



**EL CONSUMIDOR ANTE LA FACTURACIÓN IRREGULAR DE LAS COMPAÑÍAS  
ELÉCTRICAS: ASPECTOS PRÁCTICOS**

**Alejandro Tuero González**  
**Fiscal de Consumo de Pontevedra**

**Curso: “El Ministerio Fiscal y la protección de consumidores y usuarios”**  
**Fecha: 19 – 20 de febrero de 2018**

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.

Constitución Española, artículo 51.1



Centro de  
Estudios  
Jurídicos

## SUMARIO

<b>RESUMEN .....</b>	<b>4</b>
<b>1. PLANTEAMIENTO DE LA SITUACIÓN.....</b>	<b>5</b>
1.1. Detección de las cláusulas abusivas o prácticas irregulares.....	5
1.2. Posibilidad individual de combatir las conductas abusivas .....	6
1.3. Eficacia preventiva o disuasoria de la actuación individual .....	7
<b>2. NECESIDAD DE ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS .....</b>	<b>9</b>
<b>3. MECANISMOS DE DEFENSA .....</b>	<b>11</b>
3.1. Información .....	11
3.2. Actuaciones individuales extrajudiciales .....	11
3.3. Negociación colectiva o institucional extrajudicial .....	12
3.4. Reclamaciones judiciales .....	13
<b>4. PRÁCTICAS IRREGULARES EN EL SECTOR ELÉCTRICO .....</b>	<b>14</b>
4.1. Defectos en la información aportada a los consumidores .....	14
4.2. Interrupción del suministro sin respetar los requisitos legales.....	15
4.3. Introducción de cláusulas abusivas .....	16
4.4. Irregularidades en la facturación .....	16
4.5. Irregularidades en las lecturas de consumo .....	17
4.6. ¿Alteración artificial de precios? .....	17
4.7. Cambio indeseado de tarifa o de compañía comercializadora .....	17
<b>5. DIFICULTADES PARA LA ACTUACIÓN EFECTIVA DEL MINISTERIO FISCAL .....</b>	<b>¡Error! Marcador no definido.18</b>
5.1. Fase preprocesal .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
5.2. Fase declarativa.....	20
5.3. Ejecución.....	22
5.4. Cuestiones no resueltas legalmente sobre el modelo de litigación colectiva .....	23
<b>6. EFICACIA DEL SISTEMA Y PROPUESTAS DE MEJORA .....</b>	<b>26</b>

## **RESUMEN**

*Se aborda aquí la problemática de la defensa de los consumidores en un terreno concreto, como es el de la facturación y actuaciones de las compañías eléctricas, desde la perspectiva de las posibilidades de actuación de la Fiscalía. No se pretenderá explicar los vericuetos de la normativa del sector eléctrico, ni hacer comprensibles los distintos conceptos y mecanismos que integran el método de facturación. Por el contrario, es la constatación de las dificultades de estas cuestiones, y de su desconocimiento general para el gran público, el punto de partida que justifica la especial necesidad de protección en este terreno. Tampoco se intentará aquí una exhaustiva exposición de las cuestiones jurídicas subyacentes al ejercicio de acciones colectivas. El propósito consiste en exponer la debilidad de la posición de los ciudadanos como usuarios del sistema eléctrico, examinar brevemente sus posibilidades reales de defensa ante eventuales abusos; analizar desde un punto de vista práctico las dificultades que entraña la actuación por parte de la Fiscalía y las posibles reformas legales que podrían mejorar sensiblemente esta actuación, para conseguir así el objetivo constitucional de garantizar la defensa de los consumidores mediante procedimientos “eficaces”.*



Centro de  
Estudios  
Jurídicos

## 1. PLANTEAMIENTO DE LA SITUACIÓN

La normativa que rige el sector eléctrico es compleja, farragosa, cambiante y, en definitiva, de difícil comprensión. Esto puede ilustrarse con un dicho habitual del sector: *si te explican el funcionamiento del mercado eléctrico, y lo entiendes...es que te lo han explicado mal.*

No es el propósito de este breve trabajo explicar ese funcionamiento, ni tratar de hacer entender las premisas que determinan las condiciones de prestación del servicio eléctrico, o las cláusulas, conceptos y cálculos que configuran, en definitiva, la cantidad que ha de pagar cada mes el usuario<sup>1</sup>.

Por el contrario, partimos precisamente de la constatación de las dificultades de comprensión que entrañan estas cuestiones, y su general desconocimiento por parte de los usuarios: en este contexto, los ciudadanos se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad frente a la introducción de una cláusula abusiva o la utilización de una práctica irregular por parte de una compañía eléctrica. La defensa *eficaz* de los intereses de los consumidores requiere examinar tres niveles: 1) capacidad para detectar una cláusula o práctica abusiva, 2) capacidad para combatirla y eliminarla, y 3) capacidad para evitar que se vuelva a utilizar en lo sucesivo, por la misma o distintas compañías, en la misma forma u otras análogas.

Veamos brevemente las posibilidades individuales en cada ámbito.

### **1.1 Detección de las cláusulas abusivas o prácticas irregulares.**

La realidad es que estas cuestiones son directamente inadvertidas en la gran mayoría de los casos y por la gran mayoría de usuarios. No debemos olvidar que, ya sea de forma directa o indirecta, *toda la población* es usuaria del mercado eléctrico, lo que incluye personas de todas las edades, niveles culturales y formativos. Si en el sector eléctrico, sujeto a una regulación administrativa tan prolija como cambiante, incluso los expertos deben estudiar determinadas cuestiones antes de dictaminar si una práctica ha podido ser contraria a la normativa, los profanos en la materia no conocen o distinguen conceptos básicos, por lo que son un objetivo asequible para burdos engaños. En mi experiencia como Fiscal de Consumo, entrevistando a decenas de afectados por prácticas irregulares, muchos no sabían diferenciar entre *distribuidora* y *comercializadora*, no sabían el tipo de tarifa de que disponían, el término de potencia que tenían contratado ni menos su incidencia sobre el precio final, o no alcanzaban a aclarar si tenían contratado alguno de los tan extendidos servicios adicionales de asistenciao mantenimiento (Servicio Protección Eléctrica Hogar en Iberdrola; servicio Funciona en EDP; OK Luz en Endesa, Tu Asistente 24 Horas en E.On, y así sucesivamente). En muchos casos, se trataba de personas de avanzada edad que desde hacía años se habían limitado a recibir facturas y los correspondientes cargos bancarios; y eventualmente, recibir a algún comercial en su domicilio y aceptar los *descuentos* que les ofertaban.

Pero no se trata de centrarnos sólo en este perfil de usuarios, que sería simplemente el caso más claro o exagerado de desprotección. De hecho, comenzar a estudiar este tipo de casos me hizo reflexionar sobre hasta qué punto había sido yo mismo capaz de distinguir este

---

<sup>1</sup>En materia de información pública sobre estas cuestiones cabe consultar la Guía Informativa para los Consumidores de Electricidad publicada por la CNMC, disponible en <https://www.cnmc.es>

tipo de conceptos y controlar mi propio gasto antes de estudiar por cuestiones profesionales asuntos de consumo. Hablando con compañeros míos, pude constatar igualmente notables lagunas en cuestiones de facturación eléctrica, lo que implica escasa probabilidad de detectar siquiera si se ha padecido alguna práctica irregular. Aquí estamos hablando ya de un perfil, como es el de los fiscales, de usuarios con estudios superiores, especializados en cuestiones legales y con práctica cotidiana en la defensa de los derechos de los ciudadanos.

Lo narrado, que no deja de ser una percepción personal por los casos observados, está estadísticamente confirmado por los organismos competentes. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) publicó una nota de prensa el 10 de noviembre de 2017, divulgando los resultados de su último estudio (segundo trimestre de 2017), en la que constataba lo siguiente:

*Siete de cada diez hogares españoles desconoce si su oferta de gas natural o de electricidad está en el mercado regulado o libre.*

*Un 41% tampoco sabe qué tipo de tarifa eléctrica tiene contratada y un 24% cuál es la potencia contratada.*

*Un 64% de los hogares que declaran contratar una tarifa con discriminación horaria por tramos tiene en cuenta los precios de la electricidad en los distintos tramos del día en sus hábitos de consumo.*

Este generalizado desconocimiento del mundo energético determina que la mayoría de los usuarios, si padecen una práctica irregular, ni tan siquiera lleguen a ser conscientes de ello, puesto que tampoco conocen cómo debe ser la práctica correcta ni qué límites legales tiene. Así, por ejemplo, si a un usuario se le reclama una factura elaborada por un supuesto error de facturación, correspondiente a un consumo realizado catorce meses antes, en la gran mayoría de los casos no sabrá que la compañía está obrando incorrectamente, puesto que no puede reclamar consumos correspondientes a periodos anteriores a un año.

### ***1.2 Posibilidad individual de combatir las cláusulas abusivas o prácticas irregulares.***

No sólo se trata de ser capaces de detectar la cláusula abusiva o práctica irregular. Una vez conscientes de ella, la cuestión es si los usuarios, individualmente, pueden hacer algo o no para evitarla. Como es evidente, se trata de condiciones generales de contratación, o bien prácticas generalizadas, respecto de las que el particular carece frente a la empresa de cualquier capacidad de negociación diferente de la de contratar o no contratar; o en su caso desistir de lo ya contratado. No puede pactar unos términos contractuales específicos para su caso, distintos de los existentes para otros usuarios.

