

**Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación
Instituto Universitario de Estudios Europeos
Universidad CEU San Pablo
Madrid**

**Arbitraje
Revista de arbitraje
comercial y de
inversiones**

volumen X

2017 (2)

Ipro/ex, S.L.

ISSN: 1888-5373
Depósito legal: M-6394-2008
Impreso en España – Printed in Spain

Torreblanca Impresores. Paseo Imperial, 57, 28005 Madrid (España)

Dirección

Evelio Verdera y Tuells

Catedrático emérito de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. Académico de número de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación

José Carlos Fernández Rozas

Catedrático de DIPr de la Universidad Complutense de Madrid. Asociado del *Institut de Droit International*

Consejo Editorial

Presidente

José María Beneyto

Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad CEU –San Pablo (Madrid).
Socio de Gómez Acebo– Pombo, Abogados

José M^a Alonso Puig

Managing partner, Baker & McKenzie
Madrid S.L.P.

Pedro J. Martínez–Fraga

Partner, Bryan Cave LLP (Miami).

Alberto Bercovitz Rodríguez–Cano

Catedrático de Derecho mercantil de la UNED. Alberto Bercovitz Abogados

Alexis Mourre

Vicepresidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Partner of Castaldi Mourre–Partners (París)

Faustino Cordón Moreno

Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Alcalá de Henares. Consejo Académico de Gómez–Acebo–Pombo

Luis M. O’Naghten

Chair, International Litigation & Arbitration Practice (Miami)

Bernardo Cremades Sanz–Pastor

Socio Fundador de Cremades y Asociados

Manuel Olivencia Ruíz

Catedrático Emérito de la Universidad de Sevilla. Vicepresidente de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

Siegfried H. Elsing

Socio de Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP
Dusseldorf, Alemania)

Pilar Perales Viscasillas

Catedrática de Derecho mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. Representante de España en la Uncitral

Juan Fernández Armesto

Profesor Ordinario de Derecho mercantil de la Universidad Pontificia de Comillas –ICADE. Armesto–Asociados

Leonel Pereznieta Castro

Catedrático de DIPr de la UNAM (México). Jáuregui y Navarrete, S.C. (México)

Antonio Hernández–Gil Álvarez–Cienfuegos

Catedrático de Derecho civil de la UNED. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

Francisco Ramos Méndez

Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Barcelona. Ramos–Arroyo

Antonio Hierro

Abogado del Estado. Hierro
Estudio Legal slp

Jesús Remón Peñalver

Abogado del Estado. Director del Área de Derecho público, Procesal y Arbitraje del Despacho Uría–Menéndez

Rafael Hinojosa Segovia

Profesor titular de Derecho procesal de la Universidad Complutense de Madrid.

Andrés Rigo Sureda

Ex Vicepresidente Jurídico Adjunto del Banco Mundial. Abogado y Árbitro internacional

Rafael Illescas Ortiz

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado

Juan Serrada Hierro

Abogado del Estado. Presidente de la Corte Civil y Mercantil (CIMA)

Fernando Mantilla Serrano

Partner in Shearman–Sterling’s International Arbitration Group (París)

Juan Sánchez–Calero Guilarte

Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Complutense de Madrid. Estudio Jurídico Sánchez Calero

Antonio Sánchez Pedreño Kennaird

Presidente de la Corte de Arbitraje
De Madrid

Miguel Temboury Redondo

Abogado del Estado. Subsecretario de Economía y
Competitividad

Miguel Virgós Soriano

Catedrático de DIPr de la
Universidad Autónoma de Madrid. Socio de Uría–Menéndez

Secretario

Gonzalo Stampa Casas

Ll.M. University of London. Doctor en Derecho Universidad
Complutense. Stampa Abogados, Madrid

Redactores

**Ana Fernández Pérez, Miguel Gómez Jene, Iván Heredia Cervantes, Iñigo Irureta-
goiena Agirrezabalaga, Enrique Linares Rodríguez, Adriana Noemí Pucchi, Francisco
Ramos Romeu y Marta Requejo Isidro**

iprolex@iprolex.com

Publicación: Iprolex, S.L.
Mártires Oblatos, 19 bis
28224 Pozuelo de Alarcón (Madrid)
Teléfono (34) 91 709 00 65 / Fax (34) 91 709 00 66
<http://www.iprolex.com> / iprolex@iprolex.com

Distribución: Marcial Pons
Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
San Sotero, 6
28037. Madrid (España)
www.marcialpons.es

Sumario

Estudios

Franco FERRARI y Friedrich ROSENFELD <i>Límites a la autonomía de las partes en arbitraje internacional</i>	335–386
Fernando ESTEBAN DE LA ROSA Régimen de la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo transfronterizos tras el nuevo marco europeo y la Ley 7/2017	387–424

Práctica arbitral

Leonel PEREZNIETO CASTRO <i>Arbitraje, buena fe, corrupción y orden público, en su dimensión internacional</i>	425–434
María Bernarda CARPIO FRIXONE y Martín FLORES MARTÍNEZ <i>El estándar de medios efectivos en el Derecho internacional de las inversiones: ¿un estándar autónomo o una creación antojadiza?: El caso Chevron II ..</i>	435–464

Textos Legales

Legislación española

Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo	465–486
--	---------

Jurisprudencia

Jurisprudencia española

FRANCISCO G. PROL PÉREZ <i>La validez de la cláusula arbitral en una operación de swap derivada de un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) (Comentarios de urgencia sobre la Sentencia del Tribunal Supremo 409/2017 de 27 de junio) .</i>	487–499
---	---------

María Flora MARTÍN MORAL

El tratamiento del laudo extranjero en el concurso de acreedores. Una especial alusión al laudo sometido a un procedimiento de anulación (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sección 15ª, nº 306/2017, de 12 julio)	501–510
---	---------

* * *

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander (Sección Segunda), de 18 enero 2017	511–513
Responsabilidad del árbitro.– Negligencia o culpa grave y temeraria.– Laudo anulado.– Improcedencia, salvo que en su redacción haya mediado una actitud de desidia o ignorancia o una conducta buscada de propósito con fines espurios.	
Nota de Alba ABERASTURI RAMÍREZ	514–515
Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera), nº 3/2017, de 14 febrero 2017 (<i>Instituto Dominicano de Aviación Civil (IDAC) / GECI España, S.A.</i>)	516–521
Laudo arbitral pronunciado en el extranjero.– Laudo que no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país.– Procedimiento de ejecución.– Resolución arbitral.– Suspensión del procedimiento.– Arbitraje.– Ejecución de la sentencia.– Procedimiento arbitral.– Recurso de anulación.– Reconocimiento de resoluciones extranjeras.– Anulación del laudo.– Carga de la prueba.– Causas de oposición.– Contestación a la demanda.– Convenio arbitral.– Cosa juzgada formal.– Derecho de defensa.– Laudo arbitral.– Litispendencia internacional.– Execuátur: no.	
Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección Quinta), de 16 marzo 2017 (<i>Hossein Air Asociados S.A.U / Grecimar Canarias S.L.</i>)	521–523
Ejecución de un laudo arbitral.– Competencia objetiva.– Impugnación de laudos.– Recurso de apelación.– Despacho de ejecución.– Oposición a la ejecución.– Principio de legalidad procesal.– Convenio arbitral: vicio de consentimiento.– Contrariedad al orden público.– Árbitros.– Recusación.– Cláusulas abusivas.– Condiciones resolutorias.	
Nota de Alba ABERASTURI RAMÍREZ	523–525
Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala Civil y Penal, Sección Primera), de 17 marzo 2017	525–528
Acción de anulación.– Plazo de caducidad: consecuencias.–Procedimiento.– Legitimación pasiva.– Competencia objetiva.–Demanda de juicio verbal.– Inadmisión de la demanda.– Laudo arbitral.– Legitimación pasiva.– Notificaciones.– Representación procesal, Traslado de la demanda, Árbitros, Revisión de sentencia firme.– Nulidad del laudo arbitral.– Caducidad de la acción de anulación del laudo.– Falta de legitimación pasiva	
Nota de Alba ABERASTURI RAMÍREZ	528–529
Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera), nº 409/2017, de 27 junio 2017 (<i>Agrumexport, S.A. / Banco Popular Español, S.A.</i>)	530–536

- Declinatoria arbitral.— Nulidad del convenio arbitral.— Cláusula arbitral: requisitos de validez. jurisdiccional.— Sumisión convenio arbitral.— Principio de competencia-competencia.— Contrato de adhesión.— Condiciones generales de contratación.— Autonomía de la voluntad.— Vicio del consentimiento.— Nulidad del contrato.— Derecho a la tutela judicial efectiva.— CMOF.— Planteamiento de declinatoria de jurisdicción por sumisión a convenio arbitral frente a la demanda de anulación por error vicio de contratos celebrados en el marco del CMOF.— Declinatoria por sumisión a arbitraje.— Amplitud del conocimiento del juez para enjuiciar la validez e interpretación del convenio arbitral al decidir sobre la declinatoria.— Interpretación de convenio arbitral contenido en una condición general de un contrato de adhesión concertado entre empresarios.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimoquinta), de 12 julio 2017 (*Licensing Projects S.p.A./ Pirelli, S.p.A.*) 536–538
- Laudo arbitral: firmeza y carácter definitivo.— Laudo extranjero: eficacia en el concurso de acreedores.— Clasificación del crédito derivada de un laudo internacional.

Jurisprudencia extranjera

Colombia

- La Corte Suprema de Justicia de Colombia no admite como motivo de oposición al ejecutur de un laudo CCI una situación de falta de independencia no incluida en las Directrices de la IBA* 539–540
- Sentencia Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, n° 11001–02–03–000–2014–01927–00, de 12 julio 2017 (*Beverages Inc. / Productos Naturales de la Sabana, S.A. Alquería*) 540–558
- Laudo pronunciado en el extranjero.— Laudo arbitral proferido en el caso n° 16088/JFR/CA, administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.— Controversia respecto a la terminación del contrato de licencia de marca.— Independencia o imparcialidad de los árbitros.— Árbitros recíprocos en diferentes procesos internacionales.— Directrices IBA sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional 2014.— Deber de revelación.— Indefensión.— Orden público internacional.

Inglaterra

- Caroline DUCLERCQ y Violette SAVINE TRONEL
- English Court Rules on the Extent and Limits of the Role of the Secretary of the Arbitral Tribunal (Decision of 9 February 2017 of the Commercial Court of the High Court of Justice (Queen's Bench Division), rendered by Mr. Justice Poppelwell (Case No. CL–2016–61)* 559–566
- High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court, 9 febrero 2017 (Case n° CL–2016–61) 567–587

Noticias

Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN)

- III Foro de Español CCI: "Habla la empresa española sobre el arbitraje", organizado por el CIAMEN* 589

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

- El CIADI adopta diversas iniciativas para reducir la utilización de papel* 590
- Actualización sobre el Proyecto de Enmienda a las Reglas del CIADI – Duración y Costo* 590

Corte Civil y Mercantil de Arbitraje

- Curso Arbitraje On Line 2017 CIMA-Tirant lo Blanch* 591
- Presencia de la CIMA en el XI Congreso Internacional de Arbitraje de Lima (26 a 28 abril 2017)* 592
- Seminario sobre "Arbitraje Internacional: Perspectivas Actuales" organizado por la UIA y la CIMA (Bilbao, 23 y 24 julio 2017)* 592
- Curso de Verano Complutense sobre "Principios rectores de la práctica del arbitraje comercial internacional", patrocinado por la CIMA* 592
- Primera Jornada Internacional de Arbitraje patrocinada por la UCEMA y la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje* 594
- La Confederación Argentina de la Mediana Empresa firma un Acuerdo con la CIMA para impulsar el arbitraje entre las Pymes* 594

Corte Permanente de Arbitraje

- Un Tribunal de la Corte Permanente de Arbitraje da la razón a Eslovenia en su conflicto de delimitación marítima contra Croacia* 595

Ecuador

- Ecuador prepara la denuncia de 16 Tratados bilaterales de inversión* 595

Institut de Droit International

- El Institut de Droit International aprobó en su Sesión de Hyderabad (2017) una Resolución sobre medidas cautelares para los procesos judiciales y arbitrales* 596

Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI)

- Durante el XXXIX Congreso del IHLADI se aprobó una Resolución sobre “La aplicación del principio iura novit curia en el arbitraje internacional”* 597

Hungría

- Nueva Ley de Arbitraje en Hungría* 599

Perú

- El Ministerio de Economía y Finanzas del Perú adopta una Directiva por la que se establece el procedimiento de recusación de árbitros por el SNA-OSCE ...* 600

Unión Europea

- En opinión del Abogado General la cláusula de arbitraje incluida en el acuerdo celebrado entre los Países Bajos y Eslovaquia sobre la protección de las inversiones es compatible con el Derecho de la Unión* 600

Bibliografía

- AKAKPO, M.: *La protection de la partie faible dans l'arbitrage Ohada*, Niza, 2017 603
- BASSIRI, N. y DRAYE, M.: *Arbitration in Belgium*, Kluwer Law International, 2016 603
- BENTOLILA, D.: *Arbitrators as Lawmakers*, Kluwer Law International, 2017 604
- BREKOULAKIS, S.L., LEW, J.D.M. y MISTELIS, L.A.: *The Evolution and Future of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2016 605
- CLASMEIER, M.: *Arbitral Awards as Investments: Treaty Interpretation and the Dynamics of International Investment Law*, Kluwer Law International, 2016 605
- COX, K., CAPRASSE, O., DE LY, F., GROEN, H.A., HANOTIAU, B., MEIJER, G.J., VAN HOUTTE, V., VAN LEEUWEN, M. y VON DEWALL, S.: *Opening the black box of conflicts of interest*, Bruselas, 2016 606
- EMARA, F.A.E.: *Les mesures provisoires en arbitrage commercial international. L'arbitrage commercial d'urgence*, Saarbrücken, 2016 607
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*, Barcelona, 2017 (J.C. ORTIZ PRADILLO) 607
- FERRARIO, P.: *The Adaptation of Long-Term Gas Sale Agreements by Arbitrators*, Kluwer Law International, 2017 612
- GARCÍA FAURE, M.C.: *El arbitraje de consumo desde una perspectiva comparada. Derechos español y argentino*, Granada, 2017 612
- HOBÉR, K. y KRYVOI, Y.: *Law and Practice of International Arbitration in the*

