

ALCANCE DE LA REPOSICIÓN E INDEMNIZACIÓN AL CONSUMIDOR EN EL SENO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DE CONSUMO (ARTÍCULO 48 TRLGDCU)¹

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil

Director del Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Encarna Cordero Lobato

Catedrática de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: El objeto de este artículo es exponer el contenido, las carencias, los límites y el desarrollo autonómico de la potestad de ordenar, en el seno del procedimiento sancionador, la reposición del interés privado del consumidor lesionado y la indemnización de los daños que se le hayan irrogado como consecuencia de los hechos constitutivos de una infracción administrativa de consumo.

Palabras clave: daños a consumidores, indemnización, procedimiento sancionador de consumo, potestades de la administración.

Title: Scope of consumer replacement and compensation within the consumer disciplinary proceeding

Abstract: This paper explains the content, lack, limits and the regional development of the legal authority to order, within the disciplinary proceeding, the replacement of the injured interest of the consumer and the compensation for the damage suffered as a result of the facts constituting the consumer administrative offense.

¹ Trabajo realizado con la ayuda del proyecto "Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo" concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad (Resolución de 23 de diciembre de 2011)

Keywords: damages to consumers, compensation, consumer disciplinary proceeding, legal authority of the Administration.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL DAÑO CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL A LOS CONSUMIDORES COMO INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA DE CONSUMO. 2. EL ARTÍCULO 48 TRLGDCU. 2.1. Las dudas sobre el alcance de la norma. 2.2. Antecedentes en la legislación sectorial. 2.2.1. *Regulación de las viviendas de protección oficial.* 2.2.2. *Legislación medioambiental.* 2.2.3. *Legislación turística.* 2.2.4. *Legislación sobre telecomunicaciones.* 2.2.5. *Conclusiones sobre la liquidación de daños particulares en la legislación sectorial.* 2.3. Las diversas interpretaciones sobre el artículo 130.2 de la Ley 30/1992. 2.3.1. *La actuación de la Administración y la reserva constitucional de la función jurisdiccional.* 2.3.2. *Los daños y perjuicios exigibles en el procedimiento sancionador.* 2.3.3. *El perjudicado como interesado en el procedimiento administrativo.* 2.4. El alcance de las potestades atribuidas a la Administración en el artículo 48 TRLGDCU y las carencias de este procedimiento. 2.4.1. *Posibles interpretaciones del artículo 48 TRLGDCU.* 2.4.2. *Las potestades de la Administración en la liquidación de daños particulares en la legislación autonómica.* 2.4.3. Recapitulación y carencias en el régimen jurídico aplicable a las medidas de restauración que ordena el artículo 48 TRLGDCU. 2.4.3.1. La potestad del artículo 48 TRLGDCU como una potestad discrecional. 2.4.3.2. La iniciación del procedimiento. 2.4.3.3. Intervención de abogado y procurador. 2.4.3.4. Los interesados en el procedimiento principal y, eventualmente, en el complementario. 2.4.3.5. La prueba y liquidación de los daños. 2.4.3.6. Contradicción entre los interesados. Admisibilidad de excepciones y "reconvenciones" en vía administrativa. 2.4.3.7. La "condena en costas" en vía administrativa. 2.4.3.8. Eficacia de la resolución sancionadora y de la resolución recaída en el procedimiento complementario destinado a fijar la cuantía de la indemnización. 2.4.3.9. Jurisdicción competente para recurrir la resolución administrativa que resuelve sobre la restauración del interés privado del consumidor. 2.4.3.10. Litispendencia y cosa juzgada en vía administrativa y civil. 3. EL DESARROLLO AUTONÓMICO DE LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 48 TRLGDCU. 3.1. Conveniencia de un desarrollo normativo. 3.2. Título competencial relevante: competencia legislativa sobre procedimientos administrativos especiales frente a competencia sobre consumo y comercio. 3.3. La condena en las costas y gastos causados en el procedimiento: los límites derivados de la Ley 30/1992. 3.4. La litispendencia y la cosa juzgada en vía administrativa y civil: los límites derivados de la LEC. 3.5. Contenido de las medidas de restauración del interés privado lesionado. 4. CONCLUSIONES

1. EL DAÑO CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL A LOS CONSUMIDORES COMO INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA DE CONSUMO

Desde hace bastantes años venimos asistiendo a una creciente trascendencia para el Derecho sancionador de consumo de lo antes eran controversias que se resolvían exclusivamente en vía civil. Y es que proliferan las normas que encomiendan a la Administración la tutela de intereses particulares de los consumidores, generalmente mediante la técnica de tipificar como infracción administrativa la causación de daños contractuales o extracontractuales: así, el uso de prácticas comerciales desleales es sancionable por la Administración

[arts. 49.1 l) del TRLGDCU], la entrega de bienes defectuosos también puede generar la imposición de una sanción administrativa [arts. 49.1 d) del TRLGDCU y 3.1.5. del RD 1945/1983]². Igualmente, la reparación de una lavadora o de un vehículo, o llevar un traje a la tintorería han dejado de ser asuntos exclusivamente "privados", pues de todo ello puede derivarse la imposición de una sanción administrativa si no se informa de determinados extremos, o si no se documenta el contrato de cierta forma, o si no se cumple correctamente³ (RD 1457/1986, de 10 de enero; RD 1453/1987, de 27 de noviembre; RD 58/1988, de 29 de enero). Tampoco es exclusivamente "privado" el hecho de abrir una cuenta corriente, de depositar los ahorros en un Banco, o de pedir un préstamo hipotecario para comprar una casa. Es más, si le compro la casa a un profesional del mercado inmobiliario, éste tampoco será un asunto solamente "privado". Nuevamente, el Banco se expone a la imposición de una sanción administrativa si no me informa de ciertos contenidos (v. la Orden EHA/2899/2011, de 28 octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; la Ley 2/2009, de 31 marzo, de contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios), al igual que el promotor podrá ser sancionado si no cumple con lo exigido en el RD 515/1989, de 21 de abril⁴, o si el inmueble tiene defectos constructivos⁵.

Este panorama legal plantea nuevas perspectivas a la hora de considerar las técnicas de solución de controversias entre particulares, pues dada esta intervención que la Administración está llamada a tener en las controversias contractuales con consumidores, es legítimo preguntarse si el procedimiento administrativo –que pudo haberse iniciado precisamente para sancionar la conducta que dañó a otro particular- puede ser un medio para que el consumidor dañado pueda obtener el resarcimiento de los daños causados. No sólo porque en muchos casos los daños habrán de cuantificarse a los efectos de graduar o determinar la sanción correspondiente⁶, sino sobre todo para que la norma que tutela al consumidor sea eficazmente realizada (como ordena el art. 51.1 CE) y estén justificados los recursos públicos que se invierten en su cumplimiento, pues el interés fundamental del consumidor no queda satisfecho con la imposición de una sanción, sino sólo cuando se atiende la pretensión que resulta del interés que

² Sobre infracciones por defectos de calidad en la construcción de edificios, v. las SSTs Cont. de 25 mayo 1994 (RJ 1994\4729), 30 septiembre 1997 (RJ 1997\6466), 1 abril 1998 (RJ 1998\2785), 24 mayo 2004 (RJ 2004\4729), 2 junio 2010 (JUR 248749). También STSJ Madrid de 18 enero 1999 (RJCA 1999\1479), STSJ Madrid de 15 enero 2002 (RJCA 2002\393), STSJ Madrid de 17 enero 2006 (JUR 2006\120826), STSJ Comunidad Valenciana de 27 junio 2001 (JUR 2001\306483), STSJ Aragón de 10 enero 2002 (JUR 2002\195835), STSJ Asturias de 10 diciembre 2002 (JUR 2003\34503), STSJ Cantabria de 7 junio 1999 (RJCA 1999\2662), STSJ Asturias de 11 abril 2005 (JUR 2005\234150).

³ Por ejemplo, la STS Cont. de 18 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10471), sobre fraude en la reparación de bienes duraderos. Asimismo, v. la STSJ Cataluña de 4 octubre 1991 y STSJ Madrid de 4 abril 2000 (RJCA 2000\1186) que determinaron la procedencia de una sanción por el hecho de que las reparaciones en garantía conllevasen costes para el consumidor

⁴ V. STSJ Castilla-La Mancha de 23 julio 1998 (RJCA 1998\2486), STSJ Madrid de 15 octubre 1998 (RJCA 1998\3997), STSJ Madrid de 9 diciembre 1999 (RJCA 1999\5122), STSJ Murcia de 31 diciembre 1999 (RJCA 1999\4460), STSJ Madrid de 17 junio 2003 (JUR 2003\86575), STSJ Castilla y León de 30 junio 2005 (JUR 2005\168104).

⁵ Cfr. la nota 1.

⁶ En muchas normas autonómicas de consumo la gravedad de los daños se tiene en cuenta a la hora de elegir la sanción correspondiente.

lesionó la conducta tipificada. Si el procedimiento administrativo no es capaz de satisfacer la pretensión del consumidor, hay que cuestionar si existe una inversión eficiente y racional de los recursos públicos cuando el procedimiento administrativo se pone en marcha con el objeto de sancionar una conducta que lesiona simplemente bienes de otro contratante que, supongamos, no son esenciales (como la salud y la vida), intereses cuya lesión no es finalmente resarcida⁷. Esta situación sólo estará justificada si, pese a ello, la amenaza de (sólo) una sanción (no, además, de una condena a pagar al particular) sirve de prevención pública general. En todo caso, es indudable que la posibilidad real de ser obligado en vía administrativa a restaurar el interés particular lesionado sería un importante factor de prevención frente a la comisión de infracciones.

1. Hasta la Ley 30/1992, la cuestión que tratamos fue respondida de forma fragmentaria por el Legislador en diversos sectores que se exponen a lo largo de este trabajo (viviendas de protección oficial, urbanismo, medio ambiente, turismo, telecomunicaciones, etc.). En la Ley 30/1992, la cuestión de las potestades de la Administración en la restauración de la legalidad conculcada y en la reposición del interés lesionado con la infracción, es respondida de una manera no exenta de críticas y de dudas interpretativas sobre el alcance de las potestades conferidas a la Administración. Estas dudas fueron acrecentadas por el desarrollo reglamentario de esta Ley en materia de potestad sancionadora, que limitó las potestades de la Administración relativas a la indemnización por daños a aquellos que hubieran sido causados a una Administración pública (art. 22.1 del RD 1398/1993). La cuestión de las potestades de la Administración en relación con los daños causados con ocasión de la comisión de una infracción también ha recibido respuesta en el Derecho de consumo, tanto por el Legislador estatal (en la regla contenida hoy en el art. 48 del TRLGDCU) como por algunos legisladores autonómicos.

2. EL ARTÍCULO 48 TRLGDCU

2.1. Las dudas sobre el alcance de la norma

El art. 48 TRLGDCU, titulado «reposición de la situación alterada por la infracción e indemnización de daños y perjuicios», dispone que, *«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»*. Como puede apreciarse, el alcance que, en concreto, deba tener el artículo 48 TRLGDCU no está directamente expresado en la norma, que se limita a reiterar en lo fundamental lo dispuesto en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992 y a remitir a este mismo

⁷ Cfr. CARRASCO PERERA, A. (dir.), *El Derecho de Consumo en España: presente y futuro*, Madrid, 2002, pg. 411.

precepto la potestad que regula. Esta formulación legal plantea varias dudas:

1st. No queda claro el alcance de la remisión que se hace al artículo 130.2 de la Ley 30/1992, precepto éste último que, a su vez, y según veremos, también es de controvertida interpretación como técnica de resolución de conflictos interprivados en el seno del procedimiento administrativo. En efecto, la referencia al artículo 130.2 puede entenderse como una remisión dirigida a expresar que el Legislador se propone regular para el ámbito particular del Derecho de consumo, una aplicación concreta de la regla general que sienta en el artículo 130.2, opción ésta que, lógicamente, exigiría que en el procedimiento especial se cumplieran los requisitos exigidos en la norma general y en sus normas de desarrollo. En segundo lugar, el tenor literal del artículo 48 TRLGDCU también puede inducir a pensar que la potestad que se regula ha de ejercitarse de acuerdo con lo previsto en el artículo 130.2, pues la regulación del artículo 48 se introduce "conforme a lo previsto" en aquel precepto. En cualquiera de los dos casos, tanto si se estima que se está regulando un caso especial sujeto a la regla general, como si se trata de una regulación procedimental que ha de ajustarse a lo establecido en el artículo 130.2, lo cierto es que éste y sus normas de desarrollo condicionan el ejercicio de la potestad que regula el artículo 48. Sobre ello volveremos al exponer la incidencia que la controvertida interpretación del artículo 130.2 deba tener en la interpretación del artículo 48.

