quince años a que se refiere el artículo 1964 del mismo texto legal.

6. CAUCES DE RECLAMACIÓN Y PUNTOS CRÍTICOS DE LOS MISMOS PARA LA EFICAZ DEFENSA DEL USUARIO.

6.1. ESPECIAL NECESIDAD DE LA ACCIÓN TUITIVA DE LA ADMINISTRACIÓN SOBRE LOS USUARIOS DEL SECTOR ELÉCTRICO.

Si bien desde una perspectiva estrictamente teórica cabe imaginar un sistema de protección de los consumidores construido exclusivamente sobre normas de Derecho privado tal y como propugna MALARET I GARCÍA⁴⁰, o alguna como *ultima ratio* asentada sobre el Derecho Penal, no cabe duda que dicha técnica resultaría claramente insuficiente o inviable para asegurar la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios, según razonan REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO⁴¹.

Por esta razón, y a pesar de la posibilidad de intervención de las asociaciones de consumidores y usuarios, incluso en defensa de los intereses colectivos o difusos de los usuarios, en un mercado cada vez más tecnificado y complejo, se hace insustituible la intervención administrativa como contrapeso de la debilidad de los usuarios.

Junto a otras posibles formas de intervención administrativa en defensa de los consumidores y usuarios, cuales son las actividades de *fomento* o *servicio público*, la que mayor importancia denote probablemente y la que ha de centrar nuestra atención por razón del estudio de las diversas vías posibles de reclamación para el usuario, es la actividad de *limitación*. La actividad de

⁴⁰ MALARET I GARCÍA, E. *Régimen jurídico administrativo de la reconversión industrial*, Barcelona, 1991, p. 70

⁴¹ REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. *Manual de la Inspección de Consumo*, Madrid, 1998, p. 16.

limitación, consecuencia del *imperio* que reviste a la administración, supone en definitiva la posibilidad de imponer restricciones, deberes o cualquier otra forma de ordenación coactiva de las conductas privadas. Es decir, a través de la actividad de limitación, la administración señalará al empresario cual es la conducta correcta y cual es la prohibida, vigilando el cumplimiento de las pautas establecidas y en caso de detectar alguna contravención, imponiendo las medidas coactivas necesarias para su cumplimiento y cesación.

Este argumento explica la existencia de una abundante normativa tuitiva de los consumidores y usuarios, de evidente tinte *iuspublicista*, desde directivas, reglamentos y decisiones comunitarias, hasta la propia Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU en lo sucesivo), que sin perjuicio de su carácter multidisciplinar, presenta un claro corte administrativo conforme concluye nuestro Tribunal Supremo (SSTS de 25 de junio de 1996; 19 de septiembre de 1996) y reproducen, entre otras, las Audiencias Provinciales de Valencia (SAP Valencia 9 de febrero de 2000), Madrid (SAP Madrid de 5 de febrero de 2000), Santa Cruz de Tenerife (SAP Santa Cruz de Tenerife de 15 de enero de 2000), Vizcaya (SAP Vizcaya de 9 de febrero de 2001) o Asturias (SAP Asturias de 7 de junio de 2001).

Si la protección administrativa tiene su sobrada justificación para el conjunto de bienes y servicios, esta necesidad de tutela se halla singularmente reforzada cuando nos referimos al suministro eléctrico. Por una parte, hemos defendido su carácter de servicio público, cuya vigencia reivindicamos apasionadamente. Por otra no debe olvidarse que conforme a lo dispuesto también en el RD 1507/200, de 1 de diciembre, por el que se actualiza los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 2 apartado 2 y 11 apartados 2 y 5, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, los servicios de suministros de agua, gas, electricidad y calefacción, se hallan incluidos en el apartado C, 1 del meritado anexo I del Catálogo.

6.1.2. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS DEL SECTOR ELÉCTRICO.

Frente al escaso interés, o escasas posibilidades, manifestado por las administraciones responsables de energía en desplegar un adecuado manto protector de los intereses de los usuarios y su ínfima actividad inspectora, incapaz de despertar el temor del más medroso de las todopoderosas mercantiles del ramo, deben intervenir otras administraciones con mayor severidad.

No debe olvidarse que según señala SARA ALVAREZ RODRIGUEZ⁴², el control general de todos los productos y servicios puestos en el mercado destinados directamente al consumo recae bajo la responsabilidad de la inspección de consumo, correspondiendo en consecuencia la gestión de dicha actividad de control a las Administraciones de Consumo.

Conforme a la estructura organizativa del Estado español, el control en materia de consumo, habrá de realizarse a través de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Administraciones Locales. Sin ánimo de extendernos en un análisis pormenorizado del reparto competencial en materia de consumo, y sin perjuicio de las funciones encomendadas al Instituto Nacional del Consumo a través de sus Subdirecciones Generales de Normativa y Arbitraje y de Calidad o de las competencias atribuidas ex art. 40 TRLGDCU a la Conferencia Sectorial de Consumo, lo cierto es que son en el actual marco de desarrollo constitucional las Comunidades Autónomas las encargadas de velar de modo más directo por la tutela de los consumidores y usuarios.

Corresponde en definitiva a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, ya sea por vía estatutaria, ya sea en el caso de otras Comunidades a través de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de Transferencia de Competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la Autonomía por la vía del Artículo 143 de la Constitución⁴³ y los Reales Decretos de transferencia en materia de disciplina de mercado y de defensa del consumidor y usuario las siguientes funciones de control del mercado:

- a) La inspección y control de los productos y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios en cuanto a su seguridad y posibles alteraciones, adulteraciones o fraudes económicos.
- b) La inspección y control de las transacciones comerciales, condiciones técnicas de venta y precios en cuanto afectan a los productos y servicios puestos a disposición del consumidor.
- c) La inspección y control del cumplimiento de la normativa que regula la normalización de bienes y servicios, así como la documentación que debe existir y las condiciones de venta o suministro.
- d) La adopción de medidas correctoras, cautelares y sancionadoras ante las infracciones administrativas en las materias anteriormente citadas.

⁴²ALVAREZ, RODRIGUEZ, S. *Las administraciones de consumo y el control de mercado*. En [UNE: Boletín de la Asociación Española de Normalización y Certificación](#). Año 2000. N. 146 Pág. 26 a 31.

⁴³BOE núm. 308, de 24 de diciembre de 1992.

Junto a las autoridades de consumo no puede soslayarse el compromiso que mantiene la Comisión Nacional de la Energía, organismo de regulación independiente, creado por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, encargada de velar por la competencia efectiva en los mercados energéticos, y por su objetividad y transparencia en beneficio de todos los sujetos que operan en el sistema y de los consumidores.

6.1.3. LA LIQUIDACIÓN DEL DAÑO *INTER PRIVATOS* EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

La liquidación de daños entre particulares ha sido considerada tradicionalmente una cuestión restringida al derecho privado, sin que por parte de la Administración cupiera intervención de ningún tipo más allá, en el mejor de los casos, de su actividad sancionadora, que no lograba satisfacer el interés del perjudicado.

En la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios puede observarse sin embargo una concurrencia entre el interés particular del perjudicado que ha padecido un daño y el propio interés público orientado a la salvaguarda del buen funcionamiento del mercado y el respeto general a los derechos de los consumidores, cuya tutela se encomienda también a los poderes públicos por mandato constitucional.

6.1.3.1. DE LA CAUSACIÓN DEL DAÑO Y SU REPARACIÓN.

6.1.3.1.1. FUGAZ SÍNTESIS EVOLUTIVA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

La imposición de un sistema de reparación del daño ha sido una constante histórica de nuestro derecho.

Remontándonos a la época del Senado Republicano del siglo V a.C. encontramos ya los primeros referentes en la Ley Decenviral o Ley de las XII Tablas (*lex duodecim tabularum*)⁴⁴. La protección de los caminos públicos, montes y aguas también ha sido una constante histórica desde el Digesto romano⁴⁵ al Ordenamiento de Alcalá de 1348⁴⁶. Y, en Las Partidas del Rey Sabio, se percibe con nitidez el principio general de reparación del daño derivada de responsabilidad personal⁴⁷.

Por lo que atañe a la búsqueda directa de precedentes próximos a la protección del consumidor o usuario, resulta interesante la preocupación que

⁴⁴ La Tabla VIII establece la obligación de reparación del daño. Así a título ilustrativo dispone que deba ser reparado el perjuicio por quien por negligencia incendiare una construcción o un depósito de grano situado junto a una casa o por el impúber que por la noche pastase o segase mieses ajenas.

⁴⁵ Vid. Libro 43, Título VII-X.

⁴⁶ Vid. Ley 49, Título XXXII.

⁴⁷ Vid. Partida Séptima, Título XV. *De los daños que los hombres o las bestias hacen en las cosas de otro de cual naturaleza quiera que sean.*

denota la Novísima Recopilación⁴⁸ en la tutela de la salud pública, tanto en su aspecto preventivo como sanatorio de los daños generados, ordenando la reparación de los perjuicios que causan a la salud las vasijas de cobre, el plomo de los estañados, las de estaño con mezcla de plomo, etc.

No obstante los antecedentes apuntados, es sin duda en la denominada *protección del dominio público*, tal y como advierte FONT I LLOVET⁴⁹, en la que se desarrolla con mayor convicción a lo largo del siglo XIX, la potestad sancionadora administrativa ligada a la imposición al infractor de la obligación de reparación del daño. De este modo, aún no existiendo en esta época una conciencia ecologista, se intensifica la protección del medio ambiente, fundamentada realmente como concluía MUÑOZ MACHADO⁵⁰, en la tutela de la sanidad pública. Observamos así, que si bien la gestación de un sistema de reparación del daño se ha consolidado en nuestro derecho administrativo, esta siempre ha estado ligada a la tutela de bienes públicos o intereses generales (montes, minas, aguas, caminos, salud pública...). Es por ello por lo que la reparación del daño ligado a una infracción concreta de consumo que tenga como perjudicado un consumidor individual determinado, ha encontrado mayores dificultades en nuestra práctica administrativa. Probablemente la razón estriba en una insuficiente evolución del concepto de tutela de los intereses de los consumidores y buen funcionamiento de mercado, que aún no ha alcanzado satisfactoriamente en sede política o administrativa, pese a nuestra privilegiada previsión constitucional, el grado de madurez deseable, sin desdeñar otros obstáculos como la propia reticencia de muchos servidores públicos a ver incrementada su carga de trabajo. No en vano tampoco debe olvidarse que, con frecuencia, cuando nos referimos a lesiones de intereses económicos o sociales de consumidores y usuarios la reducida cuantía económica del litigio en relación a las dificultades que puede entrañar afrontar un procedimiento judicial desalienta a los afectados a perseverar en su reclamación.

Puede afirmarse así que existe una distinción entre lo que podríamos denominar bienes o derechos jurídico-públicos en los que la Administración se presenta directamente como su titular (bienes del demanio o patrimonio público) y bienes jurídico públicos de titularidad social para cuya tutela se ha cedido una parte de la soberanía a la Administración (urbanismo, seguridad, salud pública, consumo...). Sobre estos últimos se mantienen aún, poderosas reservas para extender la potestad sancionadora de la mera imposición de una sanción pecuniaria favorable al erario público -que aún trascendente para el interés general, para el administrado individual que ha resultado dañado se percibe insatisfactoria-, a la reposición o indemnización del perjuicio generado al usuario afectado.

⁴⁸ Vid. Libro III, Título XI, Ley VI.

⁴⁹ FONT I LLOVET, "La protección del dominio público en la formación del Derecho administrativo español: potestad sancionadora y resarcimiento de daños" en *Revista de Administración Pública*, nº 123, 1990, pp. 7-81.

⁵⁰ MUÑOZ MACHADO, S. *La sanidad española (Evolución histórica y situación actual)*, Madrid, 1975.

Superar la idea de perjuicio individual sobre un consumidor por una infracción de consumo hasta alcanzar la convicción de que tras ella se dañan los intereses generales cuya tutela está atribuida a los poderes públicos, es quizá uno de los eslabones necesarios para asentar en el ámbito administrativo consumerista la ansiada liquidación de daños en el marco del procedimiento administrativo.

6.1.3.1.2. APROXIMACIÓN A LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL DAÑO.

Si bien nuestro repertorio jurídico actual, a diferencia de otros como el austriaco⁵¹, no enuncia de modo expreso el concepto de daño, de deseable construcción según impetra ALPA⁵², la definición recogida en las Partidas mantiene todas las notas esenciales necesarias para sostener su vigencia al referirse a este como: *el empeoramiento o menoscabo o destruimiento que hombre recibe en sí mismo e en sus cosas por culpa de otro. E son tres maneras. La primera es cuando se empeora la cosa por alguna otra que mezclan o por otro mal que hace. La segunda cuando se mengua por razón del daño que hacen en ella. La tercera es cuando por el daño se pierde o se destruye la cosa del todo*⁵³.

LARENZ⁵⁴ en su ya clásica definición conceptúa el daño como *el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio*. Para SANTOS BRIZ⁵⁵, daño es *todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica que sufre una persona y del cual ha de responder otra*. Y, MORENO QUESADA⁵⁶, en términos similares conceptúa el daño como *el menoscabo producido en un interés legítimo, de carácter personal o patrimonial, de las personas*.

Profundizando en el objeto de nuestro estudio hemos de advertir que no todo daño generará en el lesionado un derecho a la reparación o resarcimiento. Así, razona NAVEIRA ZARRA⁵⁷ que deben concurrir las siguientes circunstancias extrínsecas en la causación del daño para que este pueda ser objeto de reclamación:

1ª) Que el daño lesione un interés humano.

⁵¹ El Código Civil austriaco (art. 1293) define el daño como todo perjuicio causado a alguien en su persona, derechos o patrimonio.

⁵² ALPA, G. *Trattato di diritto civile IV –La responsabilità civile-*, Milán, 1999, p. 606.

⁵³ Partida Séptima, Título XV, Ley I. *Qué cosa es daño e cuántas maneras son de él*.

⁵⁴ LARENZ, K. *Derecho de obligaciones (V.II)*. Madrid, 1978, p. 193.

⁵⁵ SANTOS BRIZ, J. *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*. Madrid, 1989, p. 140.

⁵⁶ MORENO QUESADA, B. y TRUJILLO, I. *Derecho civil patrimonial, concepto y normativa básica*. Granada, 1995, p. 461.

⁵⁷ NAVEIRA ZARRA, M.M. *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid, 2006, p. 41.

- 2ª) Que el hecho dañoso sea imputable a una persona distinta al titular del interés lesionado.
- 3ª) Que el daño pueda calificarse como antijurídico, por haber recaído sobre un interés que el ordenamiento considere digno de protección o tutela jurídica.
- 4ª) Que el daño sea cierto, tanto en su existencia como en su cuantía.
- 5ª) Que el daño resulte probado por quien lo alega.

Delimitadas las notas esenciales que pueden componer nuestra noción jurídica de daño resarcible, conviene apuntar también que a pesar del amplísimo casuismo que pueden presentar los daños, tal y como señala VICENTE DOMINGO⁵⁸ todos ellos pueden ser reconducidos a la tradicional clasificación de daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales.

Sin ánimo de descender a un estudio pormenorizado de las convencionales clasificaciones de los daños, es clásica ya la subdivisión de los daños patrimoniales o materiales, entendiéndose por estos los evaluables económicamente por referencia al valor que el bien dañado tiene en el mercado cuando este se ha dañado. Así los daños patrimoniales, aquellos tradicionalmente derivados del artículo 1106 CC (*la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida sufrida, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor*), se clasifican a su vez en *daños emergentes* y *lucro cesante*. Por su parte, dentro de los daños extrapatrimoniales o no materiales comprenderíamos los daños corporales y los daños morales.

En el supuesto de daños causados a la Administración o a bienes jurídico-públicos, la Administración, en uso del tan cuestionado régimen de autotutela administrativa, distanciándose, tal como tacha GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ⁵⁹, de la jurisdicción civil y de las pautas características del Derecho común, es capaz no solo de imponer a quien identifica como responsable de los daños de modo ejecutivo la sanción que correspondiera por la comisión de la infracción administrativa en que hubiera podido incurrir, sino también las medidas que éste deba adoptar para la reparación efectiva del daño causado.

6.1.3.1.3. REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO.

La reparación del daño constituye la finalidad esencial de la responsabilidad civil derivada del conocido artículo 1902 CC (*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*) y que también en sede administrativa encuentra su correlativa previsión en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26

⁵⁸ VICENTE DOMINGO, E. en VVAA (REGLERO CAMPOS, L. –Coordinador–), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Cizur Menor, 2002, p. 217.

⁵⁹ GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S. *La reparación de daños causados a la Administración*. Barcelona, 1998, p. 61.

de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

Acaecido un hecho dañoso ajeno a la intervención de la víctima que lo padece y que ésta no tenga el deber jurídico de soportar, el principio general tal y como apuntan GARCIA ENTERRIA y FERNÁNDEZ⁶⁰ es que la indemnización debe dejar “indemne” a la víctima del daño injusto, debe procurar una reparación integral del detrimento que dicho daño ha supuesto para su patrimonio, debe restituir éste en su pleno valor anterior al suceso dañoso, cubriendo por tanto todos los daños y perjuicios sufridos en cualquiera de sus bienes y derechos. La víctima de un daño ha de quedar, como afirma ROCA TRÍAS⁶¹, indemne de las consecuencias jurídicas que éste produce, de donde se deduce que del perjuicio nace la obligación jurídica de indemnizar. Es célebre ya en este sentido la STS de 2 de febrero de 1980 al proclamar el *principio capital de indemnidad o de reparación integral, que supone la cobertura de todos los daños y perjuicios sufridos*.

