



DESAJUSTES, PARADOJAS Y FUTURO DEL DERECHO DE CONSUMO

Teresa Hualde Manso

**Profesora Titular de Derecho Civil (Acr. Cat.)
Universidad Pública de Navarra**

CURSO "El Ministerio Fiscal y la protección de consumidores y usuarios"

Del 19 al 20 de Febrero de 2018

Centro de
Estudios
Jurídicos

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.

2. TRANSVERSALIDAD DEL DERECHO DE CONSUMO

2.1. LA TRANSVERSALIDAD COMO CARACTERÍSTICA. TRANSVERSALIDAD HORIZONTAL Y VERTICAL

2.2. DESAJUSTES EN LA TRANSVERSALIDAD HORIZONTAL: EL SISTEMA HIPOTECARIO ESPAÑOL

2.3 DESAJUSTES EN LA TRANSVERSALIDAD VERTICAL: LA AGENCIA ESTATAL DE SEGURIDAD AEREA.

3. LA COMPLEJIDAD DEL DERECHO DE CONSUMO.

3.1 PLANTEAMIENTO

3.2. LA COMPLEJIDAD EN EL LENGUAJE NORMATIVO: DOS EJEMPLOS

3.2.1La compensación por carencia de energía eléctrica

3.2.2.Los consumidores vulnerables ante las prácticas desleales

3.2.3. Efectos de la complejidad del lenguaje legal en las relaciones entre particulares

3.3 COMPLEJIDAD EN EL ENTRAMADO NORMATIVO

3.3.1 Planteamiento

3.3.2. Ejemplo: el derecho legal de desistimiento

3.4 LA COMPLEJIDAD EN EL APARATO ADMINISTRATIVO

3.4.1 Resolución de conflictos de consumo como función independiente de la actividad sancionadora de la Administración

3.4.2 El art. 48 TRLGDCU: la actuación resarcitoria de la Administración en los expedientes sancionadores

3.4.3 El caso de la Comisión Nacional del Sector Postal.

4. LA INEFICIENCIA DEL DERECHO DE CONSUMO

4.1. INTRODUCCIÓN

4.2. LA UE ANTE LA INEFICIENCIA: INFORMES DE LA COMISIÓN EUROPEA

4.3. EL ARQUETIPO DEL CONSUMIDOR INFORMADO

4.3.1. Asimetría e información: la información como principio y *leit motiv*

4.3.2. Justificación del modelo: el Análisis Económico del Derecho

4.4. LA CAÍDA DEL MITO Y LA IRRUPCIÓN DEL CONSUMIDOR LIMITADAMENTE RACIONAL

4.5. LAS APORTACIONES DE LA ECONOMÍA CONDUCTUAL

RESUMEN

Desde hace unos años el Derecho de Consumo está experimentando una evaluación en orden a sus logros. Los resultados de esa evaluación revelan un comportamiento del consumidor alejado del paradigma del consumidor informado que toma decisiones contractuales y comerciales a partir de unos datos objetivos que racionalmente sabe valorar.

Junto a estos datos empíricos, es necesario diagnosticar la “situación formal” del Derecho de Consumo, es decir, su propia manera de expresarse y de organizarse estructuralmente. Los fallos en estos aspectos son determinantes para ajustar y valorar en qué medida influyen en la ineficacia de este sector del ordenamiento

En este trabajo se analizan separadamente todos estos factores con la finalidad de diagnosticar cuál es la situación del Derecho de Consumo y los caminos por los que avanza.

1. INTRODUCCIÓN

Me parece una iniciativa muy acertada la selección de un tema como el Derecho de consumo para la formación de operadores jurídicos como los Fiscales, Jueces y Magistrados. Yo creo que el Derecho de Consumo está dejando de ser un sector del ordenamiento considerado como residual o marginal y se está convirtiendo, de hecho se ha convertido ya, en un verdadero reto para los legisladores y para las autoridades económicas.

El Derecho de Consumo que en sus inicios se entendió como una rama o sector excepcional -que no dejaba de ser una derivación del Derecho civil o Privado con unos pocos principios y reglas especiales- está teniendo una influencia definitiva en el Derecho civil. De forma que se está produciendo un fenómeno muy curioso de influencia de la rama en el tronco y no al revés.

El título de esta intervención -"Desajustes, paradojas y futuro del Derecho de Consumo"- quizá sea un tanto ampuloso pero lo único que pretende es que sea un tanto provocativo y sugerente. En este tipo de exposiciones generalistas, de diagnóstico y futuristas o con prospección de futuro suelen aparecer ideas que a veces se presentan desconectadas entre sí. De cualquier manera, también es cierto que en tratamientos descriptivos cada oyente se quedará en su memoria y por tanto asimilará aquella parte que le importa más porque lo ha vivido, porque explica algo que ha vivido o porque encuentra explicaciones a ideas que ha meditado.

El tema se divide en tres partes. Cada una de ellas podría constituir un tema independiente pero he considerado que la unión de las tres puede ofrecer un panorama muy realista de la situación actual del Derecho de Consumo. Las tres partes de la intervención son el análisis de la transversalidad del Derecho de Consumo, el problema de su complejidad y los caminos por los que seguramente vaya a avanzar el Derecho de Consumo occidental.

2. TRANSVERSALIDAD DEL DERECHO DE CONSUMO

2.1. LA TRANSVERSALIDAD COMO CARACTERÍSTICA. TRANSVERSALIDAD HORIZONTAL Y VERTICAL

Una de las características que reiteradamente se ponen de manifiesto cuando se aborda el estudio del Derecho de consumo es su carácter transversal. Esta característica viene a significar que el Derecho de consumo no es un sector cerrado de los ordenamientos nacionales. No se trata de un conjunto normativo que se cierre hacía adentro y que se agote en sí mismo, sino que el Derecho de consumo es un conjunto normativo disperso. Está integrado por reglas, principios y normas que están ubicados en sectores o en áreas muy diversas de los ordenamientos nacionales.

Y la explicación de esta característica, su origen, está en la propia cuestión o la materia que el Derecho de consumo trata de regular: la comercialización masiva de bienes y servicios. Desde el momento en que en la sociedad occidental penetra un modo de intercambio de bienes y de prestación de servicios aparece la necesidad de afrontar jurídicamente los problemas que ese modelo de mercado provoca. Y ese modelo de mercado es tan radical, tan intenso y afecta a toda la sociedad que todas las normas jurídicas desde su peculiar perspectiva necesitan incorporar reglas reguladoras de las relaciones de consumo.

La irrupción del nuevo modelo de mercado es tan fuerte que acaba además provocado el reconocimiento del principio de protección al consumidor como principio constitucional (art. 51 CE o art. 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Ese reconocimiento de ser principio inspirador hace que, como tal:

1) despliega todos sus efectos a lo largo de los distintos sectores de los ordenamientos europeo y español y

2) se convierte en principio programático de actuación de los poderes públicos que impregna o debe impregnar la política legislativa, la labor de los jueces y las labores ejecutivas de la Administración.

Así, volvemos a insistir, la tutela de los intereses de los consumidores es un principio programático que no ciñe sus efectos a un pequeño ámbito o sector del ordenamiento sino que su nota más relevante es su incidencia generalista. La regla de que en el diseño normativo, en el actuar judicial y en el desempeño de las tareas de la Administración debe estar guiado por la defensa de los intereses de los consumidores impregna los diversos sectores del ordenamiento y afecta al Derecho Penal, al Derecho Administrativo, al Derecho Procesal, al derecho Internacional, al Derecho mercantil, al civil...

Ahora bien también es cierto que cuando se hace referencia al Derecho de consumo existe una tendencia a aludir sólo –de forma un tanto equivocada o inexacta- a lo que es el Derecho Privado de consumo, es decir, a las normas fundamentalmente contractuales que regulan las relaciones *inter privados*. Y no es extraño que sea así ya que la mayor cantidad de normas de consumo se encuentran precisamente en el Derecho civil: condiciones generales, cláusulas abusivas, prácticas desleales, garantías de bienes de consumo, regulación de la publicidad, información al consumidor, desistimiento contratos a distancia y fuera de establecimientos mercantiles, servicios postventa, responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos....