Un aspecto especialmente significativo es que, en este sector, los perjuicios derivados de una actuación irregular de la compañía eléctrica, individualmente considerados, son normalmente de reducido importe; pero multiplicados por los millares de afectados, constituyen cifras importantes. A nivel particular, lo más habitual será que la escasa entidad del perjuicio determine que el afectado opte por asumirlo, pese a considerarlo injusto, puesto que la vía de la reclamación administrativa y/o judicial implica dedicación de esfuerzos y tiempo, gastos, y hacer frente a eventualidades tales como que la compañía presione con incluirle en un fichero de morosos. Tal inclusión sería en principio ilícita, por tratarse de un

crédito discutido o litigioso; pero la efectiva inclusión supone en la práctica un nuevo perjuicio para el consumidor, que le aboca a un nuevo litigio para hacer valer sus derechos.

Un ejemplo de lo que se dice es una cláusula introducida por una compañía eléctrica en la provincia de Pontevedra, consistente en una comisión de dos euros por factura para el caso de abonarse la misma de cualquier modo distinto a la domiciliación bancaria. Aun en el caso de los consumidores que hubieran leído tal cláusula (notificada en el apartado de “información de interés” de las facturas) y fueran conscientes de su carácter abusivo, ¿cabe imaginar que alguno de ellos interpusiese una demanda en un Juzgado para evitar un gasto de 12 ó 24 euros anuales (según la factura fuera mensual o bimensual)?

Cabe distinguir claramente estos supuestos de aquellos otros casos en que los perjuicios, individualmente, ya son de importes notables, como pueden ser los conocidos ejemplos de las participaciones preferentes y subordinadas o de las cláusulas suelo. Evidentemente, en este segundo supuesto se produce (también) una vulneración de los derechos de los consumidores que llega a afectar al interés social; pero la gran diferencia estriba en que, siendo lo reclamado una cantidad relevante (incluso de miles de euros), los particulares a nivel individual no se encuentran *tan* indefensos, porque, aquí sí, les *merece la pena* el coste en tiempo, esfuerzo y gasto, de pleitear por su cuenta, alcanzando por esta vía su derecho a la *tutela judicial efectiva*; y ello sin perjuicio de que la estimación de acciones colectivas siempre les resultaría más favorable.

Lo expuesto permite explicar la aparente contradicción en los datos publicados por el Panel de Hogares de la CNMC: el sector con mayor descontento es sin embargo el que tiene menos reclamaciones:

*La electricidad es el servicio que causó mayor descontento entre los hogares españoles, sin embargo éstos fueron los que menos reclamaciones presentaron a sus compañías en el último trimestre de 2016.*

*El servicio de suministro eléctrico repitió en el primer puesto y para un 19,5% de los usuarios fue catalogado como el que más insatisfacción les ocasionó. No obstante, estos clientes se quejaron poco y sus reclamaciones fueron las más bajas junto las de gas natural, entorno al 6%.*

La explicación a esta aparente paradoja posiblemente sea la siguiente: muchos usuarios detectan que *algo* está funcionando mal (por ejemplo, creen que se les está cobrando más de lo que corresponde) pero no saben identificar dónde está el problema (en el ejemplo, no saben exactamente cuánto es lo que en justicia les correspondería pagar, ni qué factor es el que les está encareciendo indebidamente la factura), y es muy difícil reclamar contra lo que no se conoce. A esto se añadirían los que sí son capaces de identificar el origen del problema, pero su importe relativamente bajo hace que *no merezca la pena* el esfuerzo burocrático que conlleva una reclamación.

### ***1.3 Eficacia preventiva o disuasoria de la actuación individual***

En nuestro ordenamiento, las reclamaciones o acciones que puede ejercitar individualmente un consumidor únicamente pueden conseguir, en caso de estimación, que se cese en el uso de la cláusula o práctica indebida en su caso particular, con la correspondiente restitución o indemnización. En la regulación civil el consumidor individual carece de

legitimación para ejercitar acciones colectivas como es la de cesación; y no está prevista una posibilidad de extensión de efectos de la sentencia estimatoria de una acción individual, al estilo de lo previsto por ejemplo en el artículo 110 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Solamente existe algo similar, en el artículo 519 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), pero se refiere solamente a determinados casos en que se ha ejercitado una acción colectiva.

Además, la eventual estimación de la reclamación civil en nuestro sistema se ha de limitar, en cuanto a las consecuencias económicas, a las restituciones o indemnizaciones correspondientes al daño sufrido, nunca una cantidad superior, por lo que la función preventiva o disuasoria le es completamente ajena.

En algunos sistemas anglosajones, y muy en particular, el de Estados Unidos, existe la figura llamada *punitivedamages*, o daños punitivos. Se dan en casos en los que se enjuician conductas empresariales particularmente desleales o perjudiciales, y consisten en una indemnización, imponible en el caso de una reclamación por parte de un simple afectado –una acción individual-, superior al perjuicio concreto sufrido por el mismo, con la triple finalidad de sancionar la conducta desleal, impedir que el causante se lucre con sus actuación antijurídica, y finalmente disuadir al mismo (así como a otras compañías) de realizar en el futuro actividades similares. No es un dato menor que estos procedimientos se enjuician con tribunal de jurado, que es competente tanto para apreciar la concurrencia de daños punitivos como para concretar su importe. En la práctica, la eficacia preventiva de este modelo está resultando elevada, puesto que las compañías temen la posibilidad de que *cualquier* afectado les lleve a hacer frente a una indemnización de importe muy elevado<sup>2</sup>. Esto explica actuaciones como la de Volkswagen al descubrirse el escándalo de las emisiones fraudulentas: se aprestó a ofrecer indemnizaciones a todos los usuarios norteamericanos (en torno a los 20.000 dólares por vehículo), mientras que descartó de plano tal posibilidad respecto de los clientes europeos, a los que sólo ofreció la actualización del software y la colocación de una pequeña pieza de plástico<sup>3</sup>, porque la compañía estaba dispuesta a hacer frente a las reclamaciones judiciales europeas, pero no a las americanas.

En nuestro ordenamiento jurídico, siguiendo la tradición continental europea conocida como de derecho civil o derecho codificado, resulta muy difícilmente aceptable una indemnización civil que responda a finalidades como las apuntadas (represiva, evitadora del enriquecimiento injusto del infractor en casos distintos del enjuiciado, y preventiva), puesto que tales funciones se incardinan en el derecho sancionador-administrativo o penal-, con sujeción a los principios propios de esta rama: legalidad, tipicidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, carga de la prueba... Sin embargo, en la práctica, las dimensiones civil y sancionadora (fundamentalmente administrativa) no están suficientemente coordinadas entre sí ni dan una respuesta única a una conducta abusiva única, debilitando las posibilidades preventivas, que directamente son inexistentes desde el plano de la actuación de un consumidor individual.

---

<sup>2</sup>Las cantidades otorgadas en concepto de *punitivedamages* acostumbra a ser muy significativas, de varios millones de dólares, lo que ha originado en los últimos tiempos un debate sobre la necesidad de su limitación, incluyendo pronunciamientos del Tribunal Supremo Federal de Estados Unidos tales como los casos *BMW of North America, Inc v. Gore* (1996) o *StateFarm Mutual Automobile Insurance Co v. Campbell* (2003).

<sup>3</sup> Resulta muy ilustrativo sobre esta cuestión el artículo *In the U.S., VW owners get cash. In Europe, they get plastic tubes*, de Jack Ewing, aparecido el 15 de agosto de 2016 en el *New York Times*.



Cabría iniciar un debate acerca de la posibilidad de instaurar algún mecanismo en el plano civil, o derivado de los pleitos civiles, que pueda cumplir una función semejante a los *punitivedamages*. De hecho, nuestras leyes ya han iniciado un tímido acercamiento a conceptos que exceden de la simple reparación del daño concreto: por ejemplo, el artículo 711.2 LEC permite la imposición, ya en sentencia, de multas coercitivas para el evento de retraso en el cumplimiento del fallo (multas que tienen en cuenta *la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado*).

Otro ejemplo realmente significativo es el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, puesto que determina que la tutela judicial del perjudicado incluye, además de la “indemnización de los daños y perjuicios causados”, otros conceptos tales como *la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos*, así como la adopción de medidas para *prevenir intromisiones inminentes o ulteriores*. Además, una vez acreditada la intromisión ilegítima, permite presumir la existencia del perjuicio.

Lo expuesto en los apartados anteriores muestra que los consumidores y usuarios carecen por sí mismos de herramientas suficientes para lograr la erradicación de las prácticas abusivas, siendo en consecuencia imprescindibles las actuaciones colectivas y la protección a nivel institucional.

## **2. NECESIDAD DE ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS**

La defensa de los consumidores en el sector eléctrico ha de ser distinguida de otros campos, en los que el nivel de quejas y reclamaciones es igualmente elevado (pongamos por ejemplo las aerolíneas, o las telecomunicaciones), por una cuestión clave: la electricidad, a diferencia de otros productos o servicios, constituye una necesidad básica, vital, de todo ciudadano: no puede concebirse (al menos en los países de nuestro entorno) que la vida de una persona reúna unas condiciones mínimas de habitabilidad y dignidad si carece de posibilidad de acceso al suministro eléctrico, puesto que del mismo dependen cuestiones tan básicas como la disponibilidad de luz, la conservación –y muchas veces también la preparación– de alimentos, y en general el acceso a los dispositivos y electrodomésticos más fundamentales y cotidianos. En consecuencia, si ya existe una necesidad de actuación de los poderes públicos en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios con carácter general, en los ámbitos de las necesidades básicas esta necesidad es mayor todavía.

En términos de regulación positiva, la defensa de los consumidores frente a posibles abusos en la comercialización de la electricidad no constituye un mero *desiderátum*, sino que en realidad, para los poderes públicos –entre ellos el Ministerio Fiscal– constituye un mandato constitucional y legal. En efecto, la Constitución Española establece en su artículo 51.1:

“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”.

