

LA INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DEL NUEVO DERECHO EUROPEO PARA LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO¹

Fernando Esteban de la Rosa²

INTRODUCCIÓN: PRINCIPALES NOVEDADES DEL NUEVO DERECHO EUROPEO

Con la adopción el pasado 21 de mayo de 2013 de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo (en adelante DRAL) y del Reglamento 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (en adelante RRL) ³ el legislador europeo ha hecho una importante apuesta a favor del desarrollo y cualificación de los sistemas de resolución de litigios de consumo de los Estados miembros. De ellos se espera que coadyuven a promover la confianza de los consumidores, necesaria para dinamizar e impulsar la contratación de consumo, especialmente la que tiene lugar por medios electrónicos. De paso, se pretende dar una respuesta europea al problema secular de la falta de acceso real a la justicia cuando los litigios son de escasa cuantía. La creación, en virtud del RRL, de una plataforma para la canalización en línea de las reclamaciones de consumo es, sin duda, una de las innovaciones más significativas del nuevo marco regulador europeo. Pero el alcance de las modificaciones propuestas es mayor. Para dar efectividad a esta puesta en línea, la DRAL exige de los Estados que garanticen la disponibilidad para los consumidores de entidades de resolución alternativa de litigios a fin de hacer posible dar cobertura geográfica completa, por esa clase de entidades, a los litigios que quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho europeo. A su vez, las entidades que ofrezcan esta cobertura se verán sometidas al cumplimiento de determinadas condiciones, y las reglas de procedimiento que apliquen habrán también de respetar determinadas exigencias mínimas de calidad, tal y como se contempla en los artículos 6 a 11 DRAL.

Pero el nuevo marco normativo contiene más elementos: cada Estado debe designar a las autoridades que se ocuparán, en conformidad con el art. 18 DRAL, de recibir las solicitudes de acreditación y de conceder el marchamo europeo a las entidades de resolución alternativa de litigios de consumo establecidas en el país que cumplan con los requisitos de la DRAL, así como de supervisar el cumplimiento de las condiciones establecidas y, en su caso, de retirar la acreditación concedida una vez verificado que una entidad ha dejado de cumplir con ellas; será preciso adaptar

¹ Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D del Subprograma de Generación de Conocimiento, Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia DER2014-56742-P, titulado “La adaptación de la legislación española al nuevo Derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, del que es investigador principal el Dr. Fernando Esteban de la Rosa.

² Profesor Titular del Departamento de Derecho Internacional Privado e Historia del Derecho – Doctor por la Universidad de Granada. Contacto e correo electrónico: http://www.ugr.es/~festeban/enlaces_comercio.htm - festeban@ugr.es

³ DOUE L 165/1 de 18 de junio de 2013.

el régimen de la caducidad y prescripción a fin de que el ejercicio de acciones judiciales no quede impedido, por el transcurso del tiempo, cuando se ha hecho recurso a procedimientos de resolución alternativa con resultado no vinculante (art. 12 DRAL); como una de las innovaciones más significativas, a fin de promover el recurso a las entidades alternativas de resolución de litigios, se establece la obligación de los empresarios de informar a los consumidores acerca de las entidades de resolución alternativa existentes y que puedan conocer de los litigios en su sector de actividad, incluso aunque no estén adheridos a tales entidades RAL o no tengan obligación de participar (art. 13 DRAL); los Estados deben establecer puntos de asistencia especial a los consumidores para canalizar las reclamaciones de carácter transfronterizo (art. 14 DRAL); por último, el Derecho europeo pretende que se promueva lo más posible el conocimiento por los consumidores de la lista de entidades de resolución alternativa de litigios que cuenten con la marca europea (art. 15 DRAL), la cooperación e intercambio de experiencias entre entidades de resolución alternativa (art. 16 DRAL) así como la cooperación entre entidades de resolución alternativa y autoridades nacionales encargadas de la aplicación de las normas europeas de protección de los consumidores (art. 17 DRAL). En la formulación que se hace de ciertos principios formulados, la DRAL toma en consideración de forma estrecha el acervo europeo contenido en las decisiones del TJUE recaídas sobre las temáticas cuya regulación se aborda. El conocimiento de este acervo resulta imprescindible para descubrir los márgenes con que cada Estado contará para la transposición del Derecho europeo.

Los Estados miembros disponían hasta el pasado 9 de julio de 2015 para poner en vigor las medidas legislativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva RAL. Aunque pocos Estados tuvieron su transposición en el tiempo establecido, en la actualidad España se encuentra en el grupo reducido de Estados miembros que todavía no han incorporado a su legislación las medidas necesarias para cumplir con los mandatos de la Directiva RAL. A día de hoy, además, todavía faltan las transposiciones de Croacia, Luxemburgo, Polonia y Rumanía.