La indemnización debe por tanto resarcir al afectado, según se ha expuesto desde el punto de vista de los daños patrimoniales, tanto por el daño emergente como por el lucro cesante a consecuencia del hecho dañoso. Así se ha pronunciado también de modo reiterado nuestra jurisprudencia (SSTS 21 de junio de 1988; 17 de noviembre de 1990; 19 de diciembre de 1989). A su vez, aunque indudablemente pueda presentar más dificultades probatorias el usuario afectado podrá reclamar la indemnización por los daños morales padecidos, que aún de compleja y reciente asunción por nuestros tribunales según reflexiona MARCOS OYARZUN⁶², cuya introducción sitúa en 1972 en el conocido caso de «los novios de Granada»⁶³, van permeabilizando en sede judicial. La situación básica para el reconocimiento de un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (STS de 22 de mayo de 1995, STS de 19 de octubre de 1996, STS de 27 de septiembre de 1999, entre otras). La reciente jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (STS de 23 de julio de 1990), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (STS de 6 de julio de 1990), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (STS de 22 de mayo de 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (STS de 27 de enero de 1998), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (STS de 12 de julio de 1999).

⁶⁰ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo II*. Madrid, 1995, p. 408.

⁶¹ ROCA TRIAS, E. *Derecho de daños*. Valencia, 2000, p. 88.

⁶² MARCOS OYARZÚN, F.J. *Reparación integral del daño. El daño moral*. Barcelona, 2002, p. 85.

⁶³ En 1967 un enfermo mental del Hospital de San Juan de Dios, dependiente de la Diputación Provincial de Granada, se arroja por una ventana, causando con su caída la muerte de un viandante y lesiones a su novia. La AT de Granada en primer lugar y el TS después otorgan la razón a los recurrentes (novia lesionada y padres del novio fallecido), reconociendo el daño derivado de *la pena que produce la pérdida de un ser querido entre sus familiares y las personas en trance de serlo*.

Sin duda la indemnización por daños morales puede tener un valioso filón en pequeños litigios de consumo, en los que como hemos señalado, a pesar de la cuantía relativamente reducida que pueda suponer la contratación del bien o servicio del que deriven los daños, el incumplimiento del mismo puede ocasionar un auténtico calvario o situación de angustia para el afectado. Buena prueba de ello es la creciente aceptación de los daños morales derivados de incumplimientos o cumplimientos defectuosos de contratos de transporte aéreo (vid. STS de 31 de mayo de 2000) u otros sectores cotidianos como el de las telecomunicaciones o el sector eléctrico en los que la indebida privación de su uso o inclusión de los usuarios afectados en ficheros de solvencia patrimonial en determinados casos puede generar esa situación de impotencia o inquietud. El artículo 128 TRLGDCU al establecer las disposiciones generales en materia de responsabilidad por bienes o productos defectuosos ya advierte a título ilustrativo que *Las acciones reconocidas no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar.*

Con relación a la carga de la prueba sobre los daños morales, presenta múltiples posibilidades, sobre todo como reconoce nuestro alto Tribunal por la variedad de circunstancias en que puede producirse. Así se explica que sostenga nuestro Tribunal Supremo que la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (STS de 21 de octubre de 1996), o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (STS de 15 de febrero de 1994), o que la existencia de aquél no depende de pruebas directas (STS de 3 de junio de 1991). Lo normal es que no sean precias pruebas de tipo objetivo (STS de 23 de julio de 1990, STS de 29 de enero de 1993, STS de 9 de diciembre de 1994 o STS de 21 de junio de 1996, entre otras), sobre todo en relación con su traducción económica, y que haya de estarse a las circunstancias concurrentes (STS de 29 de enero de 1993 y STS de 9 de diciembre de 1994). Cuando el daño moral depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la *in re ipsa loquitur*, o cuando se da una situación de notoriedad (STS de 15 de febrero de 1994 y STS de 11 de marzo de 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria.

A pesar de todos los esfuerzos resarcitorios, hemos de coincidir con la reflexión de MENDIZÁBAL ALLENDE a la que también se adhirió JIMENEZ DE PARGA Y CABRERA expresada en el voto particular formulado a la STC 181/2000, de 29 de junio. Según advierte Don Rafael, no hay más reparación total que la «*restitutio in integrum*» cuando resulta viable. Sin embargo, para todos aquellos casos en que resulte imposible la reparación *in natura* hemos de buscar esa fantasía como mal menor, que aún siendo incapaz de mitigar el

daño moral padecido, dulcifique sus efectos mediante la expresión de un quantum.

6.1.3.2. EXIGENCIA DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN CUANTO A LA LIQUIDACION DEL DAÑO.

Con carácter general ha de recordarse que por aplicación de los principios de legalidad y tipicidad consagrados en los artículos 127 y 129 de la LRJAP-PAC, la potestad sancionadora sólo podrá ser ejercida cuando expresamente haya sido reconocida por una norma con rango de Ley con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y para la comisión de aquellos supuestos que estén expresamente previstos como infracción, sin que quepa en ningún caso su aplicación analógica. El Título IX LRJAP-PAC desarrolla los principios y procedimiento de la potestad sancionadora.

La norma general del procedimiento administrativo ha de complementarse a su vez con la regulación ofrecida por el Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria⁶⁴. A su vez, ha de tenerse presente la previsión impuesta por la Disposición Final Cuarta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios⁶⁵, que establece la obligación del Gobierno de remitir en el plazo de dos años desde su entrada en vigor, un proyecto de ley de modificación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que establezca, en el ejercicio de las competencias estatales, las reglas sobre infracciones y sanciones en materia de consumo. Aunque vistas las fechas a las que nos encontramos, a poco más de dos meses del cumplimiento del plazo, será difícil que éste se cumpla, con mayor o menor tardanza parece haberse trazado ya la senda de una nueva norma para las infracciones de consumo, en la que intuimos pueden producirse tensiones con las Comunidades Autónomas por la asunción por estas de las competencias en esta materia. En cualquier caso, y sin perjuicio de su aplicación por la Administración competente, indudablemente no estaría mal ni para consumidores ni para empresarios establecer unos criterios únicos a los que atenderse en materia de infracciones y sanciones.

En materia de protección administrativa de consumidores y usuarios debe tenerse en cuenta la existencia de una pluralidad de normas administrativas, cuyo análisis pormenorizado excedería sin duda del objeto de esta presentación. Así, a grandes rasgos, podemos distinguir:

- a) Normativa general de protección al consumidor estatal y autonómica (Ej. LGDCU o Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha)

⁶⁴ BOE nº 168, de 15 de julio de 1983.

⁶⁵ BOE nº 312, de 30 de diciembre de 2006.

- b) Normativa específica o sectorial con proyección en la protección del consumidor (Ej. Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación...)
- c) Desarrollo reglamentario de la normativa estatal y autonómica.

Como reacción administrativa a la comisión de infracciones en materia de consumo, se suele distinguir de modo tradicional los siguientes posibles tipos de sanciones:

- a) Multa.
- b) Cierre del establecimiento, instalación o servicio por tiempo máximo de cinco años.
- c) Decomiso de mercancías.

Además de estas tres sanciones tradicionales existen Comunidades Autónomas como Castilla La Mancha⁶⁶, Andalucía⁶⁷ o Valencia⁶⁸ que contemplan la posibilidad de la *amonestación por escrito* como sanción por infracciones leves. Y también deberíamos mencionar acatando la propuesta de MARTIN-RETORTILLO BAQUER⁶⁹ la posibilidad de cancelación de inscripciones registrales o la caducidad de autorizaciones administrativas.

A pesar de no contemplarse de modo específico como sanción, al listado expuesto cabe adicionar la publicidad de la resolución sancionadora, prevista por razones de ejemplaridad por el artículo 11 del RD 1945/1983, siempre que concorra alguna de las circunstancias de riesgo para la salud o seguridad de los consumidores, reincidencia en infracciones de naturaleza análoga o acreditada intencionalidad en la infracción.

Finalmente por lo que a nuestro interés incumbe, ha de recordarse de modo destacado la posibilidad contemplada en el artículo 130.2 LRJAP-PAC, cuyo literal reza del modo siguiente:

Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al

⁶⁶ Vid. Art. 41.1.A) de la Ley 11/2005, de 15 de diciembre (DOCM nº 255, de 20 de diciembre. BOE nº 46, de 23 de febrero de 2006.)

⁶⁷ Vid. Art. 75 Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía (BOJA nº 251, de 31 de diciembre, de 2003. BOE nº 14, de 16 de enero de 2004).

⁶⁸ Vid. Art. 35 Ley 2/1987, de 9 de abril, de Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana (DOGV nº 568, de 15 de abril de 1987. BOE nº 102, de 29 de abril, de 1987), según redacción dada por Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de la Generalitat, de Medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa y de Organización de la Generalitat (DOGV nº 5166, de 30 de diciembre, de 2005. BOE nº 44, de 21 de febrero de 2006).

⁶⁹ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L. "Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores con especial referencia a la publicidad de las mismas" en Revista de Administración Pública nº 126, Madrid, 1991, pp. 133-185.

infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente.

6.1.3.2.1. LA LIQUIDACIÓN DEL DAÑO POR LA ADMINISTRACIÓN SECTORIAL.

Sobre la base de la posibilidad ofrecida por el artículo 130.2 LRJAP-PAC, forjamos tanto en diversos trámites de audiencia como con alguna modesta contribución doctrinal⁷⁰, nuestra propuesta de un sistema de liquidación de daños derivados de actos de consumo entre particulares en sede administrativa.

La razón fundamental para postular la conveniencia de extender al ámbito del consumo la posibilidad de que la Administración fuera capaz de liquidar los daños generados a particulares en el marco del procedimiento administrativo sancionador, como ya apuntábamos entonces, reside en la escasa cuantía que suelen presentar las reclamaciones de consumo, que hacen poco atractiva al usuario la reclamación judicial y la usual afectación de un elevado número de consumidores que aconsejan una respuesta enérgica contra el hecho defraudatorio. La situación vivida, en la que ante la denuncia de un usuario afectado por la irregular actuación de un empresario, las autoridades competentes en materia de consumo, todo lo más iniciaban un expediente sancionador que culminaba con la imposición de una sanción pecuniaria al infractor y la nula reparación para el consumidor denunciante, al margen de resultar de difícil comprensión para el consumidor lego en derecho y distanciar a éste de la Administración, que así habrá logrado ganarse la enemistad de denunciante y denunciado, desincentivaba al perjudicado a impetrar el auxilio administrativo. El propio Consejo Económico y Social⁷¹ ya advirtió de lo desalentador que puede resultar para el consumidor que pese a haber padecido un daño y haberse impuesto una sanción al infractor su resarcimiento no se resuelva en el mismo procedimiento y se vea forzado a ejercitar su acción por la vía judicial o arbitral. Esto es, aún resultando indudable en términos dogmáticos el beneficio común que importa la actuación sancionadora administrativa, si esta no va acompañada de una traslación al afectado de dicho beneficio, en términos subjetivos este no percibirá ningún atractivo en la protección que pueda dispensarle su administración de consumo. Y antes bien, merced a la falta de transparencia asentada en nuestras administraciones, que con frecuencia ni siquiera notifican al denunciante el resultado de las actuaciones desarrolladas, quizá coseche

⁷⁰ RIBON SEISDEDOS, E. “La liquidación de daños entre particulares en el marco del procedimiento administrativo sancionador” en Estudios de Consumo nº 81, Madrid, 2007, pp. 29-46.

⁷¹ CES, *Informe 1/99 Los derechos del consumidor y la transparencia del mercado*, Madrid, 1999, p. 70.

nuestro consumidor afectado la desolación de lo que considera una actuación estéril y en su parecer afiance la convicción de la falta de tutela e interés público por la protección de sus legítimos derechos.

Expuesta la anterior reflexión, en cierta medida cimentada sobre la relativa escasa cuantía de gran parte de los daños generados a los consumidores con carácter habitual (telecomunicaciones, transporte aéreo, reparaciones de aparatos de uso doméstico, tintorerías...) y sin el menor ánimo ni de minimizar la trascendencia de estos daños ni de olvidar que también hay ocasiones en los que los perjuicios son mucho mayores (construcción, salud, vehículos...) osamos plantear en su momento la posibilidad de establecer un límite cuantitativo para que los daños irrogados a particulares fueran liquidados en el marco de un procedimiento sancionador. A tal efecto, pudiera resultar ilustrativa la cuantía de 900 euros a que se aproxima el juicio verbal sin intervención de letrado ni procurador. Como límite inferior por una parte la reclamación judicial puede desincentivar al consumidor a su planteamiento. Por otra su remisión genérica a los tribunales de justicia pudiera acarrear el indeseado efecto adverso de colapsar los juzgados de primera instancia (mixtos en muchas localidades) con pequeñas reclamaciones económicas en perjuicio de otros asuntos (incluso instrucción de causas penales en los juzgados mixtos) que han de resolver estos juzgados. Como límite superior, tanto para el perjudicado como para el responsable puede resultar más aconsejable, el conocimiento y resolución de la reclamación por un órgano judicial, bajo dirección técnica letrada.

Nuestra piedra angular normativa de consumo, según ha advertido PRADA ALONSO⁷² se refiere a los daños y perjuicios sin distinguir con frecuencia entre ambos [vid. arts. 8.c); 48; 76; 86.1; 100.2; 104; 106.2; 117; 123.4; 128; 143; 147; D.T.1ª TRLGDCU]. El artículo 8.c) TRLGDCU reconoce como derecho básico de los consumidores *la indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos*. Para los supuestos de mayor gravedad, el artículo 16 TRLGDCU permite también la constitución por el Gobierno de un órgano excepcional, que con participación de representantes de las Comunidades Autónomas afectadas, asuma con carácter temporal, los poderes administrativos que se le encomienden para garantizar la salud y seguridad de las personas, sus intereses económicos, sociales y humanos, la *reparación de los daños sufridos*, la exigencia de responsabilidades y la publicación de los resultados. Este precepto no obstante, teñido en su redacción por el fantasma del síndrome tóxico según matiza PULIDO QUECEDO⁷³, se presenta como un remedio absolutamente extraordinario conforme declaró la STC 15/1989, de 26 de enero, en una resolución no exenta de razonables críticas y el voto particular de DIEZ PICAZO.

⁷² PRADA ALONSO, J. “El daño en la esfera particular del Derecho de Consumo” en Revista General de Derecho 640, 1998, Madrid, p. 56.

⁷³ PULIDO QUECEDO, M. en BERCOVITZ, R. y SALAS, J. (Coords.) en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, p. 655.

A nivel estatal la única norma de la que podía vislumbrarse la posibilidad de liquidación de daños *inter privados* es el RD 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios⁷⁴. Esta norma, emanada no desde las autoridades de consumo sino desde el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, y que como ha advertido no exento de razón REVUELTA PEREZ⁷⁵ acostumbra a fallar de modo poco favorable a los usuarios, impone a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI), a través de su artículo 104, la obligación de resolver las cuestiones planteadas por los usuarios sobre los derechos regulados en el Título VI del Reglamento, dentro del cual se prevén supuestos de indemnización a favor de usuarios (arts. 105.2.d); 105.2.g) y 115).

En cualquier caso lo que parece evidente según advierten GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ⁷⁶ o GONZÁLEZ PEREZ⁷⁷, es que la previsión de liquidación de daños por la administración requiere inexorablemente una previsión legal expresa. Y es nuevamente, merced al Texto Refundido por el que se introduce la ansiada posibilidad de liquidación del daño en sede administrativa. El nuevo artículo 48 TRLGDCU, que ha levantado tanto la simpatía de prestigiosos civilistas como en ocasiones la reprobación de algunos no menos célebres administrativistas presenta el siguiente literal:

Art. 48. Reposición de la situación alterada por la infracción e indemnización de daños y perjuicios.

Conforme a lo previsto en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el procedimiento sancionador podrá exigirse al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios probados causados al consumidor que serán determinados por el órgano competente para imponer la sanción, debiendo notificarse al infractor para que en el plazo de un mes proceda a su satisfacción, quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial.

El artículo 48 supone por tanto a partir del Texto Refundido una valiosa vía de actuación para la reparación de los daños entre particulares que habrá que ir perfilando con su aplicación, pues cierto es que alcanzado el reconocimiento del derecho, su ejecución práctica no dudamos generará dificultades en los primeros momentos. Bretes en cualquier caso que entendemos habrá merecido la pena afrontar por todo lo que de positivo puede

⁷⁴ BOE nº 102, de 29 de abril, de 2005.

⁷⁵ REVUELTA PEREZ, I. *La protección de los consumidores frente a los nuevos servicios de telecomunicaciones*, en la Revista Española de Derecho Administrativo núm. 116, Madrid, 2002, p. 555.

⁷⁶ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R. *Curso de... ob.cit.* p. 198.

⁷⁷ GONZALEZ PEREZ, J y GONZALEZ NAVARRO, F. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común II*, Madrid, 1999, p. 2651;

conllevar para millones de usuarios que vieron defraudadas sus expectativas o quebrados sus derechos y ahora por fin podrán contar con la implicación de la Administración de Consumo que verdaderamente quiera apostar por ellos.

6.1.3.2.2. EJECUTIVIDAD DE LA SANCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

Una vez prevista normativamente la reparación de daños en el procedimiento sancionador, bastará al usuario la presentación de una denuncia administrativa ante las autoridades competentes de consumo, para que éstas, comprobados los hechos e instruido el correspondiente expediente administrativo sancionador dotado de todas las garantías, practicasen, a instancia del usuario afectado, la correspondiente liquidación y ordenasen la reparación del quebranto económico padecido por el usuario.

La imposición de la sanción que pone fin a la vía administrativa convierte la resolución en ejecutiva por aplicación del artículo 138.3 LRJA-PAC. Esta ejecución, previo apercibimiento al sancionado, podrá desarrollarse de modo forzoso, según dispone el artículo 95 LRJA-PAC, a través de cualquiera de los medios tradicionales de ejecución, bajo el prisma de la proporcionalidad y el cauce de menor restricción de la libertad individual (apremio sobre el patrimonio, ejecución subsidiaria, multa coercitiva o compulsión sobre las personas).

