

LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE CONSUMO

La adaptación del derecho español al marco europeo de
resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR)

FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA
Director

OZANA OLARIU
Coordinador

La resolución de conflictos de consumo

La adaptación del derecho español al marco
europeo de resolución alternativa (ADR)
y en línea (ODR)

THOMSON REUTERS

ARANZADI

1ª Edición, 2018



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBooks

Incluye versión en digital

Este estudio ha sido financiado por la Agencia Estatal de Investigación y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) en el marco del Proyecto de Investigación de referencia DER2014-56742-P, titulado «La adaptación de la legislación española al nuevo Derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo», del que es investigador principal el Dr. Fernando ESTEBAN DE LA ROSA.

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2018 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Fernando ESTEBAN DE LA ROSA y Ozana Olariu]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-9177-499-0

DL NA NA 38-2018

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 – Pamplona

Índice General

	<u>Página</u>
AGRADECIMIENTOS	25
RELACIÓN DE AUTORES	27
DECISIONES JUDICIALES	29
LEGISLACIÓN	33
ABREVIATURAS	43
INTRODUCCIÓN	47

PRIMERA PARTE

LA ADAPTACIÓN AL NUEVO MARCO EUROPEO DEL SISTEMA ESPAÑOL DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO

CAPÍTULO 1

DESIGNING JUSTICE: PILARES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE LITIGIOS DE CONSUMO	55
---	-----------

JANE WILLIAMS

CHRIS GILL

I. Introducción	55
II. Descripción general del modelo	57
1. <i>Paso primero: investigación y análisis</i>	59
2. <i>Paso segundo: fijación de objetivos</i>	61
3. <i>Paso tercero: opciones de diseño del sistema (primer orden)</i>	62
4. <i>Paso cuarto: opciones de diseño de proceso (segundo orden)</i>	68
5. <i>Paso quinto: evaluación</i>	73
III. Conclusiones	73

	<u>Página</u>
Bibliografía	75
CAPÍTULO 2	
EL SISTEMA ESPAÑOL DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO Y LA NUEVA LEY 7/2017, DE 2 DE NOVIEMBRE	79
FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA	
I. Antecedentes y significado de la ley 7/2017	79
II. Contenido de la ley: las opciones del legislador español	83
III. Ámbito de aplicación de la ley 7/2017	87
1. <i>Sentido y alcance del ámbito de aplicación y de las exclusiones</i>	87
2. <i>Alcance general de algunas disposiciones de la LDRAL</i>	91
IV. La estructura del sistema español de resolución alternativa de litigios de consumo. Un análisis preliminar desde los requisitos de la acreditación	94
1. <i>Las entidades RAL del sistema español</i>	94
2. <i>Aproximación a los números</i>	95
3. <i>El carácter voluntario / obligatorio de los procedimientos ante entidades RAL</i>	96
4. <i>Duración de los procedimientos y coste de la resolución de las reclamaciones</i>	98
5. <i>El acceso en línea a la presentación de reclamaciones</i>	99
6. <i>Información y consejo que suministran las entidades RAL</i>	100
V. Las autoridades competentes y el procedimiento de acreditación	101
1. <i>Las autoridades competentes</i>	101
2. <i>El procedimiento de acreditación</i>	102
Bibliografía	103
CAPÍTULO 3	
EL RÉGIMEN DE LA MEDIACIÓN DE CONSUMO	105
FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA	
I. Introducción	105

	<u>Página</u>
II. Bases para la construcción de una mediación especial en el ámbito de las relaciones de consumo	107
1. <i>La fuerte implantación de la mediación de consumo en la práctica de las entidades de resolución alternativa</i>	107
2. <i>Un déficit atávico en la regulación de la mediación de consumo ..</i>	108
3. <i>La mediación de consumo en el Derecho europeo</i>	111
III. Elementos para la vertebración de la mediación de consumo	113
1. <i>La admisibilidad de la mediación obligatoria de consumo</i>	113
2. <i>Principios de protección del consumidor para la mediación de consumo</i>	116
2.1. Conocimientos especializados	116
2.2. Principios de independencia y de imparcialidad ..	116
2.3. Principio de transparencia	117
2.4. Principio de eficacia	118
2.5. Principio de equidad	119
2.6. Principio de libertad	120
2.7. Principio de legalidad	121
IV. Conclusiones	121
Bibliografía	122

CAPÍTULO 4

EL SISTEMA ESPAÑOL DE ARBITRAJE DE CONSUMO ANTE SU ACREDITACIÓN EUROPEA	125
--	-----

OZANA OLARIU

I. Introducción: el arbitraje de consumo en el Derecho europeo y en la ley española de transposición de la DRAL	125
II. La acreditación del sistema español de arbitraje de consumo ..	131
1. <i>El sujeto de la acreditación y la autoridad competente</i>	131
2. <i>La adaptación de las juntas arbitrales al cumplimiento de los estándares exigidos por la LDRAL</i>	132
2.1. <i>Ámbito material de las reclamaciones admitidas y regulación de los motivos de rechazo de las reclamaciones</i>	132

	<u>Página</u>
2.2. Conocimientos especializados, independencia e imparcialidad	133
2.3. Principio de transparencia	134
2.4. Principio de eficacia	135
2.5. Principio de equidad	136
2.6. Principio de libertad	136
2.7. Principio de legalidad	141
3. <i>El procedimiento de acreditación de las juntas arbitrales de consumo</i>	142
III. Conclusiones	143
Bibliografía	144

CAPÍTULO 5

LA RESOLUCIÓN EN EQUIDAD: CONFORMACIÓN HISTÓRICA Y PERVIVENCIA EN EL NUEVO MARCO EUROPEO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO	147
--	-----

MARINA ROJO GALLEGO-BURÍN

I. Introducción	147
II. De la «aequitas» romana a la «equity» angloamericana	148
III. La equidad en el ordenamiento jurídico español	152
1. <i>Su proclamación como correctivo a la aplicación estricta de la ley</i>	152
2. <i>El arbitraje de consumo en equidad</i>	154
IV. La resolución alternativa de litigios en el Derecho de la Unión Europea. Principio de legalidad «vs» equidad	156
V. Hacia una configuración del arbitraje de equidad respetuosa con el Derecho europeo	162
VI. Conclusiones	165
Bibliografía	166

CAPÍTULO 6

LAS RECLAMACIONES EN EL SECTOR DE LOS SERVICIOS FINANCIEROS: SU ADAPTACIÓN AL NUEVO MARCO
--

EUROPEO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO	171
SEGISMUNDO TORRECILLAS LÓPEZ	
I. Introducción: la resolución alternativa de litigios de consumo en el ámbito de los servicios financieros	171
1. <i>Caracterización de los litigios y régimen actual</i>	171
2. <i>La nueva LDRAL y la resolución de reclamaciones de consumo en el sector de la actividad financiera</i>	175
II. Elementos para la construcción del nuevo sistema institucional de protección del cliente financiero	177
III. Los defensores del cliente ante su acreditación como entidades RAL europeas	181
IV. El sistema español de arbitraje de consumo y las reclamaciones en el ámbito de los servicios financieros	183
V. Conclusiones y propuestas	186
Bibliografía	186

CAPÍTULO 7

A PROPÓSITO DE LA LEY 7/2017, DE 2 DE NOVIEMBRE: NUEVAS PERSPECTIVAS PARA LOS MÉTODOS DE RECLAMACIÓN DE CONSUMO EN EL ÁMBITO DE LOS SEGUROS	189
FRANCISCO JAVIER PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ	
I. A modo de introducción	189
1. <i>Las reclamaciones de seguros en la nueva LDRAL</i>	189
2. <i>La especialidad de las reclamaciones en el sector de los seguros</i>	192
II. Las entidades de resolución alternativa en el ámbito de las reclamaciones de seguros y su acreditación como entidades RAL	196
1. <i>La nueva entidad pública de resolución alternativa de litigios en el ámbito de los seguros</i>	196
2. <i>Los servicios de atención al cliente</i>	198
3. <i>El defensor del asegurado</i>	198
3.1. <i>Introducción</i>	198

	<u>Página</u>
3.2. La acreditación de los defensores del asegurado con arreglo a la LDRAL	199
3.3. ¿Hacia un nuevo modelo de defensor del cliente en el sistema español?	203
III. Los métodos de resolución de litigios en el ámbito de los seguros	204
1. <i>La resolución a través del arbitraje</i>	<i>204</i>
2. <i>La mediación como método de resolución de conflictos en el ámbito de la actividad aseguradora: exigencias especiales en la mediación por entidades RAL acreditadas</i>	<i>206</i>
3. <i>¿Hacia dónde va –o pretendía ir– la normativa mercantil proyectada?</i>	<i>210</i>
IV. Reflexiones finales, críticas y propuestas de futuro	211
Bibliografía	217

CAPÍTULO 8

ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS EN MATERIA DE CONSUMO – DELIMITACIÓN COMPETENCIAL	219
--	------------

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

I. Primera parte. El estado de la cuestión en la jurisprudencia del tribunal constitucional: los tipos de métodos de resolución alternativa de conflictos y su encuadre competencial	220
1. <i>El arbitraje</i>	<i>220</i>
1.1. El liviano punto de partida de la STC 15/1989, fj. 9b	220
1.2. El contexto: la construcción de las competencias sobre consumo	222
1.3. La interpretación constitucional del Poder legislativo y el Gobierno	225
1.4. La consolidación de la doctrina constitucional	227
2. <i>Métodos de autocomposición extrajudicial (la mediación y la conciliación)</i>	<i>228</i>

	<u>Página</u>
2.1. Los instrumentos de resolución alternativa de conflictos en los Estatutos de Autonomía de segunda generación	228
2.2. La Sentencia 31/2010	230
3. <i>Las vías administrativas para la protección de consumidores</i> ...	231
II. Segunda parte. Un intento de respuesta a los problemas específicos	233
1. <i>El punto de partida: la directiva no cierra los métodos de resolución alternativa de conflictos. La opción del legislador estatal</i> ..	233
2. <i>Hipótesis A. Doble transposición: cada ente competente transpone la directiva</i>	234
3. <i>Hipótesis B. El Estado central determina el instrumento elegido para cumplir con la directiva: solo el arbitraje/solo la conciliación</i>	237
4. <i>Hipótesis C. La mediación/conciliación de consumo es mediación/conciliación civil a efectos constitucionales</i>	238
5. <i>De las hipótesis a la realidad legislativa: el caso de la mediación de consumo</i>	240
Bibliografía	243