La transposición de la Directiva RAL dio comienzo con la Ley 3/2014 de 27 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, a través de la cual se modificó el artículo 57.4 de ese texto para dar cumplimiento únicamente a lo dispuesto por el artículo 10 Directiva RAL relativo a la proclamación del principio de libertad como garantía jurídica para el consumidor respecto de un procedimiento ante una entidad RAL. Para la transposición del grueso de las disposiciones de la Directiva RAL el 17 de abril de 2015 fue presentado un Anteproyecto de ley de resolución alternativa de litigios de consumo por el Ministerio de Salud, Servicios Sociales e Igualdad. Este texto fue remitido para ser informado por diferentes órganos del Estado como, entre otros, el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Económico y Social o la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, así como también por otras instituciones interesadas en el funcionamiento de la resolución alternativa de litigios de consumo, como el Consejo de Consumidores y Usuarios así como diversas asociaciones de consumidores. La difícil situación parlamentaria y de bloqueo político que atraviesa España desde diciembre de 2015 ha impedido hasta ahora que prosiga la tramitación de esta ley.

En la mayoría de los sistemas de los Estados miembros, la incorporación de la Directiva ha tenido por finalidad implantar las innovaciones del Derecho europeo

preservando, en mayor o menor medida, los esfuerzos hasta ahora realizados. Esto ha sido posible como consecuencia de los márgenes muy amplios que la Directiva RAL y el Reglamento RLL conceden a los Estados para su desarrollo. Desde esta perspectiva, ambos instrumentos vienen informados por un principio de respeto a la cultura jurídica y tradiciones de los diferentes Estados miembros, limitando las exigencias que contienen a lo indispensable para lograr la integración y el correcto funcionamiento del mercado interior.

Aunque el uso de la Plataforma fue abierto al público el 15 de febrero de 2016, sus funcionalidades se encuentran limitadas en los Estados que, como España, todavía no han llevado a cabo la transposición de la Directiva y que, como consecuencia, no han podido conceder la acreditación a ninguna de sus entidades RAL.

A diferencia de otras directivas, cuyos mandatos pueden ser acogidos de forma más o menos directa por las disposiciones nacionales de transposición,⁴ las obligaciones principales que derivan de la DRAL no se prestan a una incorporación tan automática. La DRAL impone a los Estados obligaciones de resultado, y los objetivos que se marcan pueden ser alcanzados a través de distintas clases de medidas. El margen de que disponen los Estados para realizar la transposición de la DRAL se ve incrementado como consecuencia del carácter “de mínimos” de sus mandatos. Esta caracterización abre a los Estados la opción de introducir y mantener medidas que vayan más allá de lo dispuesto por la DRAL (art. 2 apartado 3). De forma adicional, el legislador español es también libre para extender el ámbito de aplicación de la ley de transposición sobre supuestos que no quedan comprendidos en el de la DRAL si es que considera que las mismas soluciones pueden servir para tales supuestos.⁵

La DRAL deja claro que no se ha de impedir a los Estados tener en cuenta sus tradiciones, ideas, costumbres y concepciones jurídicas propias sobre la resolución alternativa de litigios de consumo. No obstante, desde otra perspectiva, la transposición brinda también una muy buena oportunidad para mejorar el sistema y representa, si se quiere, la invitación a una reflexión más profunda, en cada sistema, sobre cuáles son sus principales elementos configuradores, sobre la eficacia que han mostrado hasta ahora y sobre los diversos modos en que el sistema puede ser mejorado. Desde esta perspectiva, entre las claves a valorar para tal reforma se podrán encontrar la conveniencia de promover la existencia de entidades RAL especializadas en las reclamaciones surgidas en un determinado sector, de contemplar, en ciertos supuestos, la adhesión obligatoria de los comerciantes a los procedimientos ante entidades RAL, o de incorporar, en los procedimientos ante entidades RAL, incentivos para reducir el número de reclamaciones, para promover la solución a través del acuerdo entre las partes, y para estimular el cumplimiento voluntario de las decisiones dictadas. En una reforma de este tipo sería conveniente tener en cuenta la opinión de todos los interesados, tanto usuarios (consumidores y

⁴ Así sucede con la mayoría de las directivas que se han ocupado de establecer los derechos de los consumidores.

⁵ Bajo esta óptica es posible entender que queda habilitado el inciso final del art. 2 del anteproyecto de ley de transposición, según el cual “serán consideradas igualmente consumidoras las personas jurídicas y entidades que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.” Lo mismo que no es necesario, para realizar la transposición, que el legislador español excluya del ámbito de aplicación de la ley de transposición, tal y como contempla el art. 2.3 g) del anteproyecto de ley, “las reclamaciones dirigidas a prestadores públicos de enseñanza”.

empresas) como gestores del sistema, que conocen de primera mano su funcionamiento, virtudes y elementos mejorables. Pero también resultará de interés conocer la eficacia mostrada por entidades RAL existentes en otros países europeos.⁶

Para realizar la transposición de la DRAL el legislador español tendrá que elegir entre diferentes opciones legislativas. En este momento prelegislativo, resulta del mayor interés conocer las implicaciones, ventajas e inconvenientes de esas diferentes opciones que se ofrecen para para la transposición de la DRAL, análisis que desborda el propósito de esta contribución. Pero sí nos gustaría, al menos, sacar a la luz algunas de las alternativas disponibles, situarlas dentro del contexto de la promoción más eficaz de la resolución alternativa de litigios de consumo, y establecer las líneas hacia las que resulta posible orientar la reforma del sistema español dentro del contexto del sistema existente.