He resaltado el término “eficaces”, por cuanto determina que no nos podamos limitar a simples declaraciones de intenciones o al establecimiento de regulaciones protectoras que solamente se cumplan en el papel, sino que se ha de buscar resultados en la práctica, de modo que la protección de los consumidores y usuarios se plasme en actuaciones concretas capaces de modificar la realidad de las prácticas que vulneran sus derechos.

Este mandato genérico de protección alcanza mayor relevancia en determinados bienes o servicios. El Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante LGDCU), establece en su artículo noveno:

“Bienes y servicios de uso común.

Los poderes públicos protegerán **prioritariamente** los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado”.

Debe tenerse en cuenta que el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, cita expresamente el suministro eléctrico entre los servicios de uso común; si bien como se ha expuesto anteriormente, este servicio actualmente no es simplemente un servicio de uso común, ordinario y generalizado, sino que puede calificarse incluso de servicio de primera necesidad, como sucede también con el suministro de agua.

Por su parte, el art. 3.3 de la Directiva 2009/72 de parlamento europeo y del consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, señala que los Estados miembros deberán garantizar que todos los clientes domésticos, cuando los Estados miembros lo consideren adecuado, las pequeñas empresas, disfruten en su territorio del derecho a un servicio universal, es decir, del derecho al suministro de electricidad de una calidad determinada, y a unos precios razonables, fácil y claramente comparables, transparentes y no discriminatorios. La Directiva contiene varias disposiciones orientadas a la protección de los consumidores, incluyendo la necesidad de *crear un mecanismo independiente, como un defensor del pueblo para la energía o un órgano de los consumidores, encargado de tramitar eficazmente las reclamaciones y solución extrajudicial de conflictos.*

La vigente Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante LSE), comienza su Exposición de Motivos recordando que el suministro de energía eléctrica constituye un servicio de interés económico general, pues la actividad económica y humana no puede entenderse hoy en día sin su existencia. Posteriormente, el art. 43.3, en relación al suministro, dispone que reglamentariamente se establecerán, por las Administraciones Públicas competentes, medidas de protección al consumidor que deberán recogerse en las condiciones contractuales para los contratos de suministro de los comercializadores con aquellos consumidores que por sus características de consumo o condiciones de suministro requieran un tratamiento contractual específico. Asimismo, reglamentariamente se establecerán los mecanismos de contratación y las condiciones de facturación de los suministros, incluyendo los procedimientos de cambio de suministrador. Y la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia supervisará la efectividad y la aplicación de

las medidas de protección a los consumidores y podrá dictar resoluciones jurídicamente vinculantes tendentes al cumplimiento de las mismas.

En definitiva, nos encontramos ante un sector en el que la vulnerabilidad del consumidor es elevada, de modo que la necesidad de protección por parte de los poderes públicos alcanza un grado equivalente, sin que el Ministerio Fiscal pueda ser ajeno a ello, en cumplimiento de las funciones de defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos- especialmente de los más vulnerables-, y procura de la satisfacción del interés social.

### **3. MECANISMOS DE DEFENSA**

Son diversos. Aquí se van a enunciar brevemente, para a continuación centrarnos en aquéllos en los que cabe la actividad del Ministerio Fiscal.

#### **3.1 Información**

La primera herramienta de defensa de los consumidores y usuarios, y una de las más eficaces, viene por la vía de la divulgación: la información y la publicidad. No me refiero aquí al tradicional paradigma del *consumidor hiperinformado*, que conoce todas las normas, cláusulas contractuales, comparativa de ofertas y demás aspectos relativos a cada operación de consumo. No es realista, ni tampoco parece que sea el escenario deseable, pensar que el consumidor pueda llegar a ser un *entendido* en todas las muy diferentes y muy complejas materias en que se traducen sus actividades cotidianas.

La información a la que me refiero consiste en la divulgación sobre todo mediática de las actuaciones que se realizan en protección de los derechos de los consumidores, como puede ser el caso de la estimación judicial de una acción colectiva. Si, como se ha expuesto, para afrontar una cláusula o práctica abusiva, lo primero es ser capaces de detectarla, y lo segundo ser capaces de combatirla para eliminarla, la utilidad de este tipo de información a los consumidores es evidente en el primer escalón, pero también existe en el segundo. Pensemos en el ejemplo de las cláusulas suelo: ¿tantos afectados hubieran reclamado en los tribunales si no hubieran sabido, a través de la prensa y de las asociaciones de consumidores, que la cláusula se estaba declarando nula en los tribunales y otros afectados estaban recuperando el dinero? A ello se añade que la publicidad es eficaz también en el tercer nivel de los antes enunciados: la prevención. Cuando se produce un impacto mediático significativo, el efecto disuasorio para que vuelva a suceder lo mismo es muy importante. Pongamos por caso las participaciones preferentes: a partir del momento en que saltó a la luz el problema existente, copando las portadas, resultó inimaginable que las entidades bancarias se planteasen comercializar de nuevo ese tipo de productos, o que los consumidores fueran a aceptar contratarlos si se les ofreciesen de nuevo. Igualmente, el impacto comercial de la *publicidad negativa* puede ser más efectivo que el propio contenido de un fallo judicial para lograr que una compañía modifique un comportamiento incorrecto.

#### **3.2 Actuaciones individuales extrajudiciales.**

El primer paso consiste en la reclamación ante la propia compañía eléctrica, debiendo dirigirse a la distribuidora o a la comercializadora y siendo distintos los plazos para responder en función del tipo de problema detectado. El artículo 46.1.n) de la LSE, exige a las comercializadoras de electricidad informar a sus clientes sobre sus derechos respecto de las vías de solución de conflictos de que disponen en caso de litigio. Para ello, deberán disponer

de un servicio de atención a sus quejas, reclamaciones, solicitudes de información o comunicaciones de cualquier incidencia en relación al servicio contratado u ofertado, poniendo a su disposición una dirección postal, un servicio de atención telefónica y un número de teléfono, ambos gratuitos, y un número de fax o una dirección de correo electrónico al que los mismos puedan dirigirse directamente.

En caso de discrepancia, cabe remitirse al organismo administrativo competente de la comunidad autónoma. El artículo 98 del RD 1955/2000, de uno de diciembre, establece que “las reclamaciones o discrepancias que se susciten en relación con el contrato de suministro a tarifa, o de acceso a las redes, o con las facturaciones derivadas de los mismos serán resueltas administrativamente por el órgano competente en materia de energía de la Comunidad Autónoma o Ciudades de Ceuta y Melilla, en cuyo territorio se efectúe el suministro”.

Igualmente, cabe acudir al Libro de Reclamaciones que toda compañía eléctrica debe tener disponible en sus oficinas, y en caso de no estar conforme con la respuesta, o bien transcurrido el plazo para responder, cabe acudir al organismo administrativo competente en la comunidad autónoma en materia de consumo, o bien a la correspondiente Oficina Municipal de Información al Consumidor, que disponen de facultades para actuar como mediadores en la disputa.

Finalmente, resulta posible acudir al sistema de arbitraje, si la empresa de que se trata está adherida al arbitraje de consumo (actualmente, se encuentran adheridas las compañías Gas Natural S.U.R., SDG, S.A.; Gas Natural Servicios, SDG, S.A.; IBERDROLA COMERCIALIZACIÓN DE ÚLTIMO RECURSO, S.La.U. e IBERDROLA CLIENTES S.La.U). Si se trata de una empresa no adherida, se le puede dar traslado de la solicitud de arbitraje, pudiendo aceptar o no someterse al mismo.

### ***3.3 Negociación colectiva o institucional extrajudicial.***

Ésta debiera ser una herramienta fundamental, por sus amplísimas posibilidades de eficacia evitando las dificultades y perjuicios de la vía judicial, que más adelante se expondrán. Así, en el Catálogo de Cláusulas Abusivas editado en 2014 por ADICAE, tras exponer que las asociaciones de consumidores tienen la posibilidad de ejercitar acciones judiciales colectivas, añade: pero las Asociaciones de Consumidores tienen un papel *más importante*, el de poder negociar con las empresas la eliminación de cláusulas nocivas a los consumidores de sus contratos sin necesidad de acudir a los tribunales.

En efecto, si las principales causas de vulnerabilidad de los consumidores en el sector eléctrico –al igual que en otros- son el desconocimiento y la incapacidad de negociación individual frente a la compañía, ambos factores dejan de concurrir cuando el interlocutor es una asociación de consumidores y usuarios, o una institución pública.

En el caso del Ministerio Fiscal, la posibilidad de negociación judicial para alcanzar acuerdos con las entidades implicadas, y que de este modo cesen en el uso de las cláusulas o prácticas que se estiman abusivas y en su caso procedan a las correspondientes devoluciones e indemnizaciones, es una posibilidad que se ve reforzada por un elemento que no debe ser infravalorado: la capacidad intimidatoria de que dispone el Ministerio Fiscal. En efecto, se trata de una institución imparcial –por mandato constitucional- que en consecuencia está libre de sospechas respecto de la posibilidad de actuar por intereses particulares o incluso espurios, sospechas que sí pueden llegar a recaer en ocasiones en entidades privadas de defensa de los

consumidores (recuérdese por ejemplo lo sucedido con AUSBANC). Además, el Ministerio Fiscal puede litigar sin estar condicionado por factores tales como las necesidades de financiación; y es una institución que dispone de importantes facultades en materia penal, por las que de hecho somos más conocidos, de modo que el inicio de una investigación de carácter civil preparatoria de una posible acción colectiva puede, en función de los datos obtenidos y alcance de las prácticas descubiertas, llegar incluso a derivar en una investigación penal. Todo esto redunda además en que la interposición de una acción colectiva por el Ministerio Fiscal habitualmente conlleva un impacto mediático importante, lo cual expone a la empresa demandada al correspondiente volumen de *publicidad negativa*. Examinado en términos económicos, a la empresa puede interesarle alcanzar un acuerdo antes de iniciarse la vía judicial, por ser inferiores los costes de acceder directamente al cese de la conducta cuestionada que exponerse a un deterioro público de su imagen, con la correspondiente disminución de contrataciones; y ello sin contar con la posibilidad de que la acción judicial pudiera ser estimada.