CAPÍTULO 9

LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO: UNA VISIÓN DESDE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA	245
--	------------

DANIEL ESCALONA RODRÍGUEZ
FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA

I. La transposición de la directiva 2013/11/UE en la comunidad autónoma de Andalucía: una oportunidad para reforzar la efectividad de los derechos de los consumidores	245
II. Situación actual de la resolución alternativa de litigios de consumo en Andalucía	248
1. <i>La mediación en consumo</i>	248
2. <i>El arbitraje de consumo</i>	250
3. <i>Las hojas de quejas y reclamaciones de la Junta de Andalucía</i> ..	256

	<u>Página</u>
4. <i>Las reclamaciones en materia de suministro domiciliario de agua</i>	259
5. <i>El arbitraje de vivienda</i>	260
6. <i>El arbitraje de transporte</i>	261
7. <i>Las reclamaciones en materia de suministro eléctrico</i>	262
III. Objetivos desde el ámbito competencial andaluz	264
1. <i>Líneas básicas para una regulación del servicio público de mediación en consumo en Andalucía</i>	265
2. <i>Desarrollo del Sistema Arbitral de Consumo en Andalucía</i>	266
3. <i>La reforma del Decreto 72/2008, de 4 de marzo, por el que se regulan las hojas de quejas y reclamaciones de las personas consumidoras y usuarias en Andalucía y las actuaciones administrativas relacionadas con ellas</i>	270
4. <i>Otras reformas normativas relacionadas con la resolución alternativa de litigios de consumo</i>	271
IV. Propuestas para el Estado	272
Bibliografía	273

SEGUNDA PARTE

EXPERIENCIAS DE DERECHO COMPARADO EN LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO Y EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2013/11

CAPÍTULO 10

LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2013/11/UE: MODELOS DE REGULACIÓN PARA LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA	277
---	------------

FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA

PABLO CORTÉS

I. Rasgos principales de la resolución alternativa de litigios de consumo en los sistemas seleccionados	277
1. <i>Alemania</i>	278
2. <i>Bélgica</i>	281

	<u>Página</u>
3. <i>Francia</i>	285
4. <i>Países Bajos</i>	288
5. <i>Irlanda</i>	291
6. <i>Reino Unido</i>	294
7. <i>Suecia</i>	300
II. La acreditación europea de las entidades RAL	302
1. <i>Autoridades Competentes y Puntos de Contacto Únicos con la Comisión Europea</i>	302
2. <i>Acreditación voluntaria versus acreditación obligatoria</i> ...	302
3. <i>Limitaciones al acceso a la acreditación</i>	303
4. <i>Acreditación de entidades que conocen también de reclamaciones de comerciantes contra consumidores</i>	304
5. <i>Beneficios especiales asociados a la acreditación como entidad RAL</i>	305
Bibliografía	305

CAPÍTULO 11

LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO EN ITALIA A LA LUZ DE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2013/11/UE: ENTRE BUENAS PRÁCTICAS Y PROBLEMAS ABIERTOS	307
<i>MARÍA PÍA GASPERINI</i>	
I. Introducción	307
II. La transposición de la directiva 2013/11/UE en Italia y el decreto legislativo de 6 de agosto de 2015: ¿una transposición notarial?	310
III. «Best practices» del sistema RAL de consumo italiano	313
1. <i>El Árbitro bancario financiero</i>	313
2. <i>La mediación en el sector de las comunicaciones electrónicas</i> ...	317
IV. Los procedimientos de negociación paritética	321
V. La mediación de consumo no sectorial: el papel de las cámaras de comercio (con referencia a los órganos de mediación privados)	324

VI. Un problema totalmente italiano: la exclusión de la mediación obligatoria del ámbito del título II-bis del código de consumo	326
VII. Conclusiones	330
Bibliografía	332

CAPÍTULO 12

LA PARTICIPACIÓN OBLIGATORIA EN PROCESOS ANTE ENTIDADES DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO: EL CASO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES EN EL DERECHO PORTUGUÉS	335
--	-----

MARIO FROTA

I. La desjudicialización: la desconfianza ante las vías convencionales de administración de justicia	335
1. <i>La desjudicialización de los litigios de consumo y los sistemas alternativos de resolución de conflictos</i>	335
2. <i>La obsesión por los medios de resolución alternativa de litigios de consumo</i>	337
3. <i>Facilitar el acceso a la justicia y la solución de los litigios</i>	338
4. <i>Imposiciones de la Unión Europea a los Estados miembros</i>	339
II. El ordenamiento jurídico portugués: fuentes	343
1. <i>La Constitución de la República</i>	343
2. <i>La Ley de Arbitraje</i>	344
3. <i>La ley del arbitraje obligatorio</i>	345
4. <i>La Ley 144/2015</i>	346
III. Tribunales de arbitraje de consumo. el panorama en Portugal ..	348
1. <i>El marco específico</i>	348
2. <i>Tendencias</i>	352
3. <i>Arbitraje obligatorio y sus ventajas</i>	354
Bibliografía	355

TERCERA PARTE
RETOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE CONSUMO
EN UN ENTORNO DIGITAL Y GLOBAL

CAPÍTULO 13

PROMESAS Y DESAFÍOS PARA LA RESOLUCIÓN EN LÍNEA EN EUROPA	359
ETHAN KATSH	
ORNA RABINOVICH-EINY	
I. Introducción	359
II. Los orígenes del reglamento de la UE: la necesidad de ODR en el comercio electrónico	360
III. Las limitaciones del enfoque europeo: garantizar el acceso y la justicia para una amplia gama de litigios	364
IV. Conclusiones	367
Bibliografía	367

CAPÍTULO 14

LA RESOLUCIÓN EN LÍNEA DE LITIGIOS DE CONSUMO EN LA NUEVA PLATAFORMA ODR EUROPEA: PERSPECTIVA DESDE LOS SISTEMAS ESPAÑOL Y PORTUGUÉS	369
CÁTIA MARQUES CEBOLA	
I. La resolución extrajudicial de litigios de consumo en la Unión Europea: principales hitos de su evolución normativa	369
II. La coordinación entre la DRAL y el RRL	373
III. El funcionamiento de la Plataforma Europea ODR	376
1. <i>La tramitación de la resolución del litigio a través de la Plataforma Europea ODR</i>	378
1.1. Presentación de la reclamación	378
1.2. Elección de la entidad RAL por las partes	381
1.3. Tramitación de la reclamación por la entidad RAL	383
1.4. Resultado y cierre de la reclamación	384

IV. Propuesta de integración de la Plataforma Europea ODR con la «ECC-net»	385
V. La incorporación de la resolución en línea de litigios de consumo en Portugal y España	388
VI. Conclusiones	390
Bibliografía	391

CAPÍTULO 15

LA PARTICIPACIÓN DEL CENTRO EUROPEO DEL CONSUMIDOR EN ESPAÑA EN LA RESOLUCIÓN DE LITIGIOS TRANSFRONTERIZOS DE CONSUMO: ¿CAMBIO DE FUNCIONES? O ¿NUEVAS FUNCIONES?	395
--	------------

JOSÉ IGNACIO PAREDES PÉREZ

I. La convivencia de los sistemas de «soft law» y «hard law» ...	395
II. Las funciones de los centros europeos del consumidor en la «ECC-net»	399
1. <i>Origen de la «ECC-net»</i>	399
2. <i>Información y asistencia a los consumidores</i>	401
2.1. La controvertida función facilitadora de la «ECC-net»	401
2.2. El procedimiento de resolución alternativa de litigios transfronterizos	404
2.3. La remisión de la reclamación a las entidades de resolución alternativa de litigios notificadas	406
III. Las funciones de los centros europeos del consumidor en la DRAL y el RRLD	406
IV. La interacción de las funciones y los desajustes entre el antiguo y el nuevo marco europeo de resolución alternativa de litigios de consumo	409
Bibliografía	412

CAPÍTULO 16

EL RÉGIMEN DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO EN LA DIRECTIVA 2013/11/UE Y LA LEY 7/2017

413

FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA

I. Introducción

413

II. Ámbito de aplicación espacial de la DRAL, el RRL y la LDRAL

415

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

419

1. *Procedimientos que finalizan con una decisión no vinculante* .

419

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

420

IV. Cuestiones de Derecho aplicable

424

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

424

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

424

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

427

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

428

5. *Régimen conflictual y material del consentimiento informado* .

430

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

431

7. *Derecho aplicable al procedimiento ante las entidades RAL*

434

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

434

V. Conclusiones

436

Bibliografía

437

CAPÍTULO 17

LOS SISTEMAS REPUTACIONALES COMO MECANISMOS DE COMPULSIÓN PRIVADA*	439
AURA ESTHER VILALTA NICUESA	
I. Introducción	439
II. La confianza y la reputación en línea	443
III. Los sistemas reputacionales	446
1. <i>Los sellos de confianza</i>	446
2. <i>Los sistemas de valoración o puntuación</i>	449
3. <i>Las listas negras (black lists) y el bloqueo de cuentas</i>	454
4. <i>Información de contacto, atención personalizada y retroalimentación</i>	455
IV. Indicaciones conclusivas	456
Bibliografía	458

CAPÍTULO 18

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL CONTEXTO DEL RÉGIMEN DE LA RETROCESIÓN DE CARGOS («CHARGEBACKS»)	461
ABIGAIL QUESADA PÁEZ	
I. Introducción	461
II. Propiedades de los chargebacks como sistemas ADR	465
III. La protección del consumidor en los sistemas de «chargeback»	468
1. <i>La transacción no ha sido autorizada por el consumidor, que detenta la tarjeta</i>	469
2. <i>El comerciante no ha respetado los derechos del consumidor</i>	470
3. <i>En el caso de quiebra del comerciante</i>	471
IV. El «chargeback» y el derecho de desistimiento	476
V. Conclusiones finales	479
Bibliografía	480