La ejecutividad de la sanción puede implicar así la ejecutividad de la reparación de los daños causados, según admite el TS en su Sentencia de 16 de enero de 1996. Puede darse incluso la paradoja de que la anulación de la sanción no implique la anulación de la orden de reparación del daño tal y como se manifiesta la jurisprudencia en materia medioambiental (vid. SSTs de 10 de febrero de 1989)

A partir de este momento, surge un intenso debate sobre la vía adecuada para reclamar la exigencia de esos daños, cuando el perjudicado no es la propia Administración, sino un tercero, como el supuesto que nos ocupa. La doctrina mayoritaria que sintetiza GOMEZ DE MERCADO⁷⁸ parece pronunciarse por una ejecutividad restrictiva. Esto es, admite la ejecución de la sanción que podríamos denominar *nuclear*⁷⁹, y, en el mejor de los casos, el importe correspondiente a la reparación o indemnización de los daños cuando estos hubieran sido causados a la Administración. Por el contrario, relegan la reclamación de daños del particular afectado al conocimiento de la jurisdicción civil, teniendo la resolución administrativa un mero carácter orientador y sin que ésta vincule a jueces y tribunales.

⁷⁸ GARCÍA GOMEZ DE MERCADO, F. *Sanciones Administrativas*, Granada, 2004, pp. 192 y ss.

⁷⁹ Decimos nuclear porque téngase en cuenta que la jurisprudencia se muestra contraria a aceptar la reparación o indemnización de los daños causados como parte de la sanción (vid. STS 22 de abril de 1999).

Hemos de reconocer que no resulta sencillo encontrar una explicación razonable al casi ininteligible artículo 130.2 LRJAP-PAC, que es en definitiva el título sobre el que asentamos la posibilidad de que el consumidor dañado sea resarcido merced a la instrucción del procedimiento administrativo sancionador. GONZALEZ PEREZ y GONZÁLEZ NAVARRO⁸⁰, advierten en su ya clásica obra de Comentarios a la LRJAP-PAC que nos enfrentamos a un *artículo perfectamente oscuro* y GARBERI LLOBREGAT y BUITRÓN RAMIREZ⁸¹ abordan su exégesis bajo el epígrafe *satisfacción de la responsabilidad civil: la incomprensible especialidad del artículo 130.2*. La razón de fondo que provoca la huída doctrinal de la aceptación de la ejecución administrativa en la liquidación de daños generados a particulares parece reposar en una interpretación extensa de la exclusividad jurisdiccional para la resolución de los conflictos entre privados o visto de otro modo en que las relaciones *inter. privados* corresponden al Derecho Privado.

A pesar de la existencia de recios argumentos para rechazar la liquidación administrativa de los daños entre particulares, pudiera sostenerse en no pocos casos que concurren los dos requisitos exigidos por el TS para aceptar la validez de la medida administrativa dictada en una relación privada, según exponen en su Sentencia 7 de junio de 1989: *naturaleza ejemplificadora y la necesidad de reaccionar enérgicamente contra el hecho defraudatorio*. Y, siendo conscientes del carácter excepcional que parece apuntar el TS, lo cierto es que en la liquidación administrativa del daño, carecería de cualquier sentido proceder a la determinación del mismo y una vez concluido el expediente administrativo conformarse con la idea de que esta liquidación tan solo tiene un mero efecto declarativo sin vinculación de ningún tipo. Habrá de ser pues posible la ejecución forzosa no solo de la que denominamos sanción nuclear sino también la reparación del perjuicio, entendiéndose que en caso de disconformidad del infractor sancionado con la resolución dictada que hubiere puesto fin a la vía administrativa, la integridad de la litis habrá de resolverse a través del correspondiente procedimiento contencioso administrativo interpuesto por el sancionado.

6.1.3.2.3. LA SUPERACIÓN DEL PRINCIPIO RETRIBUCIONISTA. IMPACTO SOBRE EL CONSUMIDOR PERJUDICADO Y SOBRE EL CONJUNTO DE LOS CONSUMIDORES.

El ejercicio potestad sancionadora que hemos venido examinando, mantiene unos estrechos lazos con los principios propios del Derecho Penal. Es por ello por lo que la jurisprudencia⁸², con base a la teoría general del ilícito como concepto global del Derecho Penal y el Administrativo, viene exigiendo,

⁸⁰ GONZALEZ PEREZ, J y GONZALEZ NAVARRO, F. *Comentarios...Ob .cit.* p. 2595

⁸¹ GARBERI LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMIREZ, G. *El Procedimiento Administrativo Sancionador I*, Valencia, 2001, pp. 113 y ss.

⁸² Vid. entre muchas otras las SSTs de 23 de enero de 1989 o de 9 de abril de 1996.

aún con matices⁸³, el desarrollo de la potestad sancionadora ajustada a los postulados inspiradores del orden penal.

Asumiendo pues esta identidad de principios, parece lógico plantearnos si la sanción administrativa en materia de consumo responde de modo eficiente al fin último que ha de abrigar la imposición de la pena. Descartadas las teorías absolutas defensoras del carácter retributivo de la pena (*punitur quia peccatum est*), desarrollaremos nuestro esbozo sobre las teorías relativas (*punitur ne peccetur*) o mixtas. En este sentido nos decantamos por la construcción de la actuación sancionadora en materia de consumo sobre una idea de *Prevención General Positiva* o de *Prevención de Integración*. De este modo, se ansía lograr no solo un mecanismo regulador de conductas sino también un instrumento de conformación de la conciencia jurídica colectiva.

En la búsqueda de la consecución de los fines expuestos, la reversión de daño causado sobre el conjunto de los consumidores y usuarios supone un estado crucial de la superación del asentado principio retribucionista en la actividad sancionadora administrativa. Así, conectando la percepción de un ingreso para el erario público derivado de la comisión de una infracción de consumo con el fin constitucional establecido en el art. 51.2 CE que impone a los poderes públicos el deber de promover la información y educación de los consumidores y usuarios osamos sugerir la previsión de la inversión de una parte de estos ingresos a la consecución de dichos objetivos

6.2.1. EL SECTOR ELÉCTRICO Y SU ADHESIÓN AL SISTEMA ARBITRAL.

De entre los más de 3 millones de empresas activas⁸⁴ en nuestro país (sin contar autónomos), que han formalizado un convenio de sometimiento de sus conflictos con consumidores al sistema arbitral de consumo, no hallamos ninguna representativa del sector eléctrico adherida al sistema. Sin duda alguna, es necesario esforzarse en encontrar nuevos instrumentos capaces de estimular la adhesión de los empresarios de este sector al sistema arbitral de consumo.

IBERDROLA en una ponencia sobre mediación y arbitraje, celebrada el 7 de junio de 1999 consideró el ARC como vía idónea para resolver conflictos que se deriven de los contratos liberalizados, así como su disposición a adherirse al SARC en relación a los contratos regulados suscritos con los consumidores domésticos. Sin embargo, aún no ha habido ningún paso a favor del sistema arbitral de consumo.

6.2.2. INSTRUMENTOS PARA IMPULSAR LA ADHESIÓN DE LOS EMPRESARIOS DEL SECTOR ELÉCTRICO AL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO.

⁸³ Vid. también a título ilustrativo SSTC 7 de abril de 1987; 8 de junio de 1988; 6 de febrero de 1989.

⁸⁴ Fuente: Cámaras de Comercio a partir de datos del DIRCE, publicado en *La empresa en España, 2006*, Madrid, p. 44.

6.2.2.1. EL SISTEMA ARBITRAL COMO EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD Y SOBERANÍA DE LAS PARTES CIMENTADO EN LA RECÍPROCA CONFIANZA EN LA INSTITUCIÓN.

Como cuestión previa, antes de sumergirnos en el planteamiento de posibles nuevos instrumentos de impulso del sistema arbitral de consumo que potencia la adhesión del sector empresarial, hemos de partir de la ineludible premisa del carácter absolutamente voluntario del sometimiento a cualquier sistema arbitral.

Sabido es, que como ya estableciera el artículo 5.1 de la derogada Ley de Arbitraje de 1988 y sus predecesoras, el artículo 9.1 de la vigente Ley dispone con carácter imperativo que el convenio arbitral deberá expresar la *voluntad* de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. Esta soberanía que no encuentra otro límite en la LA que el de la disponibilidad de las partes de la materia sometida a arbitraje, en la actual regulación del sistema arbitral de consumo se constriñe en virtud de la previsión normativa contenida en los artículos 57 y 58 TRLGDCU, desarrollada por el artículo 2 del reciente RD 231/2008, de 15 de febrero por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo⁸⁵

En realidad la delimitación del objeto del arbitraje se produce de dos modos: desde un punto de vista positivo por la fijación de materias indisponibles⁸⁶ y desde un punto de vista negativo por la limitación legal de la enumeración de las materias excluidas

Mayor detenimiento pudiera precisar el análisis de las exclusiones impuestas por el artículo 57 TRLGDCU (*que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito*⁸⁷), si bien esta intervención

⁸⁵ BOE nº 48, de 25 de febrero de 2008.

⁸⁶ Existen distintos esfuerzos doctrinales por concretar una enumeración de las materias indisponibles. REGLERO (REGLERO CAMPOS: *El arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, Madrid, 1991, p.57) se refiere aquellas atinentes al estado civil y capacidad de las personas; nacionalidad; patria potestad; paternidad y filiación; relaciones paternofiliales; alimentos; adopción; matrimonio; ausencia; tutela, curatela y guardia de menores; incapacitados; edad; emancipación. Nuestro Tribunal Supremo ha considerado tradicionalmente que sólo son susceptibles de arbitraje las cuestiones de derecho privado dispositivo, excluyendo aquellas otras consideradas de derecho necesario (vid STS de 3 de mayo de 1961) y las que debieran ser objeto de un proceso especial (vid STS de 7 de julio de 1924). Por lo que respecta a las materias indisponibles en materia de consumo, ALVAREZ ALARCÓN (ALVAREZ ALRCON, A. *El Sistema Español de Arbitraje de Consumo*, Madrid, 1999, p. 72) enuncia a título ilustrativo las que atañen a precios de transportes públicos (vid. SAP Asturias de 29 de septiembre de 1993) o indemnizaciones tasadas.

⁸⁷ La redacción de esta excepción no es el mejor ejemplo de técnica legislativa que haya podido desarrollarse. Ciertamente deja algunas lagunas que hacen aconsejable una reforma del texto para evitar interpretaciones disonantes. De una primera lectura podría extraerse la conclusión del veto al sistema arbitral de todas aquellas cuestiones en las que aparezca cualquier atisbo de intoxicación, lesión o muerte. No pensamos que sea esta respuesta adecuada sin embargo. De conformidad con el principio *pro*

habrá de discurrir por otros cauces centrados en la propuesta de instrumentos para fomentar la adhesión empresarial al sistema arbitral de consumo.

La declaración de voluntad tiene una evidente proyección *ad probationem*, si bien debe recordarse que resulta en este sentido plenamente aplicable la conocida doctrina de los *actos propios* consagrada en el artículo 7 del Código Civil (*contra actum proprium venire qui non potest*), lo que se traduce en la inadmisibilidad de la declaración de voluntad prestada posteriormente en sentido opuesto⁸⁸.

De cualquier modo, con independencia de las limitaciones de carácter legal que puedan realizarse, respecto de las materias objeto de sometimiento al arbitraje de consumo, lo esencial es la cimentación del mismo en la recíproca confianza que las partes en liza puedan otorgarle.

6.2.2.2. ARBITRAJE POR *EMPATÍA* Y ARBITRAJE POR *ATRICIÓN*. REFLEXIONES Y PROPUESTAS PARA IMPULSAR LA ADHESIÓN EMPRESARIAL.

Sin perjuicio de que como se ha apuntado, entendemos que la base del arbitraje ha de residir en la confianza de las partes en el sistema, podemos plantearnos dos perspectivas (llamémosles positiva y negativa) desde las que analizar distintas razones para impulsar la adhesión empresarial al arbitraje de consumo como cauce habitual de resolución de conflictos con los consumidores y usuarios.

consumatore no parece razonable excluir el arbitraje *a priori* del amplio elenco de posibilidades que la realidad cotidiana ofrece. Entendemos que en todo caso habría de restringirse la prohibición a aquellos casos en los que la discrepancia verse exclusivamente sobre si se ha producido o no la muerte, lesión o intoxicación o cuales fueron sus causas, pero no aquellos otros en los que se evalúe simplemente las consecuencias de tales eventos o interpretaciones contractuales derivadas de un seguro *ad exemplum*. A pesar de ello, la redacción propuesta por el art. 1.4 del Proyecto de RD SARC parece apuntar otras sendas. Por lo que respecta a la comisión de un delito o a la presencia de indicios racionales del mismo, conviene analizar las distintas posibilidades que pueden presentar los hechos. En primer lugar cabe que exista ya unas diligencias incoadas, en cuyo caso acreditadas estas, deberá inhibirse el Colegio. Igualmente sucederá si cualquiera de las partes una vez iniciado el arbitraje comunica al Colegio la presentación de una denuncia o querrela. Por su parte, si los árbitros tienen conocimiento o fundadas sospechas de la existencia de un delito incurren en la obligación ex art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de poner en conocimiento estos hechos del Ministerio Fiscal o la Autoridad Judicial o policial, y ello pese a la bondad de la anquilosada sanción. Lo expuesto, sin embargo no es óbice para que la Junta Arbitral deba abstenerse de conocer el litigio por la mera invocación de una de las partes de posible existencia de causa penal. Así se deduce de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de mayo de 2000. En este caso, la operadora telefónica Airtel Movil, S.A., pretendía la anulación del laudo dictado por la Junta Arbitral de Consumo de Cataluña.

⁸⁸ Sobre este punto resulta interesante el razonamiento que ofrece la SAP de Córdoba de 29 de abril de 2002, con motivo de la pretendida anulación realizada por la Caja de Seguros Reunidos S.A. del laudo dictado por la Junta Arbitral de Consumo del Excelentísimo Ayuntamiento de Córdoba

Desde una óptica positiva, pudiéramos referirnos a la adhesión al sistema arbitral por *empatía* del empresario con el arbitraje de consumo, esto es, por el convencimiento o identificación de éste con el sistema. Es el supuesto del empresario que valora positivamente esta vía alternativa de resolución de conflictos, si bien encuentra razones que le retraen a la suscripción de una oferta pública de sometimiento.

En el extremo opuesto, desde un punto de vista negativo, también puede resultar interesante reflexionar sobre las razones que el empresario, aún mostrándose inicialmente contrario a someter sus divergencias a cualquier sistema de resolución de conflictos de carácter voluntario, pudiera llegar a descubrir si pondera adecuadamente las alternativas que pudieran ofrecerse al consumidor.

Desde cualquiera de las perspectivas, entendemos y pretendemos demostrar, que el arbitraje de consumo puede resultar una opción atractiva tanto para la Administración, como para el propio empresario y por supuesto también para el consumidor y usuario. Osaremos pues plantear, si quiera de modo fugaz, diversas propuestas de estímulo del sistema para su reflexión por los sectores interesados.

6.2.2.2.1. ARBITRAJE POR *EMPATÍA*.

Para todos los sectores implicados (Administración, empresarios y consumidores), el sistema arbitral de consumo, se manifiesta necesitado de nuevos instrumentos capaces de potenciar el atractivo que debería ser capaz de ofrecer. A continuación expondremos algunos elementos que entendemos podrían contribuir a su mejora y estímulo de la adhesión empresarial.

6.2.2.2.1.1. Potenciación del arbitraje electrónico.

El arbitraje on line se evidencia como la estrella de la denominada tecnología ODR (Online Dispute Resolution) y una de las claves esenciales que entendemos es necesario impulsar decididamente si es cierto que pretendemos impulsar el sistema arbitral de consumo. La tecnología ODR pone fin a cualquier limitación geográfica que pueda existir entre dos o más partes permitiendo que todo el proceso arbitral se desarrolle en “salas virtuales”. Puede ser incluso que el arbitraje de consumo abra sus puertas a la adhesión de empresas radicadas fuera del territorio nacional.

Desde la creación en la Universidad de Massachusetts⁸⁹ del primer centro de arbitraje virtual en 1996 y la eclosión de las nuevas tecnologías, la idea de poder ofrecer una solución realmente ágil y económica a los usuarios y empresarios para la disputa y resolución de sus contiendas ha sido una constante también en el arbitraje de consumo.

⁸⁹ Vid. *Online Ombuds Office (University of Massachusetts at Amherst)*, en www.ombuds.org

No existe aún una terminología única para referirse a este tipo de procesos arbitrales. LORCA NAVARRETE⁹⁰, se refiere a él como “*arbitraje multimedia*”. RIVERA NEUTZE y JUAREZ MELGAR⁹¹ hablan de “*arbitraje virtual*”. MERINO MERCHÁN⁹² emplea, quizá con mejor criterio, el término “*arbitraje telemático*” o “*arbitraje electrónico*”, al igual que MALUQUER DE MOTES BERNET⁹³. DAVARA⁹⁴ comprende la telemática como el fruto de la unión de telecomunicaciones e informática, haciendo referencia al diálogo a distancia de equipos informáticos.

El arbitraje electrónico se vislumbra como el medio óptimo para la solución de conflictos generados en Internet, según se deduce del propio artículo 18 de la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico. La existencia de sistemas sencillos y accesibles para el consumidor para que pueda encauzar sus reclamaciones en caso de desacuerdo con la adquisición del bien o servicio es esencial para generar la confianza de este en el comercio electrónico.

Sin embargo esta idoneidad del arbitraje telemático para la solución de conflictos surgidos del denominado comercio electrónico no ha de suponer que su utilidad se restrinja a los litigios nacidos de la red. El arbitraje telemático puede y debe ser perfectamente aplicable a cualquier pugna habida entre consumidores y comerciantes, con independencia del marco de transacción empleado. El nuevo RD 231/2008, ha sabido dar una respuesta acertada a este reto a través de la regulación de sus artículos 51 a 55.

6.2.2.2.1.2. Del ineludible incremento presupuestario y la posible aplicación de beneficios fiscales.

El argumento clásico esgrimido tanto por la propia Administración como por el sector empresarial para justificar las limitadas posibilidades de desarrollo del sistema arbitral de consumo suele hacer referencia de uno u otro modo a la dificultad de afrontar los costes que el propio sistema importa.

Efectivamente no puede negarse que los recursos económicos de los Presupuestos Generales del Estado que se destinan a la financiación del funcionamiento del sistema arbitral de consumo, difícilmente pueden ser más cicateros, como evidencian los 940.710 euros previstos para subvención de

⁹⁰ LORCA NAVARRETE, A. “*Arbitraje Multimedia*”, Madrid, 2000.