Estas son materias generalistas de aplicación general que regula el Derecho Privado de Consumo. A esas normas privadas generalistas han de añadirse una cantidad ingente de normas sectoriales que regulan actividades concretas. Son normas de todo rango que regulan actividades específicas y en esas normas sectoriales encontramos una mezcla de reglas de carácter administrativo y civil. Pensemos p. ej. en la comercialización de productos bancarios, normativa que regula la actividad de las operadoras de telefonía, de transporte, de suministro de energía, de servicios postales, de reparaciones, de viajes

En todos esos sectores, el legislador no se limita a contemplar los aspectos que en esas actividades debe controlar la Administración (requisitos de las empresas, régimen de autorizaciones, reglas sobre el modo de desempeño de la actividad, inspecciones, sanciones...). Además el legislador lo que hace en esas “macro normas” es integrar o incorporar cómo se articula o debe articularse la posición y la protección del consumidor en esos ámbitos económicos específicos y en ese tipo de relaciones comerciales.

Sería tedioso enumerar todas las normas de este tipo: Ley General de telecomunicaciones, Ley de servicios postales, Ley de Ordenación de Transporte Terrestre, Ley de Hidrocarburos... Así, en la Ley General de Telecomunicaciones de marzo de 2014, se contempla todo el bloque normativo de regulación administrativa de la actividad y junto a ello aparece un Título con la denominación “Derechos de los usuarios finales”.

Esto no es algo nuevo ni específicamente español sino que viene impuesto además por las Directivas europeas sectoriales y es manifestación de ese afán por la transversalidad de la protección al consumidor.

Hasta el momento han quedado expuestas dos ideas fundamentales:

- que el Derecho de Consumo de un país no sólo está constituido por normas contractuales o de relaciones entre particulares, sino que la contemplación íntegra del Derecho de consumo de un país exigiría tomar en consideración todas las ramas del Derecho para poder de esa forma describir exhaustivamente cómo se desenvuelve y se manifiesta el principio de protección al consumidor. Esto es lo que podríamos llamar una transversalidad horizontal

-que el Derecho privado de consumo (ese que centra su atención en las relaciones entre el comerciante y el consumidor/) no está únicamente en normas dirigidas a ese fin sino que se encuentra también en normas sectoriales de marcado tinte administrativo. Podríamos decir entonces que estamos ante una transversalidad vertical del Derecho de Consumo

Pues bien, esta transversalidad, esa nota que hace que los principios inspiradores de las relaciones comerciales en masa tengan una afectación general, ha presentado y presenta determinados desajustes. Vamos a centrarnos en dos fenómenos peculiares que afectan a la transversalidad.

2.2 DESAJUSTES EN LA TRANSVERSALIDAD HORIZONTAL: EL SISTEMA HIPOTECARIO ESPAÑOL

El primero de los fenómenos es un fenómeno temporal: la transversalidad ha tardado (¿o está tardando?) en implementarse en España. Seguramente se trata de una falta de entendimiento, a una falta de consciencia de la trascendencia que tiene que la protección al consumidor sea un principio inspirador generalista que impregna cualquier norma. Y precisamente España ha sido uno de los países afectados por esta ignorancia que se ha revelado a raíz de la crisis económica reciente.

Me refiero -como es de imaginar- a las convulsiones que el sistema de ejecución hipotecaria español regulado en la LH y en la LEC ha experimentado como consecuencia de una incorrecta implementación de los principios de protección al consumidor (deudor hipotecario). En España nunca se había cuestionado el esquema legal de garantía real hipotecaria. Se trataba de sistema de aseguramiento con un esquema inveterado, muy consolidado, muy arraigado. Y nunca se había cuestionado ni puesto en tela de juicio: ni para el acreedor ejecutante ni para el ejecutado. La fuerza de la hipoteca se construía sobre una privilegiada vía procedimental de ejecución que no se ponía en entredicho.

Sin embargo, esa institución en un determinado momento comienza a tambalearse y por aplicación de la normativa de consumo se comienza a afirmar que la institución tiene deficiencias y que necesita revisión en la que debe adquirir un protagonismo evidente el hipotecado cuando es un consumidor.

Se comienzan a acumular numerosas cuestiones prejudiciales ante el TJUE en las que los jueces españoles van mostrando sus dudas acerca del ajuste de la normativa nacional al Derecho europeo que garantiza la situación del consumidor. Fundamentalmente en lo que se refiere al respeto e implementación del régimen de cláusulas abusivas de los créditos hipotecarios. Recordemos que la Directiva sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores es de 1993 (5 de abril de 1993) pero la verdad es que durante el final de los 10 años últimos del pasado siglo y los 12-13 del presente no había interconexión entre el régimen hipotecario español y el régimen de cláusulas abusivas en contratos con consumidores. Eran dos mundos inconexos, pero tampoco existía una conciencia de que debieran cruzarse.

Tras el estallido de la crisis y la llegada del boom de las ejecuciones hipotecarias comienzan a derrumbarse los resortes y pilares tradicionales del crédito. Se van produciendo una serie de hitos jurisprudenciales que van derrumbando el prototipo hipotecario. Sin ánimo de exhaustividad:

-STJUE 14 de junio de 2012: tiene importancia por su afirmación de que en cualquier momento del proceso- también por tanto en un proceso de ejecución hipotecaria- el juez puede o debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual y formula por vez primera para el Derecho español la máxima de que la declaración de una cláusula como abusiva acarrea su nulidad radical sin que quepa su modificación o revisión.

- STJUE de 14 de marzo de 2013: en esta sentencia se declara que es contrario a la Directiva de 1993 que un ordenamiento nacional impida que en un procedimiento de ejecución hipotecaria se puedan plantear motivos de oposición basados en el carácter abusivo de la cláusula que constituye el fundamento del título ejecutivo y que el juez no pueda plantear la suspensión del procedimiento.

- STJUE de 17 de julio de 2014: declara de nuevo que se opone al régimen de cláusulas abusivas un ordenamiento que impide al juez suspender la ejecución y que el deudor no pueda apelar la resolución que desestime la oposición a la ejecución, a diferencia de lo que acontece con el acreedor ejecutante.

- STJUE de 21 de enero de 2015: afronta la relación entre el régimen de los intereses moratorios y las cláusulas abusivas. Si una cláusula que fija intereses moratorios es abusiva, y por tanto nula el órgano judicial no puede recalcular los intereses y fijarlos en tres veces el interés legal del dinero.

- STJUE 29 de octubre de 2015: el Tribunal declaró que el plazo preclusivo de un mes para que el consumidor pudiera denunciar la abusividad de las cláusulas a contar desde su publicación en el BOE establecido en la Ley 1/2013 es contrario a la Directiva de cláusulas abusivas con consumidores.

También el TS español ha ido reconstruyendo, saneando y repensando el sistema hipotecario español. En este sentido destacar dos sentencias especialmente rompedoras: la de 9 de mayo de 2013 en la que se declara la nulidad por falta de transparencia de determinadas cláusulas-suelo contenidas en concretas escrituras de préstamo y la de 24 de marzo de 2015 acerca de los controles de transparencia y de las consecuencias que se derivan de su incumplimiento

Hemos asistido -y lo seguiremos haciendo- a un embate jurisprudencial muy largo y duro tras el que el legislador tiene que ir parcheando y corrigiendo una institución: la hipoteca y el procedimiento de ejecución hipotecaria. El ordenamiento español no estaba imbuido de la transversalidad del Derecho de consumo. No basta con decir que España había transpuesto la Directiva de cláusulas abusivas en su ordenamiento sino que es necesario que el castigo a la abusividad se transfiera a todo tipo de normas.

El Derecho europeo se rige por diversos principios pero uno de ellos de especial transcendencia es el de efectividad: de nada sirve reconocer derechos, generar obligaciones, si luego esos derechos no pueden hacerse valer en el proceso. De nada sirve decir que una cláusula abusiva en un préstamo hipotecario con consumidores es nula si luego el consumidor no puede hacer valer esa abusividad ni frenar el proceso en curso por esta causa y si el juez encargado de la ejecución no puede aplicar la abusividad. El sistema procesal interno de un Estado no puede estar diseñado de forma tal que impida o dificulte los ciudadanos ejercer sus derechos. Los cauces procedimentales nacionales tienen que ser efectivos para que se materialice el objetivo de la norma europea.

Vemos un ejemplo de desajuste en la implementación de la transversalidad horizontal del Derecho de Consumo. El desajuste consiste en su inacabada penetración en el ordenamiento y en el olvido de que el Derecho Procesal y el sistema de garantías reales tiene que imbuirse de los principios de Derecho de consumo con el fin de conseguir un diseño *ad hoc* para que el consumidor pueda hacer valer eficazmente sus derechos.