2nd. La remisión que la norma hace al artículo 130.2 y el hecho de que se reitere en lo fundamental su tenor literal, determinan que el artículo 48 plantee las mismas dudas interpretativas que el artículo 130.2, en concreto:

- Es discutido, sobre todo en el ámbito del 130.2, si la Administración puede pronunciarse sobre pretensiones de las que son titulares los particulares, y no la Administración, como es claro que sucede en los daños causados en relaciones de consumo sobre los que versa este trabajo.
- Aun admitiendo que la Administración deba pronunciarse sobre la reposición de la situación y la indemnización de los daños, se discute cuál es el alcance de esta intervención de la Administración, pues cabe que la norma esté confiriendo a la Administración la facultad de mediar entre el empresario y el consumidor.
- También se argumenta que la intervención de la Administración está dirigida a propiciar que el consumidor disponga de un medio de prueba de los daños causados, para facilitarle la reclamación ante la jurisdicción civil, que es la competente para conocer de los mismos.
- Incluso es dudoso si, a la luz del último inciso de estas normas - que, en caso de incumplimiento de la obligación de restauración y/o indemnización que haya sido impuesta por la Administración, remiten

a la jurisdicción competente- ha de entenderse que el acto administrativo que contenga la resolución de la Administración sobre la procedencia de la reposición o de la indemnización de los daños es ejecutable o no y, en caso afirmativo, si lo es mediante el procedimiento de apremio.

- También se duda si, en caso de disconformidad con el contenido del acto en cuestión, el consumidor o el empresario han de recurrir el acto ante la jurisdicción contenciosa o si, por el contrario, las partes pueden no impugnar el acto pero probar en vía civil que su contenido es inexacto.
- Finalmente, en la medida en que se interprete que el artículo 48 (como antes el art. 130.2 Ley 30/1992) puede ser una vía de resolución de los conflictos de consumo, todavía quedarían por resolver multitud de aspectos y deficiencias de la situación legal actual necesitados de un desarrollo legislativo.

2.2. Antecedentes en la legislación sectorial

La regla contenida en el artículo 48 TRLGDCU (y en el art. 130.2 de la Ley 30/1992) no es una novedad en nuestro Ordenamiento. Con anterioridad el Legislador sectorial reguló algunos procedimientos en los que se confirieron determinadas potestades a la Administración relacionadas con intereses particulares lesionados con ocasión de la comisión de una infracción administrativa. Dado que pueden servirnos para realizar una interpretación adecuada de las reglas generales contenidas en la legislación de consumo y en la de procedimiento administrativo, exponemos a continuación estos precedentes legales sectoriales.

2.2.1. Regulación de las viviendas de protección oficial

Uno de los ejemplos más significativos de interposición de la Administración en el resarcimiento de daños (contractuales, en este caso) habidos entre particulares es el constituido por la normativa de VPO. Existen en ella al menos tres intereses jurídico-privados cuya lesión, además de ser constitutiva de la correspondiente infracción administrativa, puede dar lugar a una restauración del interés lesionado en el seno del procedimiento administrativo.

En primer lugar, la venta (o arrendamiento) de VPO con sobreprecio es constitutiva de una infracción administrativa⁸. De acuerdo con lo establecido en los artículos 36 d) del RD 2960/1976 y 155 *in fine* del RD 2114/1968, la sanción correspondiente podrá venir acompañada del reintegro a los adquirentes (o arrendatarios) de las cantidades indebidamente percibidas medida ésta que la Administración deberá adoptar necesariamente. Por más

⁸ Así se prevé en la legislación estatal (arts. 153 a 155 del RD 2114/1968, de 24 julio y art. 57 del RD 3148/1978, de 10 noviembre) y también en algunas normas autonómicas [por ejemplo, arts. 6 y 7 de la Ley de Asturias 3/1995, de 15 marzo; art. 114 de la Ley de Cataluña 18/2007, art. 106 k) de la Ley de Galicia 8/2012, etc.]

que desde 1992⁹ la Sala de lo Civil del TS haya determinado que la normativa sobre precios máximos de VPO carece de relevancia en vía civil, es evidente que esta normativa salvaguarda un interés jurídico privado que, conforme a la regulación citada, puede dar lugar a una restitución interprivados en el seno de un procedimiento administrativo. En algunas normas autonómicas se ha previsto expresamente que la falta de pago voluntario del sobreprecio recibido permite aplicar el procedimiento de recaudación tributaria a favor de estos compradores acreedores privados¹⁰.

La normativa de VPO también permite resolver en vía administrativa otros incumplimientos contractuales relativos a VPO que, a su vez, constituyen una infracción administrativa. Se trata, generalmente, del incumplimiento de normas técnicas relativas a VPO o desviaciones con respecto al proyecto autorizado por la cédula de calificación definitiva de VPO que formaran parte de la prestación contractualmente debida por el promotor o cuyo cumplimiento cupiera legítimamente esperar por el art. 1258 CC. Así, por ejemplo, la Sala de lo Contencioso del TS ha entendido que cabe imponer una restitución en vía administrativa de elementos comunes a favor de la comunidad cuando la reserva a favor del promotor, que figuraba en la declaración de obra nueva y en la división horizontal del edificio, no fue autorizada por la calificación definitiva (STS cont. 21 abril 1986, RJ 1986\2806). Asimismo, en vía administrativa puede imponerse la adecuación de la plaza de garaje vendida a lo que estaba especificado en el proyecto aprobado o, si ello es imposible, la obligación de entregar otra plaza útil al comprador (STS cont. 28 octubre 1989, RJ 1989\7579).

Por último, la existencia de defectos constructivos en VPO que hicieren necesarias obras de reparación constituye una infracción administrativa muy grave¹¹. Además de las sanciones correspondientes, la Administración podrá imponer al promotor la obligación de reparación de aquellos defectos que se hubieran manifestado en los cinco años siguientes a la calificación definitiva, reparación que deberá estar garantizada mediante un seguro (arts. 27 del RD 2960/1976, 111 y 155 del D 2114/1968).

2.2.2. *Legislación medioambiental*

La Administración tiene atribuidas diversas potestades ante las conductas contaminantes de los particulares que causan daño a otros particulares. Es más, muchas de las normas de las que trataremos en este apartado también tienen por objeto la prevención de daños a particulares: así sucede en la reglamentación estatal sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (cfr. art. 1 del D 2424/1961, de 30 noviembre), en la legislación sobre contaminación (art. 1 de la Ley 16/2002, de 1 julio), en la de residuos (art. 1 de la Ley 22/2011, de 28 julio), etc.

⁹ Desde la STS de 3 de septiembre de 1992 (RJ 1992\6882).

¹⁰ Por ejemplo, se prevé así en las legislaciones de Aragón (art. 55 de la Ley 24/2003), Cataluña (art. 114 de la Ley de Cataluña 18/2007), etc.

¹¹ En la legislación estatal [art. 153 C) 6º del D 2114/1968] y autonómica.

Como se prevé en la generalidad de las disposiciones sectoriales, la Administración debe iniciar el procedimiento sancionador, ordenar la paralización de la actividad causante de los daños, anular o modificar la licencia administrativa o la autorización que faculta para realizar la actividad dañosa y ordenar la restauración del bien ambiental lesionado. Además, la Administración también tiene atribuidas diversas potestades relativas a las indemnizaciones por daños, incluso por los causados a particulares. Con el fin de exponer ordenadamente esta regulación, distinguiremos varios grupos de normas.

Un primer grupo está formado por la normativa sectorial que confiere a la Administración la potestad para acordar la indemnización de los daños y perjuicios causados como consecuencia de la actividad infractora, así como para cobrarla por la vía de apremio. Generalmente, la norma específica que se refiere a indemnizaciones por daños causados a bienes ambientales demaniales, como sucede, por ejemplo, con el "dominio público hidráulico" (v. art. 118 del RD Legislativo 1/2001, de 20 julio, por el que se aprueba el TR de la Ley de Aguas), o con el "daño medioambiental" (en los términos en que aparece definido en el art. 2 de la Ley 26/2007, de 23 octubre). En estos casos, es claro que la norma no está regulando las indemnizaciones por daños causados a bienes de particulares. Más dudosa es la interpretación que deba darse a la norma que simplemente confiere a la Administración la potestad de acordar genéricamente la indemnización de los daños y perjuicios causados por el infractor (como sucede, por ejemplo, en los arts. 95.1 y 100.1 de la Ley 22/1988, de 18 julio, de Costas; también en el art. 38 de la Ley 9/2003, de 25 abril y en el art. 54 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados). Los problemas interpretativos de esta clase de normas son los mismos que presenta el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, que también faculta a la Administración en los mismos términos genéricos para proceder a liquidar los daños causados en cualquier clase de procedimiento sancionador, por lo que remitimos este problema al epígrafe destinado a estudiar el régimen general de este procedimiento.

Existen, en segundo lugar, normas que permiten a la Administración imponer medidas de tipo expropiatorio tendentes a resarcir daños entre particulares. Así sucede, por ejemplo, con el art. 55.2 del TR de la Ley de Aguas (Real Decreto Legislativo 1/2001) cuando dispone que los perjuicios causados a unos aprovechamientos a favor de otros motivados por los límites de uso del dominio público hidráulico que hayan sido acordados por el organismo de cuenca serán, en defecto de acuerdo de los interesados, determinados por la Administración.

Por último, el estadio más completo de potestades administrativas relativas al resarcimiento de daños entre particulares está formado por aquellas normas que confieren a la Administración la potestad de liquidar los daños causados a los particulares y, además, la de proceder a su cobro por la vía administrativa de apremio. Esto sucede al menos en tres casos:

- El Reglamento de Montes (aprobado por Decreto 485/1962, de 22 de febrero) establece la forma en que se liquidarán los daños causados

como consecuencia de una infracción (art. 461.1 y 2), sin perjuicio del derecho del propietario para reclamar de la Administración la estimación de cualquier otro quebranto o perturbación que afecte al monte (art. 462.3). Se establece que el importe de los daños y perjuicios se abonará en metálico al dueño del monte objeto de la infracción (art. 462.1), añadiéndose que de conformidad con los arts. 101 y 106 de la Ley Procedimiento Administrativo de 1958 (equivalentes a los arts. 94 y 98 de la Ley 30/1992), los acuerdos de imposición del abono de daños y perjuicios como consecuencia de una infracción serán ejecutivos en los plazos legalmente fijados (art. 462.3).