⁹¹ Vid. Actas del I Congreso Mundial de Arbitraje celebrado en Panamá, 18-24 octubre de 1999.

⁹² Así se refería ya a este tipo de arbitraje el Profesor de Derecho Constitucional y Letrado del Consejo de Estado José F. Merino Merchán, en una documentación elaborada por este y facilitada a quien suscribe el 27 de noviembre de 2001, con motivo de nuestra coincidencia en la Ponencia de Estudio de los Derechos de los Concursantes y Audiencia en relación con concursos, juegos y apuestas, constituida en el seno de la Comisión de la Sociedad de la Información y del Conocimiento del Senado.

⁹³ MALUQUER DE MONTES BERNET, C.J. “*El arbitraje electrónico*”, *Societas & Lex*, Nº 11, abril 2003., p.19.

⁹⁴ DAVARA RODRIGUEZ, M.A. “*Manual de Derecho Informático*”, Pamplona, 1997, p. 23.

todas las juntas arbitrales existentes en 2007⁹⁵. Y que a su vez, las partidas contempladas por las distintas Administraciones Autonómicas no hacen sino seguir esta mísera línea. Ciertamente es también, que con estos recursos no puede aspirarse ni de modo remoto a ofrecer un sistema eficaz a consumidores y empresarios, pues indefectiblemente existirá déficit de personal que repercutirá en la dilación de la tramitación de los expedientes, carencias materiales de primera necesidad, imposibilidad presupuestaria de admisión de prácticas probatorias a instancias del propio Colegio, nulos fondos para el desarrollo de campañas de comunicación tendentes a la difusión del sistema, etc. Resulta indispensable pues, como punto de partida para afrontar cualquier proceso de difusión y promoción del sistema arbitral de consumo incrementar de modo serio y contundente el presupuesto asignado. La ruindad de los fondos públicos destinados al sistema arbitral no ponen sino de manifiesto la limitación de miras del gestor público cuando ignora que una mayor inversión en este campo pudiera resultar un mayor ahorro de otras partidas como las generadas en la Administración de Justicia, cuya actuación para la resolución de conflictos resulta indudablemente más onerosa. Amén, del posible colapso que padecería la Administración de Justicia con la derivación masiva de los conflictos de consumo hacia la órbita de los juzgados de 1ª instancia (en muchas localidades mixtos de 1ª instancia e instrucción) que a buen seguro originaría una dilación nunca imaginada en la tramitación de multitud de causas de indudable interés social (investigación criminal, conflictos matrimoniales, sucesiones, registro civil...). El mantenimiento de la actual situación dotacional a las juntas arbitrales, a las puertas de un nuevo Real Decreto regulador del sistema, difícilmente legitima a la Administración a promocionar su adhesión sino es ella la primera en dar muestras de su confianza y apuesta por el mismo.

Por lo que respecta al empresario que empatiza con el sistema arbitral de consumo y formaliza su oferta pública de sometimiento, sin perjuicio de los argumentos que posteriormente expondremos para propugnar su adhesión por *atracción*, y sin silenciar tampoco que al fin y al cabo es un sistema para el que no se le exige pitanza alguna a diferencia de lo que si puede ocurrirle con la aplicación de las tasas judiciales⁹⁶ previstas para los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 53/2002, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 30 de diciembre⁹⁷ y su desarrolladora Orden HAC/661/2003, de 24 de marzo, por la que se aprueba el modelo de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo y se determinan el lugar, la forma y los plazos para su presentación⁹⁸, si nos

⁹⁵ Vid. Aplicación Presupuestaria 451, Presupuesto del Organismo 492-O, Capítulo IV, relativas respectivamente a “Ayudas a la gestión de Juntas Arbitrales adscritas a Administraciones Autonómicas” por importe de 485.980 euros y Aplicación Presupuestaria 461, Presupuesto del Organismo 492-O, Capítulo IV, relativas respectivamente a “Ayudas a la gestión de Juntas Arbitrales adscritas a las Corporaciones Locales” por importe de 454.730 euros

⁹⁶ Sobre este punto puede consultarse MONTÓN REDONDO, A. “La reintroducción de las tasas judiciales y sus consecuencias”, en Diario la Ley. Año XXV N° 6043. Viernes 18 de junio de 2004.

⁹⁷ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2002.

⁹⁸ BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2003.

manifestamos favorables al establecimiento del algún estímulo positivo de carácter fiscal, permitiendo la aplicación de una deducción o bonificación en la tributación de aquellas sociedades y empresarios individuales que hubieran suscrito ofertas públicas de sometimiento al sistema y las mantuvieran vigentes durante el ejercicio fiscal objeto de liquidación.

No en vano, y a título ilustrativo, las conductas que el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades⁹⁹, pretende fomentar a través de deducciones responden a la idea de incentivar actividades que generan economías externas o externalidades positivas, esto es, actividades cuyos resultados repercuten no sólo en la misma entidad que las desarrolla, sino que resultan beneficiosos para el conjunto de la economía y de la sociedad en general, resultando indudable que la protección del consumidor redundaría en el buen funcionamiento del mercado en sí. En este sentido debe recordarse, que si bien el Texto Refundido de la Ley de Sociedades no contiene incentivos de carácter general, el ordinal segundo de su Disposición Final Tercera, habilita al Gobierno para que la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año pueda establecer los incentivos fiscales pertinentes, cuando así fuera conveniente para la realización o ejecución de la política económica del Gobierno.

6.2.2.2.1.3. Actividad de fomento desde la contratación pública.

Cuestión compleja pero de indubitado interés puede ser la del fomento de la adhesión al sistema arbitral a través de su valoración como criterio positivo para la adjudicación de un concurso mediante la inserción de esta cláusula en los pliegos de cláusulas particulares administrativas, previstos en el artículo 67 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 12 de octubre de 2001¹⁰⁰.

El debate sobre la validez de estas cláusulas, admitimos que es dificultoso, pues si bien es cierto que de la lectura del artículo 86 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹⁰¹, pudiera deducirse que los criterios de valoración han de referirse exclusivamente al objeto y no al sujeto al emplear el término “criterios objetivos” y en esta línea es invocada la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 20 de septiembre de 1988 (Asunto Geobroeders Beentjes BV vs Países Bajos), no es menos cierto que otros criterios socioeconómicos como la lucha contra el desempleo o la protección del medio ambiente orientados a la satisfacción del interés público han sido admitidos por la doctrina y en la posterior Sentencia del mismo Tribunal de 17 de septiembre de 2002 (Asunto Concordia Bus Finland).

⁹⁹ BOE núm. 61, de 11 de marzo de 2004.

¹⁰⁰ BOE núm. 257, de 26 de octubre de 2001.

¹⁰¹ BOE núm. 148, de 21 de junio de 2000.

La Directiva 2004/18, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y de servicios¹⁰², parece confirmar esta tesis favorable a la compatibilidad de contemplar criterios socioeconómicos.

La idea de incentivar la adhesión empresarial desde el ámbito de la contratación pública no es nueva. El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 15 de diciembre de 1997, acordó una proposición no de ley en la que se instaba al Gobierno a promover la adhesión de aquellas empresas de titularidad privada que hubieran asumido por cualquier mecanismo la prestación de un servicio público¹⁰³. En cumplimiento del acuerdo parlamentario, el Subsecretario del Ministerio de Sanidad y Consumo, en su calidad de Presidente del Instituto Nacional del Consumo, se dirigió a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando informe sobre la posibilidad de la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los concursos para la adjudicación de contratos de gestión de servicios públicos de la adhesión de la empresa al sistema arbitral de arbitraje de consumo como uno de los medios para acreditar la solvencia técnica o profesional de la empresa. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa respondió negativamente sobre esta posibilidad en su Informe 33/99, de 30 de junio de 1999. No obstante este informe, algunas comunidades, como es el caso de Andalucía, han optado por la inclusión de este criterio en sus pliegos de cláusulas particulares.

6.2.2.2.1.4. Desarrollo de campañas eficaces de comunicación pública para el conocimiento generalizado del sistema arbitral de consumo.

Para que el sistema arbitral de consumo pueda resultar atractivo al sector empresarial, lo primero que es necesario es que este sea conocido de modo generalizado por la ciudadanía, extremo que actualmente no sucede. Esta cuestión, sin duda unida, como tantas otras, a la ya denunciada precariedad pública con que es atendido el arbitraje de consumo pasa por el desarrollo de modo eficaz de actuaciones de comunicación pública que difundan las ventajas del sistema, informando y educando a los usuarios y al colectivo empresarial de sus positivas cualidades.

La información y educación de los consumidores, han sido derechos tradicionales reconocidos desde los primeros textos comunitarios precursores de la defensa de los consumidores y usuarios (Primer¹⁰⁴ y Segundo¹⁰⁵ Programa Preliminar del Consejo de la CE para una política de protección y de información de los consumidores) hasta el reconocimiento realizado por

¹⁰² DO L 134 de 30 de marzo de 2004.

¹⁰³ BOCG. Núm. D-219 de 15 de diciembre de 1997, p. 6

¹⁰⁴ DO N° C 92 de 25 de abril de 1975, pp. 1-16.

¹⁰⁵ DO N° C 133 de 3 de junio de 1981, p. 1-12.

nuestro legislador constitucional (art. 51.2 CE) y desarrollados en los artículos 17 a 21 TRLGDCU.

Si uno de los alicientes ofertados al empresario es su capacidad para promocionarse mediante el correspondiente distintivo de empresa adherida y este no es conocido por los usuarios, poco atractivo tendrá para ellos el lucimiento de un *jeroglífico* en sus comercios o comunicaciones comerciales. Lograr pues el conocimiento generalizado de los usuarios del sistema y su significado resultará esencial para incentivar las adhesiones.

Evidentemente esta promoción no deberá quedar restringida a campañas puntuales de comunicación sino que deberá ser una constante habitual a través de oficinas públicas, instancias judiciales, asociaciones profesionales y de consumidores, planes de enseñanza o Servicios de Orientación Jurídica de los Colegios de Abogados.

6.2.2.2.1.5. Cualificación de los árbitros y personal adscrito a las Juntas Arbitrales de Consumo

La cualificación de los árbitros y el resto del personal adscrito a las juntas arbitrales de consumo continúa aún siendo una tarea pendiente en muchas juntas arbitrales. La resolución del arbitraje en equidad no esta reñida con la necesidad de conocimientos jurídicos o técnicos para la resolución de los conflictos planteados. Existe un déficit importante de acciones formativas por parte de las administraciones responsables de las juntas arbitrales, tanto dirigidas a su propio personal, como al resto de árbitros escabinos, pues todos son piezas esenciales del colegio tripartito. En este sentido, una mayor cualificación de los árbitros redundará en laudos de mayor solidez lo que transmitirá confianza a todas las partes implicadas al someter su conflicto a expertos en la materia. Debiera comenzar a plantearse en este sentido la necesidad de superación de unos niveles mínimos formativos para el ejercicio de la función arbitral. Por supuesto, esta labor no es una carga exclusiva de la Administración, sino que todos los sectores implicados deben procurar el adecuado nivel técnico de sus árbitros¹⁰⁶. El RD 231/2008, parece también haber asumido dicho compromiso con seriedad en su artículo 17.

Junto a los programas concretos de formación como puedan ser el presente Congreso, será necesario desarrollar otras actuaciones de modo continuado como pueden ser la elaboración de boletines doctrinales, selección de jurisprudencia o resoluciones arbitrales, información legislativa actualizada o creación de colegios especializados en sectores concretos que presenten una especial trascendencia (Ej. telecomunicaciones, seguros...).

6.2.2.2.1.6. Incremento de la seguridad jurídica en sede arbitral de consumo.

¹⁰⁶ La CEACCU lleva desarrollando desde hace años cursos básicos y avanzados para la formación de árbitros de consumo.

Muchas son las cuestiones que restan por abordar en el sistema arbitral de consumo generadoras de profundas lagunas de inseguridad jurídica. No pudiendo descender a un estudio pormenorizado de todas ellas, que autores como MARÍN LÓPEZ¹⁰⁷ o CEACCU en sus cursos de formación para árbitros de consumo tratan de delimitar con mayor detalle, con referencia al posible estímulo empresarial para su adhesión y sobre la proyección de una anhelada mayor seguridad jurídica, nos permitimos destacar las siguientes:

6.2.2.2.1.6.1. Mayor rigor en la fundamentación del laudo.

Según lo dispuesto en el artículo 34 de la vigente Ley de Arbitraje, los arbitrajes en general habrán de resolverse en derecho. A tal efecto previene el ordinal primero del apuntado artículo 34 *“Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello”*. Ello supone en la norma española una inversión de la preferencia que habitualmente establecían sus predecesoras que optaban por la equidad. Sin embargo, no obstante lo señalado del giro legislativo tendente a la fundamentación jurídica del arbitraje, en el caso concreto del de consumo, prevé la Disposición Adicional Única de la Ley de Arbitraje que estos continuarán sustentándose en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje de derecho. Ello resulta coherente con la previsión que mantenía el artículo 33 RDSARC.

De la lectura de estos preceptos, se deduce que la institución arbitral de consumo en particular, está asentada con carácter preferente sobre la equidad, debiendo adoptarse las resoluciones salvo petición expresa de las partes de fallo en derecho, sobre este principio. Nos hayamos pues ante un supuesto expresamente contemplado en la norma, que permite, e incluso predispone, el laudo de equidad, cumpliendo así con lo estipulado en el artículo 3.2 del Código Civil¹⁰⁸. De este modo la equidad en el arbitraje de consumo se construye sobre la idea aristotélica de la *epiqueya*, consistente en la aplicación de la norma individualizada, adaptada a las circunstancias del caso concreto.

La doctrina imperante del Tribunal Supremo, ha venido aceptando tradicionalmente el otorgamiento del más amplio margen de flexibilidad al arbitraje de equidad. Así se resume en su Sentencia de 11 de diciembre de 1987 *“La doctrina jurisprudencial, siempre atenta al designio de paz que preside y penetra el arbitraje privado de equidad, entiende que quedaría despojado de sus características propias de sencillez y confianza si no se admitieran las facultades del árbitro para decidir con libertad de criterios y*

¹⁰⁷ MARÍN LOPEZ, M.J. “Presente y futuro del arbitraje de consumo: 43 cuestiones controvertidas” en Revista de Derecho Privado, 2006, nº 90, pp. 3-76.

¹⁰⁸ Vid. Art. 3.2 CC *“La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”*.

fundamentos, y empleando si fuera menester o conveniente fórmulas flexibles que escapan al control judicial”.

Nuevamente ha sido el Tribunal Constitucional, a través de su Sentencia de 16 de marzo de 1988, quien ha abordado con mayor acierto la esencia del arbitraje en equidad. Así señalaba que *“...el arbitraje de equidad constituye, desde el plano sustantivo uno de los supuestos excepcionales a los que indirectamente se refiere el artículo 3.2 CC, cuando al hablar de la equidad en la aplicación de las normas jurídicas sólo autoriza su uso de manera exclusiva en las resoluciones de los tribunales en el caso de que la ley expresamente lo permita. En la vertiente procesal, esto se traduce en la previsión de un proceso especial, ajeno a la jurisdicción ordinaria, caracterizado por la simplicidad de formas procesales y el uso del arbitrio (saber y entender) por los jueces árbitros designados por las partes, no obligados a la motivación jurídica, aunque sí, en todo caso, a dar a aquéllas la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias.”*

Con relativa frecuencia se ha cuestionado sin embargo los límites de plasticidad que permite el arbitraje de equidad. Es motivo asiduo de reproche, la utilización del recurso a la *equidad* para dar cobertura a actuaciones arbitrales carentes de la debida nitidez, en cuanto al procedimiento seguido y a la fundamentación invocada.

La SAP de Barcelona de 28 de diciembre de 1999, da respuesta a la exigencia de acatamiento del arbitraje de equidad a unas mínimas normas. Se trataba de un arbitraje civil, en el que el árbitro, *lapsus calami*, había redactado su laudo fundándolo en derecho, cuando la petición de las partes se refería a un arbitraje en equidad. Tras la subsanación del árbitro en el que invocaba un mero error tipográfico en el encabezamiento, la Audiencia Provincial emite la siguiente resolución en vía de anulación *“La no sujeción del arbitraje de equidad a normas legales, ni en cuanto a procedimiento ni en cuanto al fondo, no puede interpretarse como una obligación del árbitro de prescindir absolutamente de las normas jurídicas. El derecho no excluye la equidad. Y nuestro ordenamiento la erige expresamente en criterio rector en la aplicación de las normas –artículo 3.2 del Código Civil-.”*

Mayores problemas se ha derivado de la preocupantemente frecuente parquedad, cuando no ausencia en la motivación del laudo. El hecho de ponderar el asunto que se presente sobre la equidad, con flexibilidad y sin sujeción a las estrictas normas jurídicas, no debiera excluir nunca, bajo la prudente opinión de quien suscribe, la necesidad de motivar el fallo, o al menos exponer el hilo deductivo del razonamiento que ha llevado al árbitro a adoptar determinada decisión. En no pocas ocasiones, cuando de una reclamación económica se trata, hemos contemplado el estupor de las partes, al recibir la notificación de un laudo, que sin mayores explicaciones fijaba “en equidad” una suma que en nada coincidía con los argumentos esgrimidos por los litigantes y cuyo resultado final les resultaba ininteligible. Este modo de proceder, corre el

riesgo de desincentivar a las partes a acudir a este sistema de resolución de conflictos. Cuando se obtiene un fallo desfavorable, la motivación del mismo puede coadyuvar en gran medida a asimilar la derrota y corregir la actuación futura. Sin embargo, si esa fundamentación se omite o no se incide en ella con el suficiente interés el litigante vencido no encontrará razón que apacigüe su malestar y tenderá a asimilar arbitraje con arbitrariedad, rehusando en el futuro su sometimiento al mismo.

