



LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: RESPONSABILIDADES Y DERECHO SANCIONADOR

1. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto Legislativo 1/2007 refunde y (escasamente) coordina algunas de las leyes estatales existentes que, en transposición de Directivas comunitarias, regulan modalidades y tipos especiales de contratos con consumidores. En esta nota sólo atendemos a la parte de la nueva regulación que ha introducido novedades frente al Derecho existente en lo relativo a las responsabilidades de proveedores de bienes y servicios y al régimen administrativo sancionador.

2. OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD E INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA POR INSEGURIDAD

No es nueva la norma que establece *que “los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros”* (art. 11.1 TR). Tampoco es nuevo el tipo de infracción administrativa de consumo consistente en *“el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas en esta norma y disposiciones que la desarrollen”* [art. 49.1 k) TR; art. 34.10 Ley 26/1984].

Pero sí es nuevo el alcance de esta infracción, pues, habiéndose incrementado notablemente la extensión material de la Ley, lo hace también el campo de aplicación de esta cláusula residual.

Es seguro que esta norma es inconstitucional (ya lo defendió con contundencia REBOLLO PUIG en 1992), por sufrir un grave déficit de tipificación y construirse como una norma cuasipenal en blanco, que va más allá de las clásicas tipificaciones residuales, ya que penaliza incluso el incumplimiento de normas de desarrollo (cuales fueran) de este TR.

Más allá de esta consideración hay que advertir lo siguiente. Si se observan los tipos de conductas tipificadas como infracción en la antigua y en la nueva Ley, las conductas sancionables son conductas:

1. Que realizan un daño efectivo (se trata de *tipos de daño*) [art. 49.1 b), e) segundo y tercer inciso, i), j)].

2. Que crean un peligro concreto, como consecuencia de una infracción de una determinada norma de conducta (*tipos de peligro concreto*) [art. 49.1 b), c), d), g)].
3. Se trata de infracciones abstractas de normas de conducta determinadas cuyo objeto de protección es en especial la salud o seguridad o los intereses patrimoniales de las personas, con independencia de su afectación de peligro (*tipos de contravención cualificados*) [art. 49.1 a), e) primer inciso, f), g); 49.2 a) y b)].

Pero la conexión del deber de conducta del art. 11.1 con el tipo genérico de infracción del art. 49.1 k) conduce a que deba reputarse infracción de consumo, sin más, *la puesta en el mercado de productos no seguros*, aunque no se incumpla ninguna normativa *específica* que reglamente un extremo de esta clase y aunque no exista afectación concreta a un peligro real [comparar con art. 49.1 g)]. Esto constituye un exceso inadmisibile, y una prueba de lo inaceptable que es legislar *estableciendo mandatos o prohibiciones de conducta en abstracto y al mismo tiempo tipificar infracciones por cláusulas residuales o cláusulas de remisión a las normas materiales abstractas que se introducen*. Se deja con ello en manos de las autoridades (autonómicas y locales) de consumo un enorme campo de apreciación discrecional.

3. REPRESENTATIVIDAD DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES

Ha habido ya numerosos pleitos civiles en los que se han ejercitado acciones de clase en defensa de intereses difusos o colectivos de consumidores. Entre los extremos problemáticos que estas controversias han planteado destaca el de la legitimación para actuar en juicio civil por sustitución de los interesados particularmente afectados. El art. 11 LEC atribuye la legitimación para la defensa de intereses difusos a las asociaciones de consumidores “representativas”.

Desde siempre- aunque incomprensiblemente- los jueces civiles se han negado a restringir o delimitar este concepto en función del status administrativo de tales asociaciones. Más en concreto, se han negado a que sea una condición de representatividad civil hallarse la asociación presente en el Consejo de Consumidores y Usuarios.

El nuevo art. 24.2 del TR salva la carencia de rango normativo que los jueces civiles achacaban a la normativa anterior, e introduce expresamente este requisito como una condición para litigar civilmente por sustitución. Al día de hoy la consecuencia más evidente de esta restricción es que la asociación *AUSBANC* no podrá seguir demandando a las empresas en nombre de los intereses colectivos de los consumidores.

4. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN LA VIVIENDA

Una vez más, el legislador del TR nos sorprende introduciendo “de rondón” un precepto sin precedentes explícitos y sin que la regla que expresa

constituya una inferencia legítima del régimen hasta ahora existente. El artículo 149 TR no puede considerarse una simple regla de estilo.

De una manera otra -con innovaciones arbitrarias y anecdóticas en la lista de servicios- el artículo 148 quiere codificar la antigua regla del artículo 28 Ley 27/1984. Por muchas propuestas que se hicieron sobre la interpretación de este precepto, el sentido de la norma -escrita sin orden ni concierto- era indesentrañable. Ciertamente que se llegó a una especie de consenso en doctrina y jurisprudencia, por el que se convenía que lo que imponía el artículo 28 era una responsabilidad civil objetiva.

Pero tampoco este consenso sirvió para mucho, pues en la aplicación práctica de este precepto -especialmente en supuestos de responsabilidad médico hospitalaria- no se tuvo nunca claro si con esta calificación se estaba definiendo una responsabilidad sin culpa, una responsabilidad sin necesidad de reproche de ilicitud, una responsabilidad al margen de la prueba de la causalidad, o con una inversión de la carga de la prueba al respecto, o una responsabilidad genérica por todos los riesgos ordinarios generados, incluso lícitamente, por un servicio.

Sin resolver este galimatías, el legislador actual procede a extender este régimen “a quienes construyan o comercialicen viviendas, en el marco de una actividad empresarial, por los daños ocasionados por defectos de la vivienda que no estén cubiertos por un régimen legal específico”. La norma da ocasión para un largo desarrollo, pero me limito a las observaciones que siguen.

El daño causado por productos defectuosos o por servicios defectuosos contemplados en el artículo 148 es un daño a un *interés de integridad*. Es decir, un daño material causado por la lesión o deterioro material de una cosa o de un bien de la personalidad. Naturalmente, la norma presente puede estar refiriéndose a estos daños a intereses de integridad, cuando el inmueble se arruina y causa daños *secuenciales* en otros bienes o en la persona de los moradores o de terceros. Como demuestra el artículo 142 para los daños por productos, la norma se estaría refiriendo a daños en todo caso *secuenciales*. Es decir, no se comprendería el daño mismo en el objeto del contrato (la antigua *ruina funcional*) ni el daño *económico* derivado de las pérdidas patrimoniales sufridas por la ruina (traslados, etc). Estos daños se liquidarían conforme al régimen del art. 17 de la LOE y a la legislación civil común.

En consecuencia *el defecto en la vivienda* (defectuosa prestación o prestación no conforme al contrato) no estaría incluido en el nuevo precepto, ni tampoco los daños *materiales* causados a la vivienda misma como consecuencia del defecto, pues estos daños se indemnizan conforme a la LOE y no serían *consecuenciales*. Tampoco se incluiría en el régimen nuevo el *coste de reposición del inmueble dañado* ni los costes colaterales puramente económicos resultantes del defecto y la ruina, que se liquidarían por la LOE y el CC.

Naturalmente, es muy probable que el legislador nuevo no tuviera ni idea de estas diferencias, y que estuviera legislando a la gruesa, sin distinguir defecto (defecto de calidad), ruina, daño material, daño económico, daño

consecuencial, daño de indemnidad, etc. ¿Dónde se iría con una norma de esta clase, tan burda e indiscriminada? Tampoco muy lejos, aunque se pretendiera. Es evidente que los daños cubiertos por la LOE no estaría sujetos al nuevo régimen de responsabilidad “objetiva”. Tampoco el defecto de calidad mismo no es algo que pueda estar sometido a una responsabilidad objetiva o subjetiva, pues el comprador dispone de una acción de cumplimiento en forma específica (no sólo de una acción de daños), que no se funda ni se limita por la culpa o no culpa del deudor, y dispone de una acción de resolución, que procedería incluso aunque la prestación se hubiera hecho imposible para el empresario por fuerza mayor. Quedarían sólo los daños consecuenciales de lesión a otros bienes distintos de la vivienda (incluida la integridad física) y los daños económicos colaterales resultantes del defecto (costes de traslado, mayores gastos, daño moral, etc).