CAPÍTULO 19

LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LA NUEVA PLATAFORMA EUROPEA DE RESOLUCIÓN EN LÍNEA DE LITIGIOS*	483
MARGARITA OROZCO GONZÁLEZ	
I. Introducción	483
II. La plataforma europea de resolución en línea de litigios de consumo	486
III. La protección de datos en la plataforma europea de resolución en línea de litigios de consumo	487
1. <i>El contexto actual</i>	487
2. <i>La regulación de la protección de datos en el RRL</i>	488
3. <i>Previsiones de protección de datos en la Ley 7/2017</i>	491
4. <i>La información recogida en la plataforma</i>	492
5. <i>Previsiones contenidas en el Reglamento (CE) 45/2001</i>	494
6. <i>La aplicación general del Reglamento de Protección de Datos UE 2016/679 al tratamiento de datos de la Plataforma ODR</i> ..	496
IV. Conclusiones	498
Bibliografía	500

CUARTA PARTE

RELACIONES ENTRE LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA Y EL SISTEMA JUDICIAL

CAPÍTULO 20

LAS RELACIONES ENTRE LAS ENTIDADES RAL DE CONSUMO Y LOS SISTEMAS JUDICIALES EN LAS RECLAMACIONES TRANSFRONTERIZAS: ESPECIAL REFERENCIA AL PROCESO EUROPEO DE ESCASA CUANTÍA	503
NURIA MARCHAL ESCALONA	
I. Introducción	503
II. Encuentros y desencuentros entre la regulación de las entidades RAL y los sistemas judiciales en los supuestos transfronterizos de consumo	505
1. <i>Garantías para el acceso a la justicia</i>	505

	<u>Página</u>
1.1. El efecto de los pactos de sometimiento a entidades RAL	505
1.2. Garantías especiales en los procedimientos de mediación	507
1.3. El respeto al principio de legalidad	509
1.4. La obligación legal de sometimiento al procedimiento ante una entidad RAL	510
A. La obligación de sometimiento por parte del consumidor	510
B. La obligación de participación por parte del empresario	514
1.5. Acceso a la justicia y principio de eficacia	515
2. <i>Sobre el necesario cambio de rumbo en las relaciones entre las entidades RAL y el sistema judicial</i>	517
2.1. Introducción	517
2.2. Ejemplos de colaboración entre las entidades RAL y el sistema judicial	518
III. El papel del proceso europeo de escasa cuantía en la solución de controversias transfronterizas de consumo	522
1. <i>Introducción</i>	522
2. <i>Las principales novedades en la regulación del Proceso Europeo de Escasa Cuantía</i>	523
3. <i>Relaciones entre las entidades de RAL y el PEEC</i>	525
IV. Conclusiones	527
Bibliografía	528

CAPÍTULO 21

LA TUTELA ALTERNATIVA EN LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE CONSUMO: DIRECTRICES DEL DERECHO EUROPEO Y ORIENTACIONES PARA UN NUEVO MODELO EN EL SISTEMA ESPAÑOL	533
--	-----

 GISELA MORENO CORDERO

I. Introducción	533
------------------------------	-----

	<u>Página</u>
II. Modelos de incorporación al procedimiento colectivo y la solución extrajudicial de conflictos colectivos en la recomendación: las deficiencias del sistema español	537
1. <i>Los modelos de incorporación al procedimiento colectivo: «opt in» y «opt out»</i>	537
2. <i>La resolución alternativa de conflictos colectivos de consumo ..</i>	540
2.1. Planteamiento europeo	540
2.2. El sistema español en la resolución extrajudicial de conflictos colectivos frente al planteamiento europeo	542
A. Estado de la cuestión	542
B. El arbitraje de consumo colectivo	543
2.3. Hacia una construcción de la transacción colectiva en el Derecho español desde la visión comparada	550
A. La legitimación activa en los acuerdos transaccionales	553
B. La transacción extrajudicial y judicial y su control	554
C. La eficacia ultra partes de la transacción, los modelos de participación y el llamamiento	555
III. CONCLUSIONES	557
Bibliografía	557

Estado y comunidades autónomas en la transposición de la directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo – delimitación competencial

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

SUMARIO: I. PRIMERA PARTE. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LOS TIPOS DE MÉTODOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS Y SU ENCUADRE COMPETENCIAL. 1. *El arbitraje*. 1.1. El liviano punto de partida de la STC 15/1989, fj. 9b. 1.2. El contexto: la construcción de las competencias sobre consumo. 1.3. La interpretación constitucional del Poder legislativo y el Gobierno. 1.4. La consolidación de la doctrina constitucional. 2. *Métodos de autocomposición extrajudicial (la mediación y la conciliación)*. 2.1. Los instrumentos de resolución alternativa de conflictos en los Estatutos de Autonomía de segunda generación. 2.2. La Sentencia 31/2010. 3. *Las vías administrativas para la protección de consumidores*. II. SEGUNDA PARTE. UN INTENTO DE RESPUESTA A LOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS. 1. *El punto de partida: la directiva no cierra los métodos de resolución alternativa de conflictos. La opción del legislador estatal*. 2. *Hipótesis A. Doble transposición: cada ente competente transpone la directiva*. 3. *Hipótesis B. El Estado central determina el instrumento elegido para cumplir con la directiva: solo el arbitraje/solo la conciliación*. 4. *Hipótesis C. La mediación/conciliación de consumo es mediación/conciliación civil a efectos constitucionales*. 5. *De las hipótesis a la realidad legislativa: el caso de la mediación de consumo*. BIBLIOGRAFÍA.

Este ensayo se elaboró a partir de una pregunta concreta formulada por el responsable del proyecto de investigación, Fernando ESTEBAN DE

LA ROSA: ¿cuál es la distribución constitucional de competencias que habría de ordenar la transposición de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (en adelante DRAL)? En la primera redacción de este trabajo solo existía un anteproyecto de ley, que en mi opinión ofrecía serias dudas de constitucionalidad en tanto que regulaba aspectos de la mediación/conciliación, que es competencia de las Comunidades Autónomas. Puesto que entonces estábamos en medio de la larga interinidad de un Gobierno en funciones, pensé que, antes que entrar a criticar el anteproyecto, merecía la pena elaborar un texto que pudiese tener utilidad más allá de ese borrador normativo. Es por ello que el trabajo lo dividí en dos partes. En la primera, seguramente la más útil, intenté exponer de forma sistemática la jurisprudencia del Tribunal Constitucional referida a los medios alternativos de resolución de conflictos. A partir de ahí, en la segunda parte, hilvané algunas hipótesis de transposición, señalando cuál me parece la más oportuna (la primera) y destacando los inconvenientes de las restantes.

Este ensayo se envía a la editorial justo cuando se ha publicado 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 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (B.O.E., de 4 de noviembre). No plantea problemas singulares el arbitraje, donde el Estado goza de competencia exclusiva. Sin embargo, en lo referido a la mediación/conciliación, el legislador ha introducido una importante novedad en el art. 26; por ello, el último epígrafe de este trabajo está destinado a intentar desentrañar su sentido.

I. PRIMERA PARTE. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LOS TIPOS DE MÉTODOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS Y SU ENCUADRE COMPETENCIAL

1. EL ARBITRAJE

1.1. El liviano punto de partida de la STC 15/1989, fj. 9b

Cualquier acercamiento desde el punto de vista competencial al estudio de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos ha de pasar como punto de partida por la STC 15/1989. En ella, entre otros muchos problemas de los que luego algo se dirá, se discutió la competencia del

Estado para establecer un sistema general de arbitraje en materia de consumo. Me parece importante destacar con brevedad los rasgos que el legislador de 1984 había atribuido a este arbitraje, para lo que conviene citar expresamente el art. 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹:

«Art. trigésimo primero.

1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de consumidores y usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales atiende y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial de acuerdo con lo establecido en el art. 24 de la Constitución.

2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.

3. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores integrados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias».

Correspondía al Gobierno definir el sistema general de arbitraje, pero el legislador le daba ya una serie de elementos esenciales: el sometimiento voluntario de las partes; el carácter vinculante y ejecutivo de la decisión; la desformalización del procedimiento; su compatibilidad con la protección administrativa (inspección y sanción) y la garantía jurisdiccional; y una composición mixta de los organismos, con formación tripartita de empresariado, consumidores y administración.

A este fenómeno, el Tribunal Constitucional respondió con extrema parquedad en el fundamento jurídico 9 b) de la citada STC 15/1989, declarando:

«b) El art. 31 es impugnado por la Junta de Galicia, pero lo cierto es que ninguna razón se aporta como fundamento de la misma, por lo que, tal como advierte el Abogado del Estado, bastaría ya tal circunstancia para desestimar en este punto el recurso. Cabe añadir, no obstante, que el establecimiento de un sistema general de arbitraje es materia que incuestionablemente ha sido atribuida a la

1. BOE. de 26 de julio.

competencia exclusiva del Estado (art. 149, 1, 6 y 8, C.E.), por lo que ninguna tacha de inconstitucionalidad cabe oponer al art. 31».

Esta brevedad no oculta, sin embargo, dos argumentos que se han de resaltar. Primero, que el sistema general es constitucional simple y llanamente porque las Comunidades no lo han impugnado o, al hacerlo, han sido incapaces de fundamentar la inconstitucionalidad. Pero, segundo y más importante, la regulación del Estado es «incuestionable» en virtud de su competencia en materia de legislación procesal (6) y civil (8). Por qué el arbitraje es subsumible en la legislación procesal y civil (y no en la competencia de consumo) carece de mayores explicaciones y podríamos decir que para el Tribunal Constitucional es una conclusión obvia.

1.2. El contexto: la construcción de las competencias sobre consumo

La parquedad del Tribunal Constitucional, forzada en gran medida por el déficit argumentativo de los recurrentes, no debe ocultar que el fundamento 9 b) es parte de la intensísima batalla que estaba librándose en torno a la competencia de consumo. En otras páginas he relatado en extenso esta cuestión², pero ahora me gustaría recordar cómo la STC 15/1 989 termina por fijar la distribución de potestades Estado central/ Comunidades Autónomas, diseñando un panorama que se ha mantenido pacífico.