La realidad es que el Tribunal Constitucional desde su Auto de 20 de julio de 1993, ha entendido que tal motivación no es preceptiva en el arbitraje de equidad. En el mismo sentido, se ha venido pronunciando alguna jurisprudencia menor. Así lo reproducía un año después la SAP de Madrid de 27 de mayo de 1994, en aplicación del artículo 32.2 de la Ley de Arbitraje y la doctrina constitucional *“La motivación del laudo solo será precisa cuando los árbitros decidan con sujeción a Derecho y es evidente que las Juntas Arbitrales de Transporte resuelven las controversias en equidad, aunque no lo señale expresamente”*. La Audiencia de Guadalajara acoge la misma tesis en su Sentencia de 17 de febrero de 2000 *“Sin olvidar que nos encontramos ante un arbitraje no de derecho sino de equidad y que por ello no requiere mayor motivación”*. Las Audiencias Insulares Canarias asientan su discurso jurisprudencial sobre la misma línea, como reflejaban la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 9 de septiembre de 2000 o la de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 11 de abril de 2001. Otras Audiencias Provinciales como la de Cádiz a través de su Sentencia de 22 de marzo de 2002 o la dictada el 25 de septiembre por la de A Coruña se mostraban más recelosas por la parca motivación.

El reverso pues de la bondad de la equidad como principio del arbitraje de consumo, lo hallamos con frecuencia en la omisión de la debida fundamentación del laudo, que si bien es cierto no es preceptiva salvo en los arbitrajes resueltos en derecho, no es menos cierto que la omisión o debilidad del razonamiento sustentador de la resolución siembran una sensación de desamparo inexplicable en el litigante vencido, al tiempo que le impiden conocer las causas de su deficiente actuación para su corrección futura.

6.2.2.2.1.6.2. Establecimiento de un régimen de recursos.

Habíamos demandado desde hace tiempo el establecimiento de algún régimen de recursos que posibilitara la revisión de determinadas resoluciones por una segunda instancia, en orden a dotar de las máximas garantías el sistema arbitral sin necesidad de forzar un posterior proceso de anulación judicial del laudo. El rechazo de una solicitud de arbitraje por la Junta, o de su reconvenición, la posible recusación de un árbitro o la petición de n presidente ajeno a la Administración en aquellos casos en que pudiera plantear alguna de las partes que existen vínculos suficientes con el reclamado, carecía de un régimen de recursos que permita revisar la corrección de la resolución

adoptada. También el nuevo RD ha dado respuesta a este déficit en su nuevo artículo 36.

6.2.2.2.1.6.3. Adopción de acuerdos para la unificación de criterios arbitrales.

Si bien cada árbitro goza de total independencia, imparcialidad y soberanía en el ejercicio de la función arbitral, sería conveniente en aquellos casos en que fuera factible, la adopción de criterios unificados, que aún de modo no vinculante, pudiera dotar de una mayor uniformidad al sistema, redundando ello también en un incremento de la seguridad jurídica que permita a las partes en liza conocer el razonamiento seguido en precedentes litigios. Para ello, advertimos en la fase de audiencia de la norma que una buena opción sería la creación de una comisión técnica unificadora de criterios que recabando información de las distintas juntas arbitrales desarrollara su labor de modo periódico o a petición de parte. Y también se ha subsanado este punto con la creación de la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo reguladas en los artículos 9 y siguientes del RDSARC.

6.2.2.2.1.7. Adhesiones a la carta frente a ofertas públicas puras de sometimiento.

Se ha cuestionado con razón la existencia de ofertas públicas de sometimiento al sistema arbitral embrionarias de tales limitaciones que en la práctica venían a vaciar de contenido su adhesión. Esta limitación cuestionada por muchos por la falta de transparencia que en ocasiones conlleva, permite al reclamado ceñir su sometimiento a determinado espacio geográfico, temporal o lo que es frecuente limitada a determinada cuantía económica, lo que puede inducir a error al usuario y tacharse de desleal para el empresario que se esfuerza en obtener el idéntico galardón distintivo con sometimiento pleno que aquel que ha limitado su adhesión para reclamaciones inferiores a 60 euros.

No parece ético, que la empresa que se promociona ante el consumidor como favorable a un sistema de resolución de conflictos “rápido” y gratuito como es el arbitraje de consumo, obteniendo con ello el distintivo oficial que le otorga otorga el sistema, le omita la parquedad de su bondad interesada, atrayendo sin embargo el usuario hacia su empresa y detrayéndolo de la competencia. La Administración ha aceptado durante largo tiempo estas limitaciones, que sin duda en otros campos cabría calificar como *publicidad engañosa por omisión*¹⁰⁹, con el fin de incrementar, aunque sea de modo poco

¹⁰⁹Cfr. Art. 4 de la Ley General de Publicidad “*Es asimismo engañosa la publicidad que silencia datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a un error en los destinatarios*”. En el mismo sentido la Norma Deontológica 14 del Código de Conducta Publicitaria de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad “*La publicidad no deberá ser engañosa. Se entiende por publicidad engañosa, aquella que de cualquier manera, incluida su presentación, o en razón de la inexactitud de los datos sustanciales contenidas en ella, o por su ambigüedad, omisión u otras circunstancias, induce o puede inducir a error en sus destinatarios*”.

favorable para el usuario, el número de empresas adheridas al sistema arbitral. GUTIERREZ SANZ¹¹⁰ o MALUQUER DE MOTES BERNET¹¹¹ se manifiestan en este mismo sentido, advirtiendo que esta limitación del ámbito de la oferta puede suponer una vía engañosa para el consumidor. Dos soluciones se ofrecen para esta sombra del sistema. Ora la exclusión de estas empresas del sistema arbitral de consumo y retirada del distintivo concedido, ora la creación de un nuevo distintivo que advierta al usuario de la existencia de algún tipo de limitación o reticencia de la empresa con la que contrata respecto de su adhesión al sistema.

En ocasiones, es la propia falta de diligencia de la Administración receptora de la adhesión del empresario y encargada de velar de la corrección y claridad de la misma, la que genera confusión al usuario, al admitir estas limitaciones. Este es el supuesto abordado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 14 de marzo de 2001. Esta resolución judicial, emitida la víspera del día de los derechos del consumidor, acepta la nulidad del laudo dictado por la Junta Arbitral de Consumo de Murcia, por no constar claramente la voluntad inequívoca de la empresa recurrente de someterse a más juntas arbitrales que a las de Alicante. El problema estriba en que en el boletín de adhesión recogido por la Administración de Consumo, se refería por una parte el sometimiento de la empresa como suele ser habitual al ámbito territorial de la empresa, para quedar enmendado a continuación de modo manuscrito a Alicante. La Audiencia acepta la tesis empresarial con el siguiente fundamento:

“Estimamos que tanto en la Ley de Arbitraje en su art. 5 como el R.D. 636/1.993 de 3 de mayo (B.O.E. 21-5) en sus artículos 5, 6.1 y 8, recogen como premisa fundamental para la aplicabilidad de las normas de arbitraje, la voluntad inequívoca de las partes de someterse al mismo por lo que la duda interpretativa surgida en el supuesto enjuiciado donde una de las partes cuestiona y se opone a que su adhesión al sistema arbitral de Consumo de Alicante pueda hacerse extensivo a otros ámbitos territoriales, debe ser resuelta en el sentido de que su adhesión debe circunscribirse a aquel ámbito que de forma expresa ha fijado en su Boletín de Adhesión, sin que la aparente contradicción que figura en el mismo donde por un lado viene referido al ámbito territorial de la empresa y a continuación, manuscrito, se fije el ámbito territorial de Alicante, pueda ser resuelto a favor del primero de ellos pues sabido es que el párrafo segundo del art. 1.281 del Código Civil establece que si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, siendo claro que la intención de los contratantes era circunscribir el ámbito a Alicante no sólo porque así se recoge sino, además, porque ello se hace de forma manuscrita en tanto que la que la extiende al ámbito territorial de la

¹¹⁰ GUTIERREZ SANZ, M.R, en QUINTANA CARLO I. y BONET NAVARRO, A (Dirs). *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Pamplona, 1997, p.117.

¹¹¹ MALUQUER DE MOTES BERNET, J. *Oferta pública de sometimiento al sistema arbitral*, en Estudios sobre Consumo N° 59, Madrid, 2001, p. 126.

empresa pertenece a la parte impresa del contrato de adhesión, debiendo precisar que la oscuridad o contradicción no puede perjudicar al adherido pues no puede atribuirse al mismo su autoría sino a quien ha elaborado el texto (art. 1.288 C. Civil)”.

Cuestión íntimamente vinculada a la limitación de la oferta, que no conviene olvidar por su trascendencia práctica, es la pretensión de restricción de la oferta de sometimiento una vez planteada la reclamación por el usuario, mostrándose nuestra jurisprudencia contraria a cualquier interpretación restrictiva del ámbito de la oferta en perjuicio del usuario. Un ejemplo de ello es la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 25 de abril de 2000, que rechaza la alegación sostenida por Airtel Móvil, SA tendente a la obtención de una interpretación de la oferta de menor amplitud que la realmente depositada ante la Junta Arbitral. La Sección 3ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, siendo ponente RAFAEL JESÚS FERNÁNDEZ PORTO, es tajante:

“En lo que se refiere al alcance del sometimiento por parte de “Airtel Móvil, S.A.” al Sistema Arbitral de Consumo, ya en el Laudo recurrido se da acertada respuesta a la pretensión. Así se le indica “que la limitación alegada por la parte reclamada no figura en la Oferta Pública de Sometimiento al Sistema Arbitral y es por lo tanto susceptible de someterse a arbitraje cualquier reclamación presentada contra la empresa”. Razonamiento que la Sala tiene que hacer suyo. Basta observar el sometimiento que se realiza en 26 de septiembre de 1.995 ante el Sr. Presidente de la Junta Arbitral de Consumo, en la que claramente se menciona que se somete a las disposiciones reguladoras del sistema arbitral de consumo “en relación con cualquier reclamación que puedan plantearse por abonados al servicio público de telefonía móvil digital GSM prestado por Airtel Móvil, S.A.”. En esta oferta vinculante no se somete sólo en cuanto a las reclamaciones por prestación de telefonía móvil digital GSM, sino en cuanto a cualquier reclamación que puedan plantearse ” con la única limitación de que el reclamante sea un cliente de la recurrente abonado al servicio de telefonía móvil (es decir, un consumidor de sus productos). Si el sometimiento público no se hizo condicionado, no puede realizarse posteriormente una interpretación restrictiva y forzada en las condiciones generales pactadas con el cliente, en perjuicio de éste.”

Por fortuna también parece que el RDSARC ha puesto orden en este desconcierto con lo que puede ser una limitación sensata de estas prácticas.

6.2.2.2.2. ARBITRAJE POR ATRICION.

Frente al primer grupo de empresarios que han apostado o apostarían por el sistema arbitral por convicción en la bondad del sistema, existe un segundo grupo, probablemente mucho más numeroso, al que también pretendemos persuadir de las virtudes del arbitraje de consumo que, en

términos escatológicos, diríamos, solo lo acatarían por temor a un mal mayor que les pudiera reportar su exclusión del sistema. Frente a ellos, obviando los tradicionales argumentos de su simplicidad, gratuidad, o celeridad, nos limitaremos a dar dos razones simples y contundentes.

6.2.2.2.1. Exclusión del mercado por el consumidor y el sector público.

El empresario renuente de la solución arbitral, puede quedar sometido a un riesgo de exclusión del mercado.

Desde la perspectiva pública, si se incentiva mediante la concesión de beneficios fiscales la adhesión al sistema evidentemente podrá situarse en una posición menos competitiva, pero en todo caso, de aceptarse la hipótesis planteada de la valoración positiva en los concursos públicos de la existencia de una oferta pública de sometimiento, en igualdad o similitud de condiciones podría perder la oportunidad adjudicaciones de contratos públicos.

Por lo que respecta al comportamiento del consumidor, un consumidor bien informado, conocedor de sus derechos, optará por realizar sus adquisiciones a través de aquel empresario que mediante la exhibición del correspondiente distintivo de calidad que supone el sello arbitral de consumo, le transmita una actuación honesta con los derechos del consumidor y una predisposición favorable a la resolución amigable de cualquier tipo de conflicto si este llegara a plantearse.

6.2.2.2.2. La alternativa judicial y las nuevas tecnologías. El pequeño David frente al poderoso Goliat.

La entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, con la posibilidad brindada por el juicio verbal para cuantías inferiores a 900 euros, de no precisar asistencia letrada ni representación procesal, sin requerir invocación de fundamento jurídico alguno (*iura novit curia*), abre nuevas posibilidades al consumidor hasta entonces vedada.

Si a ello le añadimos la revolución a la difusión de información que puede suponer el uso de las nuevas tecnologías, el impacto de David, el insignificante consumidor, frente a la multinacional Goliat más poderosa puede ser incontestable.

Frente a las empresas que procuran blindar su actuación tras la convicción de que pocos son los usuarios que se aventuran a emprender un procedimiento judicial por la dificultad o costes que puede conllevar en relación al beneficio reclamado, CEACCU promoverá la facilitación gratuita de formularios on-line, para toda suerte de litigios, gozando ya muchos de ellos de la fundamentación jurídica aplicable (Ej. piénsese en pérdida de equipajes o retrasos en transporte aéreo, conflictos en telecomunicaciones, sector eléctrico, garantías en la venta de bienes de consumo, comercio electrónico, etc).

En consecuencia el usuario, en principio, no tendrá que desembolsar cantidad alguna para el ejercicio de su derecho de reclamar por vía judicial, lo que sin duda se convierte en un poderosísimo estímulo para la utilización de este cauce. Si a esto le añadimos un segundo factor como es que la empresa demandada, por lo general, si va a tener que contratar a estos profesionales, salvo lógicamente que comparezca su representante legal lo que en la práctica será harto extraño, la aproximación al usuario para buscar una solución está casi asegurada. Si aún así el empresario desistiera de esta posibilidad, por razón del foro competente, no será raro que pueda ser juzgado en rebeldía, condenado al no formular oposición e incluso ver sorprendentemente embargados sus bienes para dar cumplimiento a la sentencia. De este modo, podemos concluir que el juicio verbal para cuantías inferiores a 900 euros se convierte en manos del usuario decidido a hacer valer sus derechos, en una poderosa honda capaz de tumbar al más vigoroso y temido Goliat.

6.3. JURISDICCIÓN CIVIL.

Expuesta ya la nefasta protección administrativa que se depara al usuario del sector eléctrico y la nula voluntad de las empresas del ramo a someter sus conflictos al sistema arbitral de consumo, resulta obvio que el usuario se ve forzado a impetrar el auxilio de la jurisdicción civil ordinaria para pertrecharse de las conductas lesivas a sus intereses. En este sentido hemos de diferenciar dos tipos posibles de acciones: las individuales y las colectivas.

La bóveda que cierra la defensa del consumidor tras el reconocimiento de los distintos derechos sustantivos ha de ser el otorgamiento de mecanismos procesales que posibiliten su ejercicio. El derecho no está llamado ni a engrosar códigos, ni a embellecer bibliotecas, ni a generar declaraciones programáticas huérfanas de aplicación, sino a satisfacer las demandas prácticas de los justiciables. La confianza del consumidor en el sistema creado para la protección de sus intereses se logra cuando ve efectivamente resueltos sus conflictos de modo asequible y de modo razonable en el tiempo.

6.3.1. ACCIONES INDIVIDUALES.

Por lo que atañe al usuario de carácter individual que ve violentados sus derechos como consumidor, y teniendo en cuenta que con frecuencia la gran mayoría de las reclamaciones de los usuarios son en general de pequeña cuantía, resulta desgraciadamente muy común que el usuario desista de su acción y renuncie a su derecho.

Sin embargo, y debiendo por fidelidad a la realidad reconocer la existencia de una buena base racional para el lógico desánimo que padece el usuario en soledad antes de iniciar una acción judicial para el restablecimiento de sus derechos, también es cierto que la experiencia cosechada durante años en los servicios jurídicos de la CEACCU, nos hacen constatar un amplio

desconocimiento de los consumidores en cuanto a las distintas posibilidades que nos ofrece el ordenamiento jurídico. De hecho, nos atrevemos a proclamar y enseguida lo justificaremos, que precisamente en los litigios de pequeña cuantía resulta mucho más oneroso para el empresario verse forzado a acudir a un procedimiento judicial, que las indubitadas molestias que genera al usuario. También podemos constatar con base a la experiencia acumulada que gran parte de los valerosos usuarios que se han adentrado en esta senda judicial, no solo han resultado airoso en sus pretensiones, sino que junto a la reconquista de sus legítimos derechos, han recibido a través de la resolución judicial una honda satisfacción reparadora de su maltrecha dignidad como consumidores.

Por lo común, las acciones individuales que pretenda entablar el usuario, salvo casos poco frecuentes en que puedan basarse en documentos cambiarios (piénsese en una devolución del precio pagado por un producto defectuoso a través de cheque) o incluso a través del procedimiento monitorio (quizá pudiera emplearse el albarán de entrega para la reclamación de cantidad con motivo del ejercicio del derecho de desistimiento en una venta a distancia), se articularán a través de los denominados procesos declarativos, regulados en el Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo 248.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que *toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada por la Ley otra tramitación, será ventilada y decidida den el proceso declarativo que corresponda.*

El proceso declarativo, recogiendo la reflexión de LORCA NAVARRETE¹¹², es una cláusula general de habilitación funcional para los Juzgados y Tribunales civiles, que justificada en el principio de legalidad procesal, permite obtener la garantía de la tutela judicial efectiva en su vertiente funcional de declaración de derechos e intereses legítimos, en las pretensiones de condena, meramente declarativas o constitutivas.

Nuestra norma procesal ritual civil (art. 248.2) distingue dos tipos de procesos declarativos: a) el juicio ordinario; y b) el juicio verbal. La procedencia del empleo de uno u otro, que no quedan al arbitrio del demandante, residen en primer término en su distribución por razón de la materia y con carácter subsidiario ambos procesos también difieren entre sí por razón de la cuantía.

6.3.1.1. EL JUICIO VERBAL. RECLAMACIONES INFERIORES A 900 EUROS, LA HONDA DE DAVID.

El primer procedimiento que hemos anunciado, el juicio verbal, acoge variadas pretensiones distinguiendo entre materias específicas atribuidas y cuantía.

¹¹² LORCA NAVARRETE, A.M. *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General*. Madrid, 2000, p. 372.

