

EL ANTEPROYECTO DE LEY DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS DE CONSUMO Y SU ENCAJE EN EL SECTOR FINANCIERO¹

Ana Isabel Blanco García

Profesora Ayudante Doctor en Derecho Procesal

Universitat de València

Resumen: El Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo se encarga de transponer el contenido de la Directiva 2013/11/UE, que busca mejorar y armonizar los procedimientos de resolución alternativa de conflictos con consumidores en el ámbito de la Unión, incluyendo los servicios financieros. La nueva regulación adolece de carencias e incoherencias en lo que concierne a la adecuación del nuevo procedimiento de resolución a la realidad de las reclamaciones formuladas por los usuarios de servicios financieros.

El presente artículo identifica y analiza aquellos aspectos controvertidos de la normativa que hacen dudar de su implantación en el sector financiero.

Palabras clave: Resolución alternativa de conflictos, servicios financieros, protección de consumidores, conflictos de consumo.

Title: Draft Bill on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes and whether it fits within the financial sector

Abstract. The Draft Bill on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes that transposes the Directive 2013/11/EU seeks to improve and harmonize the alternative dispute resolution proceedings within the European Union, including financial services. The new regulation has legislative gaps and inconsistencies with regard to the suitability of the new ADR proceeding to the customer complaints' reality. This paper identifies and analyses those controversial aspects of the new regulation that leave serious doubts about their efficiency in the financial sector.

Key Words. Alternative dispute resolution, financial services, customer protection, consumer disputes.

¹ Artículo realizado en el marco del Proyecto de Investigación MEC/DER/2013-44749-R: «Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de Justicia: integración, 'globalización', derecho público y ODR como algunos de sus retos». Directora: Dra. Silvia Barona Vilar.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Estado de la cuestión. 3. El anteproyecto de ley y los servicios financieros: aspectos controvertidos. 3.1. *Falta de garantías de independencia e imparcialidad del procedimiento.* 3.2. *La reticencia de las entidades financieras de adscribirse al Sistema Arbitral de Consumo.* 3.3. *Establecimiento de una horquilla económica para la tramitación de una reclamación.* 3.4. *Coste "simbólico" del procedimiento.* 4. A modo de conclusión.

1. Introducción

El pasado 17 de abril fue aprobado el Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo, que viene a transponer la nueva regulación europea en la materia. Esta norma se encuadra en el marco de la política que, desde instancias supranacionales, se adoptó en materia de protección de los consumidores. Así es, el movimiento de "acceso a la justicia" que se fraguó en los países anglosajones hace ya décadas fue el preludio de una serie de medidas y reformas cuyo fin último reside en garantizar la defensa y protección de los consumidores de cualquier Estado miembro. Medidas que no se limitaban a establecer acciones legales para contrarrestar las mermas y lagunas de las legislaciones nacionales, sino también fijaban otras para actuar frente a los abusos de los empresarios. Asimismo, además de contemplar acciones judiciales, se han incluido instancias de distinta naturaleza de resolución de conflictos como el arbitraje y la mediación. Mecanismos que permiten superar las dificultades del comercio, en especial, del comercio internacional, esto es, cuando consumidor y empresario se encuentran localizados en distintos Estados miembro.

2. Estado de la cuestión

Actualmente podemos decir que el mercado no tiene fronteras, que se trata de un mercado globalizado e internacionalizado. Así es, la apertura de los países al exterior y, por ende, de su comercio, han transformado la forma de contratar bienes y servicios. Ello, unido a las ventajas que ofrecen las nuevas tecnologías, ha facilitado el comercio internacional, permitiendo a los consumidores adquirir bienes de cualquier parte de Europa y, también, del mundo. Ahora bien, estas relaciones jurídicas traen consigo problemas y conflictos que requieren de respuestas adecuadas y sobre todo adaptadas a esta forma de contratación. De ahí que en el ámbito de la Unión Europea, en el marco del mercado único, la protección del consumidor se haya convertido en una prioridad. Así pues, el desarrollo e impulso de la legislación de resolución alternativa de litigios quedó expresamente recogido por la Comisión Europea, en su Comunicación "Acta del Mercado Único (doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza)", donde fue una de dichas prioridades.

A tal fin responde la política de adoptar y desarrollar mecanismos de resolución de conflictos, alternativos a la colapsada vía judicial, que sean sencillos, asequibles, rápidos y accesibles a cualquier consumidor afectado o perjudicado. Pero además, debe existir una armonización en la regulación de este tipo de procedimientos en todos los Estados miembros de la Unión, para evitar

desigualdades y discriminaciones en el tratamiento y gestión de las disputas, con el objetivo de que el consumidor afectado obtenga el mismo nivel de protección con independencia del Estado miembro en el que se halle.

La normativa europea en este ámbito, representada ahora por 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) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, y el Reglamento (UE) nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, viene a cumplir con esta misión de crear un marco legal sobre resolución alternativa de conflictos en materia de consumo en el ámbito de la Unión, siendo el Anteproyecto de Ley el primer paso para esta mejora y homogeneización de estos procedimientos en España.