2.3 DESAJUSTES EN LA TRANSVERSALIDAD VERTICAL: LA AGENCIA ESTATAL DE SEGURIDAD AEREA

Abordamos la segunda parte de la transversalidad para exponer ahora un fenómeno diferente al que acabamos de describir. Si hasta el momento hemos visto desajuste por falta de

transversalidad horizontal, vamos a ver ahora un supuesto de desajuste en la necesaria transversalidad vertical. La transversalidad vertical de la que estamos hablando hace que al regular un sector concreto de actividad se entrelacen en una misma norma aspectos administrativos y civiles. Poníamos como ejemplo los servicios postales, la energía, los transportes o las telecos, el transporte de viajeros...

Pues bien, en el espíritu y con la finalidad loable (en principio) de ir articulando paulatinamente cauces de reequilibrio, esas normas sectoriales desde hace unos años han venido introduciendo procedimientos específicos para que, ante el incumplimiento por parte de una empresa o comerciante de las obligaciones que le incumben, pueda el consumidor de una manera sencilla y rápida satisfacer sus derechos. Es una preocupación constante de los legisladores el diseño y la materialización de cauces extrajudiciales en los conflictos de consumo. No sólo métodos generales como pueden ser el Arbitraje de Consumo o la mediación de consumo sino también vías extrajudiciales específicas para resolver conflictos empresa-consumidor en sectores económicos concretos. Nos vamos a fijar en estos últimos.

A través de normas legales y reglamentarias se han introducido procedimientos administrativos ante organismos incardinados en el Ministerio del ramo correspondiente (fundamentalmente Fomento y Energía, Turismo y Agenda Digital). Algunos de ellos son muy conocidos y otros menos: AESA, Oficina de Usuario de Telecomunicaciones de la SESIAD, el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones (antiguo Servicio de reclamaciones del banco de España)...

En una primera observación de estos procedimientos, los mismos aparecen como una especie de justicia administrativa en la que un órgano incardinado en la administración sectorial correspondiente resuelve un conflicto *inter privatos*. Aunque es un tanto sorprendente que se confiara esta posibilidad a la Administración, merecería un juicio o evaluación positiva en la medida en que esos órganos deberían conocer las peculiaridades del sector del que se trate. Son procedimientos que tienen además unos plazos muy breves de resolución con lo que parece que es muy acomodado a la situación del consumidor que de ordinario es ignorante en esas materias.

Pero ¿cuál es el problema que ocasionan o qué tipo de distorsión ocasiona la existencia y el funcionamiento de este tipo de organismos y de procedimientos? Su propia ineficacia.

Para ilustrar esta afirmación vamos a analizar el procedimiento que tiene quizá una implantación social más arraigada que es el que tienen a su disposición de los viajeros de líneas aéreas para cuando quieren reclamar por cancelación retraso o denegación de embarque. Los derechos que ostentan los ciudadanos europeos ante este tipo de incumplimientos de las compañías aéreas no se encuentran en los Derechos nacionales sino que se recogen en un tipo de norma que es un Reglamento europeo, el Reglamento de Pasajeros 261/2004. Se trata por tanto de una norma que por su propia naturaleza forma parte de nuestro ordenamiento, del ordenamiento de cualquier país de la UE y es de aplicación directa por los Tribunales nacionales.

Pues bien en el Reglamento europeo después de establecer los casos en que procede otorgar las compensaciones a los viajeros y fijar su cuantía tasada, establece

Artículo 16 Incumplimientos

1. Cada Estado miembro designará un organismo responsable del cumplimiento del presente Reglamento en lo que concierne a los vuelos procedentes de aeropuertos situados en su territorio y a los vuelos procedentes de un país tercero y con destino a dichos aeropuertos. Cuando proceda, este organismo adoptará las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos de los pasajeros. Los Estados miembros notificarán a la Comisión el organismo que hayan designado con arreglo al presente apartado.

En España ese organismo es la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA) dependiente del Ministerio de Fomento.

Pues bien, para el pasajero que quiere reclamar el pago de la compensación correspondiente el sistema es muy fácil y se puede tramitar vía web con una mínima pero necesaria documentación debiendo recaer la resolución en el plazo de cuatro meses desde la presentación. Pero sin embargo la propia AESA tanto en su web como en el impreso o formulario de reclamación advierte al final:

AESA analizará si hubo incumplimiento del Reglamento de Derechos de Pasajeros (CE) 261/2004 y solicitará a la compañía aérea información sobre los hechos, recabará la información adicional y examinará si ha cumplido o no con lo dispuesto en la norma. Una vez analizado, AESA comunicará, al solicitante y a las compañías aéreas, las actuaciones llevadas a cabo en relación con la reclamación y emitirá un informe con el resultado de sus actuaciones.

En caso de que el informe de AESA sea positivo para el pasajero pero la compañía no lo atiende, podrá acudir a la vía judicial, para lo cual el informe positivo de AESA le será de gran utilidad. También debe saber que el recurso de la vía judicial para solicitar una indemnización por daños y perjuicios puede ejecutarlo en cualquier momento del proceso.

En mi opinión la AESA no es un organismo acomodado al Reglamento 261/2004. Porque esta norma señala que el organismo que cada Estado designe será el responsable del cumplimiento. No afirma que el organismo aportará pruebas o investigará sobre los hechos para que el pasajero pueda reclamar, que el organismo informará o emitirá un informe o que dará su opinión... Dice que es el responsable del cumplimiento de los derechos del pasajero. Y esto es tanto como decir que responde: que ese organismo debe estar diseñado de tal forma que el pasajero no necesite más y que su modo de funcionar y las competencias que se le confieran sean las precisas para que el Reglamento sea eficaz.

En España esto no ocurre porque la AESA se limita a emitir un informe. En los informes estereotipados que la AESA emite cuando se estiman las pretensiones de los pasajeros después de señalar que efectivamente la compañía incumplió sus obligaciones, que el retraso (p. ej.) fue injustificado, que no concurren ni se han demostrado hechos de fuerza mayor eximentes... la AESA añade: *Si a pesar de la intervención de AESA en la tramitación de la reclamación... la compañía no atiende nuestro informe, usted deberá acudir a los tribunales de justicia para que se restituyan sus derechos y solicitar una indemnización por daños y perjuicios, si lo cree conveniente.*

Para hacer efectivo el contenido de la decisión de la AESA, el consumidor deberá acudir a la vía judicial. A la AESA no se le dotado de funciones de responsabilidad en la satisfacción de los derechos de los pasajeros/consumidores y en el ordenamiento español se ha considerado que no tiene que tener competencia en tal sentido. Así que el pasajero primero tuvo que reclamar a la compañía, esperar un mes. Ante el silencio o la negativa de la compañía, deberá reclamar ante la AESA, esperar cuatro meses y después de darle la razón reclamar el pago a la compañía, esperar otro mes. Cuando ya han pasado seis meses - suponiendo que sólo sean seis- deberá iniciar un juicio verbal ante los tribunales para que se declare el derecho del pasajero a recibir la compensación legal. En ese procedimiento judicial aportará el informe de AESA ¿Cuánto tardará la sentencia? Tras la sentencia habrá incluso que instar un ejecutivo para el cumplimiento efectivo.

En suma, ¿qué nos encontramos? Nos encontramos con un intento de protección al consumidor que acaba causándole más perjuicios que otra cosa y que no se acomoda realmente lo que le ordena la UE.

Seguramente el ejemplo de otros países nos pueda iluminar. En la República de Irlanda el organismo encargado del cumplimiento del Reglamento 261/2004 es la *Commission for Aviation Regulation* con sede en el aeropuerto de Dublín. El procedimiento es igual que el de la AESA. En su web se obtiene el formulario de reclamación, se rellena, se aporta o adjunta la documentación y se envía. Si la *Comisión* estima que procede la pretensión de compensación del pasajero, requiere a la compañía reclamada o demandada que le envíe a la propia *Commission* el cheque con el importe de la compensación que corresponda. Y es la propia *Commission* la que envía el cheque al pasajero. Este organismo cumple estrictamente el Reglamento 261/2004 porque sí responde eficazmente del cumplimiento de los derechos legales y asegura que se satisfacen.

Defiendo un diseño diferente de las funciones y competencias de la AESA y para ello bastaría conferir a las resoluciones de la AESA carácter de resolución administrativa ejecutiva, como lo son las resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. La AESA no debería emitir informes sino dictar resoluciones ejecutivas. Es un institución que tiene información directa para conocer sin gran esfuerzo todas las incidencias de vuelos procedentes o con llegada a España así como incidencias en sus aeropuertos. Cuando decide que la cancelación, el retraso o la denegación de embarque constituyen un incumplimiento, esa resolución podemos decir que está rodeada de grandes visos de justicia y objetividad. Además la ejecutividad de la resolución no impediría que la misma pueda ser impugnada ante los tribunales. De esta manera se conjugaría protección al consumidor y respeto a la tutela judicial efectiva de ambas partes.