Un acercamiento sin más al texto constitucional, o desde los ojos de un jurista en 1978, se toparía con el silencio que la norma suprema dedica a la materia consumo en el marco de la distribución de competencias. No aparece ni en el listado de las estatales (art. 149.1.1), ni en el listado de las asumibles por las Comunidades Autónomas (art. 148.1). Es llamativo, además, el hecho de que, a diferencia del resto de principios rectores, la protección de consumidores no tenga un correlativo competencial³. En este contexto, los Estatutos de Autonomía del 151 (y luego los restantes) incorporaron entre sus competencias exclusivas la materia consumo. ¿En qué consistía entonces esa competencia autonómica?

La Comunidad Autónoma del País Vasco realizó un primer análisis muy interesante a través de la Ley 10/1981, con la que regulaba el Estatu-

-
2. «La protección de los consumidores y usuarios en el contexto del Estado autonómico: genealogía de una competencia», en *Contrato de obra y protección de los consumidores*, dir. D. J. ALBIEZ DOHRMANN y C. RODRÍGUEZ MARÍN, Aranzadi, pp. 862-891, 2014.
 3. En efecto, la protección de la familia, *grosso modo*, se subsume bajo la previsión del 149.1.8.^a; la competencia estatal sobre seguridad social se prevé en el artículo 149.1.17.^a; la salud en el artículo 149.1.16.^a; el medio ambiente en el artículo 149.1.23.^a; y la vivienda en el 148.1.3.^a.

to del Consumidor (B.O.E. de 4 de mayo de 2012). Partía de la premisa de que la materia consumo le permitía desplegar una política general de protección de consumidores, pero a la vez, tal y como reflejó su disposición transitoria única⁴, animando a la regulación del Estado central, advirtió de la necesidad de un mejor deslinde. De este modo, en la citada ley se proponía que todo lo relativo a las condiciones generales de contratación, pactos abusivos, responsabilidad objetiva del fabricante, modalidades de venta y los procedimientos judiciales debían ser regulados por el Estado central, en el sobreentendido de que se cobijaban en su competencia sobre legislación civil y procesal. En cambio, a la Comunidad Autónoma le competía la tutela administrativa del mercado, en especial el control preventivo articulado a través de los títulos habilitantes que habrían de condicionar la entrada al comercio (pero también la potestad sancionadora y, en su caso, la regulación del mercado).

El Tribunal Constitucional cerró el paso a esta interpretación en la STC 71/1982 a través de una reconstrucción minimalista de la competencia autonómica consumo. De un lado, con un ritornelo de cierre que apelaba a «la garantía de la uniformidad de las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos, la unidad de mercado y la afectación de intereses que excedan del ámbito autonómico» (fj 2). De otro, utilizando el principio de especialidad, que llevaba al Tribunal Constitucional a superponer frente al consumo otras competencias, por ejemplo sanidad, que habrían de dar cobijo a aquellas medidas que, tutelando los intereses de los consumidores, situaban su centro de gravedad en otra competencia. Dibujó así la STC 71/1982 un panorama en el que la competencia autonómica sobre consumo se reducía a la información de los consumidores e inspección del cumplimiento de las condiciones de consumo, siempre que la Comunidad Autónoma además ostentase la competencia sobre la materia en la que se informaba (por ejemplo, vivienda). En su defecto, esto es, si la

4. Disposición transitoria única. El Gobierno vasco impulsará que el Parlamento vasco, en los términos dispuestos en el artículo 28 b), del Estatuto de Autonomía, promueva la iniciativa legislativa contemplada en el artículo 87.2 de la Constitución, al objeto de instar: a) La aprobación de una normativa sobre las condiciones generales de la contratación en la que se recojan los derechos del consumidor. b) El incremento de las normas de Derecho imperativo dirigidas a impedir pactos abusivos en la contratación. c) La legislación que contemple el establecimiento de la responsabilidad objetiva del fabricante, reglamentando su alcance y circunstancias de aplicación. d) El establecimiento de los límites apropiados a la libre contratación, procediendo, con este fin, a la reglamentación de determinadas modalidades de venta en las que se estime conveniente una protección del consumidor. e) La creación de una normativa especial que permita el establecimiento de procedimientos judiciales, simplificados y gratuitos, para las reclamaciones de los consumidores hasta una determinada cuantía.

competencia sustantiva fuese estatal (por ejemplo, ordenación del crédito, art. 149.1.11), entonces tales potestades de información e inspección se situarían potencialmente dentro de la competencia del Estado central. Además, esta sentencia confirmaba que la competencia de consumo no abría a las Comunidades Autónomas margen alguno para intervenir sobre las consecuencias contractuales del incumplimiento de las reglas de protección del consumidor o sobre los requisitos procesales para instar la tutela del consumidor⁵.

En definitiva, la STC 71/1982 descartaba toda hipótesis de que las Comunidades Autónomas pudiesen diseñar una política general de protección al consumidor. Pero, ¿podía hacerlo el Estado central? Esta es la cuestión que se respondió afirmativamente en la importantísima STC 15/1989. Recordemos que en esta decisión se juzgaba la histórica Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que pretendía definir, como indicaba su propia rúbrica, una política global. Su exposición de motivos fue meridiana en este sentido al disponer que entre sus objetivos estaba:

«Declarar los principios, criterios, obligaciones y derechos que configuran la defensa de los consumidores y usuarios y que, en el ámbito de sus competencias, habrán de ser tenidos en cuenta por los poderes públicos en las actuaciones y desarrollos normativos futuros en el marco de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional».

Posición que el Tribunal Constitucional avala, no tanto por la identificación de una específica competencia del Estado central sobre consumo, sino por la proyección en este ámbito de competencias específicas:

«[...] el Estado dispone a priori de diversos títulos competenciales, constitucionalmente indisponibles para todas –y aquí sin excep-

5. Las Comunidades, en tanto que competentes en vivienda, podían establecer obligaciones de información en esta materia, si bien las consecuencias contractuales de su incumplimiento quedarían remitidas a la legislación civil (fj 10). La Comunidad Autónoma puede prevenir sobre las situaciones de riesgo de abuso, sin entrar a disciplinar esas situaciones y sus consecuencias (fj. 13 –definir lo que sea una conducta abusiva y sus consecuencias, requiere, sin embargo, una regulación uniforme, fj. 14). La transparencia de los precios, la garantía de la calidad de los bienes y servicios, y la debida información serían competencia autonómica siempre que se acote a los sectores propios de la Comunidad Autónoma. No puede, sin embargo, establecer obligaciones postventa que se «inserten *ex lege*» en el contenido obligatorio (fj 17). La misma reflexión se sigue en cuanto a la introducción en la contratación de un deber general de información (fj 18) o de la regulación de un principio general de responsabilidad (fj 19). Y finalmente no pueden establecer reglas procesales, por ejemplo, la ampliación de la legitimación activa (fj 20).

ción— las Comunidades Autónomas, que tienen una evidente incidencia en la defensa del consumidor y del usuario [...] *como quiera que la sustantividad o especificidad de la materia no es, en líneas generales, sino resultado de un conglomerado de muy diversas normas sectoriales reconducibles a otras tantas materias, en la medida en que el Estado ostente atribuciones en esos sectores materiales, su ejercicio podrá incidir directamente en las competencias que sobre “defensa del consumidor y del usuario” corresponden a determinadas Comunidades Autónomas»*⁶ (las cursivas son mías). Fj. 1.

Una vez delimitado el contexto, es factible ahora ya sí, comprender plenamente el sentido del fundamento jurídico 9 b) de la STC 15/1989: el Estado central puede regular un sistema general de arbitraje de consumo, no porque ostente una competencia expresa sobre la materia consumo, sino porque el centro de gravedad se sitúa en el carácter procesal del arbitraje (sea o no de consumo), que se encuadra en la competencia estatal de legislación procesal.

1.3. La interpretación constitucional del Poder legislativo y el Gobierno

Antes de la decisión del Tribunal Constitucional, el legislador ya había avanzado su interpretación de la Constitución, insertando el arbitraje dentro de sus competencias, sin precisar cuál, pues aún no se había impuesto la técnica legislativa de citar el título que habilitaba la actuación del Estado. Podemos seguir este devenir en una serie de leyes.

La Ley 33/1984, de 2 de agosto⁷, sobre ordenación del seguro privado, y sus Comisiones de Conciliación en el art. 34, que habrían de dictar laudos firmes y ejecutivos. Curiosamente, en la regulación posterior, el art. 61 que ordenaba estas Comisiones, sería declarado por el legislador como no básico dentro de la ordenación de los seguros (149.1.11) y la actividad económica (149.1.13). Pero, realmente, la pérdida del carácter básico no era fruto de una comprensión autonomista del sector del arbitraje de seguro,

6. En realidad existe un segundo argumento en la STC 15/1989 para habilitar la competencia estatal sobre consumo, que quizá hoy solo tenga un valor histórico, pero que refleja una cierta comprensión contradictoria del Tribunal Constitucional. Me refiero al fundamento jurídico segundo, en el que se hace referencia al hecho de que la mayoría de las Comunidades Autónomas, en aquel momento no habían asumido todavía la competencia sobre consumo, de manera que esta, por la regla subsidiaria del 149.3 de la Constitución correspondía al Estado central. Evidentemente este era un argumento que podría volverse contra el Estado, una vez que las Comunidades Autónomas asumiesen la competencia de consumo.

7. BOE. de 4 de agosto.

sino de la idea de que se subsumía en el régimen general del arbitraje y el arbitraje de consumo⁸. Concepción que se mantiene en el vigente art. 61 y la Disposición final primera del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre⁹, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados.

Más adelante se aprobaría la Ley 16/1987, de 30 de julio de Transporte terrestre¹⁰, con sus Juntas Arbitrales de Transporte. Estas, más de quince años después, se identificarían en la ahora vigente Disposición final segunda como normas dictadas al amparo «(...) del art. 149.1.6.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre la legislación procesal» (introducido por la Ley 9/2013 – B.O.E. de 5 de julio).

El panorama se empezaría a aclarar con la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje (B.O.E. de 26 de diciembre) que derogó la Ley 36/1998, de 5 de diciembre, de Arbitraje, la cual también había guardado silencio en el tema competencial (B.O.E. de 11 de noviembre). En su Disposición final segunda, determinó la habilitación competencial estipulando que:

«Esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el art. 149.1.6.^a y 8.^a de la Constitución».