- El artículo 47 de la Ley estatal 1/1970, de 1 de abril, de Caza establece la competencia y procedimiento aplicables para instruir expedientes por infracciones en materia de caza así como la fijación de las indemnizaciones por los daños originados a la riqueza cinegética. En su apartado c) se dispone que *"el importe de la indemnización se pondrá a disposición de las personas o entidades que hubieran sufrido el daño o perjuicio..."*, añadiéndose en el apartado d) que *"cuando las multas o indemnizaciones no sean satisfechas en el plazo reglamentario se procederá a su cobro por la vía administrativa de apremio"* ([regla reiterada en el art. 49.17 del Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto 506/1971, de 25 marzo). Es más, el art. 49.9 d) del Reglamento precisa que la determinación y tasación de los daños y perjuicios causados por la conducta infractora es un contenido necesario de la propuesta de resolución del expediente sancionador.
- El último caso que reseñaremos se contiene en la legislación de costas. Conforme a lo previsto en el artículo 36 de la Ley 22/1988, en los supuestos en que los usos del dominio público marítimo-terrestre puedan producir daños y perjuicios sobre el dominio público o privado, la Administración del Estado estará facultada para exigir al solicitante la presentación de cuantos estudios y garantías económicas se determinen reglamentariamente para la prevención de aquellos, la reposición de los bienes afectados y las indemnizaciones correspondientes. El artículo 78.2 c) del Reglamento de la Ley de Costas (RD 1471/1989, de 1 diciembre), especifica que la posible afección sobre el dominio privado y las indemnizaciones correspondientes serán determinadas por la Administración, de oficio o a instancia del posible perjudicado debidamente justificada, sin perjuicio de las acciones judiciales que el mismo pueda ejercer.

2.2.3. Legislación turística

Agrupamos en este apartado diversas normas que confieren a las Administraciones competentes en turismo distintas potestades relacionadas con las controversias surgidas en contratos celebrados con consumidores o usuarios. Adelantamos ya que no existen normas que expresamente permitan que, en el seno de un procedimiento administrativo, se produzca una restitución interprivados que sea obligatoria para el deudor.

En un primer grupo de normas se confiere a la Administración la potestad de valorar los daños y perjuicios causados por las infracciones cometidas (así sucede, por ejemplo, en el art. 89 de la Ley de Extremadura 2/1997, de 20 marzo, reguladora del turismo). En algunas normas de este segundo grupo se añade que el impago de la indemnización fijada en vía administrativa dejará expedita la vía judicial correspondiente (así se establece en el art. 75 de la Ley del País Vasco 6/1994, de 16 marzo, sobre turismo, reproducido en el art. 48.1 de la Ley de Valencia 3/1998, de 21 de marzo). La norma modelo establece que *«las responsabilidades administrativas en materia turística serán compatibles con la exigencia a la persona física o jurídica infractora de la reposición de la situación alterada por ella misma a su estado original, así como con la indemnización de los daños y perjuicios causados, que podrán ser determinados por el órgano competente para la resolución del expediente sancionador, debiendo, en este caso, comunicarse a la infractora para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente»* (art. 48 de la Ley de Valencia 3/1998). Entendemos que ello no supone de por sí que la Administración carezca de potestades para proceder al cobro de la indemnización por la vía de apremio. En cualquier caso, nada de ello se menciona expresamente.

En un segundo grupo de normas, en el procedimiento sancionador en materia turística se ha incluido un trámite de conciliación y subsanación voluntaria de los perjuicios causados al usuario turístico que, de culminar satisfactoriamente, puede dar lugar al archivo de las actuaciones o la atenuación de las sanciones (v. art. 71 de la Ley de Madrid 1/1999, de 12 marzo; art. 65 de la Ley Foral de Navarra 7/2003, de 14 febrero).

En un tercer grupo de normas, la Administración no sólo puede sancionar y liquidar los daños, sino que, además, puede imponer al infractor la obligación de restituir las cantidades indebidamente percibidas del consumidor o usuario. Así se prevé en algunas disposiciones autonómicas generales sobre consumo (el art. 333-6 de la Ley de Cataluña 22/2010, de 20 julio) y de disciplina turística (art. 48 de la Ley de Valencia 3/1998, de 21 mayo).

Hay, además, algunas normas autonómicas sobre disciplina turística que facultan a la Administración para imponer multas coercitivas por desatender los requerimientos de pago de indemnizaciones que hayan sido determinadas por la Administración (por ejemplo, el art. 82 de la Ley de Canarias 7/1995, de 6 abril; art. 74 de la Ley de Murcia 11/1997, de 12 diciembre) o, en general, por desatender los correspondientes requerimientos relativos a la adecuación de la actividad a lo dispuesto en la ley (v. art. 78 de la Ley de Asturias 7/2001, de 22 de junio; art. 86 de la Ley de Andalucía 13/2011, de 23 diciembre, etc.).

2.2.4. Legislación sobre telecomunicaciones

En términos similares a los previstos en la legislación anterior¹², el artículo 38.1 de la Ley 32/2003, de 3 noviembre, General de Telecomunicaciones, prevé la posibilidad de que, cumplidos ciertos requisitos, los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas puedan someter a un procedimiento administrativo las controversias que se refieran a sus derechos específicos como tales usuarios finales. Esta previsión fue desarrollada por los artículos 27 del RD 899/2009, de 22 de mayo y, más específicamente, por la Orden ITC/1030/2007, de 12 de abril. Estos preceptos encomiendan a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información el conocimiento de determinadas controversias (cfr. art. 3 de la Orden ITC/1030/2007) que, tras el procedimiento, concluirá con una resolución que *«podrá declarar los derechos que corresponden al interesado, anular facturas, ordenar la devolución de importes indebidamente facturas y, en general, disponer cuantas medidas tiendan a restituir al interesado en sus derechos e intereses legítimos»* (art. 9.1 de la ITC/1030/2007). Se establece también que los operadores *«deberán proceder a su ejecución en los términos previstos en la propia resolución»* y que tales resoluciones, que agotan la vía administrativa, *«podrán ser impugnadas en vía contencioso-administrativa»* (art. 9.3 de la Orden ITC/1030/2007)¹³.

2.2.5 Conclusiones sobre la liquidación de daños particulares en la legislación sectorial

A pesar de la dispersión de la normativa que ha sido expuesta y de la diversidad de soluciones legales, nos parece útil a los efectos de este trabajo determinar las razones que fundarían la atribución a la Administración de potestades para liquidar daños y perjuicios habidos entre particulares. A nuestro juicio, estas razones son las siguientes:

- Porque el daño al particular se produce con ocasión de una actividad que ha sido autorizada por la Administración. Así sucede en la legislación de costas.
- Porque el daño privado en que se concreta la infracción supone una frustración total del interés público que la norma pretendía salvaguardar así como la inutilidad absoluta de los recursos públicos invertidos en la realización de tal interés. Es lo que ocurre con la tutela jurídico-pública de los intereses contractuales de los adquirentes o arrendatarios de VPO, singularmente, con las normas sobre restitución de sobreprecios.

¹² En la legislación derogada también las controversias entre los usuarios y los operadores de telecomunicaciones podían someterse a conocimiento de la Secretaría General de Telecomunicaciones, quien, previos los trámites oportunos, dictaría una resolución que será recurrible en vía contencioso-administrativa (art. 54 de la Ley 11/1998, de 24 de abril y art. 61 del también derogado RD 1736/1998, de 31 junio).

¹³ Sobre este procedimiento v. MENDOZA LOSANA, *Procedimientos de resoluciones de telecomunicaciones: ¿compatibles y simultáneos?*, en www.uclm.es/centro/cesco.

- Es más difícil explicar las razones que tradicionalmente han justificado una restitución interprivados en el procedimiento administrativo como consecuencia de una infracción a la legislación de montes o a la de caza, pues las razones de ello concurrían en otros supuestos para los que no estaba prevista idéntica solución legal. En cualquier caso, creemos que las normas antes expuestas en materia de montes y de caza tienen distintos fundamentos: el primero, que existe una coincidencia entre el interés público y el interés privado (la preservación del monte, la conservación de la riqueza cinegética). Es posible también encontrar una razón de economía procesal, pues, en todo caso, la infracción dará lugar a la incoación de un procedimiento administrativo (sancionador) donde el importe de los daños deberá ser fijado a los efectos de graduar o determinar la sanción (v. por ejemplo, los arts. 411 y ss. del Reglamento de Montes). Y, finalmente, la posibilidad de que el daño privado sea resarcido en el procedimiento administrativo incentiva a los particulares a denunciar, con el consiguiente ahorro de costes públicos de vigilancia del cumplimiento de las normas. El ejemplo extremo de ello está constituido por el art. 463 del Reglamento de Montes, donde se atribuye a los denunciante la tercera parte del importe de las multas que se hagan efectivas.
- En las (pocas) normas sectoriales que, hasta el artículo 48 TRLGDCU, imponían una tutela administrativa del interés privado de los consumidores y usuarios, a las razones expuestas en el número anterior se suma otra, pues en los casos expresamente previstos (telecomunicaciones, turismo) la escasa cuantía de los daños desincentivaría a entablar una acción civil, con el consiguiente funcionamiento anormal del mercado relevante.

2.3. Las diversas interpretaciones sobre el artículo 130.2 de la Ley 30/1992

La secuencia temporal de normas que han encomendado a la Administración potestades relacionadas con daños causados a los particulares continúa con el artículo 130.2 de la Ley 30/1992. Se trata de la primera disposición que, con carácter general, encomendó a las Administraciones públicas potestades en este ámbito en toda clase de procedimiento administrativo. Después la fórmula empleada en el artículo 130.2 ha sido utilizada en varias disposiciones estatales: por ejemplo, en la legislación de seguridad alimentaria y nutrición (art. 49 de la Ley 17/2011) y también en el artículo 48 TRLGDCU. En la medida en que el régimen establecido en el artículo 130.2 condiciona o determina la aplicación del artículo 48 TRLGDCU, se hace necesario exponer cuál es la extensión de las potestades encomendadas a la Administración en el artículo 130.2.

La posibilidad de que los daños entre particulares sean liquidados en el seno del procedimiento administrativo y la mayor o menor ejecutividad del acto administrativo que los determine, ha sido una cuestión muy discutida desde la aprobación de la Ley 30/1992. Se argumenta que hay obstáculos insalvables de constitucionalidad que impiden conferir funciones jurisdiccionales a la

Administración, que el perjudicado no tiene la consideración de interesado en el procedimiento administrativo en el que se inserta la regla del artículo 130.2, que esta norma sólo se refiere a daños en bienes de titularidad pública, etc. Pasamos a exponer cada uno de estos problemas.

2.3.1. *La actuación de la Administración y la reserva constitucional de la función jurisdiccional*

La posibilidad de que a través del procedimiento administrativo pueda tener lugar una restitución entre particulares y, por tanto, la utilización del procedimiento para la tutela de intereses contractuales propios de los particulares, de los que no es titular la Administración, ha sido contemplada con recelo por considerarse que ello entraña el ejercicio de potestades jurisdiccionales que corresponden exclusivamente a jueces y tribunales (art. 117.3 CE) y donde está fuera de lugar la prerrogativa de autotutela de la Administración¹⁴. Estimamos que esta consideración del problema olvida que también la Administración tiene encomendada la defensa de la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de consumidores y usuarios mediante procedimientos eficaces (art. 51 CE), y que es decisión del Legislador competente establecer los medios procedimentales adecuados a tal fin constitucional de protección. A la luz de los antecedentes legislativos que han sido expuestos y sobre todo del artículo 48 TRLGDCU, hoy no puede dudarse que el interés público presente en la defensa de los consumidores y usuarios es justificación suficiente para preservarlo mediante procedimientos administrativos encaminados a restaurar el interés privado del consumidor lesionado con ocasión de la comisión de una sanción administrativa de consumo.

2.3.2 *Los daños y perjuicios exigibles en el procedimiento sancionador*

Aunque el artículo 130.2 de la Ley 30/1992 determina la compatibilidad de las sanciones administrativas con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada, así como la indemnización de los daños y perjuicios causados, encomendando su determinación al órgano competente, lo cierto es que no aclara si estas medidas compatibles con la sanción sólo pueden adoptarse cuando la infracción ha lesionado un interés propio de la Administración o si caben en todo caso, aunque se hayan dañado intereses de los particulares. La primera ha sido la interpretación más extendida de la norma, pues se considera que las facultades decisorias de la Administración están fuera de lugar cuando se trata de cuestiones entre particulares¹⁵. De hecho, se consideró que la corrección de esta interpretación venía a ser confirmada por los términos del artículo 22.1 del RD 1398/1993, donde se

¹⁴ Cfr. GARBERÍ, *El procedimiento administrativo sancionador*, 1998, p. 137; ORTELLS, en *Derecho procesal. Introducción*, 2006, p. 173; MONTERO AROCA, en *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, 1993, p. 163.