La paradoja en las labores que lleva a cabo la AESA no finaliza en el fenómeno que acabamos de describir. Además se produce otra distorsión en el modo de actuación de este organismo. Y es que la actuación de la Agencia es independiente de la vía judicial.

Es más, nada impide que puedan estar siguiéndose dos procedimientos para conseguir el derecho a percibir la compensación legal por retraso, cancelación o denegación y que se produjeran dos pronunciamientos contradictorios.

Este tipo de desajustes desaniman, desconciertan y evocan una imagen de desidia y de desinterés por el cumplimiento de la ley, provocando además desafecto hacia las autoridades. Da la sensación de que al final todo este transatlántico ideado y estructurado para solventar los problemas del ciudadano no es más que un fuego de artificio, un engranaje sin mucho sentido.

El TJUE hace hincapié en el principio de efectividad. No basta con un cumplimiento formal de un derecho, no basta con la instauración de un sistema de protección. Es preciso que todo ello sea eficaz. Reitera este Tribunal la inadmisibilidad de que el acceso a los cauces procedimentales se articule de tal manera o bajo condiciones tales que hagan imposible o dificulten sustancialmente el ejercicio de los derechos reconocidos por las normas comunitarias. Para garantizar la plena efectividad de los derechos reconocidos por el ordenamiento de la UE –como lo son los derechos de compensación al pasajero del Reglamento 261/2004– no resulta suficiente constatar la existencia de cauces procedimentales, sino que se hace igualmente necesario que los mismos se manifiesten eficaces para alcanzar tal propósito que es conseguir que se materialice el objetivo de la norma comunitaria.

3. LA COMPLEJIDAD DEL DERECHO DE CONSUMO

3.1 PLANTEAMIENTO

Una constatación manifiesta que aparece y atraviesa la evolución del Derecho de consumo es su complejidad, característica que se puede predicar del Derecho español, del

Europeo o del Occidental en general. El Derecho de consumo es complicado y su aplicación no es fácil

Y este fenómeno sería preocupante en cualquier rama del Derecho pero creo que podría compartirse que la complejidad deviene especialmente alarmante si tenemos en cuenta que el objeto de este sector del ordenamiento es muy cercano al ciudadano, a la población y que la aplicación de sus reglas tiene una frecuencia cuantitativa y cualitativa en la vida cotidiana de las personas. Un conjunto normativo que debería ser muy cercano y accesible acaba convertido en una maraña normativa a veces inmanejable.

La complejidad de la normativa de consumo es un problema endémico que corresponde atajar a las autoridades de forma seria y en especial es una tarea que deberían emprender los legisladores.

En el origen de esta complejidad se encuentran varios factores: la propia complejidad del mercado de masas, la paulatina e imparable aparición de nuevos productos, nuevos servicios y nuevas formas de comercializarlos, cada vez más sofisticados, la aparición de los servicios tecnológicos... En los países de la Unión influye también el sistema de Directivas, Reglamentos y el resto de legislación comunitaria.

Todos estos factores han hecho que la gestación o creación del Derecho de consumo se haya producido por un peculiar sistema de aluvión normativo constante, lento, imparable y desordenado...

En los foros y trabajos en los que se aborda esta complejidad se hace alusión a varias manifestaciones de la misma que vamos a pasar a analizar:

La complejidad en primer lugar afecta al lenguaje que utilizan las normas, alejado del ciudadano,

Afecta a la estructura de la reglamentación que está plagada de excepciones, matizaciones y cuya ubicación y emplazamiento está muy lejos de los principios. El desperdigamiento de la normativa hace que incluso para los especialistas sea a veces un Derecho muy difícil de gestionar y manejar.

Afecta a los propios organismos y autoridades encargados de gestionar las normas de consumo y de velar por el cumplimiento de las normas.

3.2. LA COMPLEJIDAD EN EL LENGUAJE NORMATIVO: DOS EJEMPLOS

3.2.1 La compensación por carencia de energía eléctrica

Vamos a comenzar con un ejemplo que ilustra esta cuestión

Un problema recurrente en las Juntas Arbitrales de consumo y en los servicios locales o autonómicos de consumo es el del consumidor que acude planteando el padecimiento injustificado de un corte de suministro eléctrico. En ese tipo de incumplimientos en el suministro de electricidad, el ordenamiento establece un sistema de compensación tasada que pretende solventar sólo la pura carencia del servicio dejando a salvo la indemnización de daños efectivos (daño emergente y lucro cesante) que se hayan podido producir.

Pues bien en España este sistema compensatorio está recogido en el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica. En su art. 105 se recoge el modo en el que esta compensación pecuniaria ha de calcularse o la fórmula mediante la cual se determina la compensación por carencia de suministro.

Artículo 105 Consecuencias del incumplimiento de la calidad de servicio individual

1. El distribuidor es responsable del cumplimiento de los niveles de calidad individual definidos en los artículos anteriores, en relación con cada uno de los consumidores conectados a sus redes.

2. El incumplimiento de los valores fijados en el artículo anterior para la continuidad del suministro, determinará la obligación para los distribuidores de aplicar en la facturación de los consumidores conectados a sus redes los descuentos regulados en el apartado siguiente dentro del primer trimestre del año siguiente al del incumplimiento. La implantación de los descuentos por incumplimiento de los límites establecidos entrará en vigor a partir del día 1 de enero del año siguiente a la finalización del período de implantación del procedimiento de registro y control.

3. A estos efectos, en aquellos casos en que el distribuidor incumpla los valores para la continuidad del suministro individual, procederán a aplicar los siguientes descuentos:

a) Consumidores a tarifa:

- 1.º Si el incumplimiento es por el número de horas de interrupción, con carácter anual aplicará un descuento en la facturación del consumidor en una cantidad equivalente al consumo de su potencia media anual facturada, por la diferencia entre el número de horas de interrupción del consumidor y el número de horas de interrupción reglamentariamente fijado, valorado en cinco veces el precio del kWh correspondiente a su tarifa contratada, con un tope máximo del 10 por 100 de su facturación anual.
- 2.º Si el incumplimiento es por el número de interrupciones, el descuento en la facturación anual del consumidor será equivalente al consumo de su potencia media anual facturada, por el número de horas de interrupción valoradas al precio del kWh correspondiente a su tarifa contratada por la diferencia entre el número real de interrupciones, menos el fijado reglamentariamente, dividida por ocho, con un tope máximo del 10 por 100 de su facturación anual.

Si se incumplen ambos índices, se tomará el más favorable para el consumidor.

b) Consumidores cualificados:

- 1.º Por los peajes o tarifa de acceso: con carácter anual, al consumidor cualificado, en el caso de que éste contrate directamente el peaje o tarifa de acceso, o al comercializador, en caso contrario, aplicarán un descuento en la facturación en una cantidad equivalente a:

1.ª Si el incumplimiento es por el número de horas de interrupción, con carácter anual aplicará un descuento en la facturación del consumidor en una cantidad equivalente al consumo de su potencia media anual facturada, por la diferencia entre el número de horas de interrupción del consumidor y el número de horas de interrupción reglamentariamente fijado, valorado en cinco veces el precio del kWh correspondiente a su tarifa de acceso contratada, con un tope máximo del 10 por 100 de su facturación anual.

2.ª Si el incumplimiento es por el número de interrupciones, aplicará un descuento en la facturación anual del consumidor en una cantidad equivalente al consumo de su potencia media anual facturada, por el número de horas de interrupción valoradas al precio del kWh correspondiente a su tarifa de acceso contratada por la diferencia entre el número real de interrupciones, menos el fijado reglamentariamente, dividida por ocho, con un tope máximo del 10 por 100 de su facturación anual.

Si se incumplen ambos índices, se tomará el más favorable para el consumidor.

- 2.º Por la energía dejada de suministrar: las cantidades que, en su caso, se pacten libremente con el distribuidor. Estas serán como mínimo equivalentes a:

1.ª Si el incumplimiento es por el número de horas de interrupción, aplicarán un descuento en la facturación del consumidor en una cantidad equivalente al consumo de su potencia media anual facturada, por la diferencia entre el número de horas de interrupción del consumidor y el número de horas de interrupción reglamentariamente fijado, valorado en cinco veces el precio final horario medio anual del kWh en el mercado de producción organizado, con un tope máximo del 10 por 100 de su facturación anual.