En el mismo sentido la Ley 5/2012, de 6 de julio de Mediación en asuntos civiles y mercantiles¹¹, cuya Disposición Final quinta, estipula que:

«Esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el art. 149. 1. 6.^a y 8.^a de la Constitución (RCL 1978, 2836). No obstante lo anterior, la modificación de la Ley 34/2006 se efectúa al amparo del art. 149. 1. 1.^a, 6.^a y 30.^a de la Constitución».

Pero ya esta ley, que no es una ley general de mediación, de algún

8. Artículo 61. Mecanismos de solución de conflictos. 1. Los conflictos que puedan surgir entre tomadores del seguro, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o derechohabientes de cualesquiera de ellos con entidades aseguradoras se resolverán por los jueces y tribunales competentes. 2. Asimismo, podrán someter voluntariamente sus divergencias a decisión arbitral en los términos del artículo 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y normas de desarrollo de la misma. 3. En cualquier caso, y sin perjuicio de lo dispuesto en el número precedente, también podrán someter a arbitraje las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materia de su libre disposición conforme a derecho, en los términos de la Ley de Arbitraje.

9. BOE. de 5 de noviembre.

10. BOE. de 31 de julio.

11. BOE. de 7 de julio.

modo nos advierte de que este mecanismo alternativo de resolución de conflictos irá ligado a la competencia sustantiva. De este modo, si se trata de mediación familiar, el título autonómico en la protección de la familia activará su competencia de mediación y, en cambio, la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros privados, se considera bajo la competencia básica de ordenación del seguro¹².

Mención aparte merecen las Juntas Arbitrales de Consumo. Creadas por el Real Decreto 636/1993 (B.O.E. de 21 de mayo), no se identificaba su título competencial, que sí aparece más tarde en el hoy vigente Real Decreto 231/2008 (B.O.E. de 25 de febrero), cuya Disposición Final Primera estipula:

«Esta norma se dicta al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1, 5.^a y 6.^a de la Constitución, que atribuyen al Estado las competencias exclusivas en materia de administración de justicia y de legislación procesal, respectivamente».

Sobre estos dos tipos competenciales (no deja de llamar la atención la invocación de la competencia de Administración de Justicia) se construye ya desde la primera regulación del 93 un sistema descentralizado de Juntas Arbitrales en las que el Estado, en el ejercicio de su competencia, a través de convenios, acuerda con otras instituciones territoriales el establecimiento de Juntas de Arbitraje locales o autonómicas (art. 3.2. Real Decreto 636/1993 y art. 5.2 del Real Decreto 231/2008).

1.4. La consolidación de la doctrina constitucional

En definitiva, el establecimiento de órganos de arbitraje es una competencia reservada al Estado. La solución parte de considerar el arbitraje un:

«equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)» por todas, STC 62/1991, fj 5.

Por ello, la creación de órganos de arbitraje y el establecimiento de procedimientos de arbitraje encaja dentro de la legislación procesal civil (149.1.6) y los efectos del laudo arbitral y el sistema de recurso dentro de la competencia de Administración de Justicia (149.1.5).

De acuerdo con esta doctrina, una Comunidad Autónoma, en tanto que se le niega cualquier competencia ejecutiva, no puede atribuir funciones de arbitraje a su Comisión Consultiva de Consumo (STC 62/1991, fj.

12. Disposición final primera. BOE. de 18 de julio.

5). Tampoco pueden las Comunidades Autónomas establecer un sistema de arbitraje para el uso de redes eléctricas limitado a su ámbito territorial y no excluyente del estatal para el aprovechamiento de redes eléctricas (STC 18/2011, fj. 22). El Estado central goza de competencia para establecer un Jurado Central de Publicidad que conozca de las controversias nacidas en esa actividad (STC 146/1996, fj. 6) o una Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual (STC 196/1997, fj. 12). Sin embargo, el Estado central no puede arrogarse una competencia general para atribuir a las Juntas Arbitrales (de transporte) cualquier función más allá del arbitraje; ese incremento de funciones solo podrá otorgárselo la Comunidad Autónoma (STC 118/1996, fj. 23).

2. MÉTODOS DE AUTOCOMPOSICIÓN EXTRAJUDICIAL (LA MEDIACIÓN Y LA CONCILIACIÓN)

2.1. Los instrumentos de resolución alternativa de conflictos en los Estatutos de Autonomía de segunda generación

Los llamados Estatutos de segunda generación introducen distintas referencias expresas a la mediación y la conciliación, sin acompañarlas, eso sí, de una definición conceptual. Un primer grupo lo componen el Estatuto de Cataluña y el Estatuto de Andalucía. En ambos hay una previsión competencial específica para la conciliación y mediación en materia de consumo; se trata de una precisión (una sub-materia) sobre la competencia general de consumo:

Art. 123. Consumo (Cataluña)

Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de consumo, que incluye en todo caso:

- a) [...]
- b) [...]
- c) La regulación de los órganos y los procedimientos de mediación en materia de consumo.
- d) [...]

Art. 58. Actividad económica (Andalucía)

[...]

2. La Comunidad Autónoma de Andalucía asume competencias exclusivas de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general, y en los términos de lo dispuesto en los arts. 38,

131 y 149.1.11.^a y 13.^a de la Constitución, sobre las siguientes materias:

1.º [...]

2.º [...]

3.º [...]

4.º Defensa de los derechos de los consumidores, la regulación de los procedimientos de mediación, información y educación en el consumo y la aplicación de reclamaciones.

Ambos Estatutos añaden, además, en lo referido a la Justicia, un título transversal por el que ostentarían competencia para establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en materia de su competencia (art. 106.2 Estatuto de Cataluña; art. 150.2 Estatuto de Andalucía). Así las cosas, la configuración de instrumentos de mediación y conciliación es una actividad que encaja en cualquier competencia autonómica de desarrollo y ejecución. La interpretación constitucionalmente adecuada de este título presume que se activa como potestad aneja a otra competencia material de la Comunidad Autónoma, que cubrirá la configuración del instrumento y el procedimiento de mediación y conciliación. Es decir, que si una Comunidad tiene competencia material (por ejemplo, consumo), también tiene la competencia para regular la mediación/conciliación.

De ser acertada la interpretación anterior, entonces en nada desmerecería la competencia de aquellos Estatutos que no han recogido una previsión específica de esta naturaleza: si tienen competencia de desarrollo y ejecución, podrán regular los procedimientos de mediación y conciliación. Se entiende así que algunos Estatutos hayan optado por prever únicamente su competencia como una sub-materia de consumidores. Es el caso del Estatuto de Aragón (art. 71.26) o las Illes Balears (art. 30.47), en las que además se incluye una cláusula de estilo que quiere reforzar su encuadramiento dentro de las competencias estatales. La ausencia de su reconocimiento como competencia transversal creo que no implica la carencia de título bastante para establecer mecanismos de mediación y conciliación en el marco de una competencia sustantiva en la que desarrollen la normativa básica.

Pero incluso es factible concluir que ni siquiera aquellos Estatutos que no han dispuesto expresamente esta sub-materia como parte de la competencia de consumo se ven privados de ella (al margen del peculiar caso valenciano y su disposición adicional segunda). Así, por ejemplo, en el Estatuto de Castilla y León, que estipula como competencia de desarrollo

y ejecución la protección y defensa de los consumidores, ha de entenderse que implica la regulación de los instrumentos de mediación; competencia por otro lado extensible a cualquier ámbito en el que tenga título de desarrollo y ejecución.

2.2. La Sentencia 31/2010

Resulta imprescindible para el asunto que nos concierne atender a la «Sentencia del Estatut» (STC 31/2010), en tanto que confirma la constitucionalidad de la asunción por la Comunidad Autónoma de potestades de mediación/conciliación.

Un primer dato a reseñar es que no hubo una impugnación expresa de la letra que recoge lo relativo a la mediación, puesto que se realizó una impugnación global en conjunto. Es oportuno citar en extenso el fundamento jurídico setenta, porque muestra a las claras la ambigua posición del Tribunal Constitucional, o, si se prefiere, el difícil equilibrio en el que se mueve la materia consumo, como un híbrido resultante de la confluencia de distintas competencias:

«70. El art. 123 EAC (RCL 2006, 1450), bajo la rúbrica “Consumo”, es recurrido en su integridad, si bien los recurrentes centran el objeto de sus críticas en el encabezamiento, que atribuye a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de consumo, así como en la regulación contenida en las letras a) y e). Para los recurrentes, cuyos argumentos así como los de las demás partes se han expuesto en el antecedente 63, dicha competencia exclusiva, formalizada sin límite alguno, vulnera las diferentes competencias reservadas al Estado por el art. 149.1 CE (RCL 1978, 2836) que inciden sobre la materia de defensa de los consumidores. *La materia de defensa de los consumidores es un ámbito de concurrencia competencial de títulos habilitantes diferentes, de manera que la atribución estatutaria de la competencia de carácter exclusivo a la Comunidad Autónoma no puede afectar a las competencias reservadas por la Constitución al Estado (art. 149.1 CE), que se proyectarán cuando materialmente corresponda (STC 15/1989, de 26 de enero (RTC 1989, 15) [RTC 1989, 15], F. 1), sin necesidad de que el Estatuto incorpore cláusulas de salvaguardia de las competencias estatales (fundamentos jurídicos 59 y 64).*

Los recurrentes atribuyen a la regulación contenida en las letras a) y e) del art. 123 EAC el mismo reproche que al encabezamiento del precepto, planteamiento al que es aplicable igual respuesta: la regulación estatutaria impugnada no impide el efectivo desenvolvimiento de las competencias estatales del art. 149.1 CE. Más espe-

cíficamente, el enunciado de exclusividad de la competencia autonómica de defensa de los consumidores y usuarios [letra a)], aun proyectada por remisión sobre el contenido del art. 28 del propio Estatuto, no impide la salvaguarda de las competencias estatales afectadas expresamente por dicha remisión (las de la salud y la seguridad). En relación con la información al consumidor [letra e)], que los recurrentes aducen que afectaría al ámbito de las relaciones contractuales (art. 149.1.6 y 8 CE), hemos de reiterar que en modo alguno es exigible la salvaguarda por el precepto estatutario de las competencias estatales concurrentes, que son límites insuperables a los enunciados estatutarios y actúan sin impedimento por aquella calificación estatutaria.