<i>CIS Region</i> , Kluwer Law International, 2017	613
JARVIN, S. y NGUYEN, C.: <i>Compendium of International Commercial Arbitration Forms: Letters, Procedural Instructions, Briefs and Other Documents</i> , Kluwer Law International, 2017	614
LE BARS, B., DALMASSO, J. y LAZAREFF, A.: <i>Arbitrage commercial international: les grands arrêts du droit français</i> , París, 2016	615
LI, F.: <i>The divergence and convergence of ICSID and non ICSID arbitration</i> , Glasgow, 2015	615
MOREAU, B.: <i>L'arbitrage institutionnel en France</i> , Bruselas, 2017	616
MOURA VICENTE, D. (coord.): <i>Lei da Arbitragem voluntária anotada</i> , 3ª ed., Coimbra, 2017	616
NAJJAR, N.: <i>Arbitrage dans les pays arabes et commerce international</i> , Issy-les-Moulineaux, 2016	617
PETILLION, F. y JANSSEN, J.: <i>Competing for the Internet: ICANN Gate – An Analysis and Plea for Judicial Review Through Arbitration</i> , Kluwer Law International, 2017	617
PÉREZ-UGENA COROMINA, M. (coord.): <i>Arbitraje y mediación en el ámbito arrendaticio</i> , Madrid, 2017	618
RACINE, J.B.: <i>Droit de l'arbitrage</i> , París, 2016	619
RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, X. y HERNÁNDEZ G., J.I.: <i>El Derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI</i> , Madrid, 2016	619
SOLETO MUÑOZ, H.: <i>El abogado colaborativo</i> , Madrid, 2017	620
VERDERA SERVER, R.: <i>Partición de la herencia y arbitraje</i> , Barcelona, 2017 ..	620

Revista de Revistas

<i>Miscelánea</i>	623
-------------------------	-----

Recibido: 4 noviembre 2107
Aceptado: 20 noviembre 2017

Arbitraje, vol. X, nº 2, 2017, pp. 387–424

Régimen de la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo transfronterizos tras el nuevo marco europeo y la Ley 7/2017*

Fernando ESTEBAN DE LA ROSA **

Sumario: I. Introducción. II. El nuevo Derecho europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo. 1. Descripción general. 2. Funciones (y disfunciones) de la plataforma europea de resolución en línea de litigios. 3. Las entidades RAL acreditadas de los Estados miembros. III. Ámbito de aplicación material y espacial de la DRAL y el RRL. IV. La preservación del acceso a tribunales en las reclamaciones extrajudiciales 2.0: relaciones con la operatividad de los foros de competencia judicial internacional. 1. Procedimientos que finalizan con una decisión no vinculante. 2. Procedimientos que finalizan con una decisión vinculante: los efectos indirectos de la DRAL sobre el arbitraje de consumo transfronterizo. V. Cuestiones de Derecho aplicable. 1. Los modos de prestación del consentimiento para el inicio del procedimiento ante una entidad RAL. 2. El sometimiento a entidades RAL cuyo procedimiento finalizan con una decisión no vinculante. 3. El sometimiento a entidades RAL cuyo procedimiento finaliza con una decisión vinculante. 4. Derecho aplicable a la enervación del carácter vinculante para el consumidor del pacto de arbitraje de consumo. 5. Régimen conflictual y material del consentimiento informado. 6. Relaciones entre el régimen del art. 10 DRAL y el de las cláusulas abusivas. 7. Derecho aplicable al procedimiento ante las entidades RAL. 8. Derecho aplicable a la controversia de consumo en los procedimientos que finalizan con una decisión vinculante. VI. Conclusiones.

Resumen: Régimen de la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo transfronterizos tras el nuevo marco europeo y la Ley 7/2017

El carácter global del comercio de consumo en línea ha hecho aparecer nuevas estrategias para la garantía de los derechos de los consumidores, como la consistente en permitir la propia resolución en línea de los litigios. El nuevo Derecho europeo, contenido en la Directiva 2013/11/UE y el Reglamento 524/2013/UE, ha supuesto la acogida a nivel regional de esta tendencia. Este estudio analiza el impacto de los nuevos textos europeos sobre el sistema de Derecho internacional privado. Por una parte, revela la necesidad de hacer ajustes en el referido sistema a fin de conseguir, entre otros objetivos, un ámbito de aplicación espacial para el principio de libertad acorde con la intención perseguida por el

* *Vid.* el texto de la Ley, *infra*, pp. 000-000.

** Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad de Granada.

legislador europeo, de superar la interpretación que descarta la remisión a un arbitraje de consumo extranjero o de integrar las lagunas de regulación que ha hecho aflorar el nuevo sistema. Por otra, pone el foco en la necesidad de comprobar si el régimen actual resulta en conformidad con las exigencias que provienen de los derechos proclamados por el art. 47 CEDF y el art. 19 TUE. En esta perspectiva se proponen soluciones de *lege ferenda* asociadas a las necesidades especiales de la gestión en línea de reclamaciones transfronterizas a través de la plataforma europea.

Palabras clave: DERECHO EUROPEO — RESOLUCIÓN EN LÍNEA DE LITIGIOS — PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR — DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Abstract: System of alternative and online resolution of cross-border consumer disputes following the new European framework and Law 7/2017

The global nature of online consumer trade has given rise to new strategies guaranteeing consumer rights, such as enabling online dispute resolution. The new European law, namely Directive 2013/11/EU and Regulation 524/2013/EU, has boosted regional acceptance of this trend. The present study analyses the impact of the new European legislation on the system of private international law. The study reveals, on the one hand, the need to make systematic adjustments in order to achieve a spatial scope of application for the principle of liberty according with the EU legislator's intention, to avoid the interpretation excluding the reference to foreign consumer arbitration or to integrate some regulatory gaps inherent to the newly established system. On the other hand, it focuses on the need to verify whether the current regime complies with the requirements derived from the recognition of the right proclaimed by art. 47 ECFR and art. 19 TEU. In this perspective the study contains de lege ferenda solutions intertwined with the peculiarities of the online management of cross-border claims via the European platform.

Keywords: EUROPEAN LAW — ONLINE DISPUTE RESOLUTION — ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION — CONSUMER PROTECTION — INTERNATIONAL PRIVATE LAW.

I. Introducción

El día 5 noviembre 2017, con un retraso superior a los dos años del tiempo concedido —9 julio 2015— ha entrado en vigor la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (en adelante LDRAL)¹. La LDRAL tiene por finalidad llevar a cabo la transposición de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 mayo 2013 sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo (en adelante DRAL)². La

¹ BOE 4.11.2017.

² DO L 165 de 18.6.2013.

lectura de la LDRAL revela, sin embargo, que su propósito va más allá, pues algunas de las previsiones de la LDRAL responden a las necesidades de desarrollo legislativo del Reglamento 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 mayo 2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (en adelante RRL).³ Se trata de una ley de carácter programático que establece los requisitos que deben cumplir las entidades de resolución alternativa de litigios de consumo (en adelante entidades RAL), y sus procedimientos, para acceder a la acreditación europea, y que designa cuáles serán las autoridades competentes a las que corresponderá la evaluación de las solicitudes, la concesión de la acreditación europea y, en su caso, la retirada de dicha acreditación.

La DRAL y el RRL son aplicables, indistintamente, a los supuestos domésticos y transfronterizos. Este estudio pretende revisar el impacto del nuevo marco europeo, y de la LDRAL, sobre las soluciones de Derecho internacional privado en el ámbito de la resolución alternativa de litigios de consumo transfronterizos. Centraremos la atención en las relaciones de la resolución alternativa de litigios de consumo con los foros de competencia internacional y en las cuestiones de ley aplicable. Para los fines del estudio hay que tener en cuenta la variedad de métodos de solución empleados por las entidades RAL de los Estados miembros y el hecho de, eventualmente, puede coexistir entidades RAL acreditadas con entidades RAL no acreditadas.

Ni el nuevo Derecho europeo, ni tampoco la LDRAL, cuentan con excesivas disposiciones especiales para los supuestos transfronterizos. Más allá, no se contempla ni la posible existencia de conexiones entre la resolución alternativa y el objetivo de los foros de competencia internacional, especialmente los especiales para la materia de los contratos celebrados por los consumidores, ni tampoco se contempla un régimen completo para las cuestiones de ley aplicable que está haciendo aflorar el nuevo Derecho. Por ello resulta necesario hacer una construcción del sistema que arroje luz sobre el acoplamiento entre las soluciones especiales y las generales. Para esta labor resultará del mayor interés contar con el instrumental hermenéutico de los principios que informan a este sector, y muy especialmente con las exigen-

³ Para un análisis sobre los elementos principales de la nueva normativa europea, *Vid.* F. Esteban De La Rosa y P. Cortés, "Un nuevo Derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo", en F. Esteban De La Rosa, ed., *La protección del consumidor en dos Espacios de Integración. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 514–563.

cias que derivan de la proclamación del derecho a la tutela judicial efectiva que se desprende del art. 47 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales (en adelante CEDF) y el art. 19 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE).

Resultará de especial interés descubrir el régimen que ha sido construido para el arbitraje de consumo transfronterizo en el que el nuevo sistema europeo plantea nuevos retos de regulación. Evaluaremos también las soluciones que se ofrecen a los problemas idiomáticos asociados al uso y gestión, respectivamente, de la plataforma europea y las plataformas nacionales de resolución alternativa de litigios de consumo. A la vista de esta aproximación, este estudio incluye propuestas de *lege ferenda* para conseguir un régimen más satisfactorio para la gestión en línea de reclamaciones transfronterizas de consumo. Antes de pasar a la exposición del régimen de Derecho internacional privado, conviene describir, aunque sea sucintamente, los elementos principales de la nueva regulación europea así como analizar su ámbito de aplicación.

II. El nuevo Derecho europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo

1. Descripción general

El nuevo Derecho europeo asigna obligaciones, fundamentalmente, a la Comisión Europea, a los Estados miembros y a los empresarios. El conjunto normativo pivota sobre la creación de la plataforma europea de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo, por una parte, y la necesidad de que los Estados cuenten con entidades RAL adaptadas al Derecho europeo. Las exigencias guardan relación con la cobertura por parte de entidades RAL de ciertos litigios, con el cumplimiento por estas entidades de unos estándares mínimos de calidad en su configuración y procedimiento seguido, y con el establecimiento de obligaciones, que recaen sobre los empresarios y sobre las administraciones, tendentes a garantizar el conocimiento de la existencia de estas entidades⁴. Cada Estado, a través de las autoridades competentes que ha de designar⁵ ha de ocuparse de evaluar

⁴ Vid. arts. 13 y 15 DRAL así como los arts. 40, 41 y 42 LDRAL.

⁵ En España las autoridades competentes son las establecidas en el art. 26 LDRAL. Junto a la Presidencia de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición, se contempla también la existencia de autoridades en sectores específicos de reclamaciones así como las que puedan ser establecidas por las Comunidades Autónomas.

las solicitudes de acreditación de las entidades RAL y realizar una labor de supervisión sobre el cumplimiento de las condiciones establecidas.

Los Estados han de adaptar el régimen de la caducidad y prescripción a fin de que el ejercicio de acciones judiciales no quede impedido por el transcurso del tiempo⁶. El Derecho europeo quiere orientar la legislación estatal a fin de que se promueva la cooperación e intercambio de experiencias entre entidades de resolución alternativa así como la cooperación entre entidades de resolución alternativa y autoridades nacionales encargadas de la aplicación de las normas europeas de protección de los consumidores⁷.

El RRLLE entró en vigor el 8 julio 2013 y la puesta en marcha de la plataforma europea tuvo lugar el 15 febrero 2016⁸. Desde esta fecha los empresarios, también los establecidos en España, han de ofrecer en sus sitios de Internet un enlace electrónico a la plataforma de resolución de litigios en línea. En la actualidad España y Rumanía son los únicos países de la Unión Europea que no han notificado a la Comisión Europea sus entidades RAL acreditadas⁹. Hasta octubre de 2017 se habían presentado 29.478 reclamaciones, de las cuales 4.589 fueron presentadas por consumidores con residencia en España, y de ellas 2.582 fueron reclamaciones contra empresas establecidas en España. En conjunto, la plataforma recibió un 61,83 % de reclamaciones domésticas, el resto (38,17%) fueron transfronterizas¹⁰.

El art. 43 LDRAL asigna al Centro Europeo del consumidor en España la función de asistencia del consumidor, con miras a facilitar el acceso a cualquier entidad acreditada que sea competente para conocer de la reclamación y esté establecida en otro Estado miembro. La LDRAL también asigna al Centro Europeo del Consumidor las funciones de punto de contacto de resolución de litigios en línea, con las funciones especificadas en el art. 7.2º RRLLE, que en esencia consisten en facilitar la comunicación entre las partes y la entidad de resolución

⁶ Para el sistema español, *vid.* el art. 4 LDRAL.

⁷ *Vid.* arts. 16 y 17 DRAL así como el art. 45 LDRAL.