Sin embargo, en la actualidad el alcance de esta herramienta, la *negociación*, se ve muy limitado por la falta de regulación. Carecemos de un marco normativo que permita encauzar las posibilidades de actuación negociadora del Ministerio Fiscal. No puede olvidarse nunca que la Fiscalía no defiende aquí intereses propios –en ningún ámbito lo hace–, pero tampoco exactamente intereses exclusivamente públicos (como cuando se ejerce el *iuspuniendi*), sino que se defienden de forma colectiva intereses de ciudadanos particulares. Estos intereses, sumados, alcanzan trascendencia social, pero en la base siempre existe el interés individual, una multiplicidad de intereses individuales. ¿Puede un fiscal, por ejemplo, alcanzar un acuerdo que implique la renuncia a parte de lo que el particular podría reclamar –o él piensa que puede reclamar–, si el acuerdo alcanzado, en su conjunto y de forma objetiva, le beneficia? ¿Hay capacidad de disposición? En defecto de habilitación legal expresa, muy difícilmente puede aceptarse que la Fiscalía pueda alcanzar un acuerdo que implique algún tipo de pequeña renuncia para algún potencial afectado, incluso cuando tal acuerdo le resulte más favorable que cualquier posible alternativa que no incluya dicha renuncia. Resulta muy discutible que nuestra legitimación en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios tenga actualmente este alcance.

### **3.4 Reclamaciones judiciales.**

Como es evidente, siempre cabe la posibilidad de interposición de una acción judicial individual, si bien como ya se ha mencionado resulta poco probable su utilidad práctica en el caso de reclamaciones individuales cuya cuantificación económica es baja.

Más relevante resulta la posibilidad de acudir al ejercicio de acciones colectivas, si bien los particulares carecen por sí mismos de legitimación para interponerlas (véanse por ejemplo el artículo 11 LEC y el artículo 54 LGDCU), por lo que han de acudir a las entidades habilitadas.

En lo que ahora interesa, quien sí dispone de legitimación es el Ministerio Fiscal, habiéndose además ampliado significativamente la extensión de esta legitimación mediante la Ley 3/2014, de 27 de marzo: actualmente, *el Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios* (artículo 11.5 LEC).

El Ministerio Fiscal dispone además de una situación ventajosa respecto de las asociaciones de consumidores y usuarios, también legitimadas para la interposición de acciones colectivas: no es cuestionable la extensión de la legitimación a la totalidad de consumidores (respecto de las asociaciones de consumidores y usuarios, puede debatirse el alcance de su legitimación en función de factores tales como que sean suficientemente representativas); dispone de implantación en todo el territorio nacional y acceso cotidiano a los tribunales de justicia; y está exento de gastos tales como la imposición de las costas (artículo 394.4 LEC, entre otros).

Sin embargo, el ejercicio por el Ministerio Fiscal de acciones colectivas –o el llamamiento a los procedimientos iniciados por otros actores- todavía no se ha generalizado, especialmente por el desconocimiento de nuestras funciones en este terreno, que lleva a la falta de puesta en conocimiento de situaciones que pudieran justificar la intervención.

Sirva como ejemplo de este desconocimiento para el gran público, que, en el Catálogo de Cláusulas Abusivas de ADICAE antes citado, cuando reclama una mayor eficacia de todos los actores en la lucha contra la abusividad en los contratos, cita a las Autoridades autonómicas, Banco de España, CNMV, Dirección General de Seguros, Registro de Condiciones Generales de la Contratación, notarios, registradores... y ni tan siquiera cita al Ministerio Fiscal.

No obstante lo dicho, cabe resaltar que en los últimos tiempos se está incrementando el número de actuaciones de la Fiscalía en este ámbito, y a la fecha de redacción del presente escrito, se encuentra anunciada la inminente aparición de una nueva Circular en la materia, que presumiblemente potenciará la labor de las Fiscalías de Consumo.

#### **4. PRÁCTICAS IRREGULARES EN EL SECTOR ELÉCTRICO**

Entre los supuestos que se han detectado, se van a señalar algunos ejemplos, por estimarse particularmente significativos o generalizados:

##### ***4.1 Defectos en la información aportada a los consumidores.***

En algunos casos no se trata de pequeños errores u omisiones, sino de una desinformación generalizada. Buena muestra es la STS 124/2017, de 27 de junio (Sala Tercera)<sup>4</sup>, que confirmó una multa de 601.012 euros a GAS NATURAL S.U.R., SDG, S.A, impuesta porque en los modelos de factura de electricidad aportados por la entidad se proporcionaba una información que podía inducir a error a los consumidores en infinidad de puntos, entre otros los siguientes:

- La empresa responsable de la facturación no aparece claramente identificada.*
  - *No se indica con claridad el periodo temporal a que se refiere la facturación.*
  - *No se determina si se aplica una tarifa de último recurso u otro tipo de tarifa.*
  - *En los "datos de interés" de la factura, no se contiene información clara sobre el cálculo de la "facturación de acceso durante el periodo".*
- En la factura con "lectura real ":*

---

<sup>4</sup>Todas las sentencias citadas en este trabajo se encuentran disponibles en la base de datos pública del CENDOJ.

*-Se facturan los mismos servicios, a distintos precios, sin que conste el motivo.*

*- Se toma como base de cómputo la referencia por decimales de meses, no por días.*

*-Se facturan servicios por "término fijo de potencia", "energía activa total", "energía activa total (regularizada)" que son poco inteligibles para el consumidor.*

*En la factura con "lectura estimada ":*

*-No se especifica el procedimiento de estimación de una manera clara y sencilla para el consumidor.*

*En la factura con "regularización ":*

*-Se facturan los mismos servicios, a distintos precios, sin que conste el motivo.*

*-Se toma como base de cómputo la referencia por decimales de meses, no por días.*

*-Se facturan servicios por "término fijo de potencia", "energía activa total", "energía activa total (regularizada)" que son poco inteligibles para el consumidor.*

*En las facturas con "discriminación horaria con lectura real ":*

*-Se factura el término fijo de potencia a distintos precios, sin que conste el motivo.*

*-Se toma como base de cómputo la referencia por decimales de meses, no por días.*

*-Se facturan servicios por "término fijo de potencia", "energía activa total", "energía activa total (regularizada)", "energía activa valle" y "energía activa valle (regularizada)", que son poco inteligibles para el consumidor.*

*-No se justifica al consumidor la aplicación de distintas tarifas sobre en los términos de "energía activa punta" y "energía activa valle".*

*En las facturas con "discriminación horaria con lectura estimada ":*

*-No se especifica el procedimiento de estimación de una manera clara y sencilla para el consumidor.*

*En la factura por "bonos social con lectura real ":*

*-No se determina cómo se calcula el descuento que se aplica*

*El precio porcentaje por el término fijo de potencia de 2.2 kW es distinto y superior, en esta factura (24/04/10), al precio que consta en la factura por "bonos social con lecturas real" (27/05/10)*

*En la factura por "bono social con lectura estimada ":*

*-No parece aplicarse ningún tipo de descuento beneficio por este bono.*

*-El precio porcentaje por el término fijo de potencia 2.2 kW es distinto y superior en esta factura (24/04/10), al precio que constan la factura por "bonos social con lectura real" (27/05/10).*

#### **4.2 Interrupción del suministro sin respetar los requisitos legales.**

Los casos de interrupción del suministro vienen provocando cierto grado de alarma social y seguimiento mediático, especialmente durante el contexto de crisis de los años pasados, lo que llevó a concretar los requisitos legales para la práctica legal de la interrupción; requisitos que en ocasiones no son respetados.

La STS 232/2017, de 13 de febrero (Sala Tercera) confirmó una multa de 600.000'01 euros a Iberdrola por denegación de información en relación con irregularidades en el proceso de interrupción del suministro por impago, y en su caso, para el restablecimiento del servicio una vez se abonasen las cantidades adeudadas.

#### ***4.3 introducción de cláusulas abusivas.***

Como ya se ha mencionado, en la provincia de Pontevedra se detectó la introducción de una condición general de la contratación por parte de una compañía eléctrica, que imponía una comisión de dos euros por cada factura que se abonase mediante una forma de pago distinta a la domiciliación bancaria.

La Fiscalía de Consumo consideró que esta cláusula era abusiva, puesto que el RD 1955/2000, de uno de diciembre, recoge en su artículo 84 distintas posibilidades en la forma de pago de las facturas, refiriéndose a las mismas en términos potestativos en lugar de imperativos (“podrán”, no “deberán”), de modo que constituía una restricción no justificada de los derechos de los consumidores, imponiendo una penalización por el uso de medios de pago válidos sin que siquiera fuera aparejada a la constatación de que los mismos hubieran originado algún tipo de gasto o perjuicio para la comercializadora.

La resolución de 5 de noviembre de 2015 del Juzgado de lo Mercantil 1 de Pontevedra confirmó el carácter abusivo de la cláusula, prohibiendo su utilización futura –en la misma forma u otras análogas- y ordenando la restitución de las cantidades cobradas en virtud de la misma.

Otra cláusula concreta que ha sido objeto de enjuiciamiento civil es la siguiente: “la resolución de los contratos de suministro de electricidad o de gas natural con Iberdrola que pudieran existir en los puntos de suministro asociados al presente servicio, no implicará la baja del servicio de protección eléctrica Hogar, salvo que el cliente lo solicite expresamente”. La Sentencia de 89/2017, de 30 de junio, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria, la consideró abusiva, declarando su nulidad y la obligación de abstenerse en su utilización, por imponer en un contrato de tracto sucesivo o continuado obstáculos o formalidades que obstaculizan la finalización y cese pleno de la relación contractual concertada por el consumidor, haciendo depender la baja en el servicio adicional de una manifestación de voluntad separada y añadida, cuando la activación del servicio se facilitaba como un complemento o accesorio al suministro de electricidad.