En conclusión, ha de ser desestimada la impugnación del art. 123 EAC». (Las cursivas son mías).

Y todavía más parca es la argumentación cuando se entra a valorar la competencia transversal en mediación/consumo:

«Por su parte, el art. 106.2 EAC no incluye necesariamente entre “los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos” aquellos que, como el arbitraje, comportan un equivalente jurisdiccional o constituyen un presupuesto procesal para el ejercicio de la jurisdicción, de manera que, así entendidos, referidos a fórmulas de autocomposición extrajudicial, como la conciliación o la composición, aquellos instrumentos y procedimientos no merecen objeción alguna en su confrontación con el art. 149.1.5 y 6 CE. En consecuencia, ha de desestimarse la impugnación del art. 106 EAC». Fj. 54

De esta escasísima argumentación ha de deducirse que la mediación, precisamente por no ser un equivalente jurisdiccional (arbitraje), sería competencia autonómica (siempre, claro, que se despliegue en un ámbito en el que la Comunidad goce de competencia sustantiva).

3. LAS VÍAS ADMINISTRATIVAS PARA LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES

Recientemente y por influjo del Derecho de la Unión, el Tribunal Constitucional ha enjuiciado desde el punto de vista competencial un nuevo instrumento para la defensa de los consumidores. Se trata de procedimientos administrativos en los que un organismo de la Administración Pública resuelve la reclamación de un usuario frente al prestador de un servicio universal (eléctrico o de comunicaciones electrónicas). La deci-

sión final, lógicamente, es una resolución administrativa que será impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El Tribunal Constitucional se encarga de subrayar que estos procedimientos administrativos de protección del consumidor discurren en paralelo a los instrumentos de resolución alternativa de conflictos. Las partes podrán escoger de mutuo acuerdo el arbitraje (siempre competencia del Estado) o la mediación (competencia de que quien ostente el título substancial); pero si ese acuerdo falta, el usuario final estará en condiciones de iniciar unilateralmente este procedimiento frente al prestador del servicio.

Al tratarse de un procedimiento administrativo, el Tribunal Constitucional halló una respuesta limpia en la STC 72/2014, fj. 10, ligada a una doctrina tradicional que vincula la potestad para regular procedimientos al grado de competencia que ostenta el Estado¹³. Así, en telecomunicaciones, siendo exclusiva del Estado, no hay dificultad alguna para atribuirle la regulación de este tipo de procedimiento administrativo y la determinación del órgano que ha de ejecutarlo. Todo ello, remacha el Tribunal Constitucional, sin menoscabo de los instrumentos de mediación que pueda regular la Comunidad Autónoma.

En esta línea se reconoce la competencia del Estado central para regular y gestionar un procedimiento similar en el ámbito de los servicios eléctricos. Sin embargo, la STC 32/2016 lleva al límite la coherencia argumentativa, pues no con poca razón la Generalitat sostenía que si en energía eléctrica el Estado central ostenta competencia sobre las bases, siguiendo la inveterada doctrina del Tribunal, su desarrollo y ejecución, y con ellos la ordenación de los correspondientes procedimientos administrativos y su tramitación, habría de corresponder a la Comunidad Autónoma¹⁴. Pero el Tribunal Constitucional, en una prueba más de su contradictoria doctrina sobre las bases aplica una de las excepciones:

«La STC 102/2013, de 23 de abril (RTC 2013, 102), FJ 6, y doctrina allí citada, ha señalado que la consideración como materialmente básicas de funciones ejecutivas ha sido admitida por este Tribunal cuando las competencias de ejecución están estrechamente vinculadas al mantenimiento y efectividad de las normas de carácter básico». Fj. 10

13. El apartado 38.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE de 4 de noviembre) prevé la facultad de que los consumidores acudan a las Junta Arbitrales de Consumo para que se diluciden sus conflictos con los prestadores del servicio de comunicaciones electrónicas.

14. Se enjuiciaba el artículo 43.5 de Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (BOE., de 26 de diciembre) que permite a los usuarios someter controversias ante el Ministerio.

Añade a continuación el Tribunal:

«Atendiendo a la doctrina de la STC 102/2013, y en el plano del enjuiciamiento abstracto que ahora nos corresponde, dicha interpretación es factible, ya que no puede excluirse totalmente la aplicación de este mecanismo a controversias que incidan en el correcto funcionamiento del sistema eléctrico en su conjunto dado el principio de red única que lo informa, trascendiendo al ámbito autonómico y afectando con ello al régimen económico del sector (...)». Fj. 10

Sin embargo, a continuación advierte que esta competencia estatal se ceñirá a la garantía de los aspectos básicos, pudiendo las Comunidades Autónomas establecer el procedimiento y gestionar la tramitación de todos aquellos aspectos que no sean básicos.

II. SEGUNDA PARTE. UN INTENTO DE RESPUESTA A LOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS

1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA DIRECTIVA NO CIERRA LOS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS. LA OPCIÓN DEL LEGISLADOR ESTATAL

La DRAL no cierra el tipo de método con el que se ha de cumplir el objetivo de establecer un régimen general para la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo. En este sentido, es meridiano el considerando 21 que se abre a entidades facilitadoras, proponentes de soluciones o resolutorias y se confirma en el apartado 4 del art. 2, cuando se dispone que:

«4. La presente Directiva reconoce la competencia de los Estados miembros para decidir si las entidades de resolución alternativa establecidas en su territorio han de estar facultadas para imponer una solución».

Esta es, por lo demás, la interpretación que en parte parece haber hecho el legislador (y antes el Gobierno, pues los preceptos que se citan provienen del proyecto) en el art. 3.1, que especifica su aplicación a los procedimientos que «proponen, imponen o facilitan una solución entre las partes». Asimismo, en el art. 4, relativo a la incidencia de los instrumentos de prescripción y caducidad, recoge indistintamente la posibilidad de instrumentos no vinculantes y de arbitraje. En la misma línea encontramos el art. 13, relativo al principio de libertad en el sometimiento del consumidor a procedimientos vinculantes. Y el 14 que se refiere a los derechos en los procedimientos no vinculantes.

El legislador, en definitiva, dentro del margen que le ofrece la Directiva opta por regular distintos procedimientos de resolución de conflictos, distinguiéndolos por su carácter vinculante o no. Esta decisión de regular no solo el arbitraje sino también la mediación/conciliación, que es estrictamente política en tanto que no es una obligación derivada de la DRAL, se funda en las competencias estatales de legislación mercantil, procesal y civil, conforme a las reglas 6.^a y 8.^a del art. 149.1 (disposición final primera). Pero, a mi parecer, tal conclusión, en lo relativo a la mediación/conciliación plantea evidentes problemas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Conviene, por tanto, repasar distintas hipótesis.

2. HIPÓTESIS A. DOBLE TRANSPOSICIÓN: CADA ENTE COMPETENTE TRANSPONE LA DIRECTIVA

La primera hipótesis de trabajo consiste en asumir la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y aceptar que los instrumentos de resolución alternativa de conflictos –el arbitraje y la conciliación/mediación– se subsumen en títulos competenciales distintos. De este modo, la transposición de la DRAL está llamada a ser dual, correspondiendo al Estado fijar los elementos del arbitraje y a las Comunidades Autónomas la conciliación/mediación.

Sea como fuere, según la doctrina del Tribunal Constitucional, al Estado central le correspondería en exclusiva todo lo relativo al arbitraje, que, en cuanto que «equivalente jurisdiccional», se cobija bajo la competencia estatal prevista en el art. 149.1.5, «administración de justicia» y 149.6 «legislación procesal». Entonces, el Estado sería competente para establecer al completo el procedimiento de arbitraje y las condiciones que han de reunir las entidades que puedan arbitrar (1); el procedimiento para acreditar las entidades de arbitraje y determinar el órgano competente para resolver este procedimiento de acreditación (2); y la lista de entidades acreditadas, así como la correspondiente autoridad que ha de comunicarlas (3).

En cambio, la Comunidad Autónoma gozaría de competencia para regular el procedimiento de mediación/conciliación en materia de consumo (1); el procedimiento para acreditar las entidades de mediación/conciliación y determinar el órgano competente (2); y la lista de entidades acreditadas y la autoridad de comunicación (3). Únicamente habría algunos aspectos reservados al Estado por su competencia en legislación procesal, en concreto lo relativo a los efectos suspensivos sobre prescripción y caducidad de acciones (4).

Al momento de redactarse el texto para el congreso del que trae causa este libro señalé la utilidad de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, pese a que yo mismo había sido crítico con alguno de sus aspectos, en especial con el vaciamiento que produciría en las competencias de las Comunidades Autónomas. Pero, sin duda, hubiera sido especialmente útil para supuestos como este, de «doble trasposición» a partir de una regulación de la Unión suficientemente densa, que deja pleno espacio al Estado para elegir el método de solución, pero mucho menos para determinar cómo ha de funcionar el método elegido. En virtud de la extensa regulación del Derecho de la Unión, han de converger las acreditaciones que lleven a cabo el organismo estatal o autonómico.

En cualquier caso, sostenía en la primera versión de este texto que se había de aplicar el art. 20 de la Ley de Unidad de Mercado que estipulaba la «eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas». El supuesto que estamos tratando aquí encajaba perfectamente en lo dispuesto en el apartado 2 para los organismos de evaluación, acreditación, calificación o similares, cuyas resoluciones «serán plenamente válidos a todos los efectos en todo el territorio nacional, sin que pueda exigirse la realización de ningún trámite adicional o el cumplimiento de nuevos requisitos». Así las cosas, respecto a las entidades de conciliación/mediación, cualquier Comunidad Autónoma podría acreditarlas. Pero, además, obtenida la acreditación en una Comunidad, este título habilitante desplegaría efectos en el resto de Comunidades Autónomas. Por tanto, una misma entidad no necesitaría 17 acreditaciones, sino que le bastaría con una.