⁸ La plataforma está disponible en la siguiente página web <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/index.cfm?event=main.home.show&lng=ES> (consultada el 27 octubre 2017).

⁹ La lista de las entidades RAL acreditadas de los Estados miembros puede ser consultada en la siguiente página web: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.adr.show> (consultada el 27 octubre 2017).

¹⁰ La información se encuentra disponible en la siguiente página web: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.statistics.show> (consultada el 27 octubre 2017).

alternativa competente y presentar cada dos años a la Comisión y a los Estados miembros un informe de actividad basado en la experiencia práctica obtenida en el desempeño de sus funciones.

2. Funciones (y disfunciones) de la plataforma europea de resolución en línea de litigios

Una de las mayores innovaciones del Derecho europeo es la creación y puesta en marcha de la plataforma europea de resolución en línea de litigios de consumo. Los consumidores residentes en un país miembro de la Unión Europea pueden presentar sus reclamaciones vía Internet en la web gestionada por la Comisión Europea, que serán dadas a conocer al empresario reclamado y transmitidas, en su caso, para ser tramitadas, a una entidad RAL de un Estado miembro.

El RRLC contiene normas de procedimiento uniformes que regulan, entre otras cuestiones, la presentación de la reclamación, la comunicación a la parte reclamada, el acuerdo sobre la entidad RAL que conocerá del caso o las causas de cierre y archivo de la reclamación (arts. 8 y 9 RRLC). Las normas de procedimiento resultan más bien parcas en la regulación de ciertas cuestiones. Por ejemplo, aunque se da por sobreentendido que las partes han de ponerse de acuerdo sobre la entidad RAL que habrá de conocer del litigio, no se contiene una regulación sobre cómo es preciso configurar los medios técnicos para habilitar la prestación del consentimiento y, en relación con esto, sobre el grado de información que ha de facilitarse al consumidor en ese momento. Este acuerdo, una vez que haya tenido lugar, no necesitará ser reproducido ante la entidad RAL receptora del caso que, por ejemplo, se ocupa de la tramitación del procedimiento en línea.

La plataforma europea no incorpora herramientas de negociación en línea, como la negociación asistida o la negociación automatizada. Opera básicamente como una ventanilla única para los consumidores y comerciantes que deseen presentar una reclamación. Para este fin los interesados pueden cumplimentar su reclamación de manera electrónica, de forma gratuita y en todas las lenguas oficiales de la UE. Conviene advertir que, aunque la cumplimentación de la reclamación es gratuita, la DRAL permite que los Estados autoricen a sus entidades RAL acreditadas a cobrar por el servicio ofrecido. La plataforma europea cuenta también con una herramienta de tramitación en línea. Con ella se permite la comunicación de las partes con la entidad RAL competente al igual que se hace posible la aportación de documentación. Esta herramienta no solo está disponible para las reclamaciones

transfronterizas sino también para las domésticas. La página web contiene la información sobre las entidades RAL acreditadas por los Estados miembros incluidas en la plataforma y en ella estarán disponibles los comentarios de las partes, con opiniones sobre su funcionamiento y sobre la entidad RAL que haya conocido del litigio.

El idioma del procedimiento ante una entidad RAL representa una cuestión clave para los casos transfronterizos. El régimen europeo muestra aquí luces y sombras. Por una parte, la reclamación puede ser presentada en todas las lenguas oficiales de la Unión Europea y, asimismo, se contempla una función de traducción electrónica automatizada, que cuenta con el apoyo logístico de los puntos de contacto nacionales. El objetivo es ayudar a las partes y a las entidades de RAL a intercambiar información. No obstante, la posibilidad de cumplimentar el formulario en cualquier idioma de la Unión Europea no significa que la entidad RAL seleccionada haya de tramitar la reclamación en ese idioma. En la operativa establecida, una vez que la queja es transmitida a una entidad de RAL, la plataforma se ocupa simplemente de informar al consumidor acerca de la lengua en la que se llevará a cabo el procedimiento, a pesar de que los consumidores hayan podido tener la impresión de que podrán utilizar su idioma durante toda la tramitación.

La regulación actual de la plataforma europea genera una disfunción adicional. En la actualidad, en un porcentaje elevado de casos, superior a la mitad, si el empresario simplemente no responde a la invitación a participar en un procedimiento ante una entidad RAL, el asunto es archivado, sin que importe que aquel esté sometido por ley o mediante su adhesión voluntaria a participar en el procedimiento. Para los casos de archivo de la reclamación lo único que contempla el RRL es que se informe a la parte reclamante de la posibilidad de ponerse en contacto con un asesor de resolución de litigios en línea para obtener información sobre otras vías de recurso. En nuestra opinión ambas soluciones resultan insuficientes y suponen un retroceso en la efectividad de los derechos de los consumidores respecto del sistema existente en la actualidad.

Por una parte, cuando el empresario está adherido por ley o acuerdo a una entidad RAL el comienzo del procedimiento ante la entidad RAL correspondiente no debe quedar condicionado a la existencia de una respuesta por parte del empresario. Dado que, para estos casos, la empresa ya se encuentra obligada a participar en el procedimiento, si la empresa reclamada no contesta una vez transcurridos 30 días naturales desde la presentación del formulario de reclamación, la plata-

forma, en lugar de archivar el caso, podría transmitir la reclamación a la entidad RAL seleccionada por el consumidor. Lógicamente, se debería dar la oportunidad al consumidor para decidir si acepta la intervención de una concreta entidad RAL. Y si hay varias entidades RAL competentes se debería ofrecer al consumidor la posibilidad de realizar una selección entre aquellas que puedan conocer sin necesidad del consentimiento *ad hoc* de la empresa.

Por otra parte, en los supuestos de archivo, no resulta suficiente la solución que consiste en que se indique al consumidor la necesidad de ponerse en contacto con otro organismo (el asesor de resolución de litigios en línea) para obtener información sobre otras vías de recurso. En primer lugar, supone obligarle a iniciar un camino diferente para simplemente obtener una información que la plataforma debería estar en condiciones de poder facilitar. Por otra parte, esta opción no se encuentra disponible para todos los casos pues, por ejemplo, el art. 7.3º RRLI autoriza a los Estados para que eximan a los puntos de contacto de resolución de litigios en línea de desempeñar sus funciones cuando las partes de la reclamación tengan su residencia en el mismo Estado miembro. Por estas razones creemos que cuando resulte procedente el archivo de la reclamación por falta de contestación del empresario a la vez deberían comunicarse al consumidor las vías de recurso ulterior disponibles. De lo contrario con la implantación de la plataforma se habrá producido un paso atrás respecto del sistema de la Red de Centros Europeos del Consumidor.¹¹

La DRAL contiene disposiciones que sirven a las necesidades especiales de las reclamaciones transfronterizas, como la obligación de facilitar información sobre la participación de la entidad RAL en redes de entidades de resolución alternativa que facilitan la resolución de litigios transfronterizos¹² y sobre las lenguas en las que pueden presentarse las reclamaciones a una entidad de resolución alternativa y en las que se desarrolla el procedimiento de resolución alternativa.¹³ Dado que en algunos Estados miembros las entidades RAL pueden conocer de litigios presentados por los empresarios contra los consumidores, el RRLI prevé la posibilidad de que sea usada la plataforma para canalizar estas reclamaciones, siempre que la ley del país de la residencia del consumidor así lo permita¹⁴.

¹¹ Vid. *Protocol on case handling for the European Consumer Centers Network*.

¹² Vid. art. 7.1 e) DRAL y art. 38.1 g) LDRAL.

¹³ Vid. art. 7.1 h) DRAL y el art. 35.1 f) LDRAL.

¹⁴ Vid. art. 2.2 RRLI.

3. Las entidades RAL acreditadas de los Estados miembros

La resolución de los conflictos de consumo corresponde a las entidades RAL acreditadas en cada Estado miembro. Los Estados asumen la obligación de hacer disponibles entidades RAL suficientes para ofrecer una cobertura completa de los litigios incluidos en el ámbito de aplicación de ambos instrumentos. Las entidades RAL acreditadas han de disponer de una página web con información sobre sus procedimientos que, entre otras cosas, ha de permitir la presentación en línea de reclamaciones. A su vez, tienen que cumplir con unos estándares de calidad que se cifran en la exigencia de unos conocimientos especializados mínimos al personal que se ocupa de gestionar la reclamación, y en los provenientes de los principios de independencia e imparcialidad, de transparencia, de eficacia, de equidad, de libertad y de legalidad¹⁵.

Habida cuenta que la DRAL queda concebida como una Directiva de mínimos, los estándares aplicados a las entidades RAL pueden ser, a su vez, elevados en cada Estado miembro. A la hora de realizar la transposición de la DRAL casi todos los Estados han optado por incorporar las innovaciones del Derecho europeo manteniendo las estructuras de entidades RAL existentes¹⁶. Este modo de proceder ha sido posible como consecuencia de los márgenes muy amplios que la DRAL y el RRLC conceden a los Estados para su desarrollo. Desde esta perspectiva, ambos instrumentos vienen informados por un principio de respeto a la cultura jurídica y de invasión mínima en las tradiciones de los Estados miembros.

Para la DRAL resulta indiferente que los Estados miembros garanticen la cobertura material y territorial completa definida en su ámbito de aplicación a través de una única, de varias o de múltiples entidades RAL. Tampoco se contienen opciones respecto del tipo de entidades, públicas o privadas, incluso con ánimo de lucro, con las que se

¹⁵ Vid. A. Cuenca García, "Los principios de transparencia, eficacia, libertad y legalidad en la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 mayo 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios de consumo, y su incidencia en el sistema de arbitraje de consumo español", en G. Palao Moreno (ed.), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo, su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido*, Valencia, Tirant lo Blach, 2016, pp. 37-79.

¹⁶ Para una aproximación a algunos de los modelos seguidos para la transposición de la DRAL Vid. el informe preparado por P. Cortés y F. Esteban De La Rosa, *La normativa europea de resolución de conflictos de consumo y su transposición en España: una oportunidad para mejorar los derechos de los consumidores aprovechando las experiencias positivas en el Derecho comparado*, Zaragoza, ADICAE, 2016.

va a garantizar la cobertura completa, ni un procedimiento a seguir. Por ejemplo, se concede a los Estados un margen amplio de libertad para la transposición en lo que respecta a las cuestiones de procedimiento que contempla el art. 5.4º DRAL, la mayoría de las cuales han encontrado eco en el art. 18 LDRAL. A su vez, dentro de cada Estado, es posible que las entidades RAL acreditadas tengan diferentes normas de procedimiento. En este aspecto la regulación europea se distancia de la legislación que fue proyectada inicialmente en el seno de la Uncitral y del sistema seguido por la plataforma ECODIR, donde se concebía un procedimiento único y especial para las reclamaciones transfronterizas.

El Derecho europeo no obliga a los Estados a exigir la participación obligatoria, de empresas o consumidores, en procedimientos ante entidades RAL. Sin embargo, tal y como contempla el apartado 49 de su preámbulo, la DRAL “debe entenderse sin perjuicio de cualquier norma nacional que haga obligatoria la participación de los comerciantes en dichos procedimientos, la incentive o sancione, o que les obligue a aceptar su resultado, siempre que dichas normas no impidan a las partes ejercer su derecho a acceder al sistema judicial, tal como establece el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

La DRAL tampoco obliga a tomar una opción concreta entre los diferentes métodos de solución disponibles. Se admiten, por tanto, los procedimientos que finalizan con una decisión que no posee carácter vinculante para ninguna de las partes, o cuyo carácter vinculante proviene de su aceptación¹⁷. Los Estados también pueden optar por atribuir a la decisión de la entidad RAL carácter vinculante exclusivamente para el empresario¹⁸. La DRAL también ofrece respaldo a los sistemas de arbitraje de consumo, y a aquellos en los que el carácter vinculante de la solución deriva de su valor contractual¹⁹. Así se desprende del art. 2.4º DRAL, que faculta a los Estados miembros a admitir que los procedimientos ante entidades RAL finalicen con una decisión vinculante. Encuentran también encaje en la DRAL las entidades RAL que optan por métodos de solución mixtos, que comportan la combinación de métodos de carácter consensual y adjudicativo. El Derecho europeo solo excluye los métodos de solución en los que con-

¹⁷ Por ejemplo, el sistema de las negociaciones representativas que se lleva a cabo en Italia a través de la *conciliazione paritetica*, o las decisiones de los *mediateurs* de empresa franceses.

¹⁸ Es el caso de las decisiones de los ombudsmen en el Reino Unido y en Irlanda.

¹⁹ Este sistema es el seguido por entidades RAL holandesas.

vergen dos circunstancias, a saber, el carácter obligatorio de la participación en el procedimiento ante una entidad RAL y el carácter vinculante de la decisión o, más exactamente, el hecho de que la decisión cierre la vía judicial²⁰. En el sistema español este principio ha sido proclamado por el art. 9 LDRAL²¹. No todos los métodos de solución han sido acogidos por los Estados miembros para ser empleados por sus entidades acreditadas. Países como Alemania o Italia, donde el arbitraje de consumo es bien conocido, solo permiten el acceso al proceso de acreditación a aquellas entidades RAL que no imponen una solución, lo que explica que los legisladores de estos dos países no hayan llevado a cabo la transposición de los arts. 10 y 11 DRAL. En cambio, en otros países, el método del arbitraje de consumo es expresamente previsto para sus entidades acreditadas (*v.gr.*, Bélgica, Portugal, Irlanda, Reino Unido). No todas las entidades RAL existentes en los Estados miembros han obtenido, o están en proceso de obtener, la acreditación europea.