Mas incluso para este último grupo de daños carece de sentido proponer la responsabilidad objetiva del constructor o promotor. Es claro que la responsabilidad no puede fundamentarse si no hay un incumplimiento contractual en forma de “defecto” de calidad en la prestación. Cuando la responsabilidad se funda en acontecimiento causal inaugural que ya de suyo declara ilicitud (esto es, la prestación está *mal hecha*), a nadie se le ocurre seguir preguntándose si un empresario que ha realizado *mal* la prestación que le incumple tiene o no *culpa* en ello. No importa que con el artículo 149 TR ya no se exija la culpa del promotor o constructor: es que nunca se ha exigido.

Finalmente, la jurisprudencia tiende a excluir la responsabilidad del promotor en los supuestos de daños causados a colindantes por razón de las obras de construcción, pues se estima que extracontractualmente el promotor no es garante de la construcción correcta. Ahora hay que decidir si esta jurisprudencia sigue valiendo dada la disyuntiva del art. 149 TR entre promotor y constructor o si, por el contrario, la norma ha querido imputar al promotor (también) una responsabilidad incondicional en tales casos. Mi opinión es que la jurisprudencia anterior sigue siendo muy sensata y que esta interpretación es congruente con la exoneración del vendedor por los daños causados por productos (como antes en la Ley 22/1994, el nuevo 138 TR). Si esto es correcto, la única novedad en la materia estaría en la limitación cuantitativa a la indemnización.

5. COMPETENCIA Y CONCURRENCIA DE POTESTADES SANCIONADORAS

Lo que *de verdad podía y debía haberse esperado* del legislador estatal de consumo, y un cometido para el que indudablemente estaba investido de competencias, era la determinación de la Administración competente y de la ley aplicable cuando las conductas tipificadas como infracciones se desarrollen, se manifiesten o se proyecten sobre distintas Comunidades Autónomas.

No lo ha hecho, y se ha limitado a repetir en el art. 47.2 la regla preexistente, según la cual las infracciones se entenderán cometidas “*en cualquiera de los lugares en que se desarrollan las acciones u omisiones constitutivas y además en todos aquéllos en que se manifieste la lesión o riesgo*”.

En consecuencia, en las infracciones difusas se declaran competentes todas las Comunidades Autónomas afectadas, y no se establece regla de preferencia o de orden. Ni tan siquiera se atreve el legislador estatal a introducir una modesta regla de prioridad temporal en la instrucción, ni a idear otro mecanismo cualquiera que impida que se produzcan situaciones de sanciones *bis in idem*.

6. INFRACCIONES DE CONSUMO E INFRACCIONES SECTORIALES

El art. 47.3 del TR es una de las normas más importantes de la nueva ley, y, desde luego, *no es una norma preexistente que se haya refundido*. Se parte del siguiente supuesto. Una normativa sectorial (telecomunicaciones, la más importante, pero también servicios eléctricos, vivienda, etc) impone deberes de conducta y tipifica infracciones sectoriales, estando aquellos deberes principalmente referidos a la protección de un colectivo que, al menos en la relación de contratante o cliente del servicio o prestación, debe considerarse como consumidor. Ciertamente que la norma sectorial no considera expresamente al cliente bajo esta adjetivación, sino como contratante del producto o usuario del servicio. Pueden ocurrir dos cosas. O que la naturaleza de la prestación (vgr. compraventa de vivienda) sea de tal condición que típicamente genere una relación jurídica de consumo; o que la relación jurídica sea de suyo neutral, pero que una parte de los usuarios del servicio lo adquieran para la cobertura de necesidades personales o familiares (vgr. telefonía móvil). Las variaciones pueden aumentarse. Porque también hay diversas formas de afrontar este problema cuando se trata de elegir el método de tipificación de las conductas como infractoras.

De esta forma:

1. La *norma sectorial* (que puede ser estatal) puede tipificar específicamente como infracción una conducta que sólo puede ser referida a una relación con consumidores.
2. La *norma consumerista* puede tipificar como infracción de consumo cualquier infracción cometida a una norma protectora de consumidores, aunque se encuentre formulada en una normativa sectorial.
3. La normativa consumerista puede tipificar *per relationem* y considerar tipos de infracción los que se establezcan como tales por la legislación vigente; etc.