A pesar de que lo común, como hemos apuntado, es que los consumidores acudan a uno u otro procedimiento en función de la cuantía, no es tampoco descartable de modo radical por las infinitas posibilidades que el derecho puede plantear, que en determinados supuestos un consumidor pueda verse forzado a acudir al juicio verbal por razón de la materia. Así pues transcribimos las previstas por el artículo 250 LEC:

1º Las que, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractualmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana, dada en arrendamiento, ordinario o financiero, o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca.

2º Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca.

3º Las que pretendan que el tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario.

4º Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute.

5º Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la suspensión de una obra nueva.

6º Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande.

7º Las que, instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación.

8º Las que soliciten alimentos debidos por disposición legal o por otro título.

9º Las que supongan el ejercicio de la acción de rectificación de hechos inexactos y perjudiciales.

10º Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, sobre el incumplimiento por el comprador de las obligaciones derivadas de los contratos inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizados en el modelo oficial establecido al efecto, al objeto de obtener una sentencia condenatoria que permita dirigir la

ejecución exclusivamente sobre el bien o bienes adquiridos o financiados a plazos.

11º Las que pretendan que el tribunal resuelva, con carácter sumario, sobre el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero o contrato de venta a plazos con reserva de dominio, siempre que en ambos casos estén inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizados en el modelo oficial establecido al efecto, mediante el ejercicio de una acción exclusivamente encaminada a obtener la inmediata entrega del bien al arrendador financiero o al vendedor o financiador en el lugar indicado en el contrato, previa declaración de resolución de éste, en su caso.

12º Las que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, que examinaremos con posterioridad.

13º Las que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil (derecho de los progenitores y otros familiares allegados a relacionarse con el menor).

Así las cosas, va a ser la cuantía el elemento delimitador de un procedimiento u otro. Si en el juicio ordinario se iban a ventilar todas las reclamaciones cuyo importe fuera superior a 3000 euros, a través del verbal se dilucidarán todas las reclamaciones de menor cuantía, sin ningún tipo de límite mínimo. No obstante debemos realizar una importante subdivisión por razón de que dentro de ese límite inferior a 3000 euros, la petición del actor sea inferior o superior a 900 euros¹¹³ (lo que eran antes unas 150.000 pesetas).

Si la reclamación es superior a 900 euros, con independencia de una posible mayor celeridad del proceso, respecto del ordinario, ninguna diferencia va a encontrar el usuario que se verá obligado igualmente a comparecer en el proceso representado por procurador y bajo dirección letrada de abogado en ejercicio.

En aquéllas demandas cuya cuantía sea igual o inferior a 900 euros, que recordemos son una gran mayoría de los litigios que se presentan en consumo con carácter cotidiano, se dispensa al usuario de acudir al procedimiento bajo la representación del procurador y dirección letrada (arts. 23.3.1º y 31.2.1º LEC).

Con objeto de facilitar el ejercicio de los derechos de los usuarios a través de este cauce, asociaciones de consumidores como la Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios (CEACCU), u oficinas municipales de información al consumidor (como la de Córdoba que desarrolla también una excelente labor), lleva años distribuyendo

¹¹³ Como se expone en la nota a pié de pagina nº 204, en aras de una mayor comodidad, las 150.000 pesetas reseñadas en la LEC, fueron sustituidas en lugar de por los 901,52 euros resultantes de la exacta transformación de la moneda, por 900 euros. RD 1417/2001, de 17 de diciembre (BOE nº 310, de 21 de diciembre de 2001).

gratuitamente modelos de demanda, tanto genéricas como específicas para supuestos concretos (tintorerías, transporte aéreo, reparaciones, garantías...).

La actual Carta de Derechos de los ciudadanos ante la Justicia, consecuencia del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, firmado el 28 de mayo de 2001, prevé en su punto octavo, el derecho de los ciudadanos a disponer gratuitamente de los formularios necesarios para el ejercicio de sus derechos ante los tribunales cuando no sea preceptiva la intervención de abogado y procurador. En desarrollo de este Derecho, el Consejo General del Poder Judicial, dispone a través de su página Web de un sencillo modelo de demanda para estos supuestos. Obvio es decir que junto al cumplimiento formal de este compromiso saldado con la inserción en la Web de un formulario y la edición en 2001 de un folleto divulgativo de escasa circulación, sería deseable una difusión más próxima al ciudadano a través de su información y facilitación tanto en sedes judiciales (que en la práctica no se da), como en otras oficinas próximas al usuario (OMIC, Ayuntamientos, Consejerías de Consumo, Asociaciones...).

El procedimiento, como anunciábamos constituye un poderoso instrumento frente al empresario que entienda el usuario ha vulnerado sus derechos. En tanto que el usuario podrá comparecer por si mismo sin asistencia letrada, ni procurador, ni el pago de cantidad alguna para acceder al proceso, al empresario ya de modo inicial muy probablemente le suponga una *molestia* que sale fuera de su ámbito normal de negocio. Y, no olvidemos que salvo que se trate de personas físicas, a menos que acuda en persona su administrador o consejero delegado con poder bastante para ello, se verá forzado a designar letrado y procurador. Este primer paso, unido al tiempo que pensará puede perder, ya con frecuencia, constituye un incentivo suficiente como para atender la reclamación del usuario. Pero es más, con frecuencia el usuario podrá demandar en el juzgado correspondiente a su propio domicilio de una pequeña localidad a grandes empresas a las que les resultará francamente difícil atender las pequeñas demandas individuales de los usuarios (Ej. piénsese en un billete electrónico adquirido a través de Internet a una compañía aérea cuyo vuelo padeció un retraso). En algunos casos, por la difusión que permiten las nuevas tecnologías, amén de las facilidades que podrá ofrecer el DNI electrónico para la presentación de la demanda desde el propio domicilio del usuario, la avalancha de reclamaciones que puede llegar a soportar una empresa bien pueden situarla al borde una severa crisis (pensamos por ejemplo en una interrupción generalizada del suministro eléctrico).

Como particularidad, ya que nos referíamos a pequeñas localidades, en aquellas que no dispongan más que de Juzgado de Paz y la cuantía sea igual o inferior a 90 euros, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 47 LEC, a estos corresponderá el conocimiento y fallo de la demanda.

Y continuemos con el análisis de nuestra poderosa honda de David, frente al temido Goliat. Si el empresario no comparece el juicio se celebrará igualmente en su ausencia, habiendo perdido pues toda oportunidad de combatir las alegaciones del usuario. Una vez dictada la sentencia, si persiste en su rebeldía se podrá ordenar la ejecución forzosa contra el patrimonio del empresario, ordenado si es preciso el embargo de sus bienes y derechos.

Sin duda, continúa hoy siendo un instrumento poco empleado, que esta llamado a convertirse junto a las acciones colectivas cuando estas adquieran en nuestro derecho la definitiva madurez, en la herramienta procesal más eficaz al servicio del usuario.

6.3.1.2. EL JUICIO ORDINARIO.

Por lo que respecta al menos al ámbito de las reclamaciones de consumo, y en mayor medida, tratándose de reclamaciones individuales de usuarios que pretenderán con carácter general una pretensión de condena traducida en un determinado importe económico, lo usual será que la elección del proceso, en contra de lo que se instaura como principio preponderante, se base en la cuantía y no en la materia.

Acudiendo pues con carácter inicial al elemento delimitador de la cuantía, el juicio ordinario conforme lo dispuesto en el artículo 249.2 LEC, resulta procedente para aquellas reclamaciones cuyo importe sea superior a 3000 euros¹¹⁴ (aproximadamente 500.000 de las antiguas pesetas) o bien aquellas otras cuyo interés resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo.

Además, resultará el cauce procesal imperativo para las siguientes demandas por razón de la materia:

1º Las relativas a derechos honoríficos de la persona.

2º Las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación.

3º Las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por Juntas o Asambleas Generales o especiales de socios o de obligacionistas o por órganos colegiados de administración en entidades mercantiles.

4º Las demandas individuales en materia de competencia desleal, defensa de la competencia, en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o de los artículos 1 y 2 de la Ley de

¹¹⁴ La cuantía se aproximó a 3000 euros en lugar de los 3005,06 resultantes de la conversión de pesetas a euros, en aras de una mayor comodidad, en virtud del Real Decreto 1417/2001, de 17 de diciembre (BOE nº 310, de 27 de diciembre de 2001).

Defensa de la Competencia, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame. Si estuviéramos ante acciones de cesación en defensa de intereses colectivos y difusos se tramitarán como veremos a través del juicio verbal

5º Las demandas individuales en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de contratación. Las colectivas también se articularán por el juicio verbal.

6º Las que versen sobre cualesquiera asuntos relativos a arrendamientos urbanos o rústicos de bienes inmuebles, salvo que se trate del desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia.

7º Las que ejerciten una acción de retracto de cualquier tipo.

8º Cuando se ejerciten las acciones que otorga a las Juntas de Propietarios y a éstos la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que corresponda.

Como puede deducirse de la lectura de las materias comprendidas dentro del juicio ordinario, lo habitual será que el consumidor quede ligado a este procedimiento más por razón de la cuantía que por imperativo de las materias que abarca. Todo lo más acudirá a este procedimiento algún consumidor paladín en contra de alguna cláusula abusiva impuesta contractualmente por condiciones generales.

El desarrollo del juicio ordinario, exige por imperativo de la LEC, que el usuario comparezca representado por procurador y dirigido por abogado (arts. 23 y 31 LEC), a los que evidentemente salvo que tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita (vid. Ley 1/1996, de 10 de enero, reguladora de la asistencia jurídica gratuita¹¹⁵), tendrá que satisfacer sus honorarios. Ello evidentemente, con independencia de que pudiera recuperar estos importes en el caso de que resultara vencedor del pleito (art. 394 LEC), ya supone un importante freno económico inicial al ejercicio de acciones.

6.3.2. ACCIONES COLECTIVAS.

6.3.2.1. JUSTIFICACIÓN Y FINALIDAD DE LAS ACCIONES COLECTIVAS.

Podemos establecer cinco razones fundamentales que justifican la existencia de acciones colectivas:

¹¹⁵ BOE nº 11, de 12 enero de 1996 (con numerosas modificaciones posteriores).

a) En primer lugar una razón de carácter objetivo cual es evitar que una multiplicidad de procesos que desborden a los tribunales (*economía judicial*).

b) En segundo término una función social de protección de los intereses generales, pues como razona GARNICA MARTÍN¹¹⁶, desde la perspectiva individual no puede darse una respuesta satisfactoria a los abundantes casos de fraude de consumo.

c) La evitación de procesos contradictorios (tan frecuentes en las acciones individuales).

d) La distribución equitativa de las indemnizaciones entre los afectados en los supuestos de que el empresario no pudiera hacer frente a todas ellas (el caso de Forum y Afinsa resulta paradigmático).

e) Finalmente, una última razón es el desequilibrio de medios existente entre el consumidor individual y la gran empresa dotada de ingentes recursos económicos para la defensa de sus intereses.

En general, las reclamaciones de consumo suelen presentar unas dificultades añadidas que hacen aún más complejo el ejercicio de la acción judicial. Suelen ser perjuicios de reducida cuantía en la mayoría de las reclamaciones, y es también frecuente la incidencia sobre una colectividad de usuarios indeterminados. No es extraño en empresas con miles de clientes, el cobro indebido de una pequeña cantidad a cada usuario, que le permite un beneficio ilegal muy sustancioso. En estos casos es probable que ningún consumidor reclame judicialmente la cantidad que se le debe. Incluso aunque lo hiciera, y ganara el usuario, el resultado seguiría siendo muy beneficioso para la empresa. Una solución para este tipo de situaciones consistiría en el ejercicio de acciones colectivas.

Las acciones colectivas suelen desarrollarse con diversos fines, a veces coincidentes en la acción:

- a) La cesación o retracción de una acción injusta.
- b) La acción declarativa, cuyo objeto es el reconocimiento de una situación.
- c) La condena dineraria.

6.3.2.2. PUNTOS CRÍTICOS EN LA JURISDICCIÓN CIVIL PARA LA DEFENSA DE INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS.

¹¹⁶ GARNICA MARTÍN, J.F. “Las acciones e grupo en la LEC 1/2000” en La Ley nº 6, 2001, pp. 1451-1465.

Excediendo sin duda de la pretensión de esta ponencia un examen procesal pormenorizado de las acciones colectivas, si que interesa sin embargo apuntar los puntos críticos de este cauce, habida cuenta de las escasas posibilidades que hemos señalado ofrecen actualmente la vía administrativa y el sistema arbitral de consumo

6.3.2.2.1. LA CONTROVERTIDA CUESTIÓN DE LA LEGITIMACIÓN PARA LA DEFENSA DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS.

El Tribunal Constitucional, a través de su Sentencia de 11 de noviembre de 1991, ha aceptado explícitamente el concepto doctrinal de legitimación, entendida como *la relación jurídico material que liga a las partes con el objeto procesal*. La legitimación para el ejercicio de acciones judiciales en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, refiriéndonos al ejercicio de acciones colectivas, se halla regulada por el artículo 11 LEC. En este se atribuye, con distinción del ejercicio de acciones en defensa de intereses difusos y estrictamente colectivos, a: las asociaciones de consumidores y usuarios, entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados, y para el ejercicio de acciones de cesación, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas conforme a la normativa europea.

Estimamos en este punto más oportuno abordar su estudio partiendo del alcance de la legitimación reconocida (intereses colectivos o difusos). En este sentido ha de advertirse que a pesar de que las acciones que examinamos las definamos como “colectivas”, en lugar de haber adoptado el término sajón de “acciones de clase” o “acciones de grupo” -por otra parte de modo común en los países con un sistema similar al nuestro¹¹⁷-, bajo esta denominación hemos de distinguir entre *intereses colectivos* propiamente dichos e *intereses difusos*.

6.3.2.2.2.1. LEGITIMACIÓN EN DEFENSA DE INTERESES COLECTIVOS.

Cuando nos referimos a intereses colectivos, ha de entenderse que nos hallamos ante un conjunto de individuos, determinados o fácilmente determinables. No se pretende por tanto minimizar el grupo en cuanto al número de individuos que lo conformen sino que sea posible la identificación de todos ellos. Trasladando esta clasificación a un ejemplo práctico diríamos que la defensa de un interés colectivo pudiera ser los pasajeros de un determinado vuelo, los usuarios abonados a una determinada compañía telefónica o los asistentes a un concierto o evento deportivo. En todos estos casos, podrá determinarse la identificación de los perjudicados, mediante el billete de transporte aéreo o la tarjeta de embarque, en virtud del contrato de abono telefónico o del propio listado de clientes de la operadora o con la entrada al concierto o evento deportivo.

¹¹⁷ Así en Francia se refieren a la *action collectif*; en Italia a la *azione colectiva*; y en Portugal *ação colectiva*.

En defensa de estos intereses colectivos se encuentran legitimados los siguientes actores:

a) Las asociaciones de consumidores y usuarios, a las que como expusimos al abordar los diferentes modelos asociativos, habrá de asimilarse las entidades constituidas por consumidores con arreglo a la normativa de cooperativas.

En este punto suele ser frecuente el planteamiento de la necesidad o no de inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios previsto en el antiguo artículo 20.3 LGDCU y actual artículo 33 TRLGDCU, aduciéndose como excepción de falta de legitimación activa por los demandados en los supuestos en que la asociación de consumidores no consta inscrita. Pese a la existencia de alguna puntual excepción (vid. SAP de Castellón de 31 de diciembre de 1999), la tónica mayoritaria en nuestras Audiencias ha sido reconocer hasta la fecha la legitimación a la asociación con independencia de las vicisitudes administrativas en orden a la inscripción en los correspondientes registros públicos tal y como razonan las SSAP de Madrid de 10 de octubre de 2002 y 30 de enero de 2007; de Barcelona, de 29 de marzo de 2005; o de Baleares de 17 de marzo de 2003. Ahora bien, mientras la Ley 26/984, probablemente permitía esta posibilidad, la nueva redacción otorgada por el artículo 24 TRLGDCU, parece cerrarla definitivamente al señalar: .

1. Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas conforme a lo previsto en este título y en la normativa autonómica que les resulte de aplicación, son las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los intereses generales de los consumidores y usuarios.

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

2. 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 consecuencia, las asociaciones que no cumplan la integridad del Título II, del Libro I (arts. 22 a 39) TRLGDCU solo podrían accionar en nombre y representación de sus asociados (incluso en incidentes concursales como evidencia la SAP de Madrid de 17 de mayo de 2007) o de la propia entidad asociativa, pero perderían su legitimación para el ejercicio la defensa de los intereses generales. Frente a esta redacción en primer lugar cabe aún la duda

de si ello no constituye más que una armonización o aclaración de conceptos un exceso de la delegación recepticia otorgada. Y, en segundo término habrá que poner el precepto en relación con el artículo 11.1 LEC en cuyo *in fine* sigue reconociéndose la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios *legalmente constituidas* para la defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios.

b) Los grupos de consumidores y usuarios afectados, que en el aspecto referido a su capacidad ya apuntamos debe constituirse por la mayoría.

c) Las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos. Piénsese como ejemplo en una asociación de celíacos cuyos socios resultan perjudicados por la incorporación de gluten en alimentos anunciados carentes de éste.

d) Así mismo, se encuentran legitimados ex artículos 11.4 LEC y 54 TRLGDCU para el ejercicio de acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas por la normativa europea. A ellas ha de adicionarse el Instituto Nacional de Consumo y otros órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales, dotados de personalidad jurídica, competentes en materia de defensa de los consumidores, merced al reconocimiento practicado por el mismo artículo 54 TRLGDCU. Nótese sin embargo una importante distinción en este último epígrafe de legitimados, y es que estamos reduciendo la legitimación a los supuestos de interposición de acciones de cesación que nos indica el ordinal segundo del precitado artículo 53 TRLGDCU *se dirigen 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*. Ello significará por ejemplo, que carecerán de legitimación para el ejercicio de acciones de resarcimiento de daños. Una posibilidad interesante con objeto de suplir esta falta de legitimación si no se estima adecuado reconocérsela, sería permitir la intervención del Fiscal, Instituto Nacional del Consumo y órganos competentes de Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales en defensa del consumidor como *amicus curiae*, en este otro tipo de procesos. Figura precisamente que aunque brote su origen en Derecho Romano, encuentra su desarrollo en el *Common Law*, exponente de las acciones colectivas. En este sentido podría partirse del ejemplo ofrecido por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia¹¹⁸, que introduce el artículo 15 bis de la LEC, permitiendo presentar una valoración u observaciones con relación al

¹¹⁸ BOE nº 159, de 4 de julio de 2007.

proceso. Sirve también de apoyatura a esta propuesta el razonamiento contenido en la Circular 3/1998, de 23 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado¹¹⁹, en la que se expone: *Esta audiencia al Fiscal, que puede tenerse por ajena a la condición de parte propia –actúa evidentemente como amicus curiae-, evidencia el interés del legislador en la intervención del Ministerio Fiscal precisamente en atención a intereses superiores que trascienden de los individuales*

6.3.2.2.2. LEGITIMACIÓN EN DEFENSA DE INTERESES DIFUSOS.

Frente al interés colectivo vinculado a la existencia de un conjunto de individuos determinados o determinables, la defensa de los consumidores y usuarios se enfrenta en ocasiones a conductas en las que no es posible la determinación de los sujetos afectados. Como señala MONTÓN GARCÍA¹²⁰ son situaciones en las que no hay vínculo jurídico entre los afectados, sino relaciones fácticas puramente eventuales.