#### ***4.4 Irregularidades en la facturación.***

La Fiscalía de Consumo de A Coruña interpuso una acción colectiva en relación con las prácticas de una compañía eléctrica de gran implantación en Galicia, consistentes en reclamar consumos realizados en periodos anteriores a un año. La sentencia de 2 de diciembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, estimó íntegramente la demanda, rechazando que el retraso en la toma de lecturas reales por parte de la compañía distribuidora pueda ser utilizado por la compañía comercializadora, en perjuicio del consumidor, para el cómputo del plazo máximo de un año a partir de fecha distinta a la del propio consumo. El fallo, con eficacia *ultra partes*, incluyó la declaración de abusividad de tal práctica, así como de las interrupciones de suministro e inclusiones en ficheros de morosos que de ella hayan derivado; la prohibición de reiterar tales prácticas en el futuro; la imposición de una multa coercitiva diaria para el caso de incumplimiento de lo resuelto, y la



comunicación al Ministerio de Industria y Energía, por si fuera procedente la imposición de una sanción administrativa.

#### ***4.5 Irregularidades en las lecturas de consumo.***

Se han dado casos en los que las compañías acudieron al uso de la facturación por estimación de forma generalizada, contraviniendo la regulación de esta figura.

Así, la STS 1124/2017, de 27 de junio (Sala Tercera), determinó que Gas Natural S.U.R SGD, S.A., *no sólo no ha cumplido con la obligación de efectuar lecturas bimensuales de los equipos para facturar de acuerdo con el consumo real bimestral, sino que también ha utilizado de manera generalizada una posibilidad prevista con carácter excepcional, y ha impuesto extensiva e indiscriminadamente tal excepción a sus clientes.* La sentencia razona que, conforme al artículo 87.6 LGDCU, se trata de una práctica abusiva en perjuicio de los consumidores. Pese a todo ello, el Tribunal Supremo anuló la sanción administrativa que se había impuesto a la compañía por estos hechos (una multa de 601.012 euros) por entender vulnerado el principio de tipicidad, puesto que la conducta no se ajustaba plenamente a la descripción de la norma sancionadora. En el mismo sentido se había resuelto ya previamente, en la STS 2606/2016, de 14 de diciembre, respecto a Iberdrola C.U.R, S.A.U.

#### ***4.6 ¿Alteración artificial de precios?***

Recientemente la CNMC ha incoado un expediente sancionador a Gas Natural Fenosa Generación y a Endesa Generación por, presuntamente, haber manipulado maliciosamente los precios al alza para incrementar sus beneficios, entre octubre de 2016 y enero de 2017<sup>5</sup>. Estas posibles conductas, pese a producirse en el mercado de generación eléctrica, tienen su impacto directo en la comercialización de la electricidad, de modo que el perjuicio es asumido por el consumidor final.

No es el primer caso: en 2015 la CNMC sancionó con 25 millones de euros a Iberdrola por una conducta similar, producida en el invierno de 2013<sup>6</sup>; lo que además al parecer está siendo objeto de investigación penal en la Audiencia Nacional<sup>7</sup>.

#### ***4.7 Cambio indeseado de tarifa o de compañía comercializadora.***

En el ámbito de la comercialización a domicilio (a “puerta fría”) se han constatado prácticas irregulares de un modo tan extendido como preocupante. Los fraudes son muy frecuentes, hasta el punto de que sólo en 2017 llegaron a la Fiscalía de Pontevedra más de un centenar de quejas, muchas de las cuales continúan siendo investigadas en el momento de redactar esto en un procedimiento penal ya judicializado. La característica común de todas ellas radicaba en que a los afectados les habían dado de alta en una compañía eléctrica distinta cuando ellos deseaban permanecer en la que estaban; descubriendo el engaño al recibir las siguientes facturas.

Los medios empleados por los comerciales para conseguir las altas incluyen diversas tácticas. La más frecuente consiste en hacerse pasar por un comercial de la compañía de origen (cuando la realidad es que trabajan para empresas subcontratadas por la compañía

---

<sup>5</sup>Fuente: nota de prensa de la CNMC de 18 de diciembre de 2017.

<sup>6</sup>Fuente: nota de prensa de la CNMC de 30 de noviembre de 2015.

<sup>7</sup>Fuente: La Vanguardia, 11 de mayo de 2017.

de destino) y convencer al usuario de que firme en un documento, simplemente para lograr unos descuentos que por error no se le estaban aplicando. En ocasiones, se trata de justificar el descuento y la necesidad de firmar con argumentos tales como que se trata de un cambio de sede (de Bilbao a Oviedo por ejemplo) y, por mayor cercanía, le supone menos coste trasladar la electricidad. En algunos casos se llegó incluso a falsear la firma del cliente, o bien se simuló su voz en la llamada de verificación.

Esta experiencia de la provincia de Pontevedra viene confirmada por lo sucedido en otros territorios. En efecto, la CNMC sancionó en marzo de 2017 a Endesa con 100.000 euros, Iberdrola 30.000 euros, Gas Natural 10.000 euros y Viesgo 15.000 euros, por “formalizar contratos de gas y electricidad sin el consentimiento de varios clientes<sup>8</sup>”. En el caso concreto de Endesa, “el marido” de la titular del punto de suministro había firmado, dado de alta diversos contratos y realizado la llamada de verificación de los mismos. En realidad, la afectada no estaba casada ni lo había estado nunca, ni conocía siquiera a la persona que supuestamente había actuado en su nombre<sup>9</sup>.

Otro ejemplo de esta realidad viene dado por Gas Natural Fenosa, querecientemnte inhabilitó a unos 190 de los comerciales de sus entidades de captación, por haber incurrido en hasta 470 casos de prácticas engañosas con los clientes<sup>10</sup>.

En este escenario de prácticas fraudulentas tan extendidas, no resulta extraño que la comunidad autónoma de Cataluña haya prohibido las ofertas y ventas comerciales mediante visita domiciliaria que no haya sido previamente aceptada por el destinatario (artículo 28 de la Ley 18/2017, de uno de agosto, de comercio, servicios y ferias); y que a nivel estatal se esté estudiando por el Ministerio de Industria igualmente la posibilidad de prohibir o restringir esta práctica<sup>11</sup>, lo cual se viene solicitando por diversos colectivos de consumidores.

## **5. DIFICULTADES PARA LA ACTUACIÓN EFECTIVA DEL MINISTERIO FISCAL, Y ALGUNAS POSIBLES SOLUCIONES**

La intervención del Ministerio Fiscal para la defensa de los consumidores y usuarios en el ámbito del suministro eléctrico se ve lastrada por numerosas dificultades prácticas, que determinan que lograr un resultado efectivo implique completar una auténtica carrera de obstáculos.

Sin entrar en la endémica falta de medios personales y materiales de la institución, así como en el estado todavía incipiente de la especialización y dedicación de recursos a materias de consumo, cabe comenzar por señalar las dificultades para recabar información sobre la existencia de prácticas que podrían justificar la intervención del Ministerio Fiscal, por resultar afectado el interés social<sup>12</sup>. En efecto, no existen canales estables por los que sea posible recabar tal información, más allá de las reuniones que se mantengan con otras autoridades de consumo. Las reclamaciones recibidas en las Fiscalías son poco numerosas – debido fundamentalmente al general desconocimiento de las funciones en esta materia del

---

<sup>8</sup>Fuente: nota de prensa de la CNMC de 9 de marzo de 2017.

<sup>9</sup>La resolución sancionadora está disponible para el público general en el siguiente enlace: [https://www.cnmc.es/sites/default/files/1555317\\_7.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1555317_7.pdf)

<sup>10</sup> Fuente: nota de prensa de Gas Natural Fenosa de uno de diciembre de 2017.

<sup>11</sup>Fuente: El Mundo, 21 de noviembre de 2017.

<sup>12</sup>Sobre este punto, véase la Circular 2/2010, de 19 de noviembre, acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios.

Ministerio Fiscal-, lo que supone un problema añadido. Dado que la legitimación del Ministerio Fiscal en este ámbito nunca alcanza a actuar en defensa de los intereses particulares de un afectado –salvo determinados casos de especial vulnerabilidad-, a modo de abogado personal suyo, resulta difícil iniciar una actuación (unas diligencias preprocesales civiles) a raíz de la recepción de un caso aislado, por mucho que haya podido existir una vulneración de los derechos del consumidor. Dicho en palabras de Carlos Eloy Ferreirós Marcos, la presencia del Fiscal en los litigios individuales de consumo no debe constituirse en regla, sino en excepción<sup>13</sup>. En un caso, puede tratarse de un simple error, o un incumplimiento individual; para que intervenga el Ministerio Fiscal normalmente habrán de existir indicios de una práctica generalizada o una afectación a un colectivo de usuarios. El modo más práctico de verificar esto es la solicitud de remisión de copia de las reclamaciones recibidas sobre la misma cuestión en los organismos administrativos autonómicos competentes en materia de consumo y energía.

Una vez detectada la posible práctica abusiva, las dificultades continúan en las sucesivas fases. No se va a tratar aquí de sistematizar las principales tareas de preparación e interposición de una acción colectiva<sup>14</sup>, sino simplemente exponer algunas de las cuestiones más problemáticas en la práctica.

### **5.1 Fase preprocesal.**

En este escenario, la principal dificultad consiste en reunir la información relativa a los afectados y en su caso la determinación de los perjuicios sufridos por cada uno, lo cual resulta especialmente relevante cuando se trata de la protección de intereses colectivos (no difusos), como consecuencia de las exigencias de comunicación del artículo 15 LEC.