Tras la STC 79/2017, no estamos ya en ese panorama. La citada sentencia ha confirmado las dudas manifestadas en el primer borrador de este texto, declarando inconstitucional el «principio de eficacia nacional» recogido en el art. 20 (fj. 13). Así, postular hoy una transposición dual genera el siguiente escenario:

(1) Respecto a las entidades de arbitraje, solo el Estado podría acreditarlas.

(2) Respecto a las entidades de mediación/conciliación, las entidades tendrían que acreditarse en todas las Comunidades Autónomas en las que pretendan desarrollar su labor. Ahora bien, este modelo plantea un problema adicional: ¿pueden las Comunidades Autónomas regular y exigir condiciones más exigentes que las establecidas por la DRAL para ser entidad de conciliación/mediación? Sí. De este modo, en el caso de que otra Comunidad se limite a exigir los requisitos de la DRAL y acredite a

una entidad de conciliación, esta habrá de cumplir con los requisitos adicionales que le exija otra Comunidad.

(3) Con todo, quedaría un pequeño vacío. ¿Qué ocurre si una entidad lo es de arbitraje por acreditación del Estado pero también quiere desempeñar labores de mediación/conciliación –algo común hoy en las Juntas arbitrales de consumo? ¿Ha de pedir una acreditación en cualquier Comunidad Autónoma?

Una primera posibilidad consistiría en sostener que el Estado tendría competencia para que sus acreditaciones, además de habilitar la realización de arbitrajes, surtieran efectos adicionales de suerte que tales entidades acreditadas también pudiesen conciliar o mediar. Sin embargo, esta solución choca al menos con un obstáculo. Formalmente vaciaría la competencia de la Comunidad Autónoma, sobre todo en aquellos supuestos en los que ha establecido requisitos más exigentes para la acreditación. De este modo, la solución quizá pase porque las Comunidades Autónomas prevean en sus normas una acreditación automática de las entidades que sean habilitadas por el Estado como entidades de arbitraje.

Al comienzo de este epígrafe se ha defendido que la jurisprudencia constitucional impide al Estado central regular la mediación/conciliación. Habrá quien piense, sin embargo, que incluso aceptando esa lectura de la Constitución, el legislador estatal estaría en condiciones de apelar al principio de supletoriedad y ordenar también la mediación/conciliación para evitar el incumplimiento de las Comunidades Autónomas¹⁵. Creo que este camino es inviable.

En el caso concreto en discusión, el uso de la supletoriedad es absolutamente inadecuado. Recordemos que la DRAL no obliga a los Estados a hacer disponibles, al mismo tiempo, procedimientos que finalizan con una decisión vinculante para el consumidor y que finalizan con una decisión no vinculante para el consumidor. Se deja al Estado margen de decisión para optar por uno o por los dos. De este modo, en cuanto que el Estado tiene competencia exclusiva sobre arbitraje, transpuesta la DRAL para este ámbito, el Reino de España ya habría cumplido, al margen del tratamiento que las Comunidades Autónomas concediesen a la conciliación/mediación. No se daría, por tanto, el presupuesto necesario para activar la supletoriedad, a saber, el incumplimiento del Reino de España imputable a las Comunidades Autónomas y que hace imprescindible la reacción del Estado central bajo el cobijo de la supletoriedad. Es bien sabido que

15. En el epígrafe IV de esta Segunda Parte se plantea otra vía, que consistiría en «rescatar» para el Estado la competencia sobre mediación en consumo.

el posible uso de la supletoriedad del Derecho estatal como instrumento para el cumplimiento del Derecho de la Unión, requiere como premisa que exista tal incumplimiento por parte de una Comunidad Autónoma. En caso contrario, su uso es innecesario.

Pero es que además, el Tribunal de Justicia ha levantado un obstáculo casi definitivo a la eficacia supletoria de las normas estatales como mecanismo para que las Comunidades Autónomas cumplan con el Derecho de la Unión. En efecto, su sentencia de 24 de octubre de 2013 ha rechazado esta solución básicamente por dos motivos: carece de la claridad y precisión que debe caracterizar a toda transposición (ap. 33); ni siquiera es evidente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que el Estado pueda dictar normas con carácter supletorio (ap. 35)¹⁶.

3. HIPÓTESIS B. EL ESTADO CENTRAL DETERMINA EL INSTRUMENTO ELEGIDO PARA CUMPLIR CON LA DIRECTIVA: SOLO EL ARBITRAJE/SOLO LA CONCILIACIÓN

En el epígrafe anterior he intentado señalar que la interpretación constitucionalmente adecuada anima a una transposición de la DRAL que correría en paralelo entre las Comunidades Autónomas y el Estado. No obstante, en este punto quiero reflexionar sobre la posibilidad de que el Estado elija entre uno de los distintos métodos de resolución alternativa de conflictos para cumplir con la DRAL, excluyendo otros. Estos otros seguirían siendo, qué duda cabe, instrumentos útiles para las disputas de consumo, pero no entrarían en la lista de entidades acreditadas. Una solución de este tipo crearía un sistema dual, en el que las entidades no acreditadas podrían tener un procedimiento y unas exigencias de independencia e imparcialidad más livianas que las requeridas por la DRAL.

Pensemos, por tanto, si el Estado central goza de competencia para estipular que solo las entidades de arbitraje serán oportunas para cumplir con el objetivo general dispuesto en el art. 1 de la DRAL¹⁷. Considero que una decisión de este tipo excedería las posibilidades del Estado central. Sin duda, puede regular plenamente el arbitraje en virtud de su competencia sobre administración de justicia, pero al hacerlo no ha de condicionar las propias de las Comunidades Autónomas; en concreto, no atisbo qué título sostendría la potestad para negar a una Comunidad Autónoma

16. Comisión c. Reino Unido, C-112/51, ECLI: EU:C:2013:690.

17. «garantizar que los consumidores puedan (...) presentar reclamaciones contra los comerciantes ante entidades que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa de conflictos (...) que sean independientes e imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos».

que en el ejercicio de sus competencias den a sus instrumentos de resolución alternativa de conflictos las condiciones que los hacen acreditables de acuerdo con la Directiva.

Curiosamente, no cabiendo dentro de las competencias del Estado central esta decisión política, sí hay lugar, sin embargo, a la alternativa. En efecto, puede decidirse no acomodar el régimen de arbitraje a las exigencias de la DRAL, de manera que quede en manos de las Comunidades Autónomas el cumplimiento con la fuente europea. Aunque, obviamente, una decisión de este tipo tiene como inconveniente que el Estado pierde el control sobre la transposición de la DRAL, dejándolo en manos de las Comunidades Autónomas. Es verdad que esta variante es ciencia ficción y me cuesta imaginar que nuestro Estado central llegase a adoptarla. Pero durante mucho tiempo, los hechos se han situado en este escenario: el silencio legislativo del Estado, acrecentado por el disfuncional año 2016, ha supuesto en términos políticos la inutilización del arbitraje como instrumento de resolución alternativa de conflictos en el sentido de la DRAL. Ya antes de la aprobación era innegable la oportunidad de las Comunidades Autónomas, que han tenido siempre abierta la transposición de la DRAL en lo referido a la mediación/conciliación. Pero lo cierto es que, en su tónica habitual, las Comunidades han carecido de impulso político para gestionar por sí mismas la transposición de la DRAL. Parece que Andalucía, como muestra el texto de Daniel Escalona Rodríguez, quiere explorar este camino. Algo que ya ha hecho Cataluña a través del Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo¹⁸.

Por lo demás, en el supuesto de que el Estado central traspusiese la DRAL solo en lo referido al arbitraje (camino que no ha sido elegido por la ley, que también aborda la mediación/conciliación), entonces se abriría a las Comunidades Autónomas la opción de no ajustar su mediación/conciliación a la Directiva, por lo que estos instrumentos podrían tener un régimen distinto al requerido por el Derecho de la Unión, a sabiendas de que el Estado central ya habría traspuesto.

4. HIPÓTESIS C. LA MEDIACIÓN/CONCILIACIÓN DE CONSUMO ES MEDIACIÓN/CONCILIACIÓN CIVIL A EFECTOS CONSTITUCIONALES

Al estudiar los problemas competenciales en torno a la mediación/conciliación, la jurisprudencia nos ha mostrado que se trata de un título

18. DOGC de 10 de Julio de 2014.

instrumental ligado siempre a una competencia sustantiva. En este sentido, el Estado y las Comunidades Autónomas regularan todo lo relativo a la mediación y conciliación cuando ostenten a su vez un título sustantivo (por ejemplo, sobre ordenación del crédito para el Estado; o la mediación familiar para las Comunidades Autónomas). Esto explica, así, que exista una ley de mediación de asuntos civiles y mercantiles, puesto que en materia civil y mercantil, el Estado goza de la competencia sobre legislación.

En términos teóricos, la mediación en materia de consumo podría conceptualizarse como una tarea subsumible bajo la competencia de legislación civil y mercantil. En efecto, el procedimiento no jurisdiccional para solventar las controversias derivadas de un contrato de compraventa o de prestación de servicios encaja en la comprensión tradicional del título competencial «legislación civil», referido a todo aquello que tiene que ver con la preparación, formalización, vicisitudes y efectos del contrato. Así, en la contratación donde una de las partes es un consumidor podría sostenerse que es legislación civil todo lo atinente al contrato (incluido la resolución de controversias por medios no jurisdiccionales), mientras que es consumo aquello que tiene que ver con la información del consumidor y la tutela administrativa del cumplimiento de la normativa de consumo.

En mi opinión, se había llegado a un estadio jurisprudencial en la que una interpretación de este tipo ya no era posible. Sin embargo, las tornas han cambiado. El Consejo General del Poder Judicial avanzó la idea¹⁹ y la ha hecho suya el legislador, puesto que en la Disposición final séptima «se suprime el párrafo d) del apartado 2 del art. 2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», esto es, se incluye la mediación de consumo en el ámbito de la aplicación de la mediación civil. Qué duda cabe que esta simple derogación podría entenderse como un cambio conceptual cualificado en tanto que desapoderaría a las Comunidades Autónomas en su competencia sobre mediación, que pasaría a ser una mera competencia de ejecución de la legislación civil del Estado.