Uno de los cambios más significativos en el tratamiento de las reclamaciones transfronterizas viene dado por el hecho de que las nuevas entidades RAL acreditadas no pueden rechazar el conocimiento de una reclamación transfronteriza, para por ejemplo reenviarla al CEC²². De hecho, esta es la operativa que está siendo seguido por la mayoría de las entidades RAL españolas, entre ellas las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (en adelante OMIC), cuando se enfrentan a una reclamación de ese tipo. A través de los CEC es posible localizar a la entidad RAL competente en el país del empresario para resolver la reclamación, o incluso se lleva a cabo cierta actividad de mediación. La asimilación que propone la DRAL entre reclamaciones transfronterizas y domésticas determina que sobre las nuevas entidades RAL acreditadas recaiga la obligación, más compleja, de gestionar las reclamaciones transfronterizas. Esta mayor complejidad

²⁰ Esta interpretación se desprende del art. 1 *in fine* y art. 10.2 DRAL.

²¹ Por este motivo, en la medida pueda quedar cerrada la vía judicial, cabe plantear la duda relativa a la compatibilidad con los métodos admitidos por la DRAL de sistemas como el que se define el apartado segundo de la disposición adicional segunda de la LDRAL para las reclamaciones en el sector del transporte aéreo, o de arbitraje obligatorio como el contemplado en el sistema portugués para el ámbito de los servicios esenciales. *Vid.* la lei 6/2011, dos serviços públicos essenciais, de 10 de marzo. Diário da República n.º 49/2011, Série I de 2011-03-10.

²² Conviene advertir que esta transmisión a los CEC tenía lugar de facto, pues la mayoría de las entidades RAL existentes en España no explicitaban el alcance de su competencia sobre los litigios transfronterizos. La excepción la encontramos en el Reglamento de Confianza Online. *Vid.* la página web [<https://www.confianzaonline.es/consumidores/guia-practica-de-consumidores-faq/>] (consultada el 27 octubre 2017).

se presenta como consecuencia de que el consumidor no dominará en muchos casos el idioma en el que se sigue el procedimiento y el gestor del caso también deberá enfrentarse a documentos en un idioma extranjero. La DRAL no obliga sin embargo a las entidades RAL estatales al empleo de todos los idiomas, sino simplemente a hacer público los idiomas en que será posible tramitar las reclamaciones. En el caso español, la LDRAL no establece para las entidades RAL acreditadas la obligación de permitir que el procedimiento tenga lugar en un idioma concreto. Lo único que se hace es obligar a las entidades RAL a informar sobre "las lenguas oficiales españolas e idiomas en los que pueden presentarse las reclamaciones y en los que se desarrollan sus procedimientos" (art. 38.1º.f) LDRAL)

III. Ámbito de aplicación material y espacial de la DRAL y el RRL

La DRAL ha acogido como estándares de calidad mínimos para las entidades RAL los que fueron plasmados en las recomendaciones de 1998 y 2001.²³ Por su propia misión de erigirse en *soft law*, en las Recomendaciones no se fija un ámbito de aplicación para los principios. En la medida en que de la DRAL y el RRL derivan obligaciones para los Estados, uno y otro instrumento definen el alcance de sus disposiciones, tanto en una perspectiva material como espacial. En cambio, solo en contadas ocasiones la DRAL y el RRL ofrecen soluciones directas a los problemas de ley aplicable, algunos de nuevo cuño, que se pueden suscitar.

De la determinación del ámbito de aplicación de la DRAL se ocupan los arts. 2 y 4.1º.h). De acuerdo con el primero, la DRAL "se aplicará a los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios nacionales y transfronterizos relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios entre un comerciante establecido en la Unión y un consumidor residente en la Unión, mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa de litigios que propone o impone una solución o que reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa". Por su parte, el art. 4.1º.h) DRAL define a la entidad de resolución alternativa como

²³ *Vid.* Recomendación 98/257/CE de la Comisión, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, DO L 115 de 17.4.1998; y la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, DO L 109 de 19.4.2001.

“toda entidad, establecida de manera duradera, que ofrece la resolución de litigios mediante un procedimiento de resolución alternativa y que está incluida en la lista con arreglo al art. 20, apartado 2”. En el RRLD hay que tener en cuenta el art. 2 y el art. 4.1º.i). Como único elemento diferencial, el RRLD solo incluye en su ámbito de aplicación a las reclamaciones surgidas del comercio en línea. En consonancia con esta delimitación, la LDRAL extiende su aplicación sobre “las entidades de resolución alternativa establecidas en España, tanto públicas como privadas, que propongan, impongan o faciliten una solución entre las partes en el ámbito de la resolución alternativa de litigios de consumo, nacionales y transfronterizos, relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios, y que voluntariamente soliciten su acreditación para ser incluidas en el listado nacional de entidades acreditadas que elabore la Agencia Española de Consumo y Seguridad Alimentaria”²⁴.

Esta visión del ámbito de aplicación de la DRAL ha sido corroborada por la reciente sentencia del TJUE de 14 junio 2017²⁵. Según el apartado 40 de esta decisión:

“La Directiva 2013/11 no es aplicable a todos los litigios en los que sean parte los consumidores, sino únicamente a aquellos procedimientos que reúnan los siguientes requisitos acumulativos: en primer lugar, el procedimiento debe haber sido incoado por un consumidor contra un comerciante en relación con las obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de servicios; en segundo lugar, con arreglo al art. 4, apartado 1, letra g), de la Directiva 2013/11, el procedimiento debe ser conforme con los requisitos establecidos en esta Directiva y, en particular, debe ser independiente, imparcial, transparente, efectivo, rápido y justo y, en tercer lugar, dicho procedimiento se debe confiar a una entidad de resolución alternativa, es decir, de conformidad con el art. 4, apartado 1, letra h) de dicha Directiva, a una entidad que, independientemente de cómo se denomine, esté establecida de manera duradera y ofrezca la resolución de litigios mediante un procedimiento de resolución alternativa y que figure en la lista constituida con arreglo al art. 20, apartado 2, de la misma Directiva, que se notifica a la Comisión Europea”.

Sin embargo, sin entrar en su concreción, el TJUE indica que puede haber disposiciones en la DRAL cuyo ámbito de aplicación vaya más allá del mencionado. Así se desprende del apartado 51 *in*

²⁴ Aunque del tenor del art. 2 i) LDRAL cabría llegar a la conclusión de que las entidades RAL a que se extiende el ámbito de aplicación de la ley española son aquellas establecidas *de manera duradera en España*, el requisito “de manera duradera” no va referido al establecimiento en España sino al carácter de la entidad RAL, y tiene el propósito de excluir a las entidades RAL cuya constitución tiene lugar *ad hoc*. En este sentido, y acorde con el Derecho europeo, es como ha de ser interpretado el art. 2.i) LDRAL.

²⁵ Asunto C-75/16: “Livio Menini, María Antonia Rampanelli y Banco Popolare Società Cooperativa”.

fine de la sentencia, según el cual la autonomía legislativa de los Estados queda intacta *a condición de que se respete el efecto útil de la Directiva 2013/11* (apartado 51 *in fine* de la sentencia)²⁶. En defecto de aclaraciones, corresponde al intérprete identificar si, en aras del respeto del efecto útil, en la DRAL hay disposiciones cuya aplicación va más allá del expresado en el párrafo anterior. Lo que decimos se entiende, lógicamente, sin perjuicio de que el legislador estatal decida extender el ámbito de aplicación de la ley de transposición sobre supuestos no comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho europeo²⁷.

Los arts. 6 a 11 DRAL regulan los principios a que han de responder las entidades RAL para conseguir la acreditación europea (conocimientos especializados, independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia, equidad, libertad y legalidad). La obligación de cumplir con estos estándares recae sobre las entidades RAL que accedan a la acreditación²⁸. Todo apunta a que las entidades RAL deberán cumplir con el modo en que tales principios haya quedado definido por el Estado miembro de la Unión Europea en el que tengan su establecimiento, en el modo en que este queda definido por el art. 4.3º DRAL. De ahí que, en perspectiva unilateral, el art. 3.1º LDRAL extienda la aplicación de la ley sobre las entidades RAL establecidas en España. Solo a estas entidades son aplicables los requisitos exigibles para la acreditación de las entidades de resolución alternativa (arts. 5–7 LDRAL), los requisitos relativos a los procedimientos gestionados por las entidades de resolución alternativa (arts. 8–21) y los requisitos relativos a las personas encargadas de la resolución de los procedimientos gestionados por las entidades de resolución alternativa (arts. 22–25 LDRAL). Para obtener su acreditación estas entidades habrán de seguir el procedimiento regulado en los arts. 26 a 34 LDRAL, y

²⁶ El apartado 75 de las Conclusiones del Abogado General Henrik Saugmandsgaard OE, al que remite expresamente la sentencia, indica que “por lo que se refiere a los requisitos y características de los procedimientos de resolución alternativa no regulados por la Directiva 2013/11, los Estados miembros conservan plenamente su autonomía legislativa, siempre que se respete el efecto útil de dicha Directiva”.

²⁷ Como por ejemplo ha hecho la mayoría de los Estados miembros al extender la aplicación de la DM sobre la mediación en asuntos no transfronterizos.

²⁸ Como base para esta interpretación cabe mencionar la definición de entidad de resolución alternativa que se contiene en el art. 4.1º h) DRAL. *Vid.* F. Esteban de la Rosa y O. Cortés, “Un nuevo Derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, en F. Esteban de la Rosa (ed.), *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 524–525 y p. 539.

una vez obtenida quedarán sometidas a las obligaciones a que se refieren los arts. 35 a 39 LDRAL.

El acceso a la acreditación de una entidad RAL queda sometida a la condición de que pueda conocer de litigios relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios. La DRAL no hace posible que un Estado conceda la acreditación europea a una entidad RAL que no pueda conocer de esta clase de litigios. Por este motivo resultará necesario averiguar el alcance del apartado segundo del art. 3.1º LDRAL, según el cual

“La Ley será de aplicación a las entidades que, actuando en el ámbito de la resolución alternativa de litigios relativos al cumplimiento por las empresas adheridas de los compromisos asumidos en códigos de conducta sobre prácticas comerciales o de publicidad, soliciten voluntariamente su acreditación para ser incluidas en el listado nacional de entidades acreditadas”²⁹.

El apartado segundo del art. 2 DRAL, y el art. 3.2º LDRAL, contienen una lista de aspectos que quedan excluidas del ámbito de aplicación. Para el entendimiento de estas exclusiones resulta de interés tener en cuenta su sentido propio y, especialmente, descubrir de qué modo afectan a la posibilidad de acceso a la acreditación.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.2º.a) DRAL, y debido a la inexistencia en la LDRAL de la autorización a que se refiere esa disposición, en España no resulta posible la acreditación de entidades RAL que no sean independientes del empresario reclamado.³⁰ Tampoco pueden ser objeto de acreditación los servicios de reclamaciones gestionados por los empresarios (3.2º.c) LDRAL). Por otra parte, la LDRAL no es de aplicación a la negociación directa entre el consumidor y el empresario, por lo que los procedimientos de este tipo que puedan existir quedan al margen del procedimiento de acreditación. La DRAL y la LDRAL excluyen de su ámbito de aplicación a los procedimientos iniciados por un comerciante contra un consumidor.³¹

²⁹ En el sistema español, en esta situación se encontraría el jurado de la publicidad denominado AUTOCONTROL. Incluso aunque se aceptara que a estas entidades puede hacerse extensiva la acreditación regulada por la LDRAL, vemos dificultades a la hora de que puedan ser notificadas a la Comisión Europea e incorporadas al listado único con las entidades RAL de los Estados miembros. En cambio, no existe problema para conceder la acreditación a entidades RAL cuya competencia se extienda sobre el conocimiento de litigios que no estén incluidos en el ámbito de aplicación de la DRAL, siempre y cuando también la posean para conocer de los primeros.

³⁰ Esta opción estuvo presente en el Proyecto de Ley por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE.

³¹ *Vid.* art. 2.2º.g) DRAL y 3.2º b) LDRAL.

Como recuerda el TJUE en su sentencia de 14 junio 2017, las disposiciones de la DRAL solo son aplicables a los procedimientos incoados por un consumidor contra un comerciante³². Ahora bien, aunque así pueda parecer, esta exclusión no afecta al acceso a la acreditación de las entidades RAL que conozcan también de las reclamaciones de comerciantes contra consumidores, las cuales no tienen por qué quedar sometidas a los estándares de la DRAL ni de la LDRAL. Así se desprende del propio art. 2.2º RRL. De hecho, algunos Estados miembros, como Alemania, Bélgica, Luxemburgo y Polonia, contemplan que las entidades RAL acreditadas puedan conocer de las reclamaciones de un comerciante contra un consumidor. En el sistema español nos encontraríamos en un caso parecido si las juntas arbitrales de transporte accedieran a la acreditación como entidades RAL europeas, pues las controversias de las que pueden conocer no quedan definidas a través de la posición de empresario y de consumidor. Consideraciones análogas valen para explicar el sentido de la exclusión que contiene la letra d) del art. 2.2º DRAL (litigios entre comerciantes). También quedan excluidos los litigios entre empresarios (art. 3.2º.d), los intentos en el marco de un procedimiento judicial con el fin de intentar solucionar el litigio objeto del mismo (art. 3.2º.e) así como las reclamaciones que se refieran a servicios no económicos de interés general (art. 3.2º.f). El objetivo de la exclusión referida a los servicios relacionados con la salud prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, como la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios y de la relativa a los prestadores públicos de enseñanza complementaria o superior³³ no es impedir el acceso a la acreditación europea a aquellas entidades RAL que se ocupen de resolver litigios en esos ámbitos. El propósito es reducir el alcance de las obligaciones que pesan sobre los Estados de garantizar una cobertura completa por entidades RAL de los litigios relativos a contratos de prestación de esos servicios. Como consecuencia, nada obsta a extender sobre ellos la cobertura de las entidades RAL acreditadas, algo que no ha hecho el legislador español. En Europa contamos ya con el precedente del Reino Unido, donde la referida extensión ha tenido lugar debido a que los estudiantes universitarios son considerados como consumidores al efecto del conocimiento de esta clase de litigios por parte de entidades RAL acreditadas.