Estos datos normalmente sólo pueden ser obtenidos, como es evidente, a través de un requerimiento a la propia compañía eléctrica. Esto puede ser canalizado judicialmente a través de las diligencias preliminares (artículo 256.6 LEC y concordantes), a lo que en el caso del Ministerio Fiscal se añade la posibilidad de ser solicitado directamente por la propia Fiscalía, en virtud de la obligación inexcusable de atender los requerimientos efectuados por el Ministerio Fiscal que establece el artículo 4.5 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Igualmente, es de reseñar que el artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, exceptúa el requisito del consentimiento del cesionario en los casos en que los destinatarios de la comunicación de datos sean los Jueces y Tribunales o el Ministerio Fiscal, en el ejercicio de sus funciones.

Frente a este tipo de requerimientos, una de las principales estrategias de defensa de las entidades consiste en denegar la entrega de los datos con base en la normativa de protección de datos. No deja de resultar paradójico que con el pretexto de proteger los derechos de sus clientes en materia de datos, se trate de impedir la reparación de los perjuicios que se causan por la misma entidad a los mismos clientes mediante cláusulas o prácticas

---

<sup>13</sup>*El papel del Ministerio Fiscal en la protección jurídica de los consumidores y usuarios.* Carlos Eloy Ferreirós Marcos. Revista del Ministerio Fiscal nº 4, 2017.

<sup>14</sup>cuestiones ya tratadas, de forma brillante, en *La impugnación de las condiciones generales de la contratación. Especial referencia a la posición del Fiscal como demandante.* Juan Aguirre Seoane. Repertorio jurídico-científico del CEJ.

abusivas. Paradójico o no, se trata de una línea de defensa que no debe ser minusvalorada: la STC 96/2012, de cinco de junio, en contra del criterio de la Fiscalía del Tribunal Constitucional, consideró que las resoluciones judiciales en el marco de diligencias preliminares que requirieron al banco BBVA para que aportase los datos solicitados por ADICAE para preparar una acción colectiva contra el mismo, vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva del banco (artículo 24.1 CE) en conexión con el derecho a la protección de datos de carácter personal (artículo 18.4 CE). El análisis de la sentencia no lleva a concluir que una cesión de datos de este tipo sea necesariamente inconstitucional, sino que puede ser lícita, pero requiere unas especiales exigencias de motivación (con juicios de necesidad y proporcionalidad) que no se habían cumplido en el supuesto enjuiciado. En consecuencia, este tipo de detalles no pueden ser descuidados.

Pero no sólo se trata de obtener los datos necesarios para la demanda, sino de cómo se obtienen. Ha de tenerse la precaución de requerirlos en un formato informático que permita el tratamiento de la información; o bien, como sucedió en la acción colectiva ejercitada por la Fiscalía de Pontevedra frente a una compañía eléctrica, disponer de un aparato escáner con sistema OCR (Reconocimiento Óptico de Caracteres), que permita obtener el formato citado. La cuestión reviste mayor importancia de la que puede aparentar a simple vista, puesto que no podemos olvidar que en estos casos la información se puede referir a miles de afectados - 2.600 en el caso de Pontevedra-, de modo que labores como la localización de un particular concreto, dentro del amplio listado, que son muy farragosas de forma manual, pasan a ser instantáneas mediante una herramienta informática de búsqueda en el documento.

### **5.2 Fase procesal declarativa.**

Aquí las principales trabas derivan de las deficiencias legislativas. Toda laguna, imprecisión o defecto por falta de sistematicidad de la ley es susceptible de derivar en un arduo debate judicial, con sucesivos recursos que prolongan indefinidamente la resolución final del problema. Buena muestra de ello es la primera acción colectiva presentada por el Ministerio Fiscal, iniciada en Córdoba frente a Gas Natural en el año 2003, con sentencia de primera instancia en ese mismo año y en segunda instancia en 2004, en la que sin embargo la resolución judicial que ordenó el reintegro efectivo de las cantidades indebidamente cobradas no recayó hasta diciembre de 2014.

Algunos ejemplos concretos:

- El artículo 15 LEC determina la necesidad de realizar el llamamiento a los posibles afectados publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial correspondiente. Resulta común entender que el abono del importe de la publicación corresponde inicialmente a la parte actora, sin perjuicio de que se pueda reclamar posteriormente en las costas de conformidad con el artículo 241.1.2º LEC<sup>15</sup>. Dado que no es posible condenar en costas al Ministerio Fiscal (artículo 394.4 LEC), ni cabe entender que estemos sujetos al abono de fianzas, depósitos o consignaciones para el ejercicio de las acciones judiciales para las que estamos legal y constitucionalmente legitimados, resulta claro que no corresponde al Ministerio Fiscal consignar el importe del anuncio aun cuando se ostente la posición actora. Recordemos, además, que el Ministerio Fiscal carece de dotación presupuestaria propia. Esta cuestión puede resultar problemática,

---

<sup>15</sup>En este sentido, véase por ejemplo *La Intervención Voluntaria de Terceros en el Proceso Civil*, Esther González Pillado, 2006.

en el caso de Juzgados que entiendan que no compete al propio Juzgado lograr la necesaria habilitación de fondos; o bien porque la Gerencia Territorial a que el Juzgado solicite tal habilitación de fondos argumente en el sentido de que la publicación de anuncios en periódicos no oficiales no está incluida en la asistencia jurídica gratuita (artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita) y por ello debe corresponder a las partes. Las posibles reticencias podrían solventarse con facilidad con una simple mención del legislador, similar a la que se incluyó en el artículo 394 LEC y otras normas procesales respecto de las costas.

- En el artículo 221.1 LEC parece recomendable incluir expresamente al Ministerio Fiscal, en coherencia con la ampliación de nuestra legitimación que realiza el artículo 11.4 LEC, y con la referencia expresa que sí existe en el artículo 519 LEC, puesto que la mención exclusiva a “asociaciones de consumidores o usuarios” puede resultar equívoca respecto de que el Ministerio Fiscal también puede solicitar la extensión de efectos de la sentencia respecto de consumidores o usuarios todavía no determinados. En la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC) se dispone que las referencias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a las asociaciones de consumidores y usuarios, deberán considerarse aplicables igualmente a los demás sujetos legitimados para su ejercicio, pero tal previsión se limita a los litigios en que se ejerciten acciones colectivas contempladas en la propia LCGC.

- Igualmente, para las reclamaciones de usuarios y consumidores individuales de conformidad con las previsiones de los artículos 221 y 519 LEC, parece conveniente que se incluya expresamente en el artículo 539.1 LEC que cualquier reclamación ejecutiva en aplicación de dichos artículos por quienes tengan la consideración de consumidores y usuarios estará exenta de la obligación de asistencia por abogado y representación por procurador. Debe tenerse presente que las acciones colectivas que justifican la aplicación de tales preceptos en muchas ocasiones se referirán a reclamaciones masivas pero de escaso importe respecto de cada individuo (como sucedió con la acción colectiva ya mencionada del recargo de dos euros por el modo de pago, en la que los afectados se contaron por millares pero los importes debidos a cada uno en la mayoría de los casos no superaron los 20 o 30 euros). Por ello, esta regulación legal, caracterizada por la protección a las partes más débiles, a los que no saldría rentable en términos económicos litigar individualmente, resulta inviable si finalmente para poder cobrar la indemnización a que se tiene derecho el afectado ha de enfrentarse a un importe superior al que reclama, para satisfacer los requisitos de postulación procesal.

- En el terreno del derecho positivo, el propio concepto legal de consumidor no constituye una cuestión nítida y unívoca, que permita diferenciar con claridad en qué casos alguien actúa como consumidor –con la consiguiente mayor protección legal- y en qué casos no. Pese a la sencillez que parece tener el concepto de consumidor a primera vista, se trata de un farragoso aspecto jurídico, cuyo detallado análisis excede del objeto de la presente ponencia. En efecto, este solo punto justificó un amplio análisis en la Circular 2/2010 de la Fiscalía General del Estado (véase el apartado III. A), así como la elaboración de numerosos trabajos doctrinales<sup>16</sup>. A los efectos que ahora interesan,

---

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, se destinó a aclarar esta cuestión la totalidad de la ponencia del Ilmo Sr D. Francisco Javier Menéndez Estébanez, presidente de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el Congreso sobre A Protección Das Persoas Consumidoras en Galicia, celebrado los días 25 y 26 de octubre de 2016 en Vigo.

lo relevante es que se trata de una cuestión susceptible de generar amplios debates, y en consecuencia dificultades de previsión del resultado en un pleito, especialmente cuando se manejan asuntos en los que el listado de afectados se cuenta por millares. Baste reseñar que el concepto de consumidor recogido en la normativa comunitaria no coincide exactamente con el recogido en la normativa estatal; dentro de la propia normativa estatal el concepto varía según el ámbito normativo (el concepto de consumidor en la parte general de la LGDCU no es idéntico al de su libro IV –viajes combinados–, ni al establecido en la Ley de Crédito al Consumo, por ejemplo); ni los anteriores con el recogido en algunas normativas autonómicas, como fue el caso de la gallega<sup>17</sup>. Según se considere aplicable uno u otro concepto, o determinadas interpretaciones de cada uno, habría de discutirse por ejemplo si una persona jurídica puede ser o no consumidora, o hasta qué punto es relevante que su actuación fuera total o parcialmente ajena a su ámbito empresarial o profesional, o que actuase puntualmente con ánimo de lucro. Téngase en cuenta además la Disposición Adicional Cuarta de la LCGC, en virtud de la cual las referencias contenidas en la LEC a los consumidores y usuarios deberán entenderse realizadas a todo adherente, sea o no consumidor o usuario, en los litigios en que se ejerciten acciones derivadas de la LCGC.