1. EL LEGISLADOR ESPAÑOL ANTE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DRAL

1.1 EL SISTEMA EXISTENTE RELATIVO A LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO COMO PUNTO DE PARTIDA

Al elaborar la DRAL el legislador europeo fue consciente de que muchos de los Estados miembros ya habían realizado sus propios esfuerzos por impulsar la resolución alternativa de litigios de consumo. De hecho, las legislaciones estatales no han sido ajenas a las líneas marcadas por la Unión Europea, y cabe advertir una influencia muy importante sobre la legislación de los Estados miembros de las Recomendaciones dictadas en 1998 y 2001. Por esta razón, en muchos casos, tal y como sucede por ejemplo respecto del sistema español, la transposición del nuevo Derecho europeo no habrá de requerir la creación, *ex novo*, de entidades alternativas de resolución de litigios de consumo, sino más bien la adaptación y reconfiguración del sistema para dar satisfacción a las exigencias que dimanan de los nuevos instrumentos. En este sentido, tal y como indica el considerando número 15 de la DRAL, “dicho desarrollo debe basarse en los procedimientos de resolución alternativa existentes en los Estados miembros y en el respeto de sus respectivas tradiciones jurídicas. Las entidades de resolución de litigios, tanto ya existentes como de nueva creación, que funcionen correctamente y cumplan los requisitos de calidad establecidos en la presente Directiva deben considerarse entidades de resolución alternativa en el sentido de la presente Directiva.” Es preciso advertir que el hecho de que ya existan y de que respondan, en mayor o menor medida, a las nuevas exigencias del Derecho europeo ello no exime a estas entidades de resolución alternativa de litigios de la obligación de conseguir su acreditación de entidad RAL conforme con la DRAL de la autoridad estatal que haya sido designada

⁶ Bajo este punto de vista, resultan de interés las contribuciones sobre algunos sistemas nacionales, europeos y americanos, sobre resolución alternativa de litigios de consumo contenidas en el libro F. Esteban de la Rosa (editor) *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva internacional, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blach, 2015. También véase los informes, muy detallados, contenidas en el libro de Ch. Hodges, I. Benöhr y N. Creutzfeldt-Banda, *Consumer ADR in Europe*, Oxford, Hart, 2012.

para realizar esta función, incluso aunque se trate de entidades de carácter público. La DRAL no contiene ninguna clase de previsión relativa al nivel de separación que ha de existir entre las entidades RAL y las autoridades competentes para llevar a cabo el proceso de evaluación y concesión del marchamo europeo. No obstante, para garantizar el efecto útil del Derecho europeo, resultará deseable que se construya alguna clase de separación entre órganos de evaluación y órganos de prestación del servicio en el caso de que corresponda a un mismo ente administrativo ambas funciones. De lo contrario, cabrá dudar de la capacidad de la autoridad competente para hacer una evaluación independiente de la solicitud de acreditación y, en su caso, para retirar la acreditación recibida por falta de mantenimiento en el cumplimiento de los requisitos de la DRAL.

Grosso modo, es posible adelantar que el punto de partida en España de cara a afrontar la transposición de la DRAL es positivo. De entrada esta situación tiene un efecto importante sobre la exigencia financiera que será preciso destinar al cumplimiento de los mandatos de la DRAL, pues no habrá que partir de cero. El sistema español cuenta con numerosas entidades de resolución alternativa de litigios de consumo, con años de experiencia. Las entidades que existen son tanto de naturaleza pública como privada. Entre las públicas el protagonismo corresponde a las juntas arbitrales de consumo, constituidas mediante acuerdo entre el Instituto Nacional de Consumo y las administraciones territoriales. Las juntas arbitrales asumen una competencia general para el conocimiento de la mayoría de las reclamaciones de consumo. Otras entidades tienen en cambio competencias solo para sectores específicos de reclamaciones. Como ejemplos cabe mencionar las Juntas Arbitrales de Transporte, la Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, el servicio de reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y el servicio de reclamaciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Como entidades privadas de resolución alternativa de litigios de consumo cabe mencionar a las figuras del defensor del asegurado y del cliente para las reclamaciones relativas a servicios bancarios, así como a la tarea que, en el ámbito de la mediación de consumo, se lleva a cabo por asociaciones de consumidores (por ejemplo, FACUA, OCU, AUC, etc) y por Cámaras de Comercio. Entre las entidades públicas, y aunque su futuro sea incierto, cabe también incluir la labor que vienen desempeñando el conjunto de las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMICs) que en muchas ocasiones más que informar desarrollan una verdadera función de mediación, incluso a veces reconocida por leyes autonómicas que se han ocupado de regular la mediación de consumo.