2.ª Si el incumplimiento es por el número de interrupciones, el descuento en la facturación anual del consumidor será equivalente al consumo de su potencia media anual facturada, por el número de horas de interrupción, valoradas al precio final horario medio anual del kWh en el mercado de producción organizado por la diferencia entre el número real de interrupciones, menos el fijado reglamentariamente, dividida por ocho, con un tope máximo del 10 por 100 de su facturación anual.

Si se incumplen ambos índices, se tomará el más favorable para el consumidor.

(...)

Como puede verse en una primera lectura, no es un precepto fácil. Supongamos que una persona ha carecido de suministro eléctrico durante X horas. Se trata de una sola interrupción. La empresa no justifica el corte ni alega imponderables y según el RD 1955/2000 el consumidor tiene derecho a una compensación (que se materializará en un descuento) por falta de calidad del servicio. La fórmula para su cálculo precisa varios pasos.

1º Lo primero que tenemos que saber es si se trata de consumidor a tarifa o cualificado. Este dato no aparece en la factura. Pero aunque este precepto mantenga su redacción original lo cierto es que desde el 1 de enero de 2003 todos los consumidores de energía eléctrica tienen la condición de consumidores cualificados.

2º El consumidor cualificado puede pedir una compensación por dos conceptos distintos: por el peaje o tarifa de acceso y por la energía dejada de suministrar.

- Cuál es el peaje de acceso (que está en el reverso de la factura). Como es una sola interrupción calculo la indemnización por las 18 horas de carencia. Fíjense lo que dice: cuál es el consumo de su potencia anual facturada. ¿Consumo de potencia media anual facturada? ¿La potencia se consume? ¿Qué diferencia hay entre potencia y consumo? Por lo tanto necesitamos las facturas de los 12 meses anteriores y ver cuánto hemos pagado durante los 12 meses anteriores en concepto de potencia. Luego sacar la media y nos saldrá una cifra. La guardamos

3º Calcular la diferencia entre el número de horas de interrupción y las que reglamentariamente están fijadas. Es decir que ahora tengo que averiguar qué norma reglamentaria fija el número de horas. Este extremo está regulado justo en el precepto anterior, el 104, que dice:

Bueno pues ya solo en el art. 104 nos encontramos con más problemas conceptuales: vivo en zona urbana, semiurbana...

4º Después hay que valorarlo en cinco veces el precio del kWh correspondiente a la tarifa contratada (pero fíjense en el modo de redacción)

5º Después de muchas horas de calculadora nos sale una cifra, pero cuidado! porque aunque se trate de una carencia de suministro prolongada el tope es del 10 por ciento de la facturación anual

Esto es dar un salto mortal porque ahora lo que tengo que hacer es calcular qué facturación anual he tenido antes de la interrupción y calcular el 10% de esa cifra. De forma que si en un año he tenido gasto de electricidad por importe de 850 € la compensación no podrá ser más de 85 €.

6º Ahora intento calcular el segundo elemento que es objeto de compensación: la energía dejada de suministrar. Y vuelta a empezar.

Este es solo un ejemplo de la complejidad del lenguaje y de la mala construcción sintáctica del mismo (sin una correcta puntuación) que genera una absoluta dificultad de comprensión y por tanto de aplicación

3.2.2. Los consumidores vulnerables ante las prácticas desleales

Otro ejemplo paradigmático de dificultad en la comprensión lingüística el art. 4 de la Ley de Competencia Desleal

Artículo 4 Cláusula general

1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

A los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:

- a) La selección de una oferta u oferente.
- b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.
- c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.
- d) La conservación del bien o servicio.
- e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.

Igualmente, a los efectos de esta ley se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado.

2. Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio.

3. Las prácticas comerciales que, dirigidas a los consumidores o usuarios en general, únicamente sean susceptibles de distorsionar de forma significativa, en un sentido que el empresario o profesional pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo claramente identificable de consumidores o usuarios especialmente vulnerables a tales prácticas o al bien o servicio al que se refieran, por presentar una discapacidad, por tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o su credulidad, se evaluarán desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá, sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o respecto de las que no se pretenda una interpretación literal.

Sólo la lectura necesaria para hacerse idea del mandato normativo es de por sí complicada y se precisan más de una lectura para desentrañar el significado. Pero si, más concretamente, nos centramos en el número 3 del podremos concluir que resulta de aplicación imposible en algunos casos. Así, el temor a perder una casa por efecto de una ejecución forzosa puede mover a una persona a entender como conveniente la contratación de un servicio de refinanciación de créditos que de otra manera no hubiera suscrito y que se le ofrece por un comerciante en un anuncio de TV en unos términos de deslealtad comercial que de forma previsible condicionarán la respuesta de esa persona. ¿Pertenece ese consumidor a un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables?

Pensemos que sí. Pero ¿cómo se determina el miembro medio de un grupo de consumidores crédulos?

3.2.3.Efectos de la complejidad del lenguaje legal en las relaciones entre particulares

Como colofón de este punto acerca de la complejidad semántica y sintáctica de las normas de consumo, debe señalarse que la complejidad no es un hecho o un dato objetivo que únicamente se quede en su pura descripción. La complejidad del lenguaje del legislador contagia sus efectos a las relaciones entre los particulares, es decir, repercute en la redacción de los contratos. El lenguaje que se utiliza en los contratos y la presentación general de los formularios contractuales es tan compleja como la propia norma que los regula.

Ante un contrato de adhesión con condiciones generales un tribunal declaró que a su juicio el contrato era un magma tipográfico de lectura tan penosa que eximía a cualquier persona de intentar comprender su sentido. Y acababa diciendo una frase que merece reflexión: ¿para qué leer semejante engendro si no se pueden negociar los términos ni las condiciones? ¿qué sentido tiene hacer el esfuerzo de entender algo que penosamente podríamos intuir y de todas formas no podemos alterar?

Los ejemplos de condiciones contractuales y términos de los formularios difícilmente entendibles pueden ser muchos. Uno especialmente ilustrativo es el que fue objeto de pronunciamiento judicial en la sentencia del TS (Sala 1º). La sentencia confirmó una sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que anuló un contrato de swap del Banco Santander al considerar que la entidad incumplió el deber de información al cliente minorista, ya que la que le facilitó como supuestamente explicativa del producto financiero resulta incomprensible para un cliente no experto. La información que la entidad bancaria suministró a su cliente era, literalmente, la siguiente: “Los flujos de la presente operación son equivalentes a la contratación de una permuta financiera de tipos de interés, más la venta de una opción floor con barrera knock-in por parte del cliente más la compra de una opción cap por parte del cliente”.

No creo que merezca más comentarios

Señalo ahora otro ejemplo de cláusula contractual que se encuentra en las condiciones generales de iTunes: “Al usar cualquier servicio basado en la localización en su iPad, el cliente consiente y permite a Appel y a sus socios y titulares de licencias, la transmisión, recogida, mantenimiento procesamiento y uso de sus datos de localización y permite asimismo las investigaciones para suministrar y mejorar similares productos o servicios basados en la localización”.

3.3. COMPLEJIDAD EN EL ENTRAMADO NORMATIVO

3.3.1 Planteamiento

El Derecho de consumo es un conjunto normativo que por un lado se encuentra -por así decirlo- compartimentado en instituciones, en figuras, en sectores de actividad y dentro de cada actividad dividido en un elenco de leyes y normas de todo rango. Es un Derecho muy fraccionado desde una perspectiva normativa. Por otro lado, en algunos sectores económicos el legislador tiende a una modificación constante de aspectos puntuales de una sola norma sin tener el cuidado de acomodar el resto de normas, lo que provoca que el régimen aplicable se vuelva incomprensible.

En España este fenómeno tiene una intensidad todavía mayor si cabe que en otros ordenamientos nacionales por la concurrencia de normativa estatal y autonómica. Esto hace que en muchas ocasiones el régimen jurídico de la posición del consumidor en una determinada relación de consumo no siempre es sencillo de determinar.

Además y desde otro punto de vista es un Derecho lleno de excepciones y de matizaciones cuyo juego no siempre es fácil.

3.3.2. Ejemplo: el derecho legal de desistimiento

Para ilustrar lo que se acaba de señalar es un buen ejemplo el derecho del consumidor a desistir *ad nutum* de un contrato previamente celebrado. Se trata de un derecho legal que

sólo tiene lugar en determinados tipos de contrato y que principalmente son los celebrados fuera de establecimientos mercantiles y contratos a distancia.