### 5.3 Ejecución.

Esta fase es, a nivel judicial, la más problemática, especialmente cuando se trata de la restitución de cantidades concretas a multitud de afectados. Tanto es así que viene a la memoria el dicho tradicional de *pleitos tengas...y los ganes*, que, como cabe recordar, no se decía precisamente para desear el bien al destinatario.

La regulación del artículo 519 LEC es manifiestamente insuficiente para abordar la prolija casuística que pueda darse; y especialmente, puede abocar a un fracaso de la propia concepción del sistema. En efecto, si la litigación colectiva se crea con el propósito de lograr una economía procesal, aunando en un solo procedimiento multitud de casos afectados por el mismo problema, con el objetivo fundamental de lograr una protección efectiva de los consumidores evitándoles los perjuicios de la litigación individual (que como ya se ha expuesto anteriormente, puede resultarles antieconómica en relación con el importe individualmente reclamado), todo el sistema se desmorona si deben presentarse posteriormente ante el Tribunal competente, en fase ejecutiva o pre-ejecutiva, para lograr el cobro de lo debido, generando aquí el embudo que se había evitado en la fase declarativa. Piénsese por ejemplo en la Sentencia de 22 de noviembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña (Juicio Verbal 530/2014): estimando una acción colectiva interpuesta por el Ministerio Fiscal, declaró abusivo el cobro por Vodafone de una cantidad de seis euros (posteriormente ocho) por liberar móviles cuando ya se había terminado el periodo de permanencia o se habían cumplido las condiciones para rescindirla. La sentencia se dictó con eficacia *ultra partes*, por lo que afecta a cualquier usuario de toda España. Pues bien, planteémonos si a los consumidores con derecho a reclamar sus seis u ocho euros que residan en Murcia, o Tarragona les resulta rentable o no realizar los trámites para lograr el cobro, y eso contando con que lleguen a tener conocimiento de la sentencia y su correspondiente derecho a ser indemnizados. Además, la vía del artículo 519, cuando se refiere a que el Juez resolverá *si* (en condicional) según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce al solicitante como beneficiario, lo que implica es que el usuario habrá de

<sup>17</sup> Se regula en la Ley 2/2012, de 28 de marzo, gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias; aunque el artículo 3, que contiene la definición, ha sido modificado por la Ley 2/2017 para acomodar su texto a la legislación básica estatal.

acreditar que se encuentra en tal situación. En el ejemplo de Vodafone, esto determina que sólo quienes hayan guardado un recibo por el pago de los seis u ocho euros, u otro medio de prueba, podrían finalmente ser resarcidos. Del mismo modo, en el caso Europistas (STS 473/2010, de 15 de julio), en el que se otorgó una indemnización de 150 euros por daños morales a los afectados por un importante atasco en una autopista, pero con la doble obligación para cada afectado de acreditar su presencia en tal autopista y su condición legal de consumidor.

Resulta claro que han de articularse mecanismos para que, al igual que en la fase declarativa, en la ejecución se pueda proceder también de un modo colectivo y se logre la completa restitución de todos los afectados incluso sin necesidad de su intervención presencial. No podemos olvidar que nos encontramos en una materia que afecta al interés público, lo que justifica por ejemplo la posibilidad de las multas coercitivas ya en sentencia, como contempla el artículo 711.2 LEC.

En el ámbito de las relaciones contractuales de tracto sucesivo, como son en el sector eléctrico, un modo eficaz de articular las devoluciones consiste en el descuento en las posteriores facturas, o el ingreso directo en las cuentas bancarias de domiciliación; reservando las otras vías de restitución para los que ya no continúen siendo clientes. También podría preverse la posibilidad de consignación de la cantidad total de las indemnizaciones en un organismo público con competencia en materia de consumo, que asumiría las entregas individuales a cada afectado repitiendo el coste asociado a la tarea a la entidad condenada. Cualquiera que sea la vía elegida, habría de preverse legalmente la posibilidad de que en el fallo de la sentencia estimatoria se pueda incluir la obligación de la propia empresa de proceder a las correspondientes devoluciones, con posibilidad por ejemplo de multas coercitivas en caso de incumplimiento o retraso (de modo equivalente a lo previsto en el ya citado 711.2 LEC respecto de la cesación de la conducta); o bien la previsión de que en caso de no realizarse las tareas restitutorias, serán ejecutadas a su cargo, de modo similar a lo que sucede respecto de los pronunciamientos de reposición de los terrenos a su estado original en los procedimientos urbanísticos<sup>18</sup>.

#### ***5.4 cuestiones no resueltas legalmente sobre el modelo de litigación colectiva.***

Otras cuestiones relevantes se refieren a la total ausencia o insuficiente regulación específica en aspectos clave de la concepción misma del sistema de acciones colectivas, lo que lleva a plantearse interrogantes sustanciales, sólo clarificados por la sucesiva consolidación de la jurisprudencia:

---

<sup>18</sup>Un ejemplo notable es el representado por el caso pionero de Gas Natural de Córdoba, ya comentado. El auto 505/2014, de 22 de diciembre, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, exigió a la entidad ejecutada la inmediata restitución de las cantidades debidas, mediante la combinación de dos sistemas: a los clientes que continuasen manteniendo vinculación contractual, con los pagos domiciliados, Gas Natural les resarciría mediante ingreso en la cuenta de domiciliación (debiendo justificarlo documentalmente al Juzgado); a los restantes afectados, se debía ingresar la suma total en una cuenta de la asociación de consumidores ejecutante, la cual a su vez quedaba encargada del abono a cada beneficiario, siendo los gastos de esta gestión a cargo de la entidad ejecutada. Nótese el cambio sustancial respecto del mecanismo del artículo 519 LEC: en éste, es el consumidor perjudicado el que ha de instar primero el incidente del 519 y después la ejecución propiamente dicha; en el caso de Córdoba, la entidad condenada es la que asume los costes de las tareas burocráticas, mientras que el consumidor perjudicado simplemente recibe lo que se le debe.

A partir de este asunto, el Fiscal Fernando Santos Urbaneja plasmó unas reflexiones muy interesantes que pueden consultarse en *La ejecución de las acciones colectivas-masa*. Revista del Ministerio Fiscal nº 4, 2017.

**¿Puede un consumidor apartarse de una acción colectiva, porque no desea que le afecte su resultado?** Es lo que habitualmente se conoce como el *optout*, que es el reverso del *opt in*, es decir, la posibilidad de sumarse a una acción colectiva. En nuestro derecho, la posibilidad de incorporarse a una acción colectiva está expresamente regulada (artículo 15 LEC), pero no así la posibilidad de desvincularse, que en consecuencia resulta muy controvertida. Sin embargo, esta facultad se desprende de la STJUE de 14 de abril de 2016 (asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14), así como del artículo 47 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional, que a propósito de la posibilidad del reconocimiento de una sentencia extranjera dictada como consecuencia de una acción colectiva, para que sea oponible a afectados en España exige entre otros requisitos que hayan tenido las mismas posibilidades de participación o *desvinculación* en el proceso colectivo que aquéllos domiciliados en el Estado de origen.

Parece necesario que se reconozca expresamente el derecho a desvincularse de la acción colectiva. El particular conserva la facultad de disposición sobre su acción civil individual y ha de poder tomar decisiones en consecuencia. Compárese esta situación con otra tan cotidiana para el Ministerio Fiscal como es la acción civil derivada del delito. El Ministerio Fiscal la ejercita junto con la acción penal, pero el perjudicado tiene en todo caso derecho a reservarse la acción y evitar la reclamación por parte del Ministerio Público, si tal es su deseo. Del mismo modo ha de poder actuar en el contexto de una acción colectiva que englobe su situación individual.

**¿Las acciones colectivas paralizan las reclamaciones particulares?** Se trata de una cuestión íntimamente ligada a la anterior. La ley no lo aclara, y en los últimos tiempos se ha alegado y debatido en infinidad de procedimientos judiciales sobre ello, muy significativamente en relación con el sector financiero, lo que hubiera podido evitarse con un simple párrafo del legislador. La jurisprudencia parece haber consolidado la respuesta negativa: STJUE de 14 de abril de 2016, antes citada, resolvió que *el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la de los litigios principales, que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores de conformidad con el apartado segundo del citado artículo con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva*. En el mismo sentido se ha pronunciado el TC (SSTC 148/16, de 19 de septiembre, y 206, 207, 208 y 209/16, de 12 de diciembre).

**¿El resultado del ejercicio de una acción colectiva puede perjudicar a un particular que no se personó en el procedimiento?** Es un aspecto conectado con el anterior. Si la posibilidad de paralización sería una consecuencia de la apreciación de litispendencia, ahora se trata de analizar si existe efecto de la cosa juzgada en este tipo de procedimientos. Doctrinalmente caben distintas configuraciones: un efecto pleno de cosa juzgada, como en un procedimiento común entre partes individuales; o una eficacia sólo *in utilibus*, o lo que es lo



mismo, al particular le puede beneficiar el resultado de la acción colectiva, pero nunca le puede perjudicar; entre otras configuraciones imaginables. Una primera lectura del artículo 222.3 LEC parece indicar una plena eficacia de la cosa juzgada material también en las acciones colectivas.

El Tribunal Supremo analizó el alcance de la cosa juzgada en la STS 375/2010, de 17 de junio (fundamento de derecho tercero): argumentando que las nuevas formas de legitimación para el ejercicio de acciones colectivas *no han de suponer una restricción a la protección de los derechos de los consumidores*, concluye que la posible eficacia de cosa juzgada respecto de todos los perjudicados debe quedar restringida a los casos en que la sentencia determine que la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso. En una línea similar se había pronunciado la Circular 2/2010 de la Fiscalía General del Estado.