1.2 NÚMERO DE ENTIDADES ALTERNATIVAS ACREDITADAS CONFORME A LA DRAL CON QUE DEBERÁ CONTAR EL SISTEMA ESPAÑOL

Para la DRAL resulta indiferente que los Estados miembros garanticen la cobertura material y territorial completa a que se refiere el art. 5.1 a través de una única entidad o de varias entidades RAL. De acuerdo con esto, el legislador español podría apostar por cumplir con dicha obligación a través de una única entidad RAL. Esto podría suceder simplemente contando con el sistema integrado por el conjunto de las juntas arbitrales de consumo. La competencia general que, por razón de la

materia de los litigios, corresponde a las juntas arbitrales determina que los tipos de litigios que han de ser cubiertos según la DRAL encuentre acomodo y puedan ser presentados siempre ante una entidad RAL territorialmente competente. De este modo, sin adoptar otra clase de medidas, podrían quedar cumplidas las obligaciones que dimanen del Derecho europeo. Si, como parece, el sistema formado por el conjunto de las juntas arbitrales de consumo solicita y recibe la evaluación positiva, para España no será preciso la creación de la entidad de resolución alternativa complementaria a que se refiere el art. 5.3 DRAL, que ha sido concebida por el legislador europeo pensando más bien en aquellos países que únicamente disponen de entidades especializadas para determinada clase de litigios (ad. ex. telecomunicaciones, servicios financieros, etc) y no con competencia general.

Aunque otra cosa parezca desprenderse del art. 2.1 DRAL, la DRAL no obliga a que dejen de operar las entidades RAL que no cumplan con los requisitos del Derecho europeo.⁷ Sobre los Estados recae la obligación de garantizar la existencia de una cobertura material y territorial completa, por entidades RAL acordes con la Directiva, de los litigios en los que esté implicado un comerciante establecido en su (art. 5.1 DRAL). Teniendo en cuenta las entidades RAL que existen en este momento en España, sería perfectamente conforme con la DRAL que una sola, o algunas de ellas, accedieran a la acreditación, manteniéndose el resto como entidades no acreditadas. Nada opone el Derecho europeo a esta coexistencia formal entre una y otra clase de entidades. No obstante, cabe augurar que, que por no disponer del marchamo europeo, las entidades no acreditadas estarán condenadas a su paulatina desaparición, pero no como consecuencia de una prohibición que provenga del Derecho europeo.

Sin embargo, una transposición de este tipo no se compadecería ni con el respeto a la tradición de variedad de entidades RAL existente en España, ni tampoco con la oportunidad que brinda el Derecho europeo de poner también a disposición de los consumidores entidades RAL especializadas para cierta clase de litigios, y también acordes con el Derecho europeo. La mayor parte de los profesionales que se ocupan de la gestión de entidades RAL en la actualidad entienden que la especialización es un elemento que aporta mayor calidad a la actividad de esta clase de entidades, genera, a la larga, mayor satisfacción en los usuarios de esta clase de servicios, y guarda estrecha relación con una mejor promoción de la justicia. A pesar, por tanto, de que con la existencia en España de una única entidad RAL sería posible dar cumplimiento “formal” a las obligaciones que derivan del Derecho europeo, como medida de política legislativa estatal orientada a la mejor satisfacción de los consumidores sería deseable que desde el poder público se promoviera la acreditación como entidades RAL con arreglo a la DRAL de la mayoría de las entidades que existen en la actualidad. Tratándose en muchos casos de entidades RAL de Derecho público que dependen de alguna administración (ad.ex. Oficina de Telecomunicaciones, Juntas Arbitrales, etc.), será conveniente que la ley de transposición prevea esta situación encomendando a las diferentes administraciones responsables del funcionamiento de esta clase de entidades la labor de promover la evaluación y obtención de la correspondiente acreditación.

⁷ Así se desprende además del art. 20.1 DRAL leído a *sensu contrario*.

1.3 CARÁCTER PÚBLICO O PRIVADO DE LAS ENTIDADES RAL CON QUE DEBERÁ CONTAR EL SISTEMA ESPAÑOL

La DRAL tampoco realiza ninguna opción respecto del tipo de entidades, públicas o privadas, a través de las cuales cada Estado habrá de garantizar la cobertura a que se refiere el art. 5.1. En la actualidad, aunque el sistema español cuenta también con ejemplos de entidades privadas de resolución alternativa de litigios (ad. ex. asociaciones de consumidores, cámaras de comercio, defensor del cliente) es sabido que el grueso recae sobre entidades de Derecho público. Ante una configuración de este tipo, es lógico pensar que el legislador español se podrá decantar, al realizar la transposición de la DRAL, por seguir encomendando a esta clase de entidades la provisión de los servicios de resolución alternativa de litigios de consumo.