En el epígrafe final intentaré explicar que la disposición final séptima admite una interpretación más moderada desde el punto de vista competencial. De lo contrario, estaríamos ante un giro muy dudoso en términos

19. No lo entiende así el Consejo General del Poder Judicial, que en el Informe al Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo, en su conclusión sexta propone recuperar la aplicación al consumo de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Declara el informe «Debería valorarse la inclusión de una disposición final que permitiera la aplicación de la Ley 5/2012, al no encontrar ningún impedimento técnico para ello». Sin embargo, el Informe prescinde de cualquier análisis de constitucionalidad respecto al reparto de competencias. Y esto, creo, si es un «impedimento técnico» que merece al menos atención.

constitucionales, por varias razones. Primero, como se ha señalado, dos Estatutos han superado cualquier duda asumiendo su competencia sobre mediación/conciliación de consumo. Una competencia no expresamente reservada al Estado por el 149.1, si alguna vez le perteneció, ha pasado a engrosar el *quantum* competencial de estas dos Comunidades en virtud de la primera regla del art. 149.3 (y más arriba he defendido que esta interpretación es extensible al resto de Estatutos). Segundo, la STC 31/2010 valida expresamente (o al menos no las declara inconstitucionales) la mediación/conciliación de consumo y la mediación/conciliación transversal que se activará cuando la Comunidad Autónoma goce de competencia.

5. DE LAS HIPÓTESIS A LA REALIDAD LEGISLATIVA: EL CASO DE LA MEDIACIÓN DE CONSUMO

La ley ha experimentado transformaciones significativas durante su tramitación en lo referido al juego competencia Estado/Comunidades Autónomas. En sus inicios, el Gobierno, a través del proyecto de ley, sostuvo una posición según la cual el Estado central ostentaba competencia exclusiva para regular el arbitraje (algo que no ofrece duda), pero también para ordenar la conciliación/mediación a efectos de la Directiva. Esta postura, tal y como he intentado explicar en la primera parte, chocaba claramente con el bloque de constitucionalidad, en especial con los Estatutos de Cataluña y Andalucía. La tramitación respondió a esta comprensión. En mi opinión, siendo coherente con la hipótesis a), algunas enmiendas postularon modificaciones encaminadas a deslindar claramente el ámbito de aplicación, de manera que la mediación/conciliación tuviera su espacio natural en la regulación autonómica. Valga como botón de muestra, la enmienda núm. 17 del Grupo Mixto²⁰:

«Art. 3. Ámbito de aplicación.

2. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley:

- a) La negociación directa entre el consumidor y el empresario.
- b) Los procedimientos de resolución alternativa de litigios iniciados por los empresarios contra los consumidores.
- c) Los procedimientos ante sistemas de resolución gestionados por los empresarios.
- d) Los litigios [.../...]
[.../...]

20. BOCG. Congreso de los Diputados, 23 de mayo de 2017, Seria A, p. 16.

i) Los procedimientos de mediación regulados por las comunidades autónomas en ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en aplicación de sus Estatutos de Autonomía».

Desechadas tales enmiendas, el resultado final es un tanto confuso. De un lado, tenemos la Disposición final séptima por la que «[s]e suprime el párrafo d) del apartado 2 del art. 2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles». Esto es, la ley de mediación se aplicaría a la mediación de consumo; o lo que es igual, según el legislador la mediación de consumo podría considerarse en términos competenciales, mediación civil. De otro, a partir de la enmienda 60 del Grupo socialista²¹, y tras una transacción en la Comisión, encontramos el siguiente apartado 2 en el art. 26:

«2. Las Comunidades Autónomas, y en su caso las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, podrán designar una autoridad competente para la acreditación de entidades de resolución alternativa establecidas en su ámbito territorial en los siguientes supuestos:

a) Entidades que lleven a cabo procedimientos que finalicen con una decisión no vinculante para las partes, siempre que en su legislación hayan desarrollado la competencia de mediación en materia de consumo.

El lugar de establecimiento de este tipo de entidades se determinará de conformidad con los mismos criterios establecidos en el art. 5.2.

b) Entidades que tramiten procedimientos administrativos establecidos y desarrollados en su legislación.

La designación por una Comunidad Autónoma de la autoridad competente de acreditación será comunicada a la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición».

A la luz de estas disposiciones tenemos dos reglas aparentemente contradictorias. (1) La mediación de consumo es legislación civil, por lo que las Comunidades Autónomas solo tendrá competencia de ejecución; es decir, solo podrá constituir y dirigir el órgano acreditativo que aplica el procedimiento dispuesto por el Derecho del Estado. (2) La Comunidad Autónoma puede ejecutar siempre que haya legislado en relación con la mediación/conciliación de consumo; en su defecto, acredita el Estado. La contradicción surge porque esta segunda regla, recogida en el 26.2, asume que las Comunidades Autónomas legislan sobre mediación de consumo,

21. BOCG. Congreso de los Diputados, 23 de mayo de 2017, Seria A, p. 35.

por tanto considera que tienen una competencia muy superior a la mera ejecución.

La experiencia nos dice que los preceptos de escasa calidad técnica dejan traslucir un potente debate y un complejo acuerdo político. En sus aspectos competenciales esta ley es un buen ejemplo, y le haríamos un flaco favor si cayéramos en la fácil crítica de discutir su rusticidad. Toca proponer una salida coherente a la luz del bloque de constitucionalidad.

El punto de partida ha de ser el apartado 2 del art. 26. En mi opinión contiene tres estipulaciones en relación con la mediación/conciliación. La primera subraya la competencia de ejecución de las Comunidades Autónomas (no la atribuye, pues tal función solo le corresponde al Estatuto) cuando dice: «[l]as Comunidades Autónomas, y en su caso las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, podrán designar una autoridad competente para la acreditación de entidades de resolución alternativa establecidas en su ámbito territorial en los siguientes supuestos: [...]». La segunda denota la competencia no solo ejecutiva, sino también legislativa, de las Comunidades cuando en el apartado 2 afirma que se ejercerá la competencia de ejecución «siempre que en su legislación hayan desarrollado la competencia de mediación en materia de consumo»; es decir, el legislador estatal presume que al menos algunas Comunidades Autónoma ostentan competencia exclusiva sobre la mediación en materia de consumo. Y, la tercera regla, tiene que ver con ese mismo apartado segundo, que condiciona el ejercicio de la competencia autonómica de ejecución, al hecho de que la misma Comunidad Autónoma haya ejercido su competencia de legislación; esto es, si la Comunidad Autónoma no ha regulado la mediación de consumo, acreditará el Estado.

Pudiera pensarse que la tercera regla responde al antiguo uso del Derecho del Estado como derecho supletorio: el Estado posee una competencia general de regulación, que solo tiene eficacia supletoria allí donde las Comunidades Autónomas gozan de competencia propia pero no la han ejercido. Sin embargo, en la parte primera de este trabajo hemos visto que existe una cierta asimetría estatutaria. Los Estatutos de nueva generación reconocen expresamente la competencia autonómica de mediación de consumo; por el contrario, los Estatutos no reformados atribuyen la competencia sobre consumo, a secas. Yo considero que la competencia de consumo siempre incluye la sub-materia de mediación de consumo. Pero sería perfectamente lícito que el legislador estatal hubiera entendido que aquellas Comunidades que no lo han reconocido expresamente quizá no tengan competencia sobre mediación de consumo. En estas circunstancias el apartado segundo postula una solución interesante que atiende a dos

supuestos: (1) Las Comunidades cuyo Estatuto le atribuye competencia sobre mediación de consumo tienen obviamente competencia para acreditar la mediación/conciliación y regularla. No porque lo diga esta ley, sino porque lo dice el Estatuto. (2) Si se trata de una Comunidad cuyo Estatuto se considera que no le atribuye la competencia sobre mediación de consumo, entonces, por virtud del 149.3 de la Constitución, tal competencia es estatal y acreditará el organismo estatal. De esta manera, sin mayores complicaciones, el condicionamiento de la competencia de ejecución autonómica a la legislación de desarrollo, también autonómica, es un modo sencillo de sintetizar las reglas de operatividad sin tener que dilucidar el tipo de competencia que tiene cada Comunidad.

Dicho esto, creo que a la Disposición final séptima se le ha de atribuir un significado restringido desde el punto de vista competencial. En la línea marcada por Fernando Esteban, más que en clave competencial, se ha de entender en el juego del principio de especialidad²². Es decir, la ley del Estado y las leyes de las Comunidades que regulen la mediación de consumo operan como regla especial frente a la Ley 5/2012. Esta solo entrara en juego si la legislación específica de mediación de consumo (estatal o autonómica) padece una laguna que ha de ser integrada (mediante autointegración si es normativa del Estado y heterointegración si lo es de la Comunidad).

Cabe pensar, por último, si una entidad con domicilio en una Comunidad y principal actividad en esa misma, puede optar por acreditarse en otra. En este sentido, el apartado 2 del art. 26 establece como punto de conexión «el establecimiento», que creo conviene entender como ámbito en el que la entidad va a realizar su actividad. En las circunstancias del art. 26, si espera realizar su actividad en diversas Comunidades, tendrá que acreditarse en todas ellas. Ahora bien, como el procedimiento y las condiciones vienen fijadas en la ley estatal, de facto es difícil imaginar que acreditada en una tenga dificultades para acreditarse en otra (sin olvidar, claro las hipotéticas tasas que deban liquidarse).

BIBLIOGRAFÍA

Informe del Consejo General del Poder Judicial al Proyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo, aprobado por Acuerdo del Pleno Consejo General del Poder Judicial de 15 de junio de 2015.

22. F. ESTEBAN DE LA ROSA, «La vertebración del régimen español de la mediación de consumo en el marco del Derecho europeo», *Revistas de Internet, Derecho y Política*, núm. 25, 17-31, 2017, p. 21.

- M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «La protección de los consumidores y usuarios en el contexto del Estado autonómico: genealogía de una competencia», en *Contrato de obra y protección de los consumidores*, dir. D. J. ALBIEZ DOHRMANN y C. RODRÍGUEZ MARÍN, Aranzadi, pp. 862-891, 2014.
- F. ESTEBAN DE LA ROSA, «La vertebración del régimen español de la mediación de consumo en el marco del Derecho europeo», *Revistas de Internet, Derecho y Política*, núm. 25, 2017, pp. 17-31.