¹⁵ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo*, 1993, II, pg. 198; REBOLLO PUIG, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinados por R. Bercovitz y J. Salas, 1992, pgs. 998-1000; GARBERÍ, cit., pg. 126.

establece que sus reglas se aplican cuando "*las conductas sancionadas hubieran causado daños o perjuicios a la Administración Pública*".

Por nuestra parte, no creemos que una previsión reglamentaria pueda servir para efectuar esta interpretación reduccionista del artículo 130.2 Ley 30/1992 y, en todo caso, es evidente que el artículo 48 TRLGDCU se refiere a la situación y daños particulares que ha sufrido el consumidor con ocasión de la comisión de una infracción administrativa de consumo.

2.3.3 *El perjudicado como interesado en el procedimiento administrativo*

Por otra parte, examinamos ahora si existe algún obstáculo insuperable que proceda del régimen propio sobre legitimación en el procedimiento administrativo. Para intervenir en el procedimiento administrativo es preciso que el consumidor perjudicado alcance la condición de interesado en el procedimiento. La norma relevante a estos efectos está constituida por el artículo 31.1 de la Ley 30/1992, conforme a la cual:

«*Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:*

a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva».

Del propio tenor literal del precepto se desprende con claridad que la mera condición de denunciante no comporta la de interesado, pues la acción para denunciar la comisión de infracciones es pública (cfr. arts. 29.1 CE, 69.1 de la Ley 30/1992, 11.1 del RD 1398/1993), de modo que para denunciar no hace falta ser interesado¹⁶. Para que el perjudicado –sea o no denunciante– tuviera la condición de interesado debería ser titular de derechos o intereses legítimos que, al menos, pudieran resultar afectados por la decisión que deba adoptarse en el procedimiento o, como dice el TS, para dilucidar si el perjudicado está o no legitimado habrá que determinar "*si la imposición de una sanción puede producir un efecto jurídico positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen en esa esfera*"¹⁷. Existen diversas opciones interpretativas del artículo 31.1 de la Ley 30/1992:

Conforme a la primera, el perjudicado no está legitimado porque no obtiene beneficio alguno del procedimiento sancionador, cuyo presupuesto sería –según esta primer tesis– la lesión de intereses públicos y donde no se

¹⁶ No obstante, la Administración sólo está obligada a dictar resolución expresa si la denuncia es formulada por un interesado (cfr. art. 41.2, en relación con los arts. 31, 69 y 70, todos ellos de la Ley 30/1992).

¹⁷ Cfr. STS cont. 29 mayo 2001 (RJ 2001\4443).

ventilaría más que la responsabilidad del infractor y la eventual imposición de un mal sin beneficio alguno para el perjudicado¹⁸.

La segunda interpretación del precepto –y la que nos parece más adecuada– es que el perjudicado sí tiene la condición de interesado en el procedimiento administrativo sancionador. Aunque debiéramos concluir que la indemnización de los daños no forma parte del objeto del procedimiento – que no es lo que dice el artículo 48 TRLGDCU– la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador le afecta más que a un ciudadano normal, pues la misma puede suponer la declaración, con el valor y la fuerza de los actos administrativos, de que el infractor actuó contrariamente a Derecho, por lo que los perjuicios son antijurídicos¹⁹. Existe alguna jurisprudencia en este sentido. Así por ejemplo, el TS ha estimado que el cliente perjudicado por una infracción de consumo está legitimado para participar como interesado en el procedimiento administrativo sancionador, *"pues es con él con quien, en primer lugar, se establece la relación comercial de clientela de la que nace ese interés legítimo personal y directo que le legitima a efectos procedimentales"*²⁰. El TS también ha apreciado la existencia de interés del particular que pretende recurrir la anulación de una sanción disciplinaria impuesta por el Colegio profesional a un médico²¹. El TS estimó, además, que si el denunciante fuera precisamente el perjudicado por la conducta infractora, también podría intervenir en el procedimiento administrativo²². En la STS cont. 11 abril 2006²³ el TS consideró que la legitimación que, en abstracto, ostentaba el particular afectado en el expediente sancionador instado por prácticas bancarias contrarias a la normativa aplicable, requería que el particular no hubiera sido indemnizado por los daños y perjuicios causados, ya que, en caso contrario, al particular perjudicado la resolución que se adoptase no le afectaba más que a cualquier otro ciudadano. La decisión nos parece correcta en aquellos casos en que el consumidor ha visto enteramente restaurado su interés privado lesionado antes de que sea iniciado el procedimiento sancionador, ya que entonces del mismo no puede derivarse ningún pronunciamiento que afecte a sus intereses particulares.

En nuestra opinión hay poderosas razones para entender que el consumidor perjudicado por una conducta infractora tiene –sólo mientras siga existiendo este perjuicio– la condición de interesado en el procedimiento administrativo sancionador, por lo que puede proponer pruebas, formular alegaciones y, en general, ejercitar todas las facultades reconocidas a los interesados en la legislación sobre procedimiento administrativo (cfr. arts. 35, 58, 78, 79, 112, 84 de la Ley 30/1992 y arts. 3, 6, 13.2, 16, 17, 19, 20 y 24 del RD 1398/1993).

¹⁸ Cfr. REBOLLO PUIG, cit., pg. 863. Cfr. por todas, STS cont. 29 mayo 2001 (RJ 2001\4443).

¹⁹ Cfr. REBOLLO PUIG, cit., pg. 863.

²⁰ STS cont. 12 febrero 1992 (RJ 1992\2817).

²¹ STS cont. 20 marzo 1992 (RJ 1992\3113).

²² Cfr. también la STS cont. 5 noviembre 1999 (RJ 2000\627).

²³ LA LEY 43957/2006.

2.4 El alcance de las potestades atribuidas a la Administración en el artículo 48 TRLGDCU y las carencias de este procedimiento

2.4.1. Posibles interpretaciones del artículo 48 TRLGDCU

El artículo 48 TRLGDCU es un precepto que reproduce en lo sustancial lo dispuesto en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, y que, como éste, ha sido objeto de diversas interpretaciones. De acuerdo con su tenor literal:

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

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

A la hora de precisar el alcance de la norma, se hace preciso determinar cuáles son las potestades que, en concreto, la misma atribuye a la Administración:

En primer lugar, hay que descartar que el sentido de la norma sea tipificar conductas que lesionan intereses privados de los consumidores. Esto se hace en otros preceptos, significativamente, en el artículo 49 TRLGDCU. Tampoco se trata de una norma que tipifique como conducta el hecho de no haber restaurado el interés privado del consumidor, sea reponiendo la situación alterada o pagándole la indemnización por los daños y perjuicios que la conducta sancionada haya podido causarle. Finalmente, hay que descartar también que, de por sí, el artículo 48 sea una norma limitada a permitir la imposición de multas coercitivas que estimulen el cumplimiento de las obligaciones de restauración del interés privado del consumidor.

Como decimos, la norma regula algo distinto de la infracción y su sanción, como es la reposición de la situación alterada por la infracción y la indemnización de daños y perjuicios, que es precisamente la rúbrica del precepto.

Ahora bien, lo que la norma no aclara es qué concretas potestades se están confiriendo a la Administración en relación con la reposición de la situación y la indemnización de los daños. Teóricamente, serían posibles diversas potestades:

A. Se podría considerar que la norma está encomendado a la Administración la potestad de determinar cómo ha de reponerse la situación y la cuantificación de los daños causados como *potestad instrumental* de la potestad de imponer la sanción, en la medida en que la cuantía de los daños causados sea relevante a la hora de efectuar una calificación correcta de los hechos y determinar la gravedad de la

sanción que corresponda. No nos parece que ésta sea la interpretación correcta de la norma, pues la misma se formula en términos de potestad autónoma que, si bien está conectada con la sanción (en la medida en que el daño se produce con ocasión de la conducta infractora y existirá una conexión procedimental y competencial, cfr. art. 22 del RD 1398/1993), no es instrumental de la potestad de imponer sanciones. Realmente, hay que concluir que la potestad sancionadora es independiente de la potestad conferida en el artículo 48 TRLGDCU, por más que pueda darse, en su caso, una conexión procedimental.

- B. En segundo lugar, se podría considerar que la norma encomienda a la Administración la determinación de los daños y perjuicios causados al consumidor, que habrán de constar en una resolución administrativa, a los solos efectos de que el consumidor cuente con un medio de prueba de los daños que se le han causado, que podrá reclamar en vía civil. Ésta es la interpretación que se sustentó en el Informe de la Comisión de Cooperación de Consumo de 19 julio 2007²⁴. Esta segunda interpretación no nos parece correcta atendidos los precedentes que expusimos anteriormente. Y tampoco nos parece conforme con el tenor literal del artículo 48, que permite a la Administración *exigir* al infractor la reposición y la indemnización que ordena. Este tenor literal, que es coincidente con el del artículo 130.2 de la Ley 30/1992, y el de su norma de desarrollo (el art. 22 del RD 1398/1993), permite argumentar que la resolución que la Administración adopte en relación con la reposición de la situación alterada y la indemnización de los daños causados al consumidor tiene un contenido imperativo, coincidente, por cierto, con los términos empleados en el artículo 22 del RD 1398/1993.
- C. En tercer lugar, se puede estimar que la norma encomienda a la Administración la potestad de dictar una resolución (en la que ponga fin al procedimiento sancionador o al procedimiento complementario, en el caso del art. 22.2 del RD 1398/1993) que ordene (*exija*) al infractor la reposición de la situación alterada y la indemnización de los daños. Ésta es la interpretación que nos parece más ajustada a sus precedentes y a la interpretación literal y sistemática de la norma.

Pero aquí no acaban los problemas interpretativos, pues todavía hay que plantearse qué sucede cuando es desatendida la orden de reposición de la situación alterada y de pago de la indemnización establecida. Para este caso, tanto el artículo 48 TRLGDCU como el artículo 130.2 Ley 30/1992 contienen

²⁴ En la página 26 de este Informe puede leerse: *"La vía judicial a la que alude el precepto transcrito [se refiere al art. 130.2 de la Ley 30/1992] es la vía judicial civil, pues es la competente para la reclamación de daños causados por particulares. Y esto es así, cuando se trata de daños causados a los particulares, en este caso, el órgano competente de la Administración, lo es para determinar el alcance de lo que debe ser repuesto a su estado primitivo o restituido por vía de indemnización de daños y perjuicios; pero "esta determinación no tendrá los efectos de un acto administrativo, sino tan solo servirá para orientar al perjudicado, que para el caso de no ser satisfecho habrá de reclamar y exigir ante los tribunales civiles, que, lógicamente, no quedarán vinculados por la declaración administrativa. Y todo ello sin perjuicio de la posibilidad del infractor de oponerse a esa fijación al impugnar la resolución que determina la sanción y la reparación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa."*

una regla análoga: “*quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial (correspondiente)*”. Realmente esta norma plantea muchos interrogantes: ¿es que acaso la resolución administrativa, comprensiva también de la orden de reparación de la situación y de pago de la indemnización, no es ejecutiva? Desde luego no es esto lo que dice el artículo 22 del RD 1398/1993 en relación con los daños causados a bienes públicos.

Junto a estas dudas interpretativas sobre el alcance de la potestad regulada en el artículo 48 del TRLGDCU, se plantean asimismo muchos interrogantes sobre el régimen aplicable a este procedimiento en aspectos esenciales como son: la posibilidad de que sea iniciado de oficio por la Administración, el eventual conflicto con un procedimiento judicial civil que tenga precisamente por objeto la misma pretensión de reposición e indemnización (¿“litispendencia”? ¿eficacia de cosa juzgada?), la posibilidad de que el consumidor pueda ser parte en el procedimiento administrativo, etc.