La cuestión en torno a si se asigna a entidades públicas o privadas la prestación del servicio de resolución alternativa de litigios de consumo se encuentra situada en un plano de concepciones políticas de orden más general y es algo en lo que puede tener influencia la tradición o modelo seguido por cada país. Desde esta perspectiva, garantizar la cobertura de entidades RAL a través de entidades de carácter público a los litigios incluidos en el ámbito de aplicación de la DRAL resulta consistente con la tradición que existe en España. Con entidades públicas, por otra parte, se facilita el cumplimiento de algunos de los requisitos que impone la DRAL. Cuando la entidad es pública, la independencia de la entidad RAL queda garantizada a través del tipo de financiación recibida. Del mismo modo, al tratarse de entidades públicas es posible reducir, incluso hasta la gratuidad tal y como sucede con el sistema español de arbitraje de consumo en la actualidad, el coste del servicio para el consumidor, lo que permite cumplir con lo dispuesto en el art. 8 c) DRAL. Por otra parte, cabe detectar cierto sentir general, entre los profesionales de la gestión de esta clase de entidades, en torno a la idea de que no es deseable la existencia de un nivel alto de competencia en este sector de servicios, pues esa clase de nivel podría poner en riesgo el funcionamiento correcto de tales entidades. En cualquier caso, lo que no parece de recibo, y aquí el sentir de los profesionales es unánime, es en permitir que los servicios de reclamación sean ofrecidos de forma gratuita para las empresas, asumiendo el conjunto de la población, a través de impuestos, el coste del funcionamiento de las entidades públicas de resolución alternativa de litigios. Medidas como la que se está proponiendo por el gobierno de Cataluña, de cobrar a las empresas que acrediten un número importante de litigios, deben ser bien saludadas.

Desde otra perspectiva, la DRAL pretende incorporar a las entidades RAL unos elementos de calidad en el servicio ofrecido que con seguridad determinarán una mayor exigencia de financiación, algo en lo que la empresa privada podría prestar ayuda. Ante ello, la transposición proporciona al legislador español la oportunidad de plantearse el grado de acceso que ha de tener la iniciativa privada en la provisión de esta de servicios. Para tomar esta decisión puede ser de interés advertir no solo que en otros países de la Unión Europea ya operan entidades privadas de manera general, sino también que las entidades que reciban su acreditación en otros Estados miembros de la Unión Europea podrán entrar a conocer, sin problema, de litigios de consumo que afecten a consumidores que

tengan su residencia en España. La iniciativa privada, por lo demás, podría ayudar a que las TICs sirvieran, del mejor modo posible, a la resolución de los litigios.

1.4 ACOGIDA POR EL SISTEMA ESPAÑOL DE LAS ENTIDADES DE RESOLUCIÓN FINANCIADAS POR LOS EMPRESARIOS OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

La DRAL excluye de su ámbito de aplicación a las entidades RAL financiadas por la empresa contra la que se ha presentado la reclamación. No obstante, debido especialmente a la presión de la delegación francesa, la redacción final de la DRAL contempla que los Estados miembros pueden autorizar los procedimientos ante esta clase de entidades RAL como procedimientos sometidos a la DRAL. En tal caso, tal y como previene el art. 2.2 a) DRAL, el legislador tendrá que prestar especial atención a la necesidad de exigir el cumplimiento de garantías adicionales de independencia, aquellas a que se refiere el art. 6.3 DRAL. Si bien en España no existe una tradición general respecto de este tipo de mediación, sí que cabe detectar alguna figura, como la del defensor del cliente, cuya fisonomía responde a esa caracterización. Para que esta figura pueda seguir funcionando en el futuro como entidad RAL será preciso, para cumplir con el mandato de la DRAL, que el legislador español, en la norma de transposición de la Directiva, lleve a cabo las siguiente dos actuaciones. Por una parte, deberá autorizar expresamente a esta clase de procedimientos. Por otra, deberá incorporar a su legislación las garantías adicionales de independencia a que se refiere el art. 6.3 DRAL. La figura del defensor del cliente y del asegurado han revelado hasta ahora un funcionamiento muy satisfactorio, por lo que parece prudente que el legislador español, en la ley de transposición, habilite el marco normativo necesario para que, al menos esta figura, pueda optar a la acreditación europea.

Más allá de esto, una cuestión diferente es la relativa a si debería crearse un cauce legal para fomentar el desarrollo de esta clase de entidades RAL, lo que indudablemente favorecería que fueran las propias empresas las que se ocuparan de financiar el coste de estos servicios, lo que puede ser considerado como positivo. Frente al riesgo de poner en entredicho el respeto al principio de independencia, las previsiones que contempla el art. 6.3 DRAL creemos que son lo suficientemente rigurosas para conseguir que quede garantizado. Si a ello se le suma la posibilidad que existe de limitar a actividades de mediación las funciones de esta clase de entidades, no tendría por qué existir excesivo recelo a la hora de promover la creación de esta clase de entidades de resolución.

1.5 VARIACIÓN ENTRE LOS ESTÁNDARES DE CALIDAD A CUMPLIR POR LAS DIFERENTES ENTIDADES RAL QUE OBTENGAN SU ACREDITACIÓN EN ESPAÑA

Tal y como indica el art. 2.3 DRAL, esta “establece requisitos de calidad armonizados para las entidades y los procedimientos de resolución alternativa”. No obstante “a fin de asegurar un mayor nivel de protección de los consumidores, los Estados miembros podrán mantener o introducir normas que vayan más allá de lo dispuesto en la presente Directiva.” Este componente abierto de los mandatos de la

DRAL en nuestra opinión puede ser legítimamente manejado por el legislador estatal de dos modos diferentes: de acuerdo con una primera alternativa de regulación, el legislador español puede decidir, directamente, elevar el nivel de protección de los consumidores exigido por nuestro país en relación con el contemplado por la DRAL. De esta manera, resulta compatible con la DRAL una previsión nacional que establezca, para todas las entidades RAL, la necesidad de cumplir con un requisito, adicional a los impuestos por el Derecho europeo.