Conectando con nuestra anterior ejemplo, nos hallaríamos ante intereses difusos si lo que pretendemos es la reparación de un perjuicio que afecte a todos los usuarios de transporte aéreo, la derivada de una campaña publicitaria que puede afectar a cualquier consumidor o el célebre caso norteamericano del *yellow cab*¹²¹ en el que se constató la existencia de una facturación inadecuada en los taxímetros de California o ante un supuesto en las comunicaciones postales.

Para la defensa de los intereses difusos se reconoce la legitimación de los siguientes actores:

a) Asociaciones de consumidores y usuarios que sean representativas. Al matizar la ley que el ejercicio de las acciones en defensa de intereses difusos se reconoce no *in genere* a las asociaciones de consumidores, sino a las asociaciones de consumidores más representativas limita muy notablemente su práctica. El artículo 24.2 TRLGDCU señala 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. Recuérdese que conforme a la redacción ofrecida por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios¹²², el Consejo de Consumidores y Usuarios integrará las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supraautonómico

¹¹⁹ Boletín de Información *Ministerio* de Justicia nº 1841 – suplemento-, de 15 marzo 1999.

¹²⁰ MONTÓN GARCÍA, L. *Acciones colectivas y acciones de cesación*. Madrid, 2004, p. 12.

¹²¹ J.i.v. *Yellow Cab Co. of Calif*, 13 Cal. 3d 804, 532 P2d 1226 [1975]

¹²² BOE nº 312, de 30 de diciembre de 2006.

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. En la práctica ello supone que actualmente únicamente podrían interponer en España acciones para la defensa de intereses difusos las siguientes asociaciones, que se relacionan por orden alfabético: ADICAE, ASCEGO, AUC, CEACCU, CECU, FUIC, HISPACOOOP, OCU, UCE y UNAE.

Ya hemos expresado nuestras reservas al respecto, coincidentes con SILGUERO ESTAGNAN y SABATER MARTÍN¹²³ o LACUEVA BERTOLACCI¹²⁴, razonado que si bien pudiera tener su sentido en procurar un suficiente respaldo social o como razona SENÉS MOTILLA¹²⁵ como filtro a favor de la seriedad de la reclamación judicial y de la consistencia y representatividad de la asociación, en la práctica de nuestro movimiento asociativo consumerista por desgracia no es tan numeroso como para que se cumpla de facto el propósito legal. Por tanto no logra en primer término el objetivo pretendido de la representatividad y en segundo expulsa a otras asociaciones de consumidores que bien pudieran ejercitar acciones en interés del bien común de los consumidores. En este sentido, piénsese que junto a los modelos de asociaciones de consumidores que tenemos en nuestro país, cercena por ejemplo la importación de otros que pudieran ser extremadamente útiles como es el caso de asociaciones japonesas de consumidores formadas por abogados, profesores universitarios y otros técnicos cualificados, que en un número más o menos reducido plantean valerosas actuaciones frente a poderosos complejos empresariales en defensa del interés general. Lástima que cercene la ley esta posibilidad.

En cualquier caso, lo cierto es que también se han mostrado favorables a una interpretación extensiva de la legitimación fallos como los pronunciados por la SAP de Madrid de 21 de febrero de 2006, pero esta situación insistimos se daba con anterioridad a la nueva redacción del artículo 24 TRLGDCU. Y, a diferencia de lo que sucedía con los intereses colectivos (determinados o determinables), en este caso el artículo 11.3 LEC si que concuerda armónicamente con el TRLGDCU, restringiendo de modo coincidente su ejercicio únicamente a las asociaciones que tengan el carácter de más representativas.

b) El Ministerio Fiscal, asociaciones habilitadas conforme a la normativa europea, Instituto Nacional del Consumo y otros órganos o

¹²³ SILGUERO ESTAGNAN, J. y SABATER MARTIN, C. en VVAA (FERNANDEZ BALLESTEROS, M.A. –Coord.-), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Vol. II*, Barcelona, 2000, p. 2495.

¹²⁴ LACUEVA BERTOLACCI, R. *Acción ejecutiva de consumidores y usuarios: el art. 519 LECiv*, Cizur Menor, 2006, p. 29

¹²⁵ Vid. SENÉS MOTILLA, C. en VVAA (DIEZ-PICAZO GIMENEZ, I –Dir.-). “Las partes en el nuevo proceso civil” en *Disposiciones Generales relativas a los juicios civiles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cuadernos de Derecho Judicial nº 1, Madrid, 2000, pp. 13-50.

entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales, dotados de personalidad jurídica, competentes en materia de defensa de los consumidores en cuanto se refiere a acciones de cesación, siendo reproducibles los argumentos ofrecidos en el apartado anterior referidos a este particular.

6.3.2.2.2.3. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*.

Frente a la situación existente podría plantearse la modificación del ordinal tercero del artículo 11, por razón de que conforme a la redacción vigente, en la actualidad para el ejercicio de acciones para la defensa de intereses difusos que no pretendan únicamente la cesación de las conductas, sino una acción declarativa o de condena dineraria, las únicas legitimadas legalmente son las asociaciones de consumidores y usuarios que tengan la consideración de representativas. El Ministerio Público y el INC, probablemente por desliz del legislador, está legitimado para el ejercicio de acciones colectivas en defensa de los intereses difusos, pero tan sólo cuando pretendan la cesación. Nos enfrentamos así, al margen del difícil o imposible cumplimiento de la condena en el marco procesal vigente que seguidamente abordaremos, a un escenario en soledad que añora la adhesión del Ministerio Fiscal y las autoridades competentes en materia de protección de consumidores.

Si bien ya hemos defendido en alguna anterior ocasión como posibilidad transitoria hasta una mejora de la norma la remota posibilidad de acudir a la figura del *amicus curiae*¹²⁶, ya prevista en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, aceptada por la propia Circular 3/1998, de 23 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, referida a la Intervención del Ministerio Fiscal en la Ley de lo Contencioso Administrativo, reflexionada por el Fiscal de Sala del TS HERRERO TEJEDOR ALGAR¹²⁷ y admitida por el ATC 63/1997 (Sala Primera, Sección 2), de 6 de marzo, la reforma procesal planteada ofrece el cauce idóneo para solventar la deficiencia expresada.

Si necesaria resulta la intervención del Ministerio Público, no lo es menos el abanderamiento activo que se espera del Instituto Nacional del Consumo y demás órganos administrativos a nivel de comunidades autónomas o corporaciones locales con competencias en materia de defensa de los consumidores. Su capacidad y legitimación viene refrendada por lo dispuesto en el artículo 54 TRLGDCU. Se propone por ello, junto a la revisión del concepto de representatividad, en aras de posibilitar la intervención de: a) el Ministerio Fiscal; b) el Instituto Nacional del Consumo; c) demás órganos o

¹²⁶ Sobre el *amicus curiae*, vid. KÖHLER, R.C. “Disquisiciones entorno a los *amicus curiae*” en Revista Ims Directo nº 12, 2006, pp. 199-215; VIÑUALES, J.E. “Human rights and investment arbitration: the role of amici curiae” en International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional nº 8, 2006, pp. 231-274; BAZAN, V. “El *amicus curiae*, su incidencia en el debate judicial y la discusión acerca de la necesidad de interpositio legislatoris para su admisibilidad”, Buenos Aires, 2003. p. 7 y ss.

¹²⁷ HERRERO-TEJEDOR, ALGAR, F. “La Tutela Judicial efectiva y el Tribunal Supremo” en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional nº 5 de 2005.

entidades correspondientes de las comunidades autónomas y corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios y d) entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los consumidores y usuarios habilitadas mediante su inclusión en el listado publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas; e) y otros modelos asociativos, en coherencia con lo contemplado en los artículos 6.1.6º y 6.1.8º LEC y 54 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias, la siguiente redacción con modificación de los actuales ordinales tercero y cuarto del artículo 11, con refundición de ambos en un nuevo y único 11.3 LEC:

Art. 11.3. “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, al Ministerio Fiscal, al Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios y a las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8º”

6.3.2.2.2. DUDAS EN EL RÉGIMEN DE PUBLICIDAD E INTERVENCIÓN EN PROCESOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.

Una de las notas esenciales de los procesos para la protección de los derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios es la trascendencia que desarrollará frente a terceros consumidores, ausentes en el proceso, la resolución final que pueda adoptarse. Ello implica que frente al tradicional conocimiento restringido del proceso por las partes, con la excepción del interés mediático que puedan suscitar determinadas actuaciones, en los que la sociedad en general permanece ajena a los cientos de miles de procesos ventilados en nuestros tribunales, los que aborden la defensa de los intereses colectivos o difusos requerirán ex lege (artículo 15 LEC), y con independencia de esa otra difusión mediática a que hacemos referencia que evidentemente tendrán por cuanto resultan noticiables, un régimen particular de publicidad para que todo interesado pueda defender judicialmente sus intereses.

Ante la existencia de cualquier proceso promovido por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, establece el artículo 15.1 LEC, que habrá de llamarse al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio

que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento, continúa el precepto indicado, se hará publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses.

El legislador, por fortuna, no hace sino un reconocimiento implícito de la nula efectividad a efectos de conocimiento social, del valor que tienen los tradicionales medios de publicidad judiciales, desechando la comunicación edictal. Por ello se acude a la publicación de la admisión de la demanda a través de los medios de comunicación social (periódicos, radio, televisión, Internet...) correspondiendo al juzgador de modo abierto (y ello creemos es un nuevo acierto) determinar los medios de comunicación en que se producirá la publicación, las circunstancias del anuncio y el periodo durante el que habrá de extenderse o reiterarse. Se pretende en suma, que alejándose del tradicional formulismo de estrados, se logre un conocimiento real de la presentación de la demanda por parte del afectado con adecuación al ámbito territorial en que se haya producido el hecho litigioso.

La publicidad del proceso adquiere así una especial relevancia, hasta tal extremo que su omisión podrá devengar la nulidad de actuaciones a tenor de lo dispuesto en el artículo 238.3 LOPJ, por la posible generación de indefensión. Ello sugiere también que en tanto se produzca este llamamiento, a fin de no cercenar posibilidades procesales a los afectados, el proceso quede en suspenso.

Conviene recordar que la ausencia del cumplimiento del requisito de notificación a los posibles perjudicados ha desembocado en alguna ocasión a la reducción de la legitimación reconocida de la asociación con respecto a los asociados en cuyo interés ejercitaba la acción y no al más amplio que pretendía de carácter difuso. Este es el supuesto acaecido con la acción planteada por ADICAE frente a diversas entidades bancarias y academias de idiomas en el que la SAP de A Coruña de 23 de junio de 2005 limitó la acción a los 68 asociados con que inició su pretensión. El otro caso célebre es el conocido asunto "Opening" en el que la SAP de Sevilla de 22 de enero de 2004 denunciaba la improcedencia del procedimiento empleado al calificarlo como de intereses difusos en lugar de colectivo según arguyeron las asociaciones de consumidores demandantes. Transcribimos por su interés el razonamiento de la Audiencia Sevillana:

"De lo expuesto hasta el momento resulta que a juicio de esta Sala en la demanda y en la tramitación que se ha dado a la misma concurren graves defectos procesales relativos al procedimiento y la legitimación, así como relativos a la publicidad y al llamamiento previstos en la Ley que posibiliten la intervención de los perjudicados, irregularidades que impiden entrar a resolver el fondo del asunto. De ellos el primero es el de la inadecuación del procedimiento defecto alegado por Finanzia Banco de Crédito, S.A., defecto que sin embargo no puede dar lugar a una

desestimación de la demanda, de acuerdo con una recta interpretación de los artículos 254.4, 422 y 423 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino a la adecuación del litigio al procedimiento correcto cuando el incorrectamente utilizado haya causado indefensión, como ha ocurrido en el caso de autos, indefensión que por otro lado no sólo puede predicarse con respecto a las entidades demandadas, que han visto limitadas indebidamente sus posibilidades de defensa, sino también de los consumidores afectados a quienes a través del procedimiento utilizado se les ha privado de la posibilidad de personarse en el procedimiento para la defensa de sus intereses individuales que, sin embargo, también han sido puestos en juego por la demanda presentada. Por todo ello, estimando el motivo alegado, procede declarar la nulidad de actuaciones desde la providencia de 2 de diciembre de 2002 a fin de que se reinicie el procedimiento ajustándolo a los trámites del juicio ordinario. Al ordenarse que se tramite la demanda conforme a un nuevo procedimiento es obvio que la legitimación y las exigencias de comunicación y publicidad a los efectos de que puedan intervenir en el proceso los consumidores deberán valorarse conforme a las reglas de ese nuevo procedimiento, notoriamente distintas como ya se ha expuesto a las aplicables al procedimientos que se ha seguido, debiendo darse la oportunidad a la parte actora para que subsane los defectos que al respecto presenta su demanda según ha quedado expuesto en los fundamentos de la presente resolución, siendo precisamente la finalidad del examen detallado de todas las cuestiones procesales que se realiza en esta resolución el permitir que mediante su subsanación o correcta formulación se pueda llegar a un pronunciamiento sobre el fondo de las cuestiones planteadas”.

Distinta suerte una acción similar planteada en Zaragoza también cimentada sobre la existencia de intereses difusos. En el caso resuelto por la SAP de Zaragoza de 7 de marzo de 2005, la audiencia aragonesa razonaba que la determinabilidad de los afectados había que entenderla no en abstracto, sino con relación a las posibilidades reales de concreción en el caso concreto (en el supuesto enjuiciado nótese que las academias no solo se limitaron a cerrar, sino que toda la documentación fue extraída de sus oficinas). En este sentido destaca que el *interés colectivo exige que los damnificados se identifiquen con facilidad.*

Apuntada la publicidad de la admisión de la demanda como un instrumento ineludible en orden a ofrecer un conocimiento real de la pretensión instada por parte de los usuarios, resta por abordar cómo o mejor dicho, por quién deben sufragarse los lógicos gastos que la publicación en medios de comunicación social genere o incluso la directa a los afectados prevista en el artículo 15.2 LEC. La cuestión no es secundaria, pues estos gastos pueden resultar realmente cuantiosos, y los entes legitimados por lo general carecerán de recursos suficientes para ello. Las discusiones doctrinales de mayor calado se han centrado entorno a la influencia que pueden tener en las entidades que gozan del beneficio de asistencia jurídica gratuita, que recordemos son entre

otras las asociaciones de consumidores conforme al artículo 37 TRLGDCU. El problema radica en que la prestación que reconoce el artículo 6.4 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, se extiende solo a inserción gratuita de anuncios o edictos, en el curso del proceso, que preceptivamente deban publicarse en periódicos oficiales y esta publicidad habrá de realizarse a través de medios de comunicación social, esto es periódicos no oficiales. La solución no es sencilla pues al margen de que en alguna ocasión se haya podido recurrir a recursos propios del Consejo de Consumidores y Usuarios (caso Forum-Afinsa), o los sufragara directamente el Estado, o se opta directamente sin rodeos por una dudosa aplicación analógica de precepto o parece que nos enfrentaríamos al reconocimiento del derecho de justicia gratuita y la obligación de afrontar unos elevados costes. Al margen de la posible solución que se adopte es evidente que sería deseable una modificación del artículo 6.1.4 LAJG, habiéndose propuesto por CEACCU en el reciente trámite de Audiencia del Anteproyecto de Ley de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, la siguiente redacción: *“Inserción gratuita de anuncios o edictos, en el curso del proceso, que preceptivamente deban publicarse en periódicos oficiales, así como en el supuesto de acciones promovidas por asociaciones de consumidores y usuarios, para la defensa e intereses de los derechos de estos, los llamamientos a los afectados o en medios de comunicación previstos en el artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*.

En segundo término, ligado a los problemas interpretativos existentes referidos al régimen de publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios, el artículo 15.2 LEC, en cierta consonancia con esa determinación de los afectados, impone un plus de concreción en el régimen de publicidad, reforzando esta. A tal efecto, el ordinal segundo del citado artículo 15 reza: *cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido*.

Se ha discutido con razón en sede doctrinal¹²⁸, si el contenido de la comunicación ha de ser la mera intención de demandar al referirse la norma a la comunicación *previamente a la presentación de la demanda* o que la propia demanda en si ha sido presentada. A pesar de que la lógica nos inclina a apostar por la interpretación racional de la mera voluntad o intención de demandar, no resultaría ociosa su aclaración, con objeto de evitar indeseables nulidades, habida cuenta del debate suscitado. A tal efecto CEACCU propuso

¹²⁸ Vid. GONZALEZ CANO, M.I. *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Valencia, 2002, p. 183.; GONZALEZ GRANDA, P. *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo I. Sujetos y actuaciones del proceso. Las costas procesales*. Madrid, 2000, p. 86; SAMARES ARA, C. *Las partes en el proceso civil*, Madrid, 2000, p. 153

también la modificación del artículo 15.2 LEC en el siguiente sentido. *“Cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado su propósito de presentación de la demanda previamente a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido”.*

6.3.2.2.3. DE LA DIFICULTAD PARA LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES EN DEFENSA DE LOS INTERESES GENERALES.