Recientemente ha habido más pronunciamientos, como la STS 367/2017, de ocho de junio, en la que se analiza el efecto que la sentencia estimatoria en una acción colectiva frente a una cláusula suelo puede tener sobre una acción individual posterior. Se declara que la sentencia que estimó la acción colectiva debe traer como consecuencia que en aquellos litigios pendientes en los que se ejercita una acción individual respecto de esta cláusula suelo, *la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia, salvo cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales*, referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen un fallo diferente.

El Tribunal Supremo reconoce que la eficacia *ultra partes* de las sentencias dictadas en los litigios en que se ejercitan estas acciones colectivas es problemática. Lo que sí parece clara es la eficacia de cosa juzgada de una acción colectiva respecto de otra acción colectiva que aborde la misma cláusula de la misma entidad predisponente (STS 705/2015, de 23 diciembre).

El Tribunal Constitucional en la STC 148/16, ya citada, señaló que “extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato, en los términos observados antes por nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. O cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas”. Esta última mención deja entrever una posibilidad que preocupa a los especialistas en materia de consumo: la hipótesis de que una entidad que utilice cláusulas o prácticas abusivas se interponga una “auto-demanda”, por mediación de una asociación de consumidores instrumental o tapadera, demanda deliberadamente defectuosa, con el propósito de lograr el efecto de cosa juzgada en sentido

desestimatorio o con un contenido estimatorio insignificante, blindándose así frente a las eventuales acciones colectivas o individuales del futuro<sup>19</sup>.

## 6. EFICACIA DEL SISTEMA Y PROPUESTAS DE MEJORA

Los mecanismos de defensa apuntados, ¿consiguen resultados suficientemente satisfactorios? ¿Se cumple el objetivo constitucional de la eficacia de los procedimientos para la defensa de los consumidores y usuarios, en particular en el ámbito del suministro eléctrico?

En mi opinión queda un amplio camino por recorrer. La realidad demuestra que las acciones judiciales colectivas en este ámbito son escasas; difícilmente se logra una completa restitución respecto de todas las personas afectadas; una amplia mayoría de cláusulas o prácticas potencialmente fraudulentas no llegan a ser cuestionada judicial o administrativamente; y en cualquier caso, a unas prácticas desleales suceden otras distintas que logran el mismo objetivo del beneficio monetario empresarial sin una correlativa contraprestación beneficiosa para los usuarios.

En realidad, las empresas funcionan con una lógica económica, y es desde esta lógica que ha de afrontarse el problema.

Se ha de evitar el *incumplimiento eficiente*, es decir, que la compañía, en el cálculo de la proporción costes/beneficios, llegue a la conclusión que le conviene incumplir la normativa (perjudicando al ciudadano), frente a la alternativa de respetarla (y obtener unos rendimientos inferiores). La causa de este fenómeno es sencilla: el coste total por el incumplimiento es menor que el que debería soportar en caso de cumplir las normas, por lo que, en términos estrictamente económicos, la opción preferible es el incumplimiento. Partiendo de la base de que cualquier compañía mercantil con ánimo de lucro toma sus decisiones desde una perspectiva puramente (o al menos principalmente) económica, para que un sistema jurídico tenga capacidad disuasoria frente al uso de cláusulas o actuaciones abusivas, lo fundamental es que su uso no pueda resultar nunca rentable en la práctica para la empresa. Desde la perspectiva de las actuaciones civiles, para las que está legitimado el Ministerio Fiscal, no es una cuestión menor que la empresa frente a la que se actúa por haber utilizado una cláusula abusiva (para aumentar sus beneficios) nunca resulta económicamente perjudicada respecto de la posibilidad de no haberla utilizado. Supongamos un escenario ideal, en el que el Ministerio Fiscal interpone una acción de cesación y accesorias de recuperación de las cantidades indebidamente cobradas, junto con sus intereses; y la acción se estima y se recuperan efectivamente todas las cantidades respecto de la totalidad de los afectados. En este supuesto, la ganancia de la empresa con la cláusula abusiva ha sido cero, pero sus pérdidas por su uso también han sido cero. Es decir, queda como si no la hubiera utilizado nunca, pese a haber incurrido en una práctica abusiva. Sin embargo, con un solo afectado que no llegue a ser localizado, o que no acuda a recuperar su dinero, en realidad la empresa ya ha obtenido beneficios respecto de la alternativa de no haber utilizado nunca la cláusula o práctica, y ello pese a haberse estimado la acción colectiva en su contra. Por no mencionar la posibilidad de desestimación total o parcial, o de que no se llegue siquiera a interponer una demanda colectiva.

---

<sup>19</sup>Esta posibilidad fue expuesta por ejemplo por el Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos, entonces Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, durante su participación en el curso “El Ministerio Fiscal y la protección de los Consumidores y Usuarios” celebrado en el Centro de Estudios Jurídicos en julio de 2013.

Se dan casos en los que a la compañía, simplemente, asume sin problemas los resultados de las acciones judiciales que se puedan entablar en su contra, como en el ejemplo antes mencionado de la actuación de Volkswagen en Europa. Esto recuerda a la anécdota del Derecho Romano que narró Aulo Gelio en sus *Noches Áticas*, acerca de alguien llamado Lucio Veracio. Se trataba de un hombre adinerado que, por simple entretenimiento, abofeteaba a los transeúntes con que se iba encontrando. Lucio iba acompañado de un esclavo que, inmediatamente, procedía a abonar al abofeteado la multa establecida para tal infracción, 25 ases. Ese importe, que podía resultar disuasorio en el momento de su regulación, había acabado por resultar irrisorio como consecuencia del transcurso del tiempo y la correspondiente devaluación de la moneda por la inflación.

La solución a esta situación es sencilla: el sistema legal ha de imponer unos costes añadidos al incumplidor que, al menos, equivalgan al beneficio obtenido. Los medios para alcanzar ese resultado pueden ser diversos: puede ser un sistema de control concentrado o difuso; de *punitivedamages* o derecho administrativo sancionador. Lo relevante es que su funcionamiento en la práctica consiga que, en la toma de decisiones empresariales, se contemple la expectativa de perjuicio económico propio en caso de adoptar prácticas abusivas, y así aparezca como preferible la opción de pleno respeto de la normativa y de los derechos de los usuarios.

Para finalizar, cabe sintetizar algunas humildes propuestas para aumentar la eficacia del sistema de protección a los consumidores:

- Aprobación de una regulación procesal específica para las acciones colectivas: una Ley de Litigación Colectiva. Se trata de subsanar todas las lagunas y defectos apuntados, aportar sistematicidad, regular la posibilidad de desvinculación de la acción colectiva, e incluir mecanismos ágiles y eficientes para la ejecución en los casos de afectados en masa, que no haga recaer en los propios perjudicados toda la carga burocrática y costes asociados de la recuperación de los importes debidos. Esta ejecución, como materia de orden público, habría de tener impulso de oficio, si bien el coste de la restitución-masa habría de ser asumido por la entidad condenada.
- Introducción de mecanismos civiles que superen la ecuación indemnización = valor del perjuicio concreto efectivamente sufrido y acreditado. Resultaría útil una presunción de que el perjuicio se ha producido si se acredita la práctica fraudulenta, permitiendo su cálculo por estimación en defecto de otro criterio objetivo, del mismo modo que en el caso ya comentado de las vulneraciones al derecho al honor (con las distintas medidas que allí pueden adoptarse judicialmente); o incluso dentro de la propia regulación del sector eléctrico, lo que sucede en favor de las compañías en el artículo 87 del Real Decreto 1955/2000: si se ha manipulado un contador, y por ello no existe medio de calcular con precisión cuál ha sido el consumo, la ley determina la regla de cálculo para que la compañía pueda estimar el consumo y cobrarlo.
- Regulación clara de la legitimación –o falta de ella- y en su caso límites, de los diversos organismos con competencias en materia de consumo, y en particular del Ministerio Fiscal, para negociar soluciones judiciales y extrajudiciales en beneficio de los consumidores y usuarios; concretando las facultades de disposición de

que se dispone, o se carece, en representación de los intereses colectivos y/o difusos de los consumidores.

- Mejora de la capacidad preventiva o disuasoria del sistema. Para ello, puede debatirse la conveniencia de la introducción en nuestro sistema de mecanismos del tipo *punitivedamages* en el ámbito civil; o bien perfeccionar el modelo existente logrando una mejor interrelación entre el ámbito civil y administrativo sancionador, de modo que se asegure una respuesta globalmente satisfactoria respecto de una conducta abusiva. En concreto, habrían de establecerse canales de información que permitan que actúen ambas jurisdicciones en cada caso (por ejemplo, mediante la comunicación a los órganos administrativos sancionadores de las sentencias estimatorias por el uso de cláusulas o prácticas abusivas; y a la inversa, mediante la comunicación al Ministerio Fiscal de las sanciones administrativas que se refieran a este tipo de prácticas, a los efectos de valorar el ejercicio de una acción de cesación). Igualmente, en el ámbito sancionador, habría de valorarse la utilización como criterio para la cuantificación de la sanción de multa, además de los ya existentes (véase el artículo 67 de la Ley del Sector Eléctrico), el del lucro obtenido por la entidad, de modo que la comisión de una infracción nunca le pueda resultar económicamente beneficiosa. Finalmente, en este ámbito administrativo sancionador, habría de mejorarse y completarse la descripción de las infracciones, para evitar casos como los de las SSTS antes expuestas, que pese a constatar la existencia de actuaciones fraudulentas en perjuicio de los consumidores (por uso abusivo de las lecturas por estimación) eliminaron las correspondientes sanciones, como consecuencia del principio de tipicidad.



Centro de  
Estudios  
Jurídicos