Imaginemos que se celebra un contrato de crédito al consumo a distancia por vía telefónica. Al tratarse de un contrato a distancia la primera idea es la de que el consumidor tiene la prerrogativa del derecho de desistimiento. Al acudir al régimen de desistimiento de los arts. 102 y ss. TRLGDCU podrá observarse que en el listado de contratos a distancia que carecen de derecho legal de desistimiento (art. 103) no está el contrato de crédito, con lo que la primera conclusión sería la de pensar que tal derecho se ostenta.

Sin embargo y en segundo lugar en el listado de exclusiones del art. 93 TRLGDCU se señala que no se aplica el régimen de los contratos a distancia a los contratos de servicios financieros aunque se hayan celebrado a distancia. La primera idea a la que se había llegado cae, al quedar excluido mi contrato del régimen de los contratos así suscritos.

Identifico entonces cuál es la normativa aplicable a los contratos de crédito al consumo y encuentro su norma especial: LCC. Y los contratos de crédito al consumo (modalidad de contrato sobre un servicio financiero), se celebren como se celebren, tienen derecho legal de desistimiento que se recoge en el régimen específico de este tipo de contratos y no en el TRLGDCU.

Como puede verse es necesario estar al juego constante de ámbito de aplicación normativa, exclusión del ámbito, posibilidad de existencia de regulación sectorial o específica de determinadas relaciones de consumo... Seguramente este sistema enmarañado de búsqueda, filtración, unión de preceptos y complejidad en suma tiene su origen en el hecho de que el Derecho de Consumo europeo (u occidental en general) se va formando progresivamente y se sigue formando en un proceso sin fin. Esto provoca que unas normas van sobreponiéndose sobre otras mezclando normas generales de aplicación a todas las relaciones de consumo con ámbitos particulares de regulación y todo ello con excepciones y peculiaridades concretas.

3.4. LA COMPLEJIDAD EN EL APARATO ADMINISTRATIVO

3.4.1. Resolución de conflictos de consumo como función independiente de la actividad sancionadora de la Administración

La protección contractual al consumidor- ya se ha señalado- no sólo se construye sobre regulación contractual sino que se articula también a través de mecanismos administrativos. Se ha analizado en líneas precedentes cómo por ejemplo el cumplimiento de los derechos de los pasajeros aéreos se articula –porque el Reglamento europeo 261/2004 así lo dispone- a través de la AESA, es decir, a través de un organismo administrativo que gestiona los intereses contractuales del consumidor/pasajero en los casos de incumplimiento contractual.

El fenómeno que se ha producido es que es la propia Administración, el aparato administrativo y ejecutivo de los Estados, el que de una manera gradual ha ido asumiendo esta función. Se ha ido confiriendo competencias a organismos específicos para resolver las reclamaciones entre empresas y consumidores. Esta protección se va diseminando y dispersando a través de distintos Ministerios, y organismos y además se trocea en España entre las competencias estatales y autonómicas:

Todo ello se ha hecho con independencia de la tutela jurisdiccional que se conserva intacta y a disposición de los consumidores. Con la actuación de la Administración se refuerza la protección jurisdiccional ofreciendo un cauce añadido al ya existente.

Ahora bien, en ese panorama es preciso destacar que cuando se produce la actuación de este tipo de organismos encargados de resolver conflictos de consumo se hace fuera de toda idea de actuación inspectora y sancionatoria. El consumidor cuando activa este tipo de

mecanismos lo que insta es la satisfacción de sus propios derechos e intereses y no la imposición de una sanción que tiene un sentido más de interés general y punitivo.

Así, en la actuación de las autoridades de consumo puede producirse de dos formas:

- a) La actuación inspectora típica de la Administración que vela por el interés general imponiendo sanciones cuando las empresa infringen normas de comercialización de productos o de conductas empresariales contrarias a los consumidores
- b) La actuación resolutoria de conflictos y reclamaciones de los consumidores particulares en determinados ámbitos de actividad a través de organismos específicos.

3.4.2.El art. 48 TRLGDCU: la actuación resarcitoria de la Administración en los expedientes sancionadores

Este deslinde en principio claro para cualquier actuación administrativa tiene sin embargo alguna excepción como ocurre en materia de consumo: si la Administración actúa en materia de consumo ejerciendo sus competencias genuinas de inspección y control podría acumular dentro de ese procedimiento sancionatorio medidas indemnizatorias para consumidores particulares.

Efectivamente esta posibilidad se encuentra en el art. 48 TRLGDCU.

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

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

Una de las finalidades de este precepto es la ahorrar costes el consumidor. Si la Administración añade al proceso sancionador la orden al empresario sancionado de restitución, ello supondrá un coste operativo adicional para la Administración pero que en cualquier caso será menor que la suma de todos los costes que tendrían que asumir los consumidores. Puede decirse que existe una finalidad de economía procedimental. Por otro lado, la restitución *inter privatos* en el seno de un procedimiento administrativo da respuesta a las preguntas de muchos consumidores que no entienden que si una empresa ha sido condenada por proceder a un cobro indebido (p. ej.), por qué no se le ordena la inmediata devolución sin llegar a entender por qué no pueden cobrar por vía administrativa.

La competencia del art. 48 TRLGDCU es discrecional “podrá exigirse...”. No existe un derecho del consumidor al procedimiento del art. 48 sino que se trata de una potestad de ejercicio discrecional que vendrá dada por la razonabilidad: factores como la poca posibilidad de éxito, los altos costes de determinación del daño o el riesgo de lesionar el derecho de tutela efectiva de los implicados podrían llevar a la Administración a abstenerse en esa actuación.

El procedimiento sancionador se inicia de oficio pero para que sea procedente el ejercicio de la potestad restitutoria es necesario que el consumidor haya denunciado o se haya personado en el procedimiento administrativo y siempre que no haya iniciado un procedimiento civil. La resolución administrativa que resuelve el interés privado del consumidor y que pone fin a la vía administrativa no tiene la ejecutividad propia de los actos administrativos y el art. 48 TRLGDCU señala al final que queda expedita la vía judicial.

Pero ¿cuál es la jurisdicción competente? Como resolución administrativa es recurrible ante la jurisdicción contencioso administrativa. Además, si el empresario incumple

la orden de restitución, el consumidor tendría la posibilidad de iniciar un procedimiento civil y lo paradójico es que en ese procedimiento civil la resolución administrativa carecerá de valor de cosa juzgada y tendrá únicamente valor probatorio. Lo lógico sería que la resolución tuviera efectos ejecutivos en todos los órdenes. Si el procedimiento administrativo no es capaz de satisfacer la pretensión del consumidor hay que cuestionar si existe una inversión eficiente u racional de recursos.

¿Cuál es la realidad en la actuación de la Administración? El consumidor no es correctamente informado cuando acude a los servicios de consumo de la posibilidad de que junto a la denuncia acumule una petición resarcitoria, restitutoria o indemnizatoria. Es más, ocurre exactamente lo contrario. Sorprendentemente en la página web de la Comunidad de Madrid en la Consejería de Consumo se le indican al consumidor las vías que tiene de ser protegido a través de los organismos de la Comunidad y a propósito de las denuncias y de los procedimientos sancionatorios afirma tajantemente:

Qué es una denuncia

Una denuncia en materia de consumo es una comunicación que un consumidor dirige a la administración para informar acerca de unos hechos que pueden constituir una infracción administrativa en materia de consumo, sin que se pretenda obtener una solución, compensación o resarcimiento de daños en particular.

La administración puede iniciar, a partir de esta comunicación, una fase de investigación y comprobación de los hechos denunciados, a través de los servicios de inspección y control.

El objetivo de las investigaciones, en este caso, es fundamentalmente proteger y defender los intereses generales y los derechos de todos los consumidores, no los de un ciudadano o conjunto de ciudadanos concretos, para evitar que se vuelvan a producir esas conductas irregulares.

Quién puede presentar una denuncia

Cualquier persona puede formular una denuncia en materia de consumo, aunque los hechos y conductas en cuestión no le afecten directamente. (...)

El objeto fundamental de una denuncia es poner en conocimiento de la autoridad competente unos hechos que se consideran lesivos para los intereses de los consumidores, para evitar que se sigan produciendo y afecten a otras personas.

3.4.3. El caso de la Comisión Nacional del Sector Postal

La complejidad en la estructura administrativa que gestiona los intereses de los consumidores ha tenido recientemente en España una manifestación muy llamativa en lo que se refiere al sector postal

En la Ley 43/2010 del Sector Postal se prevé que un organismo denominado Comisión Nacional del Sector Postal pueda conocer de las controversias entre operadores de servicios postales y usuarios en el ámbito del servicio postal universal. Posteriormente en el año 2013 se aprueba la Ley por la que se crea la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) y en Disposición adicional de esa Ley se extingue la Comisión Nacional del Sector Postal siendo sus competencias atribuidas a la CNMC. Tal atribución se hizo transitoriamente hasta que los Ministerios correspondientes pudieran contar con los recursos técnicos y humanos necesarios.