Por poner solo un ejemplo, cuando el artículo 7 DRAL establece la información que, como mínimo, ha de hacer pública una entidad RAL, en ningún momento se hace alusión a la publicación de las decisiones dictadas, singularmente cuando estas son vinculantes. Sin embargo, el conocimiento de las soluciones que han sido dadas a casos similares resulta positivo para la generación de expectativas de solución, tanto en consumidores como empresarios, y es un elemento con vocación para reducir el nivel de litigiosidad. De este modo, el requisito relativo a garantizar la publicación de las decisiones es un factor que, sin perjuicio de la legislación de protección de datos, favorece la posición del consumidor.

Con arreglo a una segunda opción de técnica legislativa, el legislador puede considerar a los requisitos contemplados por la DRAL, dentro de su ley de transposición, como condiciones mínimas a cumplir por las entidades RAL, habilitando al mismo tiempo la opción de que puedan establecer, en sus reglamentos de procedimiento, elementos aptos para incrementar el nivel de protección mediante el cumplimiento de requisitos adicionales, como sería en este caso la publicación de las decisiones. Esta opción legislativa nos parece más conveniente, pues hace posible que, en cada momento, los reglamentos que regulan los procedimientos ante entidades RAL puedan ser adaptados a las últimas y nuevas necesidades que se descubran y que supongan una mejora de la posición del consumidor, sin necesidad de tener que contar con una reforma legislativa *ad hoc* para cada caso. Para la implantación de esta segunda opción legislativa únicamente sería necesario establecer en la ley que los requisitos legales se configuran como requisitos mínimos a cumplir por las entidades RAL para obtener la acreditación europea, siendo posible que los reglamentos de procedimiento incorporen requisitos adicionales siempre que a través de ellos se logre una mejor satisfacción de los intereses de los consumidores.

1.6 LA TRANSPOSICIÓN DE LA DRAL: UNA OPORTUNIDAD PARA DAR IMPULSO Y DESARROLLO JURÍDICO A LA MEDIACIÓN DE CONSUMO

El Derecho europeo no manifiesta preferencia por ninguno de los métodos de solución que pueden aplicar las entidades de resolución alternativa de litigios (art. 2.4 DRAL). En esta situación, el legislador español podrá optar por permitir que las entidades RAL que reciban su acreditación en España puedan dictar decisiones vinculantes para ambas partes, tal y como ocurre con el arbitraje de consumo en la actualidad, por limitar el carácter vinculante de la decisión a una de las partes (tal y como ocurre con las decisiones del defensor del cliente o de la Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones), o por facilitar el entendimiento entre las partes a través de la conciliación o la mediación. Al mismo tiempo, se deberá decidir si estos diferentes métodos quedan disponibles para toda clase de entidades. Esto parece que

no será así, pues conservando la tradición existente, todo apunta a que el legislador español se decantará por permitir el arbitraje de consumo llevado a cabo por entidades institucionales de carácter público, tal y como viene sucediendo hasta ahora. A las entidades privadas que puedan acceder a la provisión de esta clase de servicios no se les permitirá en cambio el acceso a este método de solución.

En un sistema, como el español, en el que la eficacia de la actividad desempeñada por las juntas arbitrales de consumo ha quedado contrastada, sin duda existen razones fundadas para no apartarse de ese patrón, incluso aunque las entidades privadas que existan, o puedan llegar a existir, dan cumplida respuesta a los requisitos aplicables a todas las entidades RAL que accedan a la acreditación europea. No obstante, el momento actual de transposición de la DRAL proporciona al legislador español la oportunidad de dotar a la mediación de consumo de un régimen más claro y que contribuya a lograr una resolución más ágil y flexible de los casos, incorporando a tales procedimientos, sobre todo, las cautelas que recoge la DRAL en su art. 9. Si bien es cierto que los logros del arbitraje de consumo en el sistema español han sido importantes, la visión de los sistemas de resolución alternativa de litigios existentes en el Derecho comparado, especialmente en los Estados miembros de la Unión Europea, permite observar una tendencia clara hacia la promoción de los cauces de diálogo y de acuerdo, entre las partes del litigio, para poner punto y final a la reclamación. Si el sistema español de entidades RAL va a seguir basado, fundamentalmente, en las juntas arbitrales de consumo, el legislador debería aprovechar la transposición de la DRAL para hacer un desarrollo de la mediación previa que tiene lugar antes del arbitraje.