2.4.2. *Las potestades de la Administración en la liquidación de daños particulares en la legislación autonómica*

La intervención de la Administración en la restauración del interés del consumidor lesionado con ocasión de una infracción de consumo (o, eventualmente, en materia de vivienda) también ha sido regulada por las CCAA. En general, las CCAA se han limitado a remitir o a reiterar lo dispuesto con carácter general en los artículos 130.2 de la Ley 30/1992 y 48 TRLGDCU²⁵. Es, en parte, la situación del País Vasco en el artículo 12 de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, sobre potestad sancionadora. Más originales han sido aquellos Legisladores autonómicos que han regulado los casos donde, en concreto, procede una restitución de la situación alterada y el modo de realizarla²⁶, o aquellas regulaciones en las que se ha pretendido

²⁵ Son, por ejemplo, los casos de Andalucía (Ley 13/2003), Extremadura (art. 37 de la Ley 6/2001, Cataluña (arts. 333-6 y 333-7 de la Ley 22/2010), Castilla y León (Ley 9/2010, de 30 agosto, de vivienda) Valencia (art. 61 de la Ley 1/2011, de 2 de marzo).

²⁶ Es el caso del artículo 87 de la Ley de Aragón 16/2006, de 28 de diciembre, donde se establece: “1. *Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la restitución de la situación alterada por el mismo a su estado originario, que podrá ser determinada por el órgano competente.* 2. *Sin perjuicio de la utilización genérica de la facultad anterior cuando existan en el expediente elementos de juicio para determinarla, en todo caso se exigirá la restitución de la situación alterada en los siguientes supuestos: a) En las infracciones tipificadas en el artículo 79.g, relativas al irregular corte de suministro de servicios de interés general de tracto sucesivo o continuado, en las que se impondrá como medida de restitución la reanudación inmediata del servicio. b) En las infracciones en materia de defensa del consumidor que hayan causado un perjuicio al medio ambiente, se impondrá como medida de restitución la reparación del perjuicio causado al medio ambiente. c) En aquellos otros supuestos que reglamentariamente se establezcan se impondrán las medidas de restitución que el Gobierno de Aragón, en desarrollo de esta Ley, determine*”. El precepto concluye determinando el carácter ejecutivo del acto administrativo que ponga fin a la vía administrativa. Similares efectos tiene la orden de restitución de cantidades indebidamente percibidas que imponga la Administración autonómica (art. 88 de la Ley 16/2006).

Así también, en algunas normas autonómicas de vivienda se dispone que en las resoluciones de los procedimientos sancionadores se podrá imponer a los infractores la obligación de reintegrar las cantidades indebidamente percibidas así como la realización de las obras de reparación y conservación que sean procedentes para acomodar la edificación al proyecto aprobado o a la normativa vigente, todo

prevenir el potencial solapamiento entre el procedimiento administrativo y el judicial que el consumidor hubiera instado para la defensa de sus derechos²⁷. En este ámbito, el artículo 60 de la Ley del País Vasco 6/2003, de 22 de diciembre, permite al órgano sancionador imponer al infractor la obligación de restituir inmediatamente la cantidad percibida indebidamente cuando se han aplicado precios superiores a los autorizados, comunicados, presupestados o anunciados al público.

2.4.3 *Recapitulación y carencias en el régimen jurídico aplicable a las medidas de restauración que ordena el artículo 48 TRLGDCU*

2.4.3.1 La potestad del artículo 48 TRLGDCU como una potestad discrecional

Al igual que sucede en el artículo 130.2 Ley 30/1992, el artículo 48 TRLGDCU no establece que imperativamente la Administración deba iniciar las actuaciones relativas a la reposición de la situación alterada y a la indemnización de los daños. En ambas disposiciones se establece que la Administración "podrá" adoptar tales medidas. Esto significa que nos encontramos ante una competencia de ejercicio discrecional por parte de la Administración, que goza de un margen de discrecionalidad dentro de la razonabilidad para adoptar las medidas correspondientes. No será razonable su adopción cuando las posibilidades de éxito sean escasas o los costes de determinación del daño indemnizable sean muy altos o que, de hecho, por la naturaleza del conflicto, se pueda lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes o de terceros. En definitiva, no existe un derecho público subjetivo al procedimiento del artículo 48 TRLGDCU, sino que se trata de una potestad de ejercicio discrecional atendidos los beneficios para el interés público (protección constitucional de los consumidores como colectivo) que se deriven de su ejercicio, lo que sin duda ocurre en aquellos supuestos en los que exista una pluralidad de consumidores afectados, así como cuando se prevea que no habrá dificultades onerosas de pruebas ni previsión de costes excesivos. En ambos casos la ventaja social justificará los recursos públicos invertidos.

2.4.3.2 La iniciación del procedimiento

Dado que la reposición de la situación alterada y, en su caso, la indemnización de los daños privados, son medidas que, en su caso, se ordenan en el seno de un procedimiento sancionador o en un procedimiento complementario al sancionador (cfr. art. 22 del RD 1398/1992), consideramos que las formas de iniciación del

ello sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios que a que hubiese lugar (en este sentido, el art. 72 de la Ley de Valencia 8/2004; art. 110.2 de la Ley gallega 8/2012).

²⁷ Se trata del artículo 44.2 de la Ley de Castilla-La Mancha 11/2005: "el particular afectado en sus derechos por la conducta constitutiva de infracción administrativa podrá pedir igualmente en el procedimiento sancionador la determinación de los daños sufridos. A tales efectos la Administración se inhibirá cuando conste, antes o durante el procedimiento, que una de las partes en conflicto ha interpuesto la correspondiente acción judicial para la defensa de sus derechos".

procedimiento en que hayan de tomarse estas medidas han de ser las mismas que rijan el procedimiento sancionador, incluso aunque se trate de un procedimiento complementario al sancionador. De acuerdo con el régimen establecido en la Ley 30/1992 y en el RD 1398/1993, la iniciación de los procedimientos sancionadores tiene lugar siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, sea por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia del interesado (art. 11 del RD 1398/1993, en relación con el art. 70 de la Ley 30/1992).

Ahora bien, pese a que la iniciación del procedimiento requiera acuerdo de la Administración, y que el mismo pueda adoptarse sin previa denuncia del interesado, consideramos que el procedimiento administrativo indemnizatorio no debería iniciarse o debería terminar cuando no consta el consentimiento del perjudicado (porque fue quien denunció o porque se ha personado en el procedimiento administrativo) o cuando éste ha iniciado actuaciones en sede civil (cfr., en este sentido, el art. 44.2 de la Ley de Castilla-La Mancha 11/2005).

2.4.3.3 Intervención de abogado y procurador

De acuerdo con el régimen general regulador del procedimiento administrativo, no es necesaria la intervención de abogado y procurador, sin perjuicio de que los interesados podrán servirse de la asistencia letrada que requieran.

2.4.3.4 Los interesados en el procedimiento principal y, eventualmente, en el complementario

Como antes indicamos, junto al empresario cuya conducta pueda ser constitutiva de infracción, que siempre tiene la condición de interesado, también lo es el consumidor que ha sido perjudicado en sus legítimos intereses por la conducta infractora, aunque sólo mientras este perjuicio siga existiendo, de modo que el consumidor carece de interés en el procedimiento cuando ya ha visto repuesta la situación alterada por la infracción y ha sido indemnizado de todos los daños y perjuicios que, en su caso, tal conducta le irrogase. Es más, hasta tanto no haya sido repuesto en su interés, el consumidor está legitimado no sólo si está dirimiendo la procedencia de imponer tal restauración, sino también cuando el procedimiento versa exclusivamente sobre la imposición de una sanción administrativa por una conducta que le ha irrogado daños particulares. Este interés determina que haya que reconocerle legitimación para personarse en el procedimiento, proponer pruebas, recurrir la resolución y, también, para recurrir, en su caso, la no iniciación del procedimiento relativo a la indemnización de los daños.

2.4.3.5 La prueba y liquidación de los daños

Como explicamos en el apartado destinado a tratar la repercusión de los costes del procedimiento sancionador, salvo que la prueba y liquidación de los daños sea necesaria para determinar la existencia de la infracción y la determinación de la sanción correspondiente, consideramos que lo correcto es que los daños y perjuicios se prueben y liquiden en el procedimiento complementario y posterior al sancionador al que se refiere el artículo 22 del RD 1398/1993. Se evita, de este modo, que los costes de prueba y liquidación devengan superfluos si la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador determina que el hecho no es constitutivo de infracción. En este sentido, nos parece que el modelo previsto en el Reglamento de Montes, que exige que, en el momento de denunciar, la víctima presente una liquidación de sus daños [art. 479 B) del Decreto 485/1962], a la que el demandado podrá oponerse (art. 485) y que, en caso de discrepancia, origina una nueva tasación por parte de la Administración (art. 485).

Lo más conveniente es, pues, que el consumidor pueda (al interponer la denuncia o al personarse en el procedimiento) solicitar la indemnización de los daños y perjuicios que le haya ocasionado la infracción sin que, para ello, tenga que aportar una liquidación de sus daños, ya que ello podría entrañar una carga gravosa para reclamar, de retorno incierto, pues existe el riesgo de que tales costes devengan inútiles si finalmente no tiene lugar la iniciación del procedimiento o si, aun tramitado el mismo, concluye con una resolución que no aprecie la existencia de infracción. En definitiva, consideramos que el consumidor se tiene que limitar a proponer, en el momento procedimental oportuno (y, en cualquier caso, en el procedimiento complementario subsiguiente al sancionador), la prueba pericial dirigida a cuantificar los daños y perjuicios que le ha ocasionado la infracción.

Ahora bien, el inconveniente que plantea esta opción es que, según después exponemos, no hay norma legal que permita que los costes invertidos por la Administración en la liquidación y tasación de los daños puedan ser exigidos al interesado en el procedimiento sancionador, en nuestro caso, ni siquiera al empresario infractor. Sobre ello volveremos.

2.4.3.6 Contradicción entre los interesados. Admisibilidad de excepciones y "reconvenciones" en vía administrativa

El empresario tiene que poder discutir cualquiera de los hechos relativos a la existencia de una lesión al interés privado del consumidor, sea la misma existencia de tal perjuicio, la procedencia de las medidas de restauración que, en su caso, se adopten, sea el montante de la indemnización que se haya propuesto por el órgano administrativo. De esta forma, el empresario podrá oponer todo tipo de excepciones que excluyan o reduzcan la obligación que se le pretende imponer. Podrá, por ejemplo, alegar que ya reparó el bien adquirido por el consumidor, que pagó total o parcialmente el importe reclamado, o que existe una sentencia civil firme sobre los mismos hechos (eficacia de la cosa

juzgada), o que el consumidor afectado ha interpuesto una demanda en vía civil (litispendencia), etc.

Lo que no creemos razonable es que se permita al empresario "reconvenir" contra el consumidor, esto es, formular pretensiones contra el consumidor, por mucha conexión que pudieran tener con los hechos cuya licitud se está cuestionando (cfr. art. 406 LEC). La razón de esta limitación es que la finalidad de la norma (el art. 48 TRLGDCU) es permitir que el procedimiento administrativo sancionador sirva para el resarcimiento de los daños causados al consumidor con ocasión de infracciones de consumo, pero no se trata de permitir lo propio con respecto a las pretensiones que el empresario tenga contra el consumidor afectado, pues en este último caso ya no concurren las razones de interés público que justifican la existencia de un mecanismo de tutela privilegiada de los intereses de los consumidores (cfr. art. 51 CE).