En el 2015 por Orden PRE/578/2015 de 27 de marzo se le devuelven al Ministerio de Fomento las competencias que transitoriamente se le había transferido a la CNMC. En concreto las funciones de la extinta Comisión nacional del Sector Postal en el nuevo organigrama se le atribuyen a la Subdirección General Postal, dependiente de la Secretaría General Técnica de la Subsecretaría de Fomento.

Pues bien en la página web del Ministerio podemos ver que dentro de las funciones que asume el Ministerio no hay ninguna manera de encontrar este organismo, ni información sobre cómo podemos presentar una reclamación, ni enlace alguno, ni formulario.

4. LA INEFICIENCIA DEL DERECHO DE CONSUMO

4.1 INTRODUCCIÓN

Si pudiéramos señalar cronológicamente el nacimiento del Derecho de Consumo sobre los años 70-80 podríamos decir que la amenaza de ineffectividad de las normas de consumo se observó ya desde el principio. Así en 1987 el padre del Derecho de consumo canadiense Claude Mass señalaba que el éxito y la efectividad del Derecho de consumo no pasa por incrementar el reconocimiento de nuevos derechos o por reforzar los que tenemos, sino por la gestión eficaz de nuevas vías de justicia y de instrumentos eficaces de acceso a la justicia. A ello debería añadirse un aparato administrativo adecuado que posea los recursos suficientes para vigilar el respeto efectivo de las medidas adoptadas y poner en práctica las políticas legislativas. Los recursos civiles –aseguraba este autor- no aseguran por sí solos ese respeto.

Hoy, en 2018, es decir 30 años después, podemos afirmar que el Derecho de Consumo se ha demostrado ineficiente. Y la ineficacia del Derecho de consumo -aunque fue intuida por algún visionario- en realidad no se ha revelado como especialmente preocupante en Europa hasta este siglo. Se trata de un sector normativo en el que concurre/n algún/os factor/es que no incitan a los actores del mercado a respetarlo.

El Derecho de Consumo puede tener posibles fallos o defectos organizativos, pero sin duda el elemento que más inquieta por encima de todos es la ausencia de una aplicación efectiva de la ley. Y la prueba palmaria de ello es la alta conflictividad.

Las causas son muy variadas: una carencia de agentes de vigilancia que velen por el cumplimiento, la falta de un verdadero acceso de los consumidores a la justicia, la continua evolución de nuevos productos y servicios y de modos de comercialización sofisticados... La evidencia se impone: las leyes en materia de prácticas de comercio y de protección al consumidor no son observadas y tienen un llamativo déficit de aplicación.

4.2. LA UE ANTE LA INEFICIENCIA: INFORMES DE LA COMISIÓN EUROPEA

Una de las tareas que la Comisión Europea lleva a cabo es la exploración continua a través de estudios e informes del estado de la sociedad en los distintos aspectos que se involucran en la construcción europea y es quizá una de las competencias más desconocidas de la Comisión. Esta faceta de sus funciones y competencias permite un chequeo continuo de la manera en que se están produciendo avances en los objetivos perseguidos por la política europea, posibilita además identificar frenos y obstáculos en esos objetivos y reconocer sus causas.

En materia de consumo esos sondeos y prospectivas están siendo especialmente intensos y continuos. Y es lógico que sea así porque si la finalidad es conseguir el tan repetido mercado interior, es preciso contar con los datos exactos sobre la situación de los intervinientes potenciales más importantes en ese mercado: los consumidores. Desde los años 2007-2008 la orientación que la Comisión ha venido dando a los estudios que encarga a los expertos es la de averiguar si la legislación de la Unión en materia de protección de consumidores está consiguiendo precisamente esa protección para la que nació. Este, puede decirse, es el objetivo último de los informes.

En este ámbito y en ese lapso temporal la Comisión ha elaborado cuatro informes: el *Consumer Empowerment* del año 2010, el *Consumer decision-making in retail investment services* también del año 2010, el informe sobre la vulnerabilidad del consumidor en los mercados clave de la UE (2016) y el informe sobre la aptitud de los consumidores respecto a los términos y condiciones del año 2017 (condiciones generales)

Son informes empíricos o trabajos de campo sobre ámbitos generales o concretos del Derecho de consumo. Haciendo una vista general de ellos podemos decir que en ellos se describe un panorama en el que resaltan los siguientes datos: a) escasísimo nivel de conocimiento sobre casi todas las materias legislativas de consumo; después del esfuerzo tan grande que se ha realizado sobre información al consumidor existe un enorme grado de ignorancia; b) gran falta de habilidad de cálculo aritmético, c) en productos financieros el 60 % de los consumidores no contestaban adecuadamente al significado de más del 50 % de los términos del contrato, d) una proporción muy baja de consumidores acude a una autoridad pública para resolver su problema, el consumidor europeo en general ante un conflicto no utiliza los instrumentos que se ponen a su disposición

De los variadísimos informes que desde esos años se han ido publicando emerge una realidad que sólo años más tarde comienza a tomar forma y cuerpo y a ser diagnosticada: el Derecho de Consumo europeo se está revelando como ineficiente. Existe en materia de consumo un alto índice de conflictividad, los consumidores no conocen los derechos que la legislación les concede, las empresas no cumplen las limitaciones que en aras de la protección de consumidor tienen impuestas en la comercialización de sus bienes y servicios, los consumidores son reacios a luchar por la satisfacción y el cumplimiento de sus derechos... En suma, el pretendido reequilibrio que persiguen las normas de protección del consumidor no se ha materializado en los términos en que se pretendía.

De nada serviría debatir sobre la efectividad del Derecho de consumo, si no sirve para averiguar los factores que determinan esa falta de efectividad de las normas -como ausencia de cumplimiento voluntario o espontáneo por sus actores-. Y los sorprendentes resultados de los informes y estudios periódicos revelan la auténtica capacitación de los consumidores y el modo en que los consumidores actúan en la realidad en sus relaciones con los comerciantes y toman sus decisiones contractuales y económicas. Eso pone sobre la mesa la necesidad de acoger una perspectiva diversa a la que se había tomado como punto de partida. La lección que podría extraerse de todos esos textos sobre el comportamiento real de los consumidores es que se ha venido apostando en la legislación por el modelo de un consumidor estándar como informado y razonable, pero sin embargo se hace preciso asumir el comportamiento real de la gente cuando va a comprar, a un banco a contratar un servicio financiero o elige el servicio de un proveedor.

4.3. EL ARQUETIPO DEL CONSUMIDOR INFORMADO

4.3.1. Asimetría e información: la información como principio y *leit motiv*

El Derecho de consumo surge para paliar jurídicamente la asimetría en las posiciones contractuales entre el empresario y el consumidor. Como los contratos en masa se pre redactan por una de las partes que es la que comercializa y vende el producto o servicio, se consideró que la manera de resituar contractualmente a la otra parte (la parte débil) era a través del suministro íntegro de toda la información. Así, la protección a los consumidores ha tomado como paradigma el consumidor nutrido de información, y por eso la política legislativa en esa materia se ha encaminado precisamente en la dirección de reforzar siempre la transmisión de información a los consumidores.

La idea o la imagen de un consumidor informado ha ido impregnando paulatinamente todos los sectores en los que se ha desarrollado la legislación de protección de consumidores. Se ha entendido que la información era y es el factor clave que contribuye a solucionar la asimetría del consumidor. El consumidor debidamente informado está debidamente protegido y en esa medida puede participar de forma equitativa y efectiva en las transacciones. Toda la política legislativa de los países occidentales ha asumido como guía principal esta idea. La

perspectiva del legislador europeo es en definitiva la que se deriva de la adopción del criterio de un consumidor que informado, decide libre y racionalmente.

Las obligaciones de información se perciben como el medio apropiado para asegurar una protección eficaz de los consumidores y a esa información se le va gradualmente reconociendo una cierta autonomía. Va generándose el derecho/deber de información como institución o herramienta bien definida, con perfiles propios, dentro del Derecho de Consumo: información precontractual, información contractual e información durante la ejecución del contrato.

Es así como se produce el correcto funcionamiento del mercado, obligando entonces a los productores y empresarios a suministrar a los consumidores las informaciones indispensables para poder culminar una elección consciente.