1.7 LA ADHESIÓN OBLIGATORIA DE LAS EMPRESAS A LAS ENTIDADES RAL

La DRAL tampoco realiza ninguna clase de opción en lo que respecta a si las empresas han de adherirse de forma voluntaria a la hora de participar en un procedimiento ante una entidad RAL o si, por el contrario, están obligadas a participar. La DRAL se muestra ajena a esta clase de decisión, que se deja en manos del Derecho europeo sectorial y de criterios de política legislativa propiamente estatales. Las implicaciones de establecer la adhesión obligatoria de las empresas a procedimientos ante entidades RAL son importantes, pues en este caso queda limitado el “refugio” que para una empresa puede suponer el tener que esperar a ser demandada antes órganos jurisdiccionales. Sin duda alguna ello produce una alteración de las reglas del juego. No obstante, una sensibilización social importante frente a determinado tipo de casos (ad. ex. como los relacionados con la compra de preferentes o acciones por parte de consumidores con escasos conocimientos financieros) puede ser un elemento determinante para que el Parlamento coja el testigo y modifique la regla general del acuerdo necesario para participar en un procedimiento ante una entidad RAL. En cualquier caso, en caso de que el legislador español opte por establecer la participación obligatoria de las empresas de un concreto sector ante una determinada entidad RAL, lo idóneo sería que dicha obligación fuera establecida por ley. Para favorecer el conocimiento de esta obligación, sería conveniente que tal clase de previsión fuera contenida en la ley española de transposición de la DRAL.

1.8 INCIDENCIA DEL FACTOR TERRITORIAL SOBRE LA TRANSPOSICIÓN ESPAÑOLA DE LA DRAL

Por último, respecto del elemento territorial, en la medida en que la DRAL es de aplicación tanto a los supuestos de arbitraje como a aquellos en los que la solución no es vinculante para el consumidor (ad. ex. mediación y conciliación de consumo), cabrá apreciar la existencia de cierta concurrencia de competencias legislativas del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre materias que están reguladas por la DRAL. Ello es así pues muchas comunidades autónomas han asumido competencias en materia de mediación de consumo. A la hora de realizar la transposición el legislador tendrá que sopesar las posibles disfuncionalidades que puede acarrear la co-existencia de regulaciones distintas, con la posibilidad de dar legitimación a una legislación del Estado a través de un título competencial.⁸ En esta misma perspectiva territorial, el legislador deberá decidir entre la oportunidad de contar con autoridades competentes en cada comunidad autónoma para evaluar las solicitudes de evaluación como entidad RAL con arreglo a la DRAL, de optar por la existencia de una única autoridad competente a nivel estatal, o finalmente de disponer de una autoridad competente con competencia general y de varias para que se ocupen de la evaluación y seguimiento de las entidades RAL existentes en un concreto sector de reclamaciones de consumo. Una y otra clase de entidades resulta compatible con la letra del art. 18.1 DRAL, si bien cabe entender que la previsión de la DRAL estaba más bien pensada para una división de este segundo tipo.

2. UN DIAGNÓSTICO PRELIMINAR

La aprobación de la legislación española de transposición de la DRAL y el Reglamento RLL se encuentra a la espera de que sea resuelta la situación de bloqueo político que está experimentando España desde diciembre de 2015, y que continúa a día de hoy en septiembre de 2016. Aunque, a falta de un Gobierno en plenas funciones el parlamento podría presentar una proposición de ley al Congreso, no hay visos de que esta vía de iniciativa legislativa vaya a ser utilizada por un parlamento tan dividido como el actual.

La DRAL ofrece al sistema español la oportunidad de realizar una revisión del conjunto del sistema de resolución alternativa de litigios de consumo, no solo promoviendo la solución ágil sino también favoreciendo la evitación de los litigios a través de la recopilación de información y fomentando la información del consumidor. La DRAL deja un margen amplio a los Estados miembros para la adaptación de su legislación estatal a las exigencias del Derecho europeo. El nuevo marco europeo tiene en cuenta no solo las tradiciones existentes en cada Estado miembro sino que permite también la incorporación de las mejores prácticas existentes en los Estados miembros. De acuerdo con esto, para la transposición el legislador español debería tener en cuenta la experiencia de los responsables de la

⁸ Esta se podría encontrar en el principio de especialidad. O también en la competencia del Estado para legislar a fin de armonizar las competencias legislativas de las comunidades autónomas (art. 150.3 CE).

gestión de la resolución alternativa de litigios de consumo, así como de todos los interesados.

España cuenta en la actualidad con un número alto de entidades RAL de carácter público, que se extienden por la mayoría de las administraciones territoriales, tanto a nivel nacional, como regional, provincial y local. Sin embargo, el grado de adecuación de estas entidades con la Directiva RAL varía. Cabe afirmar que este nivel es muy alto respecto de los servicios de resolución ofrecidos por la Oficina de Atención al Usuario de las Telecomunicaciones y también por tres entidades RAL públicas existentes en el ámbito de los servicios financieros. En estos casos cabe apreciar un cumplimiento alto de los principios de independencia, de transparencia y de conocimientos especializados, si bien las carencias se muestran sobre todo en el ámbito del tiempo que suele tardar la emisión de la resolución. En estos casos resulta de especial interés que las entidades RAL mencionadas se ocupan de publicar información importante sobre los litigios ya resueltos y también hacen disponible al público, a través de internet, informes anuales sobre su actividad, que contiene los criterios seguidos por las resoluciones así como los problemas más frecuentes detectados y la solución que han de recibir.