2.4.3.7 La "condena en costas" en vía administrativa

Uno de los más graves inconvenientes de la actual regulación sobre el procedimiento administrativo sancionador son los costes de la prueba y, más concretamente, la falta de una regulación lo suficientemente clara y adecuada sobre este extremo, pues no son pocas las ocasiones en que la determinación de la existencia de una infracción de consumo requerirá la práctica de costosos informes periciales. Por ejemplo, determinar si los defectos constructivos de un inmueble son o no constitutivos de un fraude en la garantía de bienes de consumo duradero, requerirá seguramente la práctica del correspondiente informe pericial elaborado por un técnico competente. Es, pues, extremadamente importante determinar quién va a pagar tales costes, pues de concluir que los mismos deben ser satisfechos por la Administración, entonces deberíamos plantear la posibilidad de una regulación que corrija esta carencia del sistema, pues es evidente que la posibilidad de que los daños particulares fueran resarcidos en vía administrativa sin coste para nadie –ni siquiera para el infractor– terminaría por asfixiar económicamente todo el sistema de protección pública de los consumidores. Si la controversia tuviera que dirimirse en sede judicial civil, tales costes serían internalizados por los litigantes conforme al principio de vencimiento (cfr. arts. 394 y ss. de la LEC). Veamos qué sucede en el procedimiento administrativo.

Conforme a lo establecido en la legislación estatal sobre procedimiento administrativo, el inicio de un procedimiento sancionador puede generar multitud de costes. De particular interés son los generados por las actuaciones realizadas de oficio por la Administración en diversos momentos del procedimiento, dirigidas a determinar la existencia de un hecho ilícito y sancionable. Así, antes del inicio del procedimiento, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación, es decir, encaminadas a fijar con precisión lo hechos, a

identificar a los posibles responsables y a determinar las circunstancias relevantes (art. 12.1 del RD 1398/1993). En segundo lugar, con posterioridad a la iniciación del procedimiento, el instructor deberá realizar de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción (art. 16.2 del RD 1398/1993). En tercer lugar, en cualquier procedimiento administrativo son admisibles todo tipo de pruebas, que pueden ser propuestas por los interesados y, en ciertos casos, acordadas de oficio por la Administración (cfr. art. 137.4 de la Ley 30/1992 y art. 17 del RD 1398/1993, en relación con el art. 80 de la Ley 30/1992). Por último, también es posible que antes de dictar resolución se acuerde la práctica de las actuaciones complementarias que sean indispensables para resolver el procedimiento (art. 20.1 del RD 1398/1993). Pues bien, la legislación estatal sobre el procedimiento administrativo se pronuncia con parquedad y cierta confusión sobre la cuestión de quién va a satisfacer los costes de tanta actividad probatoria. Sólo contamos con un precepto dedicado a este tema, el artículo 81.3 de la Ley 30/1992, conforme al cual: «*En los casos en que, a petición del interesado, deban efectuarse pruebas cuya realización implique gastos que no deba soportar la Administración, ésta podrá exigir el anticipo de los mismos, a reserva de la liquidación definitiva, una vez practicada la prueba (...)*».

El TS se ha encargado de precisar que la exigibilidad del anticipo está condicionada al requisito de que se trate de una prueba que haya sido solicitada por el interesado²⁸. La consecuencia evidente de ello es que no hay precepto alguno que permita que la Administración pueda recuperar los costes invertidos en la realización de actuaciones probatorias acordadas de oficio, y ello ni siquiera en aquellos casos en que, finalmente, el procedimiento culmine con una resolución sancionadora. Más aún, dado que el artículo 81.3 citado también exige que se trate de "gastos que no deba soportar la Administración", hay quien sostiene que deberán ser sustentadas económicamente por la Administración todas aquellas pruebas que tengan por finalidad directa la de contrarrestar o desvirtuar los hechos que la Administración considere probados, aunque tales pruebas hayan sido propuestas por los interesados²⁹. En nuestra opinión, el artículo 81.3 citado no está regulando qué costes probatorios corresponden a la Administración –obsérvese que ni siquiera indica cuáles puedan ser éstos- sino que, por el contrario, sólo está estableciendo los requisitos necesarios para que la Administración pueda exigir provisión de fondos antes de la práctica de una prueba que haya sido propuesta por el interesado. Y la correcta interpretación de la norma es que la Administración no podrá exigir provisión de fondos cuando se trate de pruebas que tengan por finalidad directa la de contrarrestar o desvirtuar los hechos que la Administración considere probados, y ello

²⁸ Aunque no se trataba de un procedimiento sancionador, cfr. STS cont. 28 noviembre 2001 (RJ 2002\5402).

²⁹ Así lo estima GARBERÍ LLOGREGAT, *El procedimiento administrativo sancionador*, cit., pgs. 612 y 613.

tanto si se realizan de oficio por la Administración o si son propuestas por el interesado. La razón de ello es que, como correctamente se ha observado³⁰, permitir que las pruebas propuestas por el interesado facultaran a la Administración a exigir la provisión de fondos conduciría a que al inculpado en un procedimiento administrativo le fuera económicamente costoso acreditar su inocencia, consecuencia que es inaceptable. Concluimos, pues, que salvo la posibilidad de pedir provisión de fondos, nada establece el artículo 81.3 de la Ley 30/1992 (ni ninguna otra norma reguladora del procedimiento administrativo común) sobre a quién debe corresponder el pago de los costes de la prueba practicada. Pues bien, en nuestra opinión urge una reforma sobre este extremo, pues incluso aunque el procedimiento sancionador no permitiera una restitución de los intereses particulares dañados por el infractor, queda sin justificar por qué los costes de la prueba no son satisfechos por el infractor que haya sido sancionado y, particularmente, si fue él quien propuso la prueba. Obsérvese que la situación legal actual no permite imponer tales costes ni siquiera en los casos en que el interesado ha actuado con temeridad. Consideramos que, al igual que sucede en todo tipo de procedimiento judicial, el procedimiento administrativo debería posibilitar la imposición de costas conforme a los criterios tradicionales de imposición (singularmente, el de vencimiento). Pues una cosa es que antes de que se dicte resolución sancionadora no pueda pedirse al interesado inculpado anticipo de ningún tipo -como impide el artículo 81.3 de la Ley 30/1992, con el fin de no menoscabar el derecho de defensa- y otra muy distinta que los costes de la prueba no puedan exigirse después de dictarse la correspondiente resolución sancionadora.

Las exiguas reglas expuestas sobre costes probatorios son aplicables a las pruebas propuestas en el procedimiento propiamente sancionador, pero no hay reglas específicas aplicables a la parte indemnizatoria del procedimiento (o al procedimiento complementario que, en su caso, se incoe). Sobre el contenido de la reforma legal que proponemos en materia de costas en el procedimiento administrativo, cfr. más adelante el epígrafe 4.3.

2.4.3.8 Eficacia de la resolución sancionadora y de la resolución recaída en el procedimiento complementario destinado a fijar la cuantía de la indemnización

Los artículos 130.2 Ley 30/1992 y 48 TRLGDCU omiten referirse a los efectos que deba tener la resolución administrativa que impone las medidas de restauración del interés lesionado privado del consumidor. Estas disposiciones sólo expresan que, desatendido la orden de la Administración, "queda expedita la vía judicial correspondiente". No nos parece que la norma esté afirmando la eficacia ejecutiva de la resolución relativa a los daños, antes al contrario, pues el único efecto que se prevé en el acceso a la vía jurisdiccional, en los términos que veremos.

³⁰ GARBERÍ, cit., pg. 613.

Creemos, por tanto, que la norma no determina la ejecutividad de la resolución sobre daños, todo ello sin perjuicio de que las normas de desarrollo correspondientes puedan disponerlo así. Es lo que sucedió con los daños causados a bienes de la Administración, donde el artículo 22 del RD 1398/1993 determinó que resolución sobre los daños tiene eficacia ejecutiva. Lo mismo han hecho algunas CCAA en el desarrollo de su competencia de consumo³¹.

2.4.3.9 Jurisdicción competente para recurrir la resolución administrativa que resuelve sobre la restauración del interés privado del consumidor

Al igual que el artículo 130.2 Ley 30/1992, el artículo 48 TRLGDCU dispone que la falta de cumplimiento del infractor de la medida de restauración del interés del consumidor que haya sido ordenada por la Administración deja expedita la vía judicial. No aclara la norma cuál es la jurisdicción a la que se refiere, ni tampoco especifica dónde ha de recurrirse el acto administrativo que resuelve sobre tales medidas.

En primer lugar, nos parece evidente que, como todo acto administrativo que pone fin a la vía administrativa, el mismo ha de ser susceptible de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Luego, sea cual sea el sentido de la resolución, la misma podrá ser recurrida por los interesados (sea el consumidor o el empresario) ante la jurisdicción contenciosa.

Éste nos parece el sentido más probable de la norma, menos incongruente con el régimen jurídico del procedimiento administrativo que considerar que la norma se refiere a la jurisdicción civil y, por tanto, a la posibilidad de que la disputa se resuelva en un procedimiento civil, pues esta posibilidad ya resulta del derecho constitucional de defensa (art. 24 CE), que no nos parece que el artículo 48 TRLGDCU quiera limitar, y sobre todo porque esta interpretación –que residencia la continuación de la disputa en sede jurisdiccional civil- presupone la falta de recurribilidad en sede contenciosa del acto administrativo que resuelve sobre las medidas de restauración del interés privado del consumidor, presuposición que no nos parece justificada ante un tenor tan oscuro de la norma.

2.4.3.10 Litispendencia y cosa juzgada en vía administrativa y civil

El planteamiento de denuncias ante la Administración o la incoación de un procedimiento administrativo no tiene el efecto de producir *litispendencia*, lo que sólo sucede con la interposición de demandas (art. 410 LEC) y, además, siempre que existan las coincidencias objetivas y subjetivas de la cosa juzgada, esto es, que se trate de pretensiones similares y que el procedimiento se dé entre las mismas personas. Así las cosas, se plantean las siguientes cuestiones:

³¹ Así, por ejemplo, el artículo 88 de la Ley de Aragón 16/2006.

- 1º. Aunque el objeto del procedimiento administrativo y el del eventual juicio civil no coincidan –pues es evidente que en el procedimiento administrativo se decide principalmente sobre la infracción- lo cierto es que, de admitirse la posibilidad de liquidar daños particulares en el procedimiento administrativo sancionador, sí que existiría una coincidencia parcial entre ambos procedimientos.
- 2º. Como hemos indicado, no existe en la LEC forma alguna de oponer litispendencia por el hecho de que la pretensión esgrimida por el consumidor haya sido planteada en vía administrativa. Es más, la legislación procesal constituye una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6ª CE), por lo que *las CCAA no pueden establecer normas que permitan oponer la excepción de litispendencia en un juicio civil.*
- 3º. No obstante, con lo anterior no está dicho que las CCAA no puedan establecer normas de procedimiento administrativo de consumo en las que se disponga que, de plantearse una demanda civil por los mismos hechos, sea antes o después del inicio del procedimiento administrativo, se entenderá que el consumidor renuncia a la exigencia de los daños en vía administrativa, de tal forma que el procedimiento administrativo termine por resolución que no contenga pronunciamiento alguno relativo a los daños alegados. Esta regla se ha adoptado en el artículo 44.2 de la Ley de Castilla-La Mancha 11/2005, que ordena a la Administración inhibirse cuando coste, antes o durante el procedimiento, que una de las partes en conflicto ha interpuesto la correspondiente acción judicial para la defensa de sus derechos.