4.3.2. Justificación del modelo: el Análisis Económico del Derecho

Este paradigma o arquetipo de consumidor informado fue diseñado e introducido en la filosofía jurídica inspiradora del Derecho de Consumo por el movimiento denominado Análisis Económico del Derecho. La necesidad que el consumidor reciba una completa información como guía de la política de protección de consumidores, no es una idea original del legislador occidental sino que es la idea central que late tras ese movimiento.

En ese enfoque económico tradicional se asumía o se asume como regla fundamental la de que el mercado trabaja y funciona bien cuando a los consumidores se les suministra información. Se asume como principio que las personas actúan racionalmente gestionando sus propios intereses contractuales cuando poseen información.

Si la información no fluye correctamente en las transacciones, se rompe el equilibrio que debe presidir el mercado. Hay información asimétrica cuando la información que posee una de las partes (o las dos) ante una potencial transacción representa un elemento importante para la otra parte contratante y aquella no tiene ni voluntad ni obligación de revelársela. La carencia de información puede frustrar la conclusión del negocio, llevar a celebrar un tipo equivocado de transacción o realizar una transacción mal configurada en sus términos y condiciones. La asimetría de información se presenta en el Análisis Económico del Derecho como una causa de disfuncionalidad del mercado.

En este modelo económico, los consumidores son vistos como actores racionales que, una vez informados, saben evaluar y estimar los resultados probables de decisiones futuras e inciertas y son capaces de seleccionar las que van a satisfacer sus necesidades o sus deseos. Como consecuencia de esa racionalidad, los consumidores son considerados responsables de sus propias acciones y la potencial responsabilidad de las empresas queda enormemente reducida.

Esta base argumental del Derecho de Consumo ha hecho que éste gire en torno a la información. Sin embargo, cuando la Comisión Europea comienza a advertir que esa información no consigue los efectos reequilibradores y que el consumidor informado, razonable y consciente en puridad no existe, comienza un replanteamiento.

Este replanteamiento se produce por tanto ante la evidencia de unos datos que corroboran la idea de que la legislación ha estado dirigiendo hacia un tipo de consumidor inexistente. El problema es identificar al consumidor tal como es y tal como actúa y edificar la legislación que regula las relaciones de consumo a partir de ese modelo.

4.4. LA CAÍDA DEL MITO Y LA IRRUPCIÓN DEL CONSUMIDOR LIMITADAMENTE RACIONAL

La caída del mito no solo proviene de datos objetivos sino de la influencia y éxito de una nueva filosofía económica denominada economía conductual o economía del

comportamiento. Sus mayores exponentes son Kahneman (Premio Nobel de Economía en 2002) y Richard Thaler (Nobel de Economía en 2017). Ambos han trabajado sobre cómo las personas adoptamos y tomamos nuestras decisiones –fundamentalmente en materia económica y de inversión-

Y la nueva manera de entender las relaciones económicas y las transacciones en masa basada en el hombre real ha tenido y está teniendo una enorme influencia en la Comisión Europea. La comprobación de que hay una falta de capacitación en los consumidores y un incorrecto funcionamiento de los mecanismos de reequilibrio contractual y de fortalecimiento -más intensa en determinados sectores de actividad- hace que en los análisis más recientes encomendados por la Comisión Europea tengan una influencia decisiva los métodos y la filosofía de las ciencias del comportamiento al entender que, ciertamente, el origen de la ineficacia puede encontrarse en la imagen o modelo de consumidor sobre la que se ha construido el Derecho de consumo europeo.

Las autoridades han comenzado a comprobarla falta de sintonía entre la idea central inspiradora de toda la legislación en materia de consumo hasta el momento (la del consumidor informado y razonable) y el modo en que los ciudadanos toman sus decisiones en materia de consumo. Poco a poco se va diluyendo esa imagen y comienza a fraguarse la idea de que se ha legislado a espaldas del ciudadano real. Los modelos de comportamiento económico de los consumidores no tienen que ver (o tienen poco que ver) con la idea de la teoría racional. La auténtica manera en que la gente se comporta en la economía real parece responder a unos patrones de conducta en parte irracionales y que responden a impulsos diversos a los que les debería mover la información que les ha llegado. La Comisión Europea se ha encaminado en la línea de incorporar las percepciones que se extraen de la ciencia del comportamiento al diseño de sus actuaciones en política de consumo.

4.5. LAS APORTACIONES DE LA ECONOMÍA CONDUCTUAL

Una nueva perspectiva ha ido poniendo gradualmente en tela de juicio las premisas y conclusiones que el Análisis Económico del Derecho había llevado a cabo y que hasta el momento han justificado la política legislativa de protección a los consumidores. ¿Hasta qué punto la teoría de la elección racional es empíricamente correcta? ¿Qué base constatable tienen sus afirmaciones? ¿Siempre que hay simetría informativa está garantizada una decisión racional?

El examen que realizaron varios autores acerca del comportamiento real que tienen las personas llevaban a resultados bien diferentes y -a los efectos que aquí interesan- su aportación principal es que las personas toman decisiones arriesgadas o inseguras en un gran número de casos y no en los casos en que señala el análisis económico del Derecho. La llamada ciencia del Derecho y del comportamiento (*Law and Behavioral Science*) aportó una visión y un paradigma completamente diferente del actuar de los consumidores. La novedad de sus aportaciones hizo que surgiera la denominación de “revolución cognitiva” para referirse a la importancia y novedad de los resultados en el Derecho.

Las conclusiones de esta rama del conocimiento señalan que

- los humanos no son seres completamente racionales ni coherentes. Tampoco son conscientes de los factores variados que influyen en su toma de decisiones, por lo que con frecuencia hacen malas elecciones, se aferran a consideraciones irrelevantes para basar sus decisiones e ignoran las verdaderamente importantes. Al tomar decisiones contractuales la persona no es ni completamente racional ni enteramente irracional y adopta una posición intermedia de racionalidad limitada que le lleva a no maximizar la utilidad de su elección;

- los consumidores albergan sesgos cognitivos en sus decisiones y eso les hace susceptibles de manipulación. Los fabricantes de productos se aprovechan de esta ceguera y utilizan los anuncios, promociones y la fijación de precios para dar forma a las percepciones de los consumidores y maximizar sus resultados;

- la información que se les suministra a los consumidores tiene una importancia que se ha sobrevalorado. Los beneficios que extraemos de esa información son sólo relativamente importantes. En la construcción argumental que realiza la mente de un consumidor se integran otros factores que en la práctica influyen mucho más en su decisión. Esta es sin duda uno de los pilares más trascendentales de la economía conductual;

- los productores, fabricantes y vendedores son conscientes de estos sesgos cognitivos y buscan focalizar la atención del consumidor hacia ciertas características de los productos, poniéndolas en valor para que se impongan subrepticamente al consumidor y constituyan el factor indispensable en la elaboración de su elección. Este efecto se refuerza mediante una elaboración concreta de la transmisión del resto de los atributos del producto, elaboración que determina que la comparación entre las diferentes ofertas resulte muy difícil o imposible;

- los consumidores tienen una tendencia a realizar elecciones subjetivas y seleccionan de entre las informaciones que tienen a su disposición sólo algunos datos. No retienen ni fijan su atención más que en aquellos datos que vienen a confirmar o revalidar la decisión que ellos ya habían planeado previamente. De esta forma, las informaciones que no corresponden a sus perspectivas el consumidor las descarta o no las toma en consideración. Podría decirse en suma que los individuos interpretan las informaciones de manera que les sirvan para justificar su comportamiento en el mercado sin hacer un uso racional de esas informaciones y sin elaborar por tanto una elección consciente;

- ante la complejidad de una situación, de influencias exteriores, de falta de tiempo... el proceso de decisión se realiza tomando atajos, utilizando esquemas de indagación, saltando deliberada o inconscientemente etapas y simplificando el proceso para llegar a una elección no óptima. Para elegir entre diferentes ofertas definidas la mente humana simplifica su razonamiento para no comparar más que los atributos que le parecen importantes. Ello hace que cuanto más dispar sea la oferta, más difícil sea la valoración y la elección;

- la disponibilidad de una información inteligible no asegura un positivo influjo en la adopción de decisiones racionales en transacciones contractuales. Las personas evalúan y entienden la información que sería relevante para tomar una determinación adecuada. Carecería entonces de realismo la creencia de que el consumidor ordinario va a tener especial cuidado en realizar un análisis amplio y en todas sus dimensiones de ventajas y desventajas cada vez que necesite tomar una decisión. El consumidor ordinario ni absorbe ni evalúa completamente todas las opciones posibles en el modo en el que los reguladores lo atribuyen al consumidor medio.