Las juntas arbitrales de consumo se puede considerar que se encuentran en el siguiente escalón en su conformidad con los niveles de calidad que exige el Derecho europeo para las entidades RAL, si bien esta valoración no puede ser realizada de manera general pues las juntas arbitrales, en la práctica, y a pesar de que todas actúan de acuerdo con el acuerdo suscrito con AECOSAN, actúan de manera autónoma en un sistema que, aunque con elementos unificados, se caracteriza por su carácter descentralizado. Cabe destacar que, en la actualidad, los laudos de las juntas arbitrales de consumo no son publicados, a excepción de aquellos que se tramitan a través de Confianza online para las reclamaciones presentadas ante esta entidad RAL relacionadas con el comercio en línea. Además, las juntas arbitrales, ni individualmente ni tampoco AECOSAN de forma colectiva, no hacen pública información sobre su actividad en el sentido exigido por la DRAL. En muchísimos casos, las empresas adheridas a las juntas arbitrales tampoco hacen pública esta adhesión, por lo que en este punto el régimen español se verá sacudido como consecuencia de los deberes de información que establece la DRAL y que recaen sobre los empresarios. Por último, el régimen de las juntas arbitrales sufre en la actualidad cierta dosis de incertidumbre en lo que se refiere a la fase de mediación previa a la de arbitraje, pues las juntas arbitrales siguen criterios dispares en lo que se refiere a las modalidades de esta mediación (que en ocasiones incluyen conversaciones telefónicas informales con la empresa) que, en muchos casos, se encuentran no logran cumplir con todas las exigencias que dimanarían del principio de equidad tal y como es proclamado por el artículo 9 de la DRAL (ad. ex. establecimiento de un periodo de reflexión, información al consumidor de la posibilidad de retirarse del procedimiento, etc). Este mismo problema también se detecta en las mediaciones que llevan a cabo las OMICs. Respecto del resto de las entidades RAL públicas tales como el Ministerio de industria, energía y turismo y el ministerio de fomento, o la agencia estatal de seguridad aérea, resulta difícil acceder a información sobre su actividad y sobre su impacto cuantitativo sobre el sistema en su conjunto. La acreditación de estas entidades deberá tener en cuenta especialmente las exigencias del principio de transparencia, algo que hoy en día se echa en falta. En cualquier caso, la legislación estatal debería hacer mención expresa de cuáles serán

las entidades RAL públicas que accederán a la acreditación, a fin de que esta cuestión no quede sometida a una voluntad política cambiante.

Aunque no exista una regulación de la mediación de consumo, en la actualidad esta actividad se lleva a cabo por muchas asociaciones de consumidores, entre ellas principalmente FACUA, OCU o ADICAE. El grado de cumplimiento que hacen estas entidades RAL de los requisitos establecidos por la DRAL a veces es alto (por ejemplo en lo que se refiere a la exigencia de que los mediadores sean abogados o que tengan al menos un diploma de Derecho). El nivel es inferior en lo que se refiere al cumplimiento del principio de transparencia, pues en ocasiones no resulta apenas posible tener acceso a las normas de procedimiento que utilizan, que solo está disponible para los propios mediadores en el caso de FACUA. Por otra parte, los informes disponibles no ofrecen información sobre los problemas recurrentes, aunque esto puede ser reprochado más a las carencias del marco normativo existente que a las propias asociaciones de consumidores.

Por otra parte, en España existen ejemplos de defensores del cliente financiados por las empresas (en el sector de los servicios financieros, pero también específicos tales como el de Telefónica, Endesa o Aguas de Barcelona). La legislación Española deberá clarificar cuál habrá de ser el régimen de estas entidades y si podrán o no acceder a la acreditación teniendo en cuenta que, salvo en Francia, en la mayoría de los Estados miembros la acreditación de estas figuras ha sido excluida. En concreto, la futura legislación deberá pronunciarse sobre el papel que corresponderá a las entidades privadas, especialmente aquellas financiadas por la empresa reclamada. Habrá que tener en cuenta los esfuerzos que estas empresas están haciendo en el ámbito de la resolución alternativa de litigious de consume.

Por otra parte, el legislador español no debe olvidar que falta la transposición de la Directiva de mediación, que no ha sido transpuesta en lo que afecta a la mediación de consumo, lo que genera una laguna importante en el sistema.

Si bien parece claro que en el future Sistema el arbitraje de consume está llamado a tener un gran papel, el legislador tendrá que tener en cuenta que será preciso que cada junta arbitral solicite su propia acreditación. Corresponderá a AECOSAN dirigir estas solicitudes y financiar a las juntas arbitrales en lo necesario para permitir su conversión en entidades europeas. El reto de transposición de la DRAL en el sistema español es cómo dar los pasos necesarios contando con la colaboración de todos los interesados. El éxito dependerá de que el legislador sepa mantener lo mejor de la caracterización del Sistema desarrollando al mismo tiempo las innovaciones del Derecho europeo.

Convidado