³² Art. 2.2º.g) DRAL y el art. 3.2º letra b) LDRAL.

³³ Art. 2.2º DRAL letras h) e i); art. 3.2º letras g) y h) LDRAL.

Algunas de las normas de la DRAL, y también de la LDRAL, plantean problemas con la definición de su ámbito de aplicación. El problema se presenta, sobre todo, respecto de aquellas disposiciones cuyos mandatos no van referidos a las entidades RAL. Para estos casos resulta necesario delimitar el ámbito de aplicación material y espacial teniendo en cuenta los objetivos perseguidos y el efecto útil del Derecho europeo.

Una primera excepción debe ser hallada en el alcance del principio de libertad, que en la LDRAL se contiene en los arts. 13 (eficacia de los pactos previos entre consumidor y empresario de sometimiento a un procedimiento con resultado no vinculante) y 15 (eficacia de los pactos previos entre consumidor y empresario de sometimiento a un procedimiento con resultado vinculante y garantía de consentimiento informado en los pactos posteriores al surgimiento del litigio). La garantía jurídica según la cual queda excluido el efecto vinculante para el consumidor de un pacto que le prive del derecho a recurrir a tribunales y que haya sido celebrado antes de que surja el litigio, no puede quedar condicionada a que la cláusula en cuestión designe a una entidad RAL acreditada. Ello no solo supondría crear dos regímenes en dependencia de que la remisión tuviera lugar o no a una entidad RAL acreditada, sino que además el régimen más estricto sería solo aplicable cuando la cláusula remite a una entidad RAL de mayor calidad. Por el contrario, si la cláusula designa a una entidad RAL no acreditada, que cumplirá previsiblemente con garantías procesales de menor calidad, sería de aplicación el sistema estatal, siendo posible la aplicación de un régimen más tolerante con la eficacia de estas cláusulas. Por otra parte, tampoco es de recibo admitir que el régimen europeo no sea de aplicación cuando el litigio haya sido iniciado por el empresario contra el consumidor, tal y como se ha llegado a sugerir³⁴. Para ambos casos resulta necesario invocar el efecto útil del Derecho europeo en el modo en que ha sido establecido por el TJUE en su sentencia de 14 junio 2017. Las soluciones armonizadas que deriven del art. 10 DRAL deberán ser aplicables con el alcance que establece el art. 2.1º DRAL, esto es, cuando la reclamación tenga lugar entre un comerciante establecido en la Unión y un consumidor residente en la

³⁴ *Vid., v.gr.*, N. Reich., "A Trojan Horse in the Access to Justice – Party Autonomy and Consumer Arbitration in conflict in the ADR–Directive 2013/11/EU?", *ERCL*, vol. 10, nº 2, 2014, pp. 269–270. Quisiéramos cumplimentar nuestro sentido afecto al autor citado, jurista como pocos y cuya especial sensibilidad en el ámbito del Derecho europeo de la protección del consumidor siempre fue un placer seguir. Lamentablemente nos ha dejado hace pocas fechas por lo que quisiéramos brindar este estudio a modo de humilde homenaje a su memoria.

Unión. Cuestión distinta será conocer cuál de ellas deberá ser de aplicación.

El alcance de las disposiciones de la DRAL también ha de ser objeto de precisión en lo que concierne a la definición de las obligaciones de información que asigna a los empresarios el art. 13 DRAL, y que aparecen reguladas en los arts. 40 y 41 LDRAL. Como se sabe, el art. 13 DRAL hace recaer sobre los empresarios la obligación de informar sobre las entidades RAL a las que se encuentran adheridos o en cuyos procesos están obligados a participar. Según la interpretación más al uso, que toma como fundamento el art. 4.1º.h) DRAL, esta obligación solo existe cuando la entidad RAL en cuestión haya obtenido la acreditación europea, de tal manera que los empresarios adheridos a entidades RAL no acreditadas no quedan obligados a informar a los consumidores sobre su adhesión. En la medida en que estas obligaciones no van referidas a las entidades RAL acreditadas, creemos que, en consideración al efecto útil de esta disposición, debería entenderse que la obligación de informar recae sobre todos los empresarios que estén adheridos a entidades RAL, acreditadas o no. Esta no ha sido la postura seguida por el legislador español, que en el art. 41 LDRAL hace recaer las obligaciones de información solo sobre los empresarios adheridos a entidades RAL acreditadas. Se ha creado así un buen aliciente para la adhesión de los empresarios a entidades RAL no acreditadas. Aunque el art. 41 no lo aclare, estas obligaciones recaen sobre los empresarios establecidos en España, tal y como se deduce del art. 13 DRAL. Para la determinación de este establecimiento habrá que tener en cuenta la letra g) del art. 2 LDRAL³⁵.

Creemos que otra ocasión en la que será necesario invocar el efecto útil del Derecho europeo se presenta respecto de la regulación de los efectos de la presentación de reclamaciones ante una entidad de resolución alternativa. Según el art. 4 LDRAL:

“1. La presentación de una reclamación ante una entidad acreditada suspenderá o interrumpirá los plazos de caducidad y de prescripción de acciones conforme a lo establecido en la normativa que resulte de aplicación en cada caso.

2. Cuando de manera voluntaria se inicie ante una entidad acreditada un procedimiento de resolución alternativa con resultado no vinculante, estando en curso un proceso judicial, las partes, de común acuerdo, podrán solicitar su suspensión de conformidad con la legislación procesal”.

³⁵ La posición la mantuvimos en F. Esteban de la Rosa, “Challenges for the implementation of the Consumer ADR Directive in Spain”, en P. Cortes, *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, Oxford University Press, 2016, p. 285.

El precepto es transposición del art. 12 DRAL, que no hace expresamente alusión al carácter acreditado de la entidad RAL. Creemos que todo apunta a que la DRAL no ha querido impulsar la existencia de regímenes diferentes con base en ese criterio, por lo que cabe mantener que la transposición española no ha sido completamente satisfactoria. Por otra parte, si tenemos en cuenta que la prescripción es una cuestión que forma parte del ámbito de la ley aplicable al contrato, con arreglo a la calificación uniforme que de esa cuestión lleva a cabo el Reglamento Roma I (RR I) sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, lo que la DRAL, y la LDRAL, exigen es una modificación de tal forma que sea posible garantizar la aplicación de esta disposición cualquiera que sea la ley aplicable al contrato. Será preciso identificar la existencia de una norma material imperativa. Respecto de su alcance, espacial parece lógico pensar que será el de la DRAL, esto es, la existencia de una reclamación de un consumidor residente en la Unión Europea contra un empresario establecido en la Unión Europea³⁶.

IV. La preservación del acceso a tribunales en las reclamaciones extrajudiciales 2.0: relaciones con la operatividad de los foros de competencia judicial internacional

1. Procedimientos que finalizan con una decisión no vinculante

La DRAL no contiene normas sobre competencia internacional de las entidades RAL para conocer de los asuntos transfronterizos, ni tampoco una remisión al Reglamento Bruselas I bis, de manera análoga a la remisión que hace el art. 11 DRAL al art. 6 RR I. En favor de la preterición de estas reglas de competencia internacional cabe argüir el carácter voluntario, por regla general, del sometimiento del consumidor al procedimiento ante una entidad RAL, a quien le suele corresponder la iniciativa en la apertura de la reclamación. A este argumento cabe replicar fácilmente que, en la práctica, el consumidor poco tiene que decir al respecto pues es la empresa quien está obligada a participar ante el procedimiento ante una concreta entidad RAL o, en su caso, ha elegido a una entidad RAL que le pueda ser más benévola que, en los supuestos transfronterizos, incluso puede ser la de

³⁶ *Vid.* en este sentido P. De Miguel Asensio, "El proyecto de ley de incorporación de la Directiva sobre resolución alternativa de litigios de consumo: algunas cuestiones (carencias) de Derecho aplicable", en la entrada del blog de 19 abril 2017.

un Estado diferente al de la residencia del consumidor y del establecimiento de la empresa.

En los procedimientos ante entidades RAL que finalizan con una decisión no vinculante para el consumidor éste mantiene intacta la posibilidad de acudir a la vía judicial, por lo que en principio no perdería la opción de los foros especiales para los contratos celebrados por consumidores contenidos en el Reglamento Bruselas I bis. En la visión seguida por la DRAL, la garantía que supone para el consumidor participar en un proceso que obliga a la entidad RAL a informarle, de acuerdo con el principio de equidad, de que puede dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, de que tiene la opción de aceptar o rechazar la solución propuesta, de que la solución propuesta puede ser distinta del resultado determinado por un órgano jurisdiccional que aplique normas jurídicas, y que obliga también a la entidad RAL a otorgar a las partes, antes de dar su consentimiento a una solución propuesta o a un acuerdo amistoso, un plazo de reflexión razonable (art. 9 DRAL), son considerados como elementos de protección suficientes para *compensar* la pérdida de la vía judicial. Esta idea se ve reforzada tras haber decidido el TJ, en su sentencia de 14 junio 2017 ya mencionada, que la DRAL se opone a una normativa nacional que establece que en el marco de la mediación los consumidores únicamente pueden retirarse de un procedimiento si demuestran que existe una causa justa que sustente su decisión.

En nuestra opinión esta regulación de la DRAL no resulta completamente satisfactoria. Por una parte, en los supuestos meramente domésticos, las garantías que ofrece el art. 9 DRAL no resultan suficientes para garantizar al consumidor que la solución alcanzada a través del acuerdo se aproxima a la que sería dictada por un juez, pues en ningún momento se le ofrece al consumidor un asesoramiento legal independiente. Por esta razón, creemos que los Estados, en sus legislaciones de transposición, deberían establecer mecanismos para favorecer ese asesoramiento legal independiente. Una medida en esta dirección podría ser la instauración de un plazo de desistimiento del acuerdo alcanzado, del que gozaría el consumidor una vez que ha dado su consentimiento al acuerdo de mediación. A pesar de que en el Congreso fue presentada una enmienda en esta dirección³⁷, la misma no ha sido considerada y el art. 14 LDRAL sigue muy de cerca al art. 9.2º DRAL.

³⁷ *Vid.* la enmienda nº 49 del Grupo Parlamentario Socialista al PLDRAL BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, 23 mayo 2017.

Pero las deficiencias son mayores en el ámbito de las reclamaciones transfronterizas. En este caso la DRAL no garantiza al consumidor la tramitación de la reclamación en su propio idioma, de manera que nadie garantiza que el consumidor llegue a comprender lo que se le está diciendo, a pesar de que ello le suponga la pérdida de la vía judicial. Por esta razón, para los litigios transfronterizos, creemos necesario exigir que la información a que se refiere el art. 9 DRAL, relevante para mantener el derecho de proseguir la reclamación por la vía judicial, incluso ante los jueces de su domicilio, haya de ser objeto de una traducción específica a fin de que se garantice que sea facilitada en el idioma del consumidor. Como mal menor, cabría exigir que se le facilitara en el idioma en el que fue presentada la reclamación. Para la tramitación en línea sería necesario habilitar durante el procedimiento un modo especial para que el consumidor pueda dejar constancia inequívoca del conocimiento de esta información.

2. Procedimientos que finalizan con una decisión vinculante: los efectos indirectos de la DRAL sobre el arbitraje de consumo transfronterizo

Cuando la decisión que pone punto y final al procedimiento resulta vinculante para el consumidor la DRAL contempla dos elementos adicionales de protección en los arts. 10 (principio de libertad) y 11 (principio de legalidad). El principio de libertad posee dos contenidos. Por una parte, se obliga a los Estados a garantizar el carácter no vinculante para el consumidor de una cláusula contenida en un acuerdo celebrado antes de que surja el litigio cuando esta tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales competentes para la resolución del litigio. Por otra, se obliga a los Estados a velar porque se garantice la existencia de un consentimiento informado de las partes (consumidor y empresario) sobre el carácter vinculante de la decisión cuando el procedimiento finalice con la imposición de una solución. En cuanto al principio de legalidad, se obliga a los Estados a garantizar la aplicación por las entidades RAL de las normas imperativas de protección del consumidor. La transposición española del principio de libertad en procedimientos que finalizan con una decisión vinculante ha tenido lugar en el art. 15 LDRAL. Y la del principio de legalidad en el art. 16 LDRAL.

Las soluciones que contiene la DRAL han determinado cambios muy significativos en el tratamiento del arbitraje de consumo en los

países miembros de la Unión Europea, tanto en el ámbito doméstico como en el régimen aplicable a los supuestos transfronterizos. Tanto es así que desde la doctrina se ha llegado a denunciar que la DRAL, de forma indirecta, contribuye a potenciar los sistemas de arbitraje de consumo en los Estados miembros, en el marco de una suerte de política, nueva y clandestina, de la Unión Europea³⁸. Y ello a pesar de que existen buenas razones para poner en duda la idoneidad del arbitraje como método para la resolución de litigios de consumo³⁹.