Similares problemas se plantean en relación con la *cosa juzgada*, pues tampoco prevé la legislación procesal civil que lo resuelto en vía administrativa constituya cosa juzgada en vía civil, ya que este efecto sólo lo despliegan las sentencias (cfr. art. 207.4 LEC). Ello significa que lo resuelto en vía administrativa no vincula al Juez civil –aunque pueda servir de prueba de los hechos alegados- y, además, que la existencia de una previa resolución sancionadora que, supongamos, contenga pronunciamiento sobre los daños causados al consumidor, no impide tampoco la posibilidad de entablar una demanda en vía civil por los mismos hechos. Hay que distinguir las siguientes situaciones:

- A) En un primer caso, el consumidor ha obtenido una resolución administrativa que le reconoce el derecho a una cierta indemnización pero, sin embargo, entabla una demanda en vía civil por los mismos daños. Como la resolución administrativa, aunque sea firme, no tiene eficacia de cosa juzgada en vía civil, el consumidor puede entablar una demanda civil, pero en tal caso, el empresario demandado podrá alegar que la pretensión esgrimida por el consumidor ha sido satisfecha en vía administrativa y, por tanto, nada debe. De esta forma, si el importe de los daños liquidados en vía civil corresponde con lo que fue reconocido al consumidor en la resolución sancionadora, entonces nada deberá el empresario que oponga en tiempo y forma la correspondiente excepción. Por el

contrario, si el importe de la liquidación de los daños que se efectúe en vía civil es superior a lo reconocido en vía administrativa, el empresario será deudor por la diferencia.

- B) En un segundo caso, el consumidor no ha obtenido nada en vía administrativa y plantea una demanda civil. En este supuesto hay que proceder como en el caso anterior. La resolución administrativa no tiene eficacia de cosa juzgada en vía civil, por lo que ninguna virtualidad tiene en vía civil el contenido de la resolución que determine la improcedencia de la indemnización reclamada. De esta forma, si prospera la demanda en vía civil, el empresario será deudor por el importe que se fije en la sentencia.
- C) Por último, supongamos que es el empresario quien, tras ser condenado en vía administrativa a pagar al consumidor, pretende que la indemnización es improcedente, y en lugar de impugnar la resolución administrativa en vía contencioso-administrativa, entabla un juicio ordinario en el que pide que se declare que no existió daño al consumidor, o que el mismo no es indemnizable y que se restituya lo indebidamente cobrado en vía administrativa. Ningún problema plantea esta hipótesis, ya que nuevamente la resolución administrativa carece de eficacia de cosa juzgada en vía civil, por lo que, de prosperar la acción entablada por el empresario, el consumidor será deudor por la cifra que cobrara, en su caso, en vía administrativa.

3. EL DESARROLLO AUTONÓMICO DE LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 48 TRLGDCU

3.1. Conveniencia de un desarrollo normativo

En las páginas anteriores hemos indicado algunos problemas que plantea la regulación vigente sobre la reposición de los intereses privados de los consumidores en el seno del procedimiento sancionador de consumo. El más acuciante es la inexistencia de una normativa que en todo caso permita a la Administración repercutir sobre los interesados los costes y gastos en los que se haya incurrido durante la sustanciación del procedimiento. A diferencia de lo que sucede en un juicio civil, donde las costas y gastos del proceso (honorarios de abogados y procuradores, costes de anuncios o edictos, derechos de peritos, costes de expedición de copias, certificaciones, etc., cfr. art. 241.1 LEC) son satisfechos por lo litigantes, generalmente de acuerdo con el principio de vencimiento (cfr. arts. 394 y ss. de la LEC), en el procedimiento administrativo no es posible imponer una condena de este tipo, de tal forma que los gastos del procedimiento administrativo son satisfechos con recursos públicos. Obsérvese que aunque en el procedimiento administrativo no es preceptiva la intervención de abogado y procurador, sin embargo, pueden existir gastos periciales de importancia, pues en este procedimiento son admisibles todo tipo de pruebas (cfr. arts. 137.4 Ley 30/1992 y 17 del RD 1398/1993). De no ser posible que los costes y gastos del procedimiento administrativo sean internalizados por los

interesados, el sistema público de protección de los consumidores está abocado al fracaso no sólo por el incremento del déficit que ello supondría, sino sobre todo porque *carece de justificación que con dinero público se satisfagan unos costes probatorios que en vía civil serían asumidos por los litigantes*. Obsérvese que si no cabe una condena en costas en sede administrativa, a los infractores les saldrá más barato reponer el interés el consumidor en vía administrativa, donde finalmente pagarán los contribuyentes, que en vía civil. Incluso es posible que algunos consumidores tengan incentivos para hacer reclamaciones infundadas en vía administrativa, pues finalmente tampoco ellos pagan los costes y gastos ocasionados durante el procedimiento.

Una segunda carencia del sistema actual es la falta de regulación sobre los efectos que la reclamación en vía administrativa deba tener en vía civil y a la inversa, tanto durante la pendency de los procedimientos respectivos como con posterioridad. Se trata, en definitiva, de evitar pronunciamientos contradictorios sobre la misma realidad fáctica: la existencia de lesión de los intereses de los consumidores y su restauración.

El objeto de las páginas que siguen es determinar en qué medida las CCAA disponen de las competencias necesarias para regular sobre ambos extremos. Más exactamente, se trataría de establecer si tal regulación constituiría una materia reservada al Estado por el artículo 149.1.18º CE o si, por el contrario, debe ser adscrita a la competencia del legislador sectorial competente en materia de consumo (o de vivienda, turismo, etc.). Finalmente, habría que determinar también los límites en que las CCAA pueden establecer normas dirigidas a evitar duplicidades procedimentales (administrativa y civil).

3.2. Título competencial relevante: competencia legislativa sobre procedimientos administrativos especiales frente a competencia sobre consumo y comercio

Es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que la competencia exclusiva sobre consumo y comercio no puede ser utilizada para desvirtuar y vaciar de contenido otras normas competenciales a favor del Estado. Y ello no sólo porque el Derecho de consumo sea una materia de contenido pluridisciplinar (SSTC 71/1982, 15/1989) o esté sujeta a diversos límites constitucionales, pues ello sucede con muchas otras competencias (cfr. STC 88/1986). El problema real es que el Derecho de Consumo constituye una competencia definida exclusivamente en función del *fin de protección de los consumidores*; y esta competencia cede siempre ante otros títulos que el TC considere más específicos (cfr. SSTC 225/1993, 228/1993, 264/1993, 283/1993). En otras palabras, el fin de protección de los consumidores puede ser realizado de múltiples formas, y no todas ellas son de exclusiva titularidad estatal o autonómica (cfr. STC 88/1986), siendo así que el conflicto entre fin normativo y reserva estatal determina siempre la competencia estatal (sin ir más lejos es lo que sucedió en la STC 15/1989, sobre la LGDCU). En definitiva, la competencia sobre consumo y comercio no es la única competencia relevante a la hora de determinar qué título

competencial habilita para disponer un régimen legal que imponga una restitución interprivados en el seno de un procedimiento administrativo sancionador. Para responder esta cuestión, hay que tener en cuenta los siguientes aspectos:

En primer lugar, el Estado ostenta competencia exclusiva sobre el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las CCAA (art. 149.1.18ª CE). El TC se ha encargado de precisar que la competencia estatal sobre el procedimiento administrativo común es íntegramente exclusiva del Estado, sin que, a diferencia de lo que sucede con el régimen jurídico de las Administraciones públicas, esté reservada al Estado sólo la competencia para el establecimiento de las bases (STC 23/1993). En definitiva, "el procedimiento administrativo común es una competencia exclusiva del Estado, no reducida al establecimiento de bases o normas básicas" (STC 23/1993). Esto significa que *las CCAA no pueden establecer normas que pretendan regular el procedimiento administrativo común, por lo que tampoco pueden regular el procedimiento sancionador común o general*. El TC ha entendido que el hecho de que el procedimiento sea común se justifica en la necesidad de que las garantías establecidas en esta regulación jueguen por igual para todos los administrados (SSTC 227/1988, 23/1993, 50/1999).

Ahora bien, la existencia de un monopolio estatal sobre la legislación relativa al procedimiento administrativo común no impide que las CCAA puedan establecer regulaciones especiales sobre el procedimiento administrativo. El art. 149.1.18ª CE atribuye a las CCAA competencia para el establecimiento de normas autonómicas sobre procedimiento administrativo cuando así lo exijan las especialidades derivadas de la propia organización autonómica. Descartando una interpretación estricta de la excepción, el TC ha procedido a reconocer un espacio regulatorio propio a las CCAA fundado no en necesidades derivadas de la organización autonómica, sino en el simple hecho de la especialidad del procedimiento *por razón de la materia*. Así, en la STC 17/1990 el TC entendió que "por razón de la materia pueden regularse y, por tanto, añadirse reglas especiales de procedimiento aplicables al desarrollo de cada tipo de actividad administrativa, lo cual no está constitucionalmente reservado al Estado, sino que, como ya se dijera también en la STC 227/1988, de 29 de noviembre (FJ 32), hay que entender que ésta es una competencia conexas a la que, respectivamente, el Estado o las CCAA ostenten para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración". Este planteamiento es tremendamente interesante a los efectos que estamos considerando en este trabajo, pues entonces *basta que las CCAA dispongan de competencias sobre un sector del Ordenamiento (por ejemplo, el Derecho de Consumo), para que puedan establecer un procedimiento administrativo sancionador de consumo, regulación que, sin embargo, habrá de respetar las normas estatales sobre el procedimiento administrativo común*. Así ha concluido también el TC: "cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta incumbe también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a

ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias" (SSTC 227/1988 y 98/2001). Todo lo anterior permite concluir lo siguiente:

1º. *Las CCAA no pueden regular sobre el procedimiento administrativo común*, adjetivo que ha de ir referido particularmente a las normas reguladoras del procedimiento que afectan a la esfera de derecho e intereses de los administrados, pues el objetivo fundamental de la reserva competencial del artículo 149.1.18 CE es garantizar que los administrados tengan un tratamiento común ante las Administraciones públicas (STC 50/1999). Habría que entender, pues, que las CCAA no pueden establecer un régimen general sobre el procedimiento administrativo sancionador que esté en contradicción con el régimen común establecido en la Ley 30/1992. Ello significa que ninguna CA puede establecer un régimen general sobre el procedimiento administrativo sancionador (por más que alguna lo haya hecho, como sucede con el País Vasco, que dispone de su propia Ley sobre potestad sancionadora de las Administraciones públicas: Ley 2/1998, de 20 febrero).

2º. Pero *las CCAA sí pueden regular sobre los procedimientos administrativos relacionados con materias de su competencia*, como es, por ejemplo, la de consumo.

3º. El establecimiento de procedimientos administrativos autonómicos por razón de la materia debe *respetar la normativa sobre el procedimiento administrativo común emanada del Estado*. Evidentemente, el hecho de que las CCAA regulen el restablecimiento del interés privado lesionado del consumidor como consecuencia de una infracción de consumo no es de por sí una regulación contraria a la regulación sobre el procedimiento administrativo común contenida en la Ley 30/1992 (cfr. su art. 130.2).

4º. Es más, el criterio sostenido por el TC a la hora de fijar los límites en que puede producirse una regulación autonómica sobre el procedimiento administrativo, abre nuevas perspectivas sobre el problema que nos ocupa, pues ahora es lícito atender a las normas estatales que, en determinados sectores del Ordenamiento, han previsto una regulación especial del procedimiento administrativo que no estaba prevista en la regulación general sobre el procedimiento administrativo común. El argumento es el siguiente: si el Estado, como legislador sectorial competente en materia de de que se trate pudo establecer semejante regulación, ¿por qué no va a poder hacer lo propio el legislador competente en materia de consumo, que es el autonómico?