La nueva norma habilita a las autoridades competentes en materia de consumo (básicamente, las Comunidades Autónomas) para sancionar “las conductas tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios de los sectores que cuenten con regulación específica”. No queda claro si (1) basta que la conducta haya sido tipificada como infracción *en el sistema sectorial*, de forma que el órgano consumerista competente pueda entender que el objeto de protección de esa norma es el interés de los consumidores destinatarios del bien o servicio, y que el *legislador sectorial no consumerista* elabora un tipo de infracción cuya competencia ejecutiva corresponde a otra Administración; (2) o si será preciso

que *en el sistema sectorial* la tipificación haya tenido lugar *precisamente* como tipificación de una infracción de consumo; o (3) si será necesario además que *el sistema consumerista* haya tipificado por su propia cuenta (o *per relationem*, al menos) esta conducta como infracción *en el seno* de su propio sistema normativo.

En definitiva, si la autoridad competente en el sistema consumerista, puede utilizar para su propia cosecha tipificaciones elaboradas en otros sistemas sectoriales, o si es necesario que la competencia de ejecución se sustente en normas sancionadoras producidas en el propio sistema consumerista. Esta duda no se resuelve, y, en consecuencia, queda en el aire si las autoridades autonómicas de consumo van a poder sancionar conductas prohibidas en la legislación sectorial de telecomunicaciones u otras, y si van a poder ejercer la competencia sancionadora para perseguir y castigar conductas infractoras que se han definido como tales en aquella ordenación sectorial.

Quiero recordar que el legislador inmediatamente anterior al TR se preocupó de dejar claro que la competencia sancionadora en infracciones *consumerista* de la normativa de telecomunicaciones correspondía a las autoridades estatales de consumidores (Disposición Adicional 2ª de la Ley 44/2006). Si es esto lo que ahora se ha querido a su vez alterar es cuestión sujeta a controversia.

7. LIQUIDACIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES A PARTICULARES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Es evidente que el art. 48 del TR no incorpora ninguna norma preexistente en el Derecho de consumo estatal. En alguna norma sectorial se había establecido la posibilidad de que el procedimiento administrativo sancionador pudiera ser utilizado por los particulares lesionados, más allá de su condición de interesados, para pretender que la resolución administrativa impusiera como condena accesoria la indemnización de los daños sufridos por el consumidor. Algunas leyes autonómicas de consumo han concretado esta posibilidad, que no deja de presentar inconvenientes serios si no se toman las precauciones adecuadas.

Naturalmente una posibilidad de esta clase presenta problemas de todo tipo con la litispendencia, la cosa juzgada, el derecho a la tutela judicial efectiva, la ejecución procesal de la resolución indemnizatoria, etc. El TR no se ha atrevido a tanto y se queda en una vía muerta que carece de propósito. El órgano instructor puede determinar en el procedimiento sancionador la indemnización correspondiente al consumidor lesionado. Esta resolución se comunicará al infractor para que en el plazo de un mes proceda a su satisfacción, *“quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial”*.

¿Qué se ha querido decir? ¿Queda expedita la vía judicial para el consumidor o para el sancionado? ¿La vía judicial civil o la contencioso administrativa? ¿Pero es realmente esta determinación administrativa de la infracción un acto administrativo recurrible? ¿Puede el particular pedir la ejecución forzosa (vía de apremio) de la resolución administrativa? ¿Es

ejecutiva la resolución indemnizatoria o simplemente caduca cuando el sancionado o el consumidor recurren a la vía judicial? ¿Está de alguna manera el juez (civil) vinculado por esa determinación administrativa? La interpretación más razonable de lo que ha querido decir el legislador es que si el sancionado no paga voluntariamente, el consumidor tendrá que demandar de la manera ordinaria. Suponemos que la reclamación administrativa interrumpirá la prescripción de la acción civil, pero no existe seguramente litispendencia ni prejudicialidad entre las vías procedimentales disponibles.

Si el empresario no cumple y el consumidor no acude a la vía civil, no podrá limitarse a pretender que la resolución administrativa se ejecute contra el empresario, como si se pudiese utilizar para ello la vía de apremio propia de la ejecución de actos administrativos.