En el plano doméstico, el art. 10 DRAL ha armonizado el grado de exigencia para determinar el sometimiento al arbitraje de consumo, dejando sin embargo subsistente los regímenes, armonizados pero diferentes, derivados de la Directiva 93/13/CE⁴⁰. Aunque en apariencia, con esta modificación, el Derecho europeo pone trabas adicionales a la opción por el arbitraje, y a la consecuente renuncia a tribunales, en las relaciones de consumo, el diseño general del sistema construido por la DRAL y el RRL contribuye a la potenciación del arbitraje de consumo en el caso de las reclamaciones transfronterizas. En efecto, hasta ahora ha sido unánimemente aceptado que resulta en contradicción con el orden público la sumisión del consumidor a un arbitraje extranjero debido a que ello supone la renuncia a las competencias propias de los contratos celebrados por los consumidores que reconoce a favor del consumidor el Reglamento Bruselas I bis⁴¹. Sin embargo, esta solución debe entenderse superada como consecuencia de la admisión que la DRAL hace del arbitraje de consumo en su art. 2.4º DRAL. Como consecuencia de esta admisión, se permite que los consumidores con residencia en un Estado miembro queden someti-

³⁸ Vid. N. Reich, "A Trojan Horse in the Access to Justice – Party Autonomy and Consumer Arbitration in conflict in the ADR–Directive 2013/11/EU?", *loc. cit.*, p. 258.

³⁹ Estas críticas se pueden resumir en cuatro puntos. En primer lugar, los beneficios que proporciona en términos de ejecutividad de la decisión pierden gran parte de su significación como consecuencia del alto porcentaje de cumplimiento voluntario de las decisiones; en segundo lugar, el arbitraje implica el sometimiento del litigio a normas rígidas de procedimiento que no favorecen la resolución de los casos; en tercer lugar, el método del arbitraje impide por definición el diálogo entre las partes para tratar de encontrar una solución, lo que puede provocar decisiones con ganador y perdedor; por último, detrás del arbitraje no hay otra cosa que la renuncia a tribunales, a quienes corresponde la garantía última del cumplimiento de las normas imperativas de protección del consumidor.

⁴⁰ Para un exposición de estas soluciones, vid. F. Esteban de la Rosa y P. Cortés, "Un nuevo Derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo", en F. Esteban de la Rosa, F. *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europea y América*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 539–540.

⁴¹ Vid. M. Virgós Soriano, "El convenio arbitral en el arbitraje internacional", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, vol. 14, 2006, pp. 16–21.

dos a entidades RAL, de arbitraje de consumo, establecidas en otros Estados miembros, con renuncia incluso al foro de los tribunales de su domicilio. Estos supuestos, lejos de ser anecdóticos, están llamados a incrementarse en el futuro como consecuencia de la puesta en funcionamiento de la plataforma europea de resolución en línea de litigios de consumo. Más que en presencia de una política clandestina o indirecta de la Unión Europea, creemos que el legislador europeo no ha llegado a percibir por completo los efectos del sistema general que se ha construido sobre el tratamiento del arbitraje de consumo transfronterizo. Sin embargo, una vez que el legislador europeo ha admitido al arbitraje como método de solución que puede ser utilizado por las entidades RAL acreditadas, en el actual marco normativo deja de tener cabida la hasta ahora afirmada limitación de orden público relacionada con la privación de los foros en materia de contratos celebrados por los consumidores.

En esta línea de pensamiento, resulta legítimo plantear si a través de las cautelas que establecen los arts. 10 y 11 DRAL los derechos de los consumidores reconocidos por el Derecho europeo son protegidos en un modo compatible con el acceso a la tutela judicial efectiva que reconocen los arts. 47.1º CEDF y 19 TUE⁴². Ha sido el profesor Norbert Reich quien ha sugerido esta interesante línea de reflexión, llegando a afirmar que la admisión e incorporación del arbitraje de consumo al sistema europeo de entidades RAL provoca una desactivación, como mínimo desafortunada, del marco de protección previsto por los foros especiales para la materia de los contratos celebrados por los consumidores.

No creemos que el legislador europeo deba dar marcha atrás y corregir la situación creada *de facto*. Por una parte, la disponibilidad de la resolución en línea, así como de las funciones de traducción automática y de asesoramiento, disponibles de forma especial para los supuestos transfronterizos, hacen que el carácter transfronterizo deba dejar de ser percibido como un factor que provoca un detrimento significativo en las garantías reconocidas a los consumidores. Dicho esto, lo que sí creemos es que el legislador europeo debería tomar nota de algunas garantías adicionales de cara a mejorar la posición del consumidor en los procedimientos de arbitraje de consumo, sobre todo en lo que concierne a las reclamaciones transfronterizas. A este fin resultan adecuadas las propuestas que se cifran en someter la validez del acuerdo arbitral a tribunales, dando menos peso en este ámbito a la regla según la cual corresponde al órgano arbitral decidir sobre su propia competencia, y en permitir la impugnación del laudo por in-

⁴² Vid. N. Reich, *loc. cit.*, nota 33, pp. 258–280.

fracción de normas imperativas de protección del consumidor. Pero puede haber más, como las relacionadas, como veremos, con la facilitación al consumidor, en su propio idioma, o como mal menor en el idioma de presentación de la reclamación, al menos de aquella información mínima que resulta relevante para mantener el derecho de acudir a la vía judicial, de manera que no se produzca una renuncia inopinada de este derecho.

Las finalidades de la plataforma europea no guardan relación con los criterios de competencia judicial internacional para los contratos de consumo. Ello explica que la admisión de reclamaciones transfronterizas a través de la plataforma europea no quede sometida a los mismos principios de las reglas de competencia de los contratos celebrados por consumidores. El uso de la plataforma está reservado para las reclamaciones procedentes de compras de bienes y servicios en línea. En cambio, para determinar la operatividad del foro del domicilio del consumidor hay que tener en cuenta

“... si, antes de la celebración del contrato con el consumidor, de las citadas páginas web y de la actividad global del vendedor se desprendería que este último tenía intención de comerciar con consumidores domiciliados en otro u otros Estados miembros, entre ellos el del domicilio del consumidor, en el sentido de que estaba dispuesto a celebrar contrato con ellos”⁴³.

Sin perjuicio de la finalidad diversa, creemos que hay razones para proponer la conveniencia de habilitar la utilización de la plataforma RLL, en el caso de las reclamaciones transfronterizas, también a los consumidores que tengan derecho a la utilización del privilegio procesal. De este modo se evitaría la necesidad de considerar un elemento fortuito, y de difícil prueba, como la realización del encargo a través de la Red. Por otra parte, con el criterio ahora acogido, los consumidores “pasivos” que no hayan realizado el encargo a través de la Red no disponen de la opción de utilizar la plataforma para presentar sus reclamaciones, una opción que ayudaría a evitar la presentación de una reclamación judicial ante los tribunales de su domicilio.

⁴³ STJ 7 diciembre 2010, as. C-585/08 y C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740. *Vid.* también las decisiones del TJ de 6 septiembre 2012, As. C-190/11, ECLI:EU:C:2012:542, y de 17 octubre 2013, As. C-218/12, ECLI:EU:C:2013:666. *Vid.* un comentario a esta decisión en F. Esteban de la Rosa, “El papel del nexo de causalidad en el sistema europeo de competencia internacional de los contratos de consumo: ¿Una condición para el olvido?”, *La Ley: Unión Europea*, nº 11, 2014, pp. 5-17.

V. Cuestiones de Derecho aplicable

1. Los modos de prestación del consentimiento para el inicio del procedimiento ante una entidad RAL

El nuevo sistema europeo permite que las reclamaciones sean presentadas por tres vías, a saber, directamente ante una entidad RAL extranjera sin utilizar el recurso en línea⁴⁴, a través de la utilización del acceso en línea que está obligada a habilitar cada entidad RAL acreditada⁴⁵ y, por último, la que se supone que será preferida por permitir el empleo del idioma del consumidor, mediante la utilización de la plataforma europea de resolución en línea de litigios de consumo. En todos los casos el presupuesto para la actuación de la entidad RAL es la existencia de una obligación legal de participar, un acuerdo válido entre las partes o una combinación de ambas⁴⁶.

2. El sometimiento a entidades RAL cuyo procedimiento finalizan con una decisión no vinculante

La DRAL no proporciona un régimen para la validez internacional de los pactos de sumisión a entidades RAL por lo que, para descubrirlo es preciso recurrir a las reglas generales de Derecho internacional privado. Este régimen depende fundamentalmente del método de solución empleado por la entidad RAL. Cuando el procedimiento finaliza con una decisión no vinculante para ninguna de las partes, por seguirse un procedimiento de mediación o de conciliación, se impone una calificación contractual, de tal manera que será de aplicación el RR I a los litigios relativos a la validez e interpretación del acuerdo de sometimiento a mediación⁴⁷. Esta misma ley es de aplicación para decidir sobre la incorporación al contrato de una cláusula contenida

⁴⁴ Vid. art.5.2º.c) DRAL.

⁴⁵ Vid. art. 5.2º.a) DRAL.

⁴⁶ Dejamos al margen la posibilidad de presentar la reclamación ante los Centros Europeos del Consumidor en la forma que se ha venido haciendo hasta ahora. Si bien es cierto que con la entrada en vigor del Reglamento RRLL los Centros Europeos del Consumidor han asumido funciones específicas relacionadas con la gestión de las reclamaciones, sin embargo las funciones que tenían hasta ahora por ahora no han sido modificadas. Vid. la información disponible en la web http://www.cec.consumo-inc.es/secciones.php?id_sec=5&id_subsec=16 (consultada el 3 diciembre 2016).

⁴⁷ En este sentido, Vid. C. Esplugues Mota, "El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la ley 5/2012 de 6 de julio", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, Año XLVI, nº 136, enero-abril 2013, pp. 181-182.

en un clausulado general de la contratación, incluso contenido en los términos y condiciones de una página web, que el consumidor ha aceptado en el momento de la celebración del contrato que ha dado origen a la reclamación. En este caso podrá cobrar relevancia la invocación de la ley del país de la residencia habitual en conformidad con el art. 10.2º RR I cuando, conforme al Derecho de ese país, no sea posible asociar al comportamiento de esa parte el efecto de prestar su consentimiento. La emisión de declaraciones de voluntad a través de medios electrónicos hoy no reviste graves dificultades pues la mayoría de los sistemas estatales han acogido esta posibilidad. En el ámbito de la Unión Europea el art. 9 Directiva sobre comercio electrónico impone a los Estados la obligación de no entorpecer la utilización de la vía electrónica⁴⁸.

En ocasiones las empresas, todas o las de un concreto sector de actividad, quedan obligadas a participar en el procedimiento ante una entidad RAL e incluso a aceptar su decisión. El supuesto de arbitraje obligatorio en el ámbito de los servicios esenciales bajo el sistema portugués es paradigmático de esta opción. Para tales casos podrá ser necesario comprobar el alcance de esta obligación legal. Para determinar la validez del acuerdo del consumidor sigue siendo de aplicación el RR I, lo que queda facilitado al formar parte también de la materia contractual los supuestos en los que cabe identificar una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra⁴⁹. Ni la DRAL ni el sistema general definen la ley a la que corresponde decidir en torno a la existencia de una eventual obligación legal de adhesión al procedimiento ante una entidad RAL. De forma implícita, la DRAL parece apuntar a la ley del país del establecimiento de la empresa⁵⁰. Pero no es algo que realmente esté regulado, y ni siquiera los Estados se han ocupado de definir, de forma unilateral, el alcance de estas obligaciones. La existencia de un volumen importante de actividad de una empresa en un país distinto al de su establecimiento podría proporcionar argumentos para extender sobre tales empresas las mencionadas obligaciones. En tal caso habrá que esperar para determinar si tal extensión habrá de ser considerada como una restricción injustificada a la libre prestación de servicios reconocida por el Derecho europeo.

⁴⁸ A. Lara Aguado, "La formación del contrato de consumo electrónico", *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América* (F. Esteban De La Rosa, ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 285–286.

⁴⁹ *Vid.* SSTJ 20 enero 2005, as. C–27/02, ECLI:EU:C:2005:33. y de 14 marzo 2013, as. C–419/11, ECLI:EU:C:2013:165.

⁵⁰ *Vid.*, *v.gr.*, art. 13 DRAL.

Por otra parte, aunque pueda resultar extraño para nuestra cultura jurídica, hay sistemas, como el italiano, en los que resulta obligado participar en un procedimiento de mediación preceptivo para poder emprender acciones judiciales. El Derecho europeo ha refrendado esta posibilidad en la decisión del TJ de 18 marzo 2010 dictada en el asunto *Alassin*⁵¹, y en esta misma dirección se ha sumado la sentencia del TJ de 14 junio 2017 ya mencionada. Pese a esta tolerancia del Derecho europeo, el sistema español ha optado por elevar la protección del consumidor de tal forma que el art. 13 LDRAL ha establecido el carácter no vinculante para el consumidor de los acuerdos suscritos antes del surgimiento del litigio entre un consumidor y un empresario con objeto de someterse a un procedimiento con resultado no vinculante.

La DRAL no se pronuncia sobre cuál ha de ser la ley aplicable para determinar, por ejemplo, el alcance de la obligación de mediar que puede pesar sobre un consumidor y, en su caso, el alcance del carácter no vinculante del pacto de mediación celebrado antes del surgimiento del litigio. A la vista del carácter procesal de la cuestión resulta difícil excluir una calificación de ese tipo y la aplicación del Derecho del foro. Sin embargo, la posibilidad de dar una mejor respuesta a la expectativa del consumidor con residencia fuera del país del foro, podría alinearse a favor de no ser completamente descabellado someter esa clase de cuestiones a ley del país de la residencia habitual del consumidor. De esta manera cabría seguir un criterio de protección análogo al establecido en el art. 2.2º RRL para decidir si es posible que el empresario reclame contra el consumidor a través de la plataforma europea.