3.3. La condena en las costas y gastos causados en el procedimiento: los límites derivados de la Ley 30/1992

¿Es posible una regulación autonómica que permita imponer los costes del procedimiento administrativo a los interesados? Consideramos que sería muy conveniente establecer un sistema legal que permitiera que en el procedimiento sancionador de consumo la Administración pudiera pretender

el cobro (por parte del infractor) de los costes de la prueba practicada de oficio o a instancia de los interesados en aquellos casos en que el procedimiento termine con una resolución sancionadora. Ahora bien, si el procedimiento termina con una resolución en la que no se determina la existencia de infracción alguna, entonces los costes de la prueba deberían ser soportados de la forma siguiente: en primer lugar, la Administración debería soportar todos los costes de las pruebas que fueran adecuadas para la determinación de los hechos y posibles responsabilidades, y ello con independencia de quién las propusiera o de si se acordaron de oficio. En segundo lugar, en caso de resolución no sancionadora, el consumidor debería soportar las pruebas por él propuestas que no estuvieran encaminadas a determinar los hechos y responsabilidades, sino a valorar el importe de su propio daño. Por ejemplo, si el procedimiento se hubiera iniciado por un supuesto incumplimiento de los deberes de garantía de bienes de consumo duradero y culmina con una resolución sancionadora, se impondrían al infractor sancionado todos los costes probatorios. Pero si la resolución no aprecia la existencia de infracción, entonces serán de cargo de la Administración todas las pruebas periciales dirigidas a determinar la causa de los defectos constructivos, en la medida en que las mismas están encaminadas a determinar los hechos y las posibles responsabilidades; por el contrario, serían a cargo del consumidor interesado en el procedimiento las pruebas periciales dirigidas a determinar el coste de reparación o subsanación del defecto constructivo, pues se trata de pruebas que no pueden alterar la resolución final a favor del presunto responsable. Por ello, para evitar que el consumidor pueda incurrir en costosas pruebas que tal vez resulten superfluas, sería conveniente que se instaurase el modelo del *proceso complementario* previsto en el artículo 22 del RD 1398/1993, conforme al cual si la cuantía de la indemnización no ha quedado determinada durante el procedimiento sancionador, entonces la misma se determinará mediante un proceso complementario.

Ahora bien, pese a lo conveniente que sería esta regulación sobre la imposición de costas y gastos, no creemos, sin embargo, que las CCAA puedan establecerla como regulación propia en procedimientos sectoriales de su competencia, como es el de consumo, pues estimamos que ello constituye una regulación que afecta a los administrados y que debe ser objeto de un tratamiento unitario en toda clase de procedimientos. Consideramos que se trata de un extremo que constituye régimen común del procedimiento administrativo y, por tanto, sólo puede ser regulado por el Estado.

Ahora bien, si bien las CCAA no pueden adoptar una regulación sobre la imposición de las costas causadas en el procedimiento administrativo, lo que sí pueden hacer en la parte del procedimiento relativa a los daños es operar conforme a la regla *in incertis*: dado que, como antes dijimos, la Administración se ocupa de los daños y perjuicios bien porque el consumidor denunció o porque se personó en el procedimiento, en tal caso, la prueba que proponga el consumidor debe pagarla él o, mejor, aportarla él como documento pericial, notarial, etc. Igual ocurre con el empresario. La regla es, pues, que cada particular paga lo suyo, que es lo que sucede *in incertis*

y, como decimos, sin la existencia de una regla de vencimiento en materia de costas en el procedimiento administrativo, que la Administración autonómica no puede adoptar por tratarse de una materia reservada al Estado.

3.4. La litispendencia y la cosa juzgada en vía administrativa y civil: los límites derivados de la LEC

La introducción en nuestro Ordenamiento de un modelo normativo que permitiera una restitución interprivados en el seno de un procedimiento administrativo sancionador de consumo determinaría, lógicamente, la posibilidad de conseguir un resarcimiento en vía administrativa, sin necesidad de acudir a la vía judicial civil. Se trataría, pues, de un modelo alternativo y distinto del juicio civil, razón por la cual no existen en la LEC limitaciones a la hora de implantar el modelo considerado. El principal problema no es la regulación procesal civil sino, precisamente, la duplicidad de vías procedimentales y los efectos que la iniciación o terminación de uno de ellos debiera tener sobre el otro.

En relación con ello, hay que tener en cuenta que la legislación procesal constituye una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6ª CE), por lo que *las CCAA no pueden establecer normas que permitan oponer la excepción de litispendencia en un juicio civil. Por las mismas razones, tampoco cabe una regulación autonómica sobre la cosa juzgada en vía civil.* No obstante, todo ello no impide estimar que las CCAA puedan determinar que el órgano administrativo deba inhibirse cuando se plantee una demanda civil por los mismos hechos.

3.5. Contenido de las medidas de restauración del interés privado lesionado

El artículo 48 TRLGDCU permite exigir 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. Es preciso determinar si la aplicación de la norma requiere que la misma sea previamente concretada por el legislador autonómico, estableciendo supuestos concretos en los que se pueda adoptar esta medida de restauración. Algunas CCAA así lo han considerado, concretando supuestos específicos donde sería procedente la restitución de la situación alterada, así como las medidas de restauración correspondientes³². En nuestra opinión, esta determinación no es necesaria, pues, por un lado, los amplios términos que se utilizan en el artículo 48 TRLGDCU permiten entender comprendida en su ámbito de aplicación la restauración de cualquier interés que haya podido ser menoscabado con ocasión de la infracción de consumo. Por otra

³² Es el caso de Aragón, en el artículo 87.2 de la ley 16/2006: en concreto, esta disposición determina que en las infracciones relativas al corte de suministro de servicios de tracto sucesivo, se impondrá como medida de restitución la reanudación inmediata del servicio; similar restauración en el caso de daños causados al medio ambiente. Finalmente, el precepto remite a las medidas que se regulen reglamentariamente.

parte, en cuando al régimen aplicable a la pretensión de reposición de la situación alterada, a los daños indemnizables y a su valoración, consideramos que ha de atenderse al régimen de responsabilidad sustantivo establecido en el Código Civil (arts. 1101 y ss. y 1124)³³ y en la legislación de consumo.

4. CONCLUSIONES

- 1º. Existen muchas normas sectoriales que facultan a la Administración para proceder en el seno de un procedimiento administrativo a una restitución entre particulares de los daños causados.
- 2º. Si bien la posibilidad de que los daños causados a los consumidores sean restituidos por el empresario en el seno del procedimiento administrativo sancionador de consumo supondrá un coste adicional para la Administración, este coste será menor que la suma de todos los costes que tendrían que afrontar los consumidores. De hecho, obsérvese que, en cualquier caso, y aunque no haya restitución interprivada de los daños, la Administración deberá incoar el procedimiento sancionador. Piénsese también que, en muchos casos, el montante de los daños causados deberá ser fijado en el curso del procedimiento con el fin de graduar correctamente la sanción.
- 3º. La posibilidad de restitución interprivados en el seno del procedimiento administrativo de consumo es altamente conveniente para que el sistema legal sea capaz de satisfacer las exigencias y expectativas legítimas que los consumidores puedan haber puesto en el compromiso de las Administraciones públicas en la tutela de los intereses. En la actualidad, la situación resulta frustrante para muchos consumidores quienes, pese a interponer la correspondiente denuncia, no comprenden que no van a poder cobrar nada en vía administrativa.
- 4º. La competencia del artículo 48 TRLGDCU es de ejercicio discrecional por parte de la Administración, que goza de un margen de discrecionalidad dentro de la razonabilidad para adoptar las medidas correspondientes. No será razonable su adopción cuando las posibilidades de éxito sean escasas o los costes de determinación del daño indemnizable sean muy altos o que, de hecho, por la naturaleza del conflicto, se pueda lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes o de terceros. En definitiva, no existe un derecho público subjetivo al procedimiento del artículo 48 TRLGDCU, sino que se trata de una potestad de ejercicio discrecional atendidos los beneficios para el interés público (protección constitucional de los consumidores como colectivo) que se deriven de su ejercicio, lo que sin duda ocurre en aquellos supuestos en los que exista una pluralidad de consumidores afectados, así como cuando se prevea que no habrá dificultades onerosas de pruebas ni previsión de costes excesivos.
- 5º. El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, comprendida también la parte del mismo relativa a los daños causados al consumidor.

³³ Cfr. PEÑA LÓPEZ, "La indemnización por los daños y perjuicios causados al consumidor en el seno del procedimiento administrativo sancionador", *Aranzadi Civil* 17 (2007).

Ahora bien, para que sea procedente el ejercicio de la potestad establecida en el artículo 48 TRLGDCU es necesario que el consumidor haya denunciado, o que se haya personado en el procedimiento y siempre que, en ambos casos, no se haya iniciado (por demanda del consumidor o del empresario) un procedimiento civil que tenga por objeto la restauración del interés privado del consumidor.

- 6º. El consumidor perjudicado por una infracción de consumo puede tener la condición de interesado en el procedimiento administrativo y, por tanto, ejercitar todas las facultades que la legislación sobre procedimiento administrativo confiere a los interesados. También puede denunciar la no iniciación de procedimiento administrativo sancionador o, en su caso, la no sustanciación dentro del mismo de las indemnizaciones y restauración a las que se refiere el artículo 48 TRLGDCU.
- 7º. Si bien las CCAA no son competentes para establecer normas generales sobre el procedimiento administrativo común, sin embargo, sí pueden establecer normas de procedimiento en materias de su competencia, como sucede con el consumo y el comercio, siempre que, al hacerlo, respeten la legislación estatal sobre procedimiento administrativo.
- 8º. Los artículos 130.2 Ley 30/1992 y 48 TRLGDCU prevén la posibilidad de que la Administración pueda imponer al infractor la obligación de restaurar el interés del consumidor que ha sido lesionado con ocasión de una infracción.
- 9º. No establecen estas normas que la resolución administrativa que resuelve sobre el interés privado del consumidor, y que pone fin a la vía administrativa, goce de la ejecutividad propia de los actos administrativos. No obstante, esta decisión puede ser adoptada por el legislador competente para desarrollar esta previsión legal que, en el ámbito del Derecho de consumo, es el autonómico.
- 10º. El incumplimiento de la orden de restauración no impedirá que el consumidor o el empresario puedan iniciar un procedimiento civil donde lo resuelto en vía administrativa carecerá de eficacia juzgada. Lo mismo sucederá con la resolución administrativa que aprecie la inexistencia de daño alguno resarcible. Realmente, las incertidumbres sobre lo que después pueda pasar en vía civil no son una incumbencia que deba lastrar la actuación administrativa. Pasa en muchos sectores de conflicto. Por tanto, la incertidumbre sobre estos extremos no debe inhibir de actuar.
- 11º. Además, como toda resolución administrativa, la misma es recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa por los interesados, tanto por el consumidor como por el empresario.
- 12º. Los problemas de litispendencia y de eficacia de la cosa juzgada que plantearía la existencia de dos vías procedimentales aptas para obtener la restitución de los daños no pueden ser resueltos por los Legisladores autonómicos mediante una modificación de la LEC o mediante el establecimiento de normas sobre procedimiento civil, pues las CCAA carecen de competencia para legislar sobre el procedimiento civil, que es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6ª CE). Para no dar problemas de litispendencia y conflictos de jurisdicción, ha de establecerse que la

Administración de consumo debe inhibirse del procedimiento iniciado si el consumidor o el empresario presenta una demanda civil.

- 13º. Salvo que su liquidación sea necesaria para determinar la existencia de la infracción y su sanción, los daños y perjuicios deben liquidarse en un procedimiento complementario y posterior al sancionador, pues se evita con ello que los costes de liquidación devengan superfluos si la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador determina que los hechos no son constitutivos de infracción.
- 14º. El consumidor que solicita (en la denuncia o en después de su personación en el procedimiento) la indemnización de sus daños y perjuicios puede aportar la prueba (pericial, documental) que estime correspondiente y lo propio puede hacer el empresario. Los costes de estas pruebas no pueden ser impuestos por la Administración a ninguna de las partes y son asumidos por quien los cause.
- 15º. Debe admitirse que el empresario inculpado en el procedimiento sancionador pueda oponer al consumidor todas aquellas excepciones que excluyan o reduzcan el importe de la obligación de indemnizar. Sin embargo, no debe admitirse que el empresario pueda reconvenir contra el consumidor.
- 16º. No es preciso concretar los supuestos en los que deban aplicarse las medidas restauradoras previstas en el artículo 48 TRLGDCU, ni tampoco es necesario establecer un régimen específico para la pretensión de reposición y de indemnización de daños y perjuicios, pues ha de aplicarse el régimen establecido en el Código civil (arts. 1101 y ss. y 1124) y en la legislación de consumo.