La LEC distingue entre la denominada acumulación objetiva y la acumulación subjetiva. Por acumulación objetiva se entiende la posibilidad otorgada al demandante de aunar en su demanda tantas acciones contra el demandado como entienda resulten procedentes y compatibles, sin necesidad de multiplicar sus pretensiones de modo individualizado. El artículo 71.2 LEC dispone a tal efecto que *el actor podrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque provengan de diferentes títulos, siempre que aquellas no resulten incompatibles entre sí.* Trasladando esta posibilidad al tema que centra nuestra atención, resultaría coherente el planteamiento conjunto en una misma demanda de dos acciones de modo acumulado cual podría ser la cesación de una conducta ilícita con la devolución de cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de aquella.

También será posible según autoriza el artículo 71.4 LEC el planteamiento de dos acciones que aunque resulten incompatibles entre si, las pretenda hacer valer el actor con carácter subsidiario para el supuesto de no resultar exitosa la pretensión principal. Así lo refrenda también la STS de 10 de abril de 2003: *No se puede afirmar que las acciones formuladas por la actora son incompatibles o alternativas, ya que la jurisprudencia de la Sala Primera tiene claramente establecido que para la acumulación objetiva de acciones, ya sea simultánea o sucesiva, no cabe exigir compatibilidad material si una se formula con carácter eventual o subsidiario. En este supuesto el fundamento o causa de pedir de las acciones articuladas en la demanda y en la réplica, con carácter principal y subsidiario, es el mismo: el impago de la deuda principal y la exigencia de pago a cargo de la entidad fiadora.* En el mismo sentido se pronuncia, la STS de 16 de octubre de 2006 al resolver sobre la una compraventa litigiosa en los siguientes términos: *las acciones, si bien son inconfundibles, no son incompatibles siempre que se presenten una como principal y la otra como subsidiaria, que es lo que ha ocurrido en el caso, en el que es lógica una pretensión de que se tenga por nula la compraventa pero que, en el supuesto de que hubiera de considerarse válida, se declare ineficaz por fraude de los derechos del acreedor que reclama*

Como requisitos procesales para que resulte procedente la acumulación de acciones, debe señalarse que el artículo 73.1 LEC impone los siguientes:

1º) Que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas. Sin embargo, a la acción que haya de sustanciarse en juicio ordinario podrá acumularse la acción que, por sí sola, se habría de ventilar, por razón de su cuantía, en juicio verbal.

2º) Que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo.

3º) Que la ley no prohíba la acumulación en los casos en que se ejerciten determinadas acciones en razón de su materia o por razón del tipo de juicio que se haya de seguir

En este sentido, cabe plantear la dificultad que puede plantearse al entablar una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, que por imperativo del artículo 250.1.12º LEC, habrá de ventilarse por los trámites del juicio verbal, con una pretensión de condena dineraria por importe superior a 3000 euros, a la que por razón de la cuantía debiera corresponder el juicio ordinario ex artículo 249.2 LEC. Ello pone nuevamente de manifiesto la práctica denegación de la acción resarcitoria para intereses supra individuales por la tortuosa senda procesal impuesta.

Sin ignorar esta parte la salvaguarda establecida por el artículo 73.4 LEC al disponer que se si hubieran acumulado varias acciones indebidamente, se requerirá al actor antes de proceder a admitir la demanda para que subsane en defecto en el plazo de cinco días, manteniendo las acciones cuya acumulación fuera posible, decretando el archivo transcurrido ese término sin subsanación o persistiendo la incompatibilidad (lógicamente sin perjuicio de los recursos procedentes) y sin perjuicio también de la reiterada y uniforme doctrina de nuestro TS (SSTS de 12 de junio de 1985, 4 de junio de 1990, 14 de octubre de 1993, 8 de noviembre de 1995, 7 de febrero de 1997 y 9 de julio de 1999, 26 de diciembre de 2002) en defender el criterio flexible que ha de presidir el tratamiento y aplicación de la acumulación de acciones, entendiéndose que procede la misma, a pesar de que el supuesto no se halle comprendido en la literalidad de la norma si no se existe incompatibilidad y se presentan con cierta conexidad jurídica que justifique el tratamiento unitario y la resolución conjunta, la redacción vigente resulta claramente problemática para la defensa de los intereses de los consumidores por la posible denegación de la acumulación de acciones. Se ha sugerido por CEACCU como posible alternativa la modificación del artículo 73.1.1º LEC en el siguiente sentido: *“Que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas. Sin embargo, a la acción que haya de sustanciarse en juicio ordinario podrá acumularse la acción que, por sí sola, se habría de ventilar, por razón de su cuantía, en juicio verbal. Así mismo será posible acordar la acumulación en procesos promovidos para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores, de la acción que haya de sustanciarse en juicio verbal por razón*

de la materia con la que haya de ventilarse, por razón de su cuantía, en juicio ordinario”.

6.3.2.2.4. INTRASCENDENCIA PARA LOS CONSUMIDORES DE LAS CONDENAS DINERARIAS EN ACCIONES PARA LA DEFENSA DE LOS INTERESES DIFUSOS.

La plena reparación de los daños irrogados a los usuarios, nadie puede ignorar, pasa necesariamente en aquéllos casos en que no sea posible la restitución *in natura*, por una compensación económica. Sin embargo, y pese a los avances introducidos en su momento por la LEC 2000, aún resta un largo camino por recorrer como la experiencia ha demostrado.

Para examinar adecuadamente la viabilidad de estas pretensiones, deben examinarse la existencia de mecanismos procesales adecuados que posibiliten la acción. Interesa en concreto analizar el reconocimiento de la legitimación activa y el desarrollo procesal de su ejecución.

Por lo que respecta a la legitimación, como ya hemos abordado hay que distinguir dos escenarios: intereses colectivos e intereses difusos. En lo atinente a los intereses colectivos, recordemos están legitimados (no tratándose esta de una acción de cesación), tanto las asociaciones de consumidores y usuarios, como los grupos de consumidores y usuarios constituidos por la mayoría de afectados, como las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos (la asociación de celíacos que citábamos como ejemplo anterior). En cambio cuando el objetivo que se pretende es la tutela de intereses difusos, la legitimación activa se constreñía exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios más representativas.

Superado el escollo de la legitimación, tratándose de intereses colectivos no habrá especiales problemas para hacer efectiva la prestación dineraria reconocida en sentencia, toda vez que el artículo 221.1.1^a LEC dispone que *si se hubiere pretendido una condena dineraria (...) la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena*. Por lo tanto tratándose de individuos identificados, a ellos dará oportuna respuesta el fallo judicial. Algo más complejo ha de reconocerse, será el supuesto de afectados no determinados pero determinables, para dar respuesta a este caso el mismo precepto 221.1.1^a LEC, a renglón seguido dicta: *cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante*. Ello significa que el juzgador habrá de establecer las características o perfil del perjudicado, pero sometiendo la satisfacción del interés de este al ejercicio de la acción ejecutiva sino se cumpliera de grado por el condenado, lo que por cuantías reducidas favorecerá que muchos usuarios no hagan en la práctica efectivo su derecho. Ilustrativa de esta circunstancia resulta la SAP de Madrid

(Sección 11) de 30 de enero de 2007, en la que se condenaba a la operadora de telecomunicaciones Vodafone a indemnizar a todos sus clientes por una interrupción del servicio de 8 horas acaecida el 20 de febrero de 2003.

Pero si complejo resultaba el ejercicio de la prestación dineraria para intereses colectivos, cuando hablamos de intereses difusos, nos tememos que salvo extraordinaria sensibilidad e imaginación del juzgador para trasladar a nuestro derecho las tradicionales soluciones sajonas resultan sencillamente huérfanas de previsión procesal. Ante una subida indebida de tarifas por parte de un operador postal, para cuya contratación de servicios, los usuarios normalmente compran el sello, pagan en efectivo y no reciben ni siquiera un ticket, la determinación del afectado, o mejor dicho, su identificación como tal, resultará imposible. Junto a este hallaríamos miles de ejemplos: cargo por emisión de billetes en RENFE ¿Quién conserva el billete de hace un año?; Taxímetros con sobreprecio (pocos usuarios piden recibo)... Recordemos el caso norteamericano Yellow Cab ya citado, en el que se resolvió como consecuencia de una subida indebida de las tarifas aplicadas por los taxímetros que afectaron a todos los usuarios del servicio durante un determinado lapso temporal, aplicar una rebaja proporcional durante un periodo de tiempo idéntico en el que resultarían *beneficiados* también de modo indeterminado los mismos u otros usuarios distintos, pero que con ello en cierto modo (y creo que del único posible) se procuraría devolver a la sociedad de consumo el quebranto generado, evitando al mismo tiempo un enriquecimiento indebido de los infractores.

El artículo 519 LEC apunta que *cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución.*

Difícilmente podrá pensarse en primer lugar que con base a la sentencia y por la mera declaración del consumidor este va a ver reconocida en sede judicial su condición de afectado. Pero es más, para el supuesto de que así fuera se le forzaría a instar la ejecución tras la obtención de la copia testimoniada del auto. Lo lógico sería que en estos supuestos de intereses difusos, de imposible determinación concreta de los afectados, bien se otorgara *in genere* la compensación a los actuales futuros usuarios, que no creo pudiera hablarse de enriquecimiento injusto valorando que la compensación tiene carácter social, más que individual o bien podría crearse un fondo precisamente destinado a la formación y defensa de los usuarios para posibles acciones, lo que también al fin y al cabo contribuiría al interés general de los consumidores.

De lo expuesto cabe concluir, y evidencia la realidad de nuestra práctica judicial, que al día de hoy la pretensión de condena dineraria por acciones para la defensa de intereses supra individuales resulta prácticamente una vía cerrada para el consumidor, en beneficio del empresario infractor. No ya por la angostura de su legitimación, sino por la imposibilidad práctica de su ejecución.

Alcanzado este punto, resulta ineludible plantearse que solución o destino puede otorgarse a los fondos constituidos por las condenas dinerarias cuya adjudicación hubiera resultado imposible a los usuarios afectados por su imposible identificación. Otorgado el debido reconocimiento a las asociaciones de consumidores y usuarios a nivel constitucional como interlocutores sociales, su plasmación práctica se articula a través del derecho de representación, consulta y participación consagrado en el Capítulo IV del Libro I del TRLGDCU. El TRLGDCU, ya hemos examinado prevé en su artículo 38 que el conjunto de las asociaciones y cooperativas de consumo más representativas a nivel nacional se integren en un Consejo de Consumidores y Usuarios, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, a través del Instituto Nacional del Consumo. Una de las posibilidades sugeridas por CEACCU para la solución a esta solución a todas luces injusta para los usuarios es la modificación de los actuales artículos 221.1.1ª y 519 LEC, osando proponer la siguiente redacción:

Art. 221.1.1ª “1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por entidades legitimadas a que se refiere el artículo 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:

1ª Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

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

Trascurrido un año sin que hubiera podido ejecutarse el pago por falta de identificación completa de los usuarios afectados, el importe remanente será en su caso destinado al Consejo de Consumidores y Usuarios para la promoción de la defensa de los intereses de estos.”

Art. 519. “Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en que

resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución. Trascurrido un año sin que hubiera podido ejecutarse el pago por falta de identificación completa de los usuarios afectados, el importe remanente será en su caso destinado al Consejo de Consumidores y Usuarios para la promoción de la defensa de los intereses de estos.”

6.3.2.2.5. LA DEFENSA HEROICA DE INTERESES GENERALES FRENTE A LA GUADAÑA DE LAS COSTAS.

Apuntábamos anteriormente como las dos razones esenciales que explican la aparición de las acciones colectivas, tanto la voluntad de evitar una multiplicidad de procesos que desborden a los tribunales (economía judicial) como una no menos importante función social de protección de los intereses generales. Ya hemos señalado que en general, las reclamaciones de consumo suelen presentar unas dificultades añadidas que hacen aún más complejo el ejercicio de la acción judicial. Suelen ser perjuicios de reducida cuantía en la mayoría de las reclamaciones, y es también frecuente la incidencia sobre una colectividad de usuarios indeterminados. No es extraño por ello que en empresas con miles de clientes, el cobro indebido de una pequeña cantidad a cada usuario, le permita un beneficio ilegal muy sustancioso (piénsese pequeñas comisiones bancarias no pactadas o la reciente imposición por alguna operadora de telecomunicaciones del cobro del servicios no solicitados ni contratados por el usuario). En estos casos es probable que ningún consumidor reclame judicialmente la cantidad que se le debe. Incluso aunque lo hiciera, y ganara el usuario, el resultado seguiría siendo muy beneficioso para la empresa. Una solución para este tipo de situaciones consiste como es sabido en el ejercicio de acciones colectivas. Sin embargo, en realidad, uno de los mayores problemas que conlleva el ejercicio de una acción colectiva, para las asociaciones de consumidores y usuarios, es el coste del litigio.

El reconocimiento a las organizaciones de consumidores y usuarios a intervenir en procesos judiciales consagrado en su plenitud por el artículo 11 LEC, debe venir lógicamente acompañado de una serie de medidas que posibiliten el desarrollo efectivo de estos derechos. Entre estas medidas destaca el reconocimiento del Beneficio de Justicia Gratuita, ya previsto en el artículo 119 de nuestra Carta Magna y confirmado en su aplicación procedente a asociaciones de consumidores y usuarios a través de la STC 117/1998, de 2 de junio, de modo concordante al actual reconocimiento ex lege operado por el art. 37.d) TRLGDCU. Con relación a este reconocimiento del derecho a la justicia gratuita a favor de asociaciones de consumidores y usuarios, no esta de más recordar que el mismo se extiende tal y como ha concluido recientemente el TC a través de su STC 217/2007, de 8 de octubre, *tanto si se trata del ejercicio de acciones colectivas como si se trata de ejercer acciones*

individuales, entendiéndose que la defensa de los derechos e intereses de uno de sus asociados trasciende el mero interés particular cuando la reclamación guarde relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

Dada la desproporción de medios existentes entre las grandes empresas y las asociaciones de consumidores y usuarios, carentes de ánimo de lucro e incomparablemente más frágiles en cuanto a recursos económicos se hace necesario paliar la desigualdad a la hora de litigar mediante la supresión de barreras económicas insalvables para las organizaciones de consumidores y usuarios. El beneficio de justicia gratuita debe permitir a las asociaciones de consumidores defensoras de los intereses generales, acceder a la justicia sin temor a que una eventual desestimación de la demanda suponga su extinción por los elevados gastos del proceso.

En este sentido, resulta especialmente meritoria, la redacción dada por el legislador según la Ley 39/2002, de 28 de octubre, al artículo 728.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permitiendo al Tribunal dispensar de la obligación de prestar caución en los procedimientos que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

Sin embargo, nos encontramos aún importantes escollos que continúan haciendo de la acción colectiva una figura jurídica poco accesible en la práctica para los consumidores. La exención de las costas procesales, al obrar en defensa de un interés público, salvo los casos de apreciada temeridad y mala fe, es la asignatura pendiente de nuestro derecho procesal civil, aún no resuelta con la suficiente claridad, para permitir una auténtica defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios.

En el actual artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien con una limitación a las condenas en primera instancia, se permite al tribunal como excepción al principio *victor victoris* o de vencimiento objetivo, la exoneración de la imposición de costas al litigante vencido cuando el caso presente serias dudas de hecho o de derecho y así sea razonado. Se entiende que son dudas de hecho aquéllos casos en que la prueba practicada admite varias interpretaciones y las posiciones que las partes mantienen a partir de ellas son lógicas y razonables. Por su parte, dudas de derecho existirán cuando caben varias interpretaciones de las normas y conceptos jurídicos implicados, de forma igualmente razonable, tanto en cuanto a la elección de la norma como en su aplicación o extensión¹²⁹.

A su vez, el ordinal tercero in fine del mismo artículo 394 LEC, precisa que cuando el condenado en costas sea titular del derecho de asistencia jurídica gratuita, únicamente estará obligado a pagar las costas causadas en

¹²⁹ Vid. MAGRO SERVET, V. (Coord). *Guía unificadora de criterios orientativos para mejorar la aplicación de la LEC en los Juzgados y Tribunales. Guía práctica de la LEC*. Madrid, 2002, p. 218.

defensa de la parte contraria en los casos expresamente señalados en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Por remisión, si acudimos a la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, y más concretamente si nos centramos en su artículo 36, ordinal segundo, disipamos el alcance de la obligación de reintegro económico. En efecto, señala el citado artículo 36.2 LAJG que cuando en la sentencia que ponga fin al proceso fuera condenado en costas quien hubiera obtenido el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita o quien lo tuviera legalmente reconocido, éste quedará obligado a pagar las causadas en su defensa y las de la parte contraria, si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso viniere a mejor fortuna, quedando mientras tanto interrumpida la prescripción del artículo 1.967 del Código Civil.

A pesar de que por fortuna muchos son los tribunales que sensibles a esta realidad, se decantan por la imposición no razonada de las costas a las asociaciones de consumidores y usuarios litigantes, no por ello estas en ocasiones heroicas defensoras del interés general en la más absoluta precariedad de medios, están exentas del riesgo que su imposición conlleva. En la práctica una condena en costas severa supondrá de facto la desaparición de asociaciones de consumidores y usuarios con decenas de años de servicio a la sociedad. Es por ello por lo que resulta imprescindible, de vital importancia para el desarrollo de las acciones colectivas en España moldear el artículo 394.1 LEC, siendo en este caso bastante la redacción dada por el artículo 36.2 LAJG. Así las cosas, hemos propuesto también la siguiente modificación normativa, que por su redacción no sólo afectarían a las asociaciones de consumidores y usuarios, sino a todas las entidades legalmente habilitadas para la interposición de una acción colectiva, cuales son también el Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios:

Art. 394.1. “En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho, o se trate de una acción en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios interpuesta por las entidades legalmente habilitadas para ello sin manifiesta temeridad o mala fe”.