3. El sometimiento a entidades RAL cuyo procedimiento finaliza con una decisión vinculante

Al igual que acabamos de ver, el RR I se aplica también para determinar la validez del acuerdo en virtud del cual las partes se someten a la decisión vinculante de un tercero que no posea más que fuerza contractual, y no arbitral, tal y como sucede en algunas entidades RAL

⁵¹ As. C 317/08, C 318/08, C 319/08 y C 320/08, ECLI:EU:C:2010:146. En la actualidad estamos a la espera de que el TJ se pronuncie sobre la conformidad con el Derecho europeo de una mediación obligatoria para el consumidor en la que este ha de soportar el coste de ser asistido de letrado antes de emprender acciones judiciales. Se trata de la cuestión prejudicial C-75/16, planteada el 10 febrero 2016 por el Tribunal Ordinario de Verona.

existentes en Holanda. Los problemas de validez del convenio arbitral en reclamaciones transfronterizas quedan en cambio sometidos al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 junio 1958 (en adelante CNY)⁵². El art. II exige la existencia de un acuerdo por escrito y fija las condiciones en que este requisito se entiende satisfecho a través de un régimen mixto compuesto, por un lado, de una regulación uniforme y, por otro, de una remisión al Derecho nacional aplicable según la norma de conflicto contenida en el art. V.1º.a) CNY⁵³. Respecto de las reclamaciones que sean presentadas por vía de la plataforma europea, o también eventualmente a través del recurso electrónico habilitado por una entidad RAL estatal de arbitraje de consumo, el cumplimiento de los requisitos no ha de revestir excesiva dificultad, a pesar de la exigencia del acuerdo por escrito. La proliferación del comercio electrónico, y el uso frecuente de cláusulas arbitrales en correos electrónicos o en sitios web interactivos, tales como la plataforma europea, ha motivado que, también en este ámbito, se proponga la asimilación entre ambos tipos de comunicaciones⁵⁴. Habida cuenta del régimen protector que incorpora el art. 10 DRAL, según el cual el pacto ha de ser posterior al surgimiento del litigio, será difícil que aparezca la

⁵² BOE 11.7.1977.

⁵³ Sobre la interpretación que ha de hacerse del convenio de Nueva York a fin de convertir la norma sobre reconocimiento del art. V en una norma de conflicto referida a la validez del convenio arbitral *vid.* M. Virgós Soriano, "El convenio arbitral en el arbitraje internacional", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, vol. 14, 2006, pp. 16–21.

⁵⁴ En este sentido, *vid.* J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. De Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, segunda edición, 2009, p. 655. La proliferación de los convenios arbitrales electrónicos contenidos en contratos celebrados en línea, y la falta de certeza que puede existir respecto de su validez y eficacia en todas las jurisdicciones, ha hecho preciso que el organismo que elaboró el convenio de Nueva York, Naciones Unidas, haya puesto su atención en este tema. Una primera actuación ha consistido en la elaboración de una Recomendación relativa a la interpretación del párr. 2) del art. II y del párr. 1) del art. VII de la Convención de Nueva York, de 10 junio 1958, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 julio 2006 en su 39.º período de sesiones, donde, teniendo en cuenta la posibilidad del convenio arbitral electrónico, se recomienda considerar que no son exhaustivas las circunstancias que describe el párr. 2 del art. II del Convenio de Nueva York. La segunda se refiere a la regulación proyectada, pues la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, que ha sido aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, incluye en su art. 20 una disposición que hace extensiva su regulación al convenio de Nueva York de 1958. En cualquier caso, la posibilidad de recuperación a efectos de prueba es lo que dota al convenio arbitral electrónico de su equivalencia con el celebrado en soportes tradicionales. A este fin responde, entre los medios de prueba, la firma electrónica, dado que permite efectuar la comprobación de la identidad del origen y de la integridad de los mensajes intercambiados en Internet.

oportunidad de dar validez a un acuerdo de arbitraje contenido en condiciones generales de la contratación. Si fuera el caso, para la incorporación de la cláusula al contrato será de aplicación el propio sistema del CNY⁵⁵.

4. Derecho aplicable a la enervación del carácter vinculante para el consumidor del pacto de arbitraje de consumo

La incidencia de la DRAL sobre el régimen del acuerdo de sometimiento de litigios a entidades RAL es solo parcial y no afecta a las cuestiones de validez, salvo en lo relativo a la exigencia especial de consentimiento informado a que se refiere el apartado segundo del art. 10 DRAL y el art. 15.3º LDRAL. Cuando el pacto de sumisión a una entidad RAL ha sido celebrado antes del surgimiento del litigio y, sin embargo, dicho pacto no cierra la vía judicial, porque el procedimiento que se sigue es por ejemplo de mediación, el régimen de validez y eficacia del pacto se mantiene, de forma intacta, sobre la ley aplicable hallada en la forma que hemos indicado en el apartado 2.

El art. 15.3º LDRAL declara que no serán vinculantes para el consumidor los acuerdos suscritos antes del surgimiento de un litigio entre un consumidor y un empresario con objeto de someterse a un procedimiento con resultado vinculante. Esta situación se puede dar en los supuestos de arbitraje de consumo, pero también cuando la decisión resulta vinculante aunque tenga, exclusivamente, fuerza contractual. Habida cuenta que la DRAL no goza de aplicación directa, en los casos de reclamaciones transfronterizas se hace necesario determinar cuál es el régimen jurídico aplicable a la posibilidad de enervar el carácter vinculante de un pacto celebrado con anterioridad al surgimiento del litigio, cuestión de la que no se ocupa la DRAL.

Cuando la decisión que pone fin al procedimiento posee carácter vinculante pero solo fuerza contractual, la calificación contractual de la cuestión ha de llevar a la aplicación de las soluciones del RR I. Si, por el contrario, la decisión tiene fuerza de laudo arbitral, la aplicabilidad del RR I debe ser descartada, pues este Reglamento, en su art. 1.1º.e), excluye de su ámbito de aplicación "los convenios de arbitraje". Como consecuencia resulta necesario dirigir la mirada hacia el CNY, el cual se ocupa no solo de las cuestiones de validez del acuerdo arbitral sino también de su ineficacia o su inaplicabilidad (art. 11.3º). Conforme a la interpretación que es posible hacer del

⁵⁵ Vid. M. Virgós Soriano, *loc. cit.*, nota 47, pp. 16–21.

art. V.1º CNY, la cuestión queda sometida a la ley elegida por las partes y, en su defecto, a la ley del Estado en el que vaya a tener lugar el arbitraje⁵⁶. En el caso de las entidades RAL de consumo esta solución apunta hacia la ley del país de la sede de la entidad, de cuya concreción se ocupa el art. 4.3º DRAL⁵⁷.

En ambos casos las soluciones resultan inadecuadas pues, pues a través de la elección de la ley aplicable, no se llega a garantizar la aplicación del Derecho de un Estado miembro, de tal manera que, a través de la designación del Derecho aplicable, puede llegar a convertirse en inoperativa la regla europea según la cual esta clase de pactos no han de ser vinculantes para el consumidor cuando hayan sido celebrados antes del surgimiento del litigio. Aflora de este modo un ámbito en el que es necesario invocar el carácter de norma material imperativa del art. 15.1º LDRAL.

En el proceso de transposición de la DRAL ya es posible identificar países que, como Alemania, por haber decidido no acreditar a entidades de arbitraje, están prescindiendo de incorporar a su sistema jurídico el art. 10 DRAL. Si bien es cierto que la existencia de una norma de este tipo puede ser obviada para los supuestos domésticos, su funcionalidad para los supuestos transfronterizos resulta de la mayor relevancia. Por poner un ejemplo gráfico, si un consumidor con residencia en Alemania realiza una compra en línea de un vendedor con establecimiento en España, con arreglo al sistema actualmente en vigor en Alemania el juez alemán podrá estimar la excepción de arbitraje, y dejará de conocer, como consecuencia de la existencia de un acuerdo arbitral que haya sido celebrado con anterioridad al surgimiento del litigio, en la medida en que este pacto haya sido celebrado a través de un acuerdo separado. Se da así lugar a una solución diferente a la que contempla el nuevo Derecho europeo, bajo el cual no son vinculantes para el consumidor los pactos de arbitraje de consumo celebrados antes del surgimiento del litigio. Solo a través de una previsión en el sistema alemán, y en el del resto de los Estados miembros, será posible conseguir que se corrija esta disfunción para dar respuesta a las necesidades de los supuestos transfronterizos y del efecto útil del Derecho armonizado.

⁵⁶ Vid. M. Virgós Soriano, *loc. cit.*, nota 47, p. 21.

⁵⁷ Con arreglo a esta disposición "Una entidad de resolución alternativa está establecida: – si está gestionada por una persona física, en el lugar donde esta realice actividades de resolución alternativa de litigios, – si está gestionada por una persona jurídica o una asociación de personas físicas o jurídicas, en el lugar donde dicha persona o asociación realice actividades de resolución alternativa de litigios o tenga su domicilio social".

5. Régimen conflictual y material del consentimiento informado

El apartado segundo del art. 10 DRAL contiene una nueva exigencia que es de aplicación cuando la decisión de la entidad RAL resulta vinculante para las partes. Como hemos visto, este efecto puede darse tanto en los supuestos de arbitraje de consumo como, también, cuando la decisión vinculante posee fuerza meramente contractual. El art. 10.2º DRAL incorpora un nuevo requisito de validez para el convenio arbitral. El régimen especial de consentimiento informado que se contiene en el art. 10.2º DRAL tampoco cuenta con criterios espaciales de aplicación por lo que, para la determinación del Derecho estatal aplicable cobran valor las consideraciones anteriores. Por tanto, habrá que considerar al art. 15.3º LDRAL como norma material imperativa.

De manera adicional, creemos necesario poner de relieve el impacto que la exigencia de consentimiento informado ha de tener sobre la configuración de la prestación del consentimiento a través de la plataforma europea. Si bien el RRLL se refiere a la necesidad de que las partes acuerden en torno a la entidad RAL que conocerá de la reclamación (art. 6 aps. 3 y 4), no se proporciona información sobre si se contempla, por parte de la plataforma, un modo especial de prestación del consentimiento que garantice el consentimiento informado a que se refiere el apartado segundo del art. 10 DRAL y el art. 15.3º LDRAL. A expensas de lo que pueda ser interpretado por el TJ, la garantía de dicho consentimiento aconseja habilitar la posibilidad de marcar sobre sendos botones que permitan declarar, por una parte, que se acepta que la decisión tendrá carácter vinculante y, por otra, que el consumidor conoce que la decisión tendrá para él carácter vinculante.

Y por ello creemos necesario hacer las siguientes propuestas de *lege ferenda*. Dada la trascendencia de estas declaraciones, de las cuales deriva la renuncia a tribunales del consumidor y, eventualmente, a la posibilidad de acogerse a los foros del país de su domicilio, se debería exigir, en los supuestos transfronterizos, que tales declaraciones hayan de ser realizadas en el idioma del consumidor o, como mínimo, en el idioma en el que la reclamación fue presentada, no siendo suficiente que se arbitre la posibilidad de utilizar el idioma en el que tuvo lugar la transacción que ha generado la reclamación. Esto tiene como consecuencia que, en los supuestos transfronterizos, la prestación del consentimiento debería admitirse solo a través de la plataforma europea. Debería excluirse, por tanto, la posibilidad de dar eficacia a una declaración de aceptación del arbitraje de consumo a través de plata-

formas habilitadas por entidades RAL extranjeras que no permitan el empleo del idioma del consumidor a tal fin. Como garantía adicional del derecho de acceso a tribunales, el defecto idiomático respecto de esta cuestión debería abrir la posibilidad de impugnar la validez el convenio arbitral de consumo.

Por último, la existencia del régimen particular existente respecto de la validez y el carácter vinculante del acuerdo de arbitraje de consumo como el descrito hará necesario adaptar la regulación de la declinatoria por acuerdo de arbitraje. En el caso del sistema español la regulación relativa a los pactos de arbitraje ha de alterar el funcionamiento del art. 63 LEC. Y de hecho este precepto ha sido modificado por la Disposición final cuarta de la LDRAL. Con arreglo a su nueva redacción:

“Mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional, a árbitros o a mediadores, excepto en los supuestos en que exista un pacto previo entre un consumidor y un empresario de someterse a un procedimiento de resolución alternativa de litigios de consumo y el consumidor sea el demandante”.

6. Relaciones entre el régimen del art. 10 DRAL y el de las cláusulas abusivas

El legislador europeo no se ha ocupado de definir las relaciones entre el régimen del art. 10 DRAL con otros regímenes con los que se puede producir solapamiento, especialmente el relativo al carácter abusivo de los pactos de arbitraje de consumo que encuentra fundamento en la Directiva 1993/13/CE. En nuestra opinión, el régimen que proporciona la DRAL a los pactos de remisión a entidades RAL no tiene por finalidad afectar a la aplicación de las normas europeas de protección del consumidor frente a cláusulas abusivas. Ambos regímenes son autónomos y, dependiendo de la compatibilidad concreta entre ellos, pueden llegar a ser complementarios, por lo que resulta del mayor interés averiguar el ámbito de aplicación de cada uno de ellos y el modo en que se determina la legislación estatal aplicable en cada caso.

Las relaciones entre un régimen y otro hay que verlas de forma práctica. Si, por ejemplo, el pacto de arbitraje de consumo no produce efecto cuando ha sido celebrado antes del surgimiento del litigio y no se ha hecho constar en un acuerdo separado, tal y como contempla el sistema alemán de cláusulas abusivas, de igual modo tampoco producirá ese efecto por el hecho de que no haya sido celebrado con posterioridad al surgimiento del litigio. La detección de este solapamiento

invita a afirmar que el régimen del art. 10 DRAL ha sustituido al régimen de las cláusulas abusivas.

En el sistema español el sistema actual está compuesto por tres normas diferentes, a saber, el art. 57.4º del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en la versión dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo. Por otra, el art. 90.3º del mismo texto legal. Y por último el art. 15 LDRAL. Según la primera disposición mencionada:

“No serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto. La suscripción de dicho convenio, tendrá para el empresario la consideración de aceptación del arbitraje para la solución de las controversias derivadas de la relación jurídica a la que se refiera, siempre que el acuerdo de sometimiento reúna los requisitos exigidos por las normas aplicables”.

De acuerdo con el art. 90 TRLGDCU:

“Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan:

1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico”.

Por último, el art. 15 LDRAL tiene el siguiente tenor:

Art. 15. *Eficacia de los pactos previos entre consumidor y empresario de sometimiento a un procedimiento con resultado vinculante y garantía de consentimiento informado en los pactos posteriores al surgimiento del litigio.* 1. No serán vinculantes para el consumidor los acuerdos suscritos antes del surgimiento de un litigio entre un consumidor y un empresario con objeto de someterse a un procedimiento con resultado vinculante.

2. Para el empresario el acuerdo celebrado antes del surgimiento del litigio será vinculante si reúne las condiciones de validez exigidas por la normativa aplicable a dicho acuerdo. Este acuerdo no será necesario cuando el empresario se encuentre obligado, por ley o por su adhesión previa, a participar en dicho procedimiento.

3. El sometimiento del consumidor y del empresario al procedimiento ante una entidad de resolución alternativa de litigios de consumo cuya decisión sea vinculante requerirá, junto a la existencia de un acuerdo posterior al surgimiento del litigio, que en el momento de la prestación del consentimiento las partes sean informadas de que la decisión tendrá carácter vinculante, y de si la misma les impide acudir a la vía judicial, debiendo constar por escrito, o por otro medio equivalente, su aceptación expresa. Esta garantía de consentimiento informado no será de aplicación al empresario cuando se encuentre obligado, por ley o por su adhesión previa, a participar en dicho procedimiento”.

El lector puede comprobar las diferencias entre las tres disposiciones. Si tal y como hemos señalado con anterioridad, el art. 15 LDRAL

no puede limitar su alcance a aquellos casos en los que la cláusula suponga el sometimiento a una entidad RAL acreditada, ello significa que, en la práctica, el nuevo régimen del art. 15 LDRAL ha de suponer la derogación del régimen del art. 57.4º TRLGDCU, en su concepto de ley posterior. Por lo demás, el art. 57.4º TRLGDCU no llevó a cabo una transposición satisfactoria del art. 10 DRAL, pues no hacía ninguna clase de alusión a la necesidad de contar con un consentimiento informado. Habida cuenta que el art. 90.1º TRLGDCU no ha sido modificado, seguirá siendo posible reputar como abusiva la cláusula de sometimiento a arbitrajes distintos al de consumo⁵⁸.

Pero sí conviene tener en cuenta el diferente alcance internacional de una y otra regulación. Respecto del propio de las cláusulas abusivas hay que estar a lo dispuesto por las normas nacionales de transposición del art. 6.2º Directiva 93/13/CE, que en el caso español se concretan en el art. 67.2º Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En cuanto al segundo, con arreglo al criterio de interpretación que hemos propuesto, a la ubicación de la residencia del consumidor en un Estado miembro y el establecimiento del empresario en un Estado miembro. Aunque no haya sido dictada para esa finalidad, creemos que cabe mantener la aplicación del acervo europeo sobre protección del consumidor frente a cláusulas abusivas⁵⁹, en la aplicación del art. 10 DRAL y del art. 15 LDRAL.

7. Derecho aplicable al procedimiento ante las entidades RAL

A pesar de que el régimen general suele permitir que, en lo referido al procedimiento, las partes elijan la ley aplicable, en la práctica, la adhesión del consumidor al procedimiento ante una entidad RAL establecida en un Estado miembro determinará que sea de aplicación la ley de este país. La ley aplicable al procedimiento aparecerá así convertida en la ley del país de la acreditación de la entidad RAL. Cada Estado habrá de decidir el procedimiento que habrá de ser seguido por sus entidades RAL y, en su caso, establecer las variaciones respecto de lo dispuesto por la DRAL que sean permitidas por esta. La ley

⁵⁸ *Vid.* en este sentido H. Díez García, "Los principios de libertad y de legalidad de la Directiva 2013/11/UE de 21 de mayo (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) y su impacto en el sistema arbitral de consumo", en S. Díaz Alabart, (dir.), *Resolución alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento UE nº 524/2013)*, Madrid, Reus, 2017, p. 174.

⁵⁹ SSTJ 6 octubre 2009, as. C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615; y de 26 octubre 2006, As. C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675.

aplicable, por ejemplo, determinará el uso que el Estado hace del art. 5.4 DRAL, estableciendo la posibilidad del rechazo de la reclamación si antes no ha sido presentada al empresario, o si es posible rechazar reclamaciones extemporáneas o frívolas. Con cierta variación y ulteriores precisiones que resultan útiles, en el sistema español el art. 18 LDRAL ha dado acogida a la mayoría de los motivos de rechazo que aparecen en el art. 5.4º DRAL.

8. Derecho aplicable a la controversia de consumo en los procedimientos que finalizan con una decisión vinculante

El respeto al principio de legalidad en la resolución de las reclamaciones constituye una garantía que han de observar las entidades RAL acreditadas cuyo procedimiento finaliza con una decisión vinculante. El legislador europeo no ha tenido sin embargo excesiva fortuna a la hora de acuñar el principio, no teniendo en cuenta, por ejemplo, que el RR I ha incluido un nuevo apartado cuarto en el art. 3 con el propósito de garantizar la aplicación del Derecho europeo de protección de los consumidores cuando el contrato presenta todos los puntos de contacto con países miembros de la Unión Europea, o que hay Directivas, como la 1993/13/CE o la 1999/44/CE, que constituyen el fundamento para soluciones especiales de ley aplicable que existen en las legislaciones de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea.⁶⁰ La redacción dada por el legislador español a la formulación del principio de legalidad, que se encuentra en el art. 16 LDRAL, resulta más respetuosa con los elementos indicados que interfieren sobre la determinación del Derecho aplicable. Según su tenor:

Si el litigio tuviera carácter transfronterizo y existiera conflicto de leyes, la resolución impuesta por la entidad de resolución alternativa no podrá privar al consumidor de la protección que le proporcionen aquellas normas imperativas que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la legislación aplicable al contrato de consumo determinada, según proceda, conforme a lo establecido por el convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, conforme al Reglamento 593/2008, de 17 julio 2008, relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), o conforme a las normas del sistema español de Derecho internacional privado que

⁶⁰ Sobre la construcción compleja del sistema europeo de ley aplicable a los contratos de consumo electrónicos, *Vid.* F. Esteban de la Rosa, "Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho internacional privado", *Aranzadi Civil*, vol. 2, 2009, pp. 15–45.

sean transposición de Directivas europeas y que hayan establecido soluciones especiales para la regulación de los contratos transfronterizos de consumo vinculados con el Mercado Interior Europeo.

Para que el arbitraje de consumo pueda tener un acomodo en el sistema europeo de resolución alternativa de litigios de consumo más conforme con las garantías que derivan del derecho a la tutela judicial efectiva, creemos necesario que el principio de legalidad que se proclama aparezca protegido mediante un dispositivo que permita la posibilidad de que el laudo pueda ser impugnado por infracción de las normas imperativas de protección del consumidor, especialmente en los supuestos en los que la decisión de los árbitros es dictada en equidad, algo que es harto frecuente tal y como ocurre en el sistema español actual. De otro modo, en aras de la resolución ágil creemos que se cierra en falso la efectividad de los derechos reconocidos a los consumidores por el sistema europeo. Todo apunta a que será la ley del país de la sede de la entidad RAL la que deberá decidir sobre los motivos de impugnación del laudo. Por otra parte, a pesar de que dicha garantía no es establecida por la DRAL, la ley del país de la sede de la entidad RAL deberá decidir si cabe o no la impugnación del acuerdo de mediación alcanzado por su carácter lesivo o por suponer una renuncia, contraria al orden público, de los derechos del consumidor.

VI. Conclusiones

El nuevo Derecho europeo sobre resolución alternativa y en línea de litigios de consumo representa una regulación inédita en Europa y pionera a nivel mundial a la hora de establecer un marco institucional decidido a favorecer la resolución en línea de litigios de consumo. Queda sin embargo por ver cuál será el éxito de la nueva regulación, pues por ahora no todos los Estados miembros cuentan con entidades acreditadas y el número de quejas que ha recibido la plataforma europea no es numeroso. A partir de ahora será preciso la colaboración de todos en la difusión y en la detección de errores y problemas, algunos de los cuales han sido apuntados por este estudio.

La estructura creada está llamada a producir un efecto multiplicador del número de las reclamaciones transfronterizas, lo que abre nuevos retos para la regulación del sistema de Derecho internacional privado desde dos perspectivas diversas. Por una parte, resulta necesario hacer una puesta a punto y comprobar con qué sistema nos encontramos en la actualidad mediante la combinación de las soluciones especiales y las generales. Por otra, resulta necesario revisar si las

soluciones actuales responden a las exigencias especiales que provienen del reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva en conformidad con los arts. 47 CEDF y 19 TUE.

En la revisión efectuada hemos detectado insuficiencias en las soluciones de Derecho internacional privado existentes a fin de garantizar la aplicación del art. 10 DRAL en todo su ámbito de aplicación espacial, por lo que resulta necesario dotar de rango de norma material imperativa al art. 15 LDRAL. Hemos indicado la necesidad de entender superada, para el funcionamiento de la plataforma europea, la interpretación según la cual resulta en contradicción con el orden público el sometimiento a un arbitraje de consumo extranjero. El nuevo régimen hace también aflorar algunas lagunas de regulación que han de ser integradas, como la relativa a la determinación del Derecho aplicable a la obligación de participar en procedimientos ante entidades o para determinar el carácter no vinculante del acuerdo de mediación de consumo.

En el plano de la conformidad del nuevo régimen con el derecho a la tutela judicial efectiva creemos que resulta necesario proporcionar un mejor acomodo en el sistema europeo a la institución del arbitraje de consumo, a través del establecimiento, en cada Estado miembro, de un dispositivo de impugnación del laudo por infracción de normas imperativas de protección del consumidor. Solo de este modo es posible dar respaldo y garantía a la proclamación que se hace del principio de legalidad. Por otra parte, hemos advertido la necesidad de contar con una regulación sobre el idioma del procedimiento que logre salvaguardar la efectividad de los principios de equidad y de libertad en los supuestos transfronterizos. Para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos respecto de reclamaciones transfronterizas resulta necesario que cierta información mínima sea transmitida en el idioma del consumidor o, al menos, en el idioma en que la reclamación fue presentada. En ningún caso debería ser suficiente el empleo para este fin del idioma en el que fue realizada la transacción. Los elementos mejorables detectados no logran ocultar la trascendencia de la nueva regulación europea, que está llamada a ser un instrumento indispensable para la generación de confianza en el comercio electrónico del futuro.

Bibliografía

CORTÉS, P. y ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La normativa europea de resolución de conflictos de consumo y su transposición en España: una oportunidad para mejorar*

los derechos de los consumidores aprovechando las experiencias positivas en el Derecho comparado, Zaragoza, ADICAE, 2016.

- CUENCA GARCÍA, A.: "Los principios de transparencia, eficacia, libertad y legalidad en la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 mayo 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios de consumo, y su incidencia en el sistema de arbitraje de consumo español", en G. Palao Moreno, (ed.), *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo, su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido*, Valencia, Tirant lo Blach, 2016, pp. 37–79.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.: "El proyecto de ley de incorporación de la Directiva sobre resolución alternativa de litigios de consumo: algunas cuestiones (carencias) de Derecho aplicable", en la entrada del blog de 19 abril 2017.
- DÍEZ GARCÍA, H.: "Los principios de libertad y de legalidad de la Directiva 2013/11/UE de 21 de mayo (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) y su impacto en el sistema arbitral de consumo", en S. Díaz Alabart (dir.), *Resolución alternativa de litigios de consumo a través de ADR y ODR (Directiva 2013/11 y Reglamento UE n° 524/2013)*, Madrid, Reus, 2017, p. 174.
- ESPLUGUES MOTA, C.: "El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la ley 5/2012 de 6 de julio", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, n° 136, enero–abril 2013, pp. 181–182.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F. y CORTÉS, P., "Un nuevo Derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo", *La Protección del Consumidor en Dos Espacios de Integración – Una Perspectiva de Derecho Internacional, Europeo y Comparado* (F. Esteban De La Rosa, ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 514–563.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F.: "Challenges for the implementation of the Consumer ADR Directive in Spain", en P. Cortes, *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, Oxford University Press, 2016, p. 285.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F.: "Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho internacional privado", *Aranzadi Civil*, vol. 2, 2009, pp. 15–45.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Derecho de los negocios internacionales*, 2ª ed., Madrid, Iustel, 2009.
- LARA AGUADO, A.: "La formación del contrato de consumo electrónico", *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América* (F. Esteban De La Rosa, ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 285–286.
- REICH., N.: "A Trojan Horse in the Access to Justice – Party Autonomy and Consumer Arbitration in conflict in the ADR–Directive 2013/11/EU?", *ERCL*, vol. 10, n° 2, 2014, pp. 269–270.
- VIRGÓS SORIANO, M.: "El convenio arbitral en el arbitraje internacional", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, vol. 14, 2006, pp. 16–21.