Si bien es cierto que el Anteproyecto modifica los procedimientos de resolución de conflictos con consumidores, en particular el Arbitraje de Consumo, ya previsto en nuestra legislación, no lo es menos que esta nueva norma era una oportunidad (parece que desperdiciada) para hacer una reforma en profundidad de los sistemas actuales de resolución de conflictos que mejorasen, a su vez, la tutela de los derechos e intereses de los consumidores. Asimismo, el contenido de esta nueva regulación plantea dudas sobre su adaptación y consecuencias en el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios de servicios financieros, que pasamos a comentar a continuación.

3. El Anteproyecto de Ley y los servicios financieros: aspectos controvertidos

Los sistemas de resolución de reclamaciones y, también, el Sistema Arbitral de Consumo, se han venido caracterizando y, de ahí su éxito, por ser unos servicios a disposición de los consumidores gratuitos, públicos, imparciales e independientes de las entidades reclamadas. Sin embargo, esta situación puede dar un giro en caso de que el contenido del Anteproyecto de Ley sea aprobado sin realizar modificaciones, especialmente en lo que concierne a los servicios financieros. A continuación analizamos los aspectos que, a nuestro juicio, generan cierta desconfianza en esta nueva regulación para la resolución de las reclamaciones contra las entidades financieras.

3.1. Falta de garantías de independencia e imparcialidad del procedimiento

La propia Directiva 2013/11/UE establece en su artículo primero que las entidades en ella reguladas deben ofrecer procedimientos "*independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos*", cualidades ya contempladas en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo.

Para garantizar la independencia e imparcialidad de los procedimientos, siguiendo también la línea de las anteriores normas incluyendo las regulaciones especiales del sector financiero con los Servicios de Atención al cliente y de reclamaciones, establece en el artículo 6.3.d) que la entidad de resolución de litigios no debe tener "*ningún vínculo jerárquico ni funcional con el comerciante*", debiendo estar "*claramente separada de las entidades operativas del comerciante*".

Sin embargo, el legislador español ha preferido no incorporar esta precisión, limitándose a exigir que las personas decisoras dispondrán para el cumplimiento de sus funciones de un presupuesto suficiente que sea independiente del presupuesto general del empresario, además de establecer una serie de requisitos para garantizar tales rasgos pero de los que no se infiere la negativa o prohibición de que pueda existir un vínculo jerárquico o funcional con el comerciante.

En consecuencia, se entiende que serán las entidades quienes administrarán y gestionarán los sistemas de solución de conflictos. Entonces, ¿dónde queda la independencia e imparcialidad debidas? ¿Cómo se garantizarán en la práctica?

La independencia y la integridad de las entidades de resolución alternativa son fundamentales para ganar la confianza de los ciudadanos, por lo que además de disponer de un presupuesto independiente, deberían establecerse como un departamento o servicio separado e independiente de la organización del comerciante. De lo contrario estos sistemas de mediación o de arbitraje creados por los comerciantes permitirán en la práctica que dichos comerciantes se conviertan en juez y en parte del conflicto con el consumidor, lo que no solamente generará inseguridad jurídica, sino que no se logrará restaurar la confianza de los consumidores en el sistema.

3.2. *La reticencia de las entidades financieras de adscribirse al Sistema Arbitral de Consumo*

En el ámbito bancario y financiero ha quedado patente la ausencia de una verdadera "cultura arbitral", motivada por las reticencias de las instituciones crediticias a someter cualquier controversia a arbitraje, que contrastan fuertemente con otros sectores más proclives a su uso tales como el sector de la construcción o el transporte marítimo². Reticencias que venían justificadas por la previsión de las entidades de crédito de sistemas extrajudiciales de resolución de reclamaciones de los usuarios, tales como el Defensor del Cliente de la entidad o el Servicio de Reclamaciones incardinado en el Banco de España –o su equivalente en la CNMV–.

² BLANCH, J. y KUEHL, L., "Derivatives arbitration: will it ever become chic in Europe?", *Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 25, núm. 4, 2010, p. 246.

No obstante, el arbitraje presenta la gran ventaja de que su resolución (contenida en el laudo) es vinculante, teniendo efectos de cosa juzgada, mientras que la resolución de estos Servicios de Reclamaciones no, lo que dificulta sobremanera su efectivo cumplimiento.

Ahora bien, dejando de lado las cuestiones relativas a la efectividad y eficacia de los servicios de reclamaciones propios del sector financiero y centrándonos en la modificación e impulso que esta norma da al Arbitraje de consumo, hemos de decir que, a pesar de que tradicionalmente las entidades no han utilizado el arbitraje como medio para resolver sus conflictos, su mentalidad ha cambiado desde que en 2013 optaran por esta vía para la tramitación de las demandas de sus clientes por la falta de transparencia en la comercialización de productos híbridos complejos como son las conocidas “participaciones preferentes” u obligaciones subordinadas. Los resultados que se obtuvieron por ejemplo en el marco del procedimiento arbitral de Bankia y la devolución de la confianza por los consumidores en el funcionamiento del sector han hecho que las entidades financieras sean más proclives a utilizar otras vías alternativas de resolución de conflictos distintas a los servicios de reclamaciones.

3.3. Establecimiento de una horquilla económica para la tramitación de una reclamación

El mandato a los poderes públicos establecido en el art. 51 de nuestra Constitución de proteger los derechos de los consumidores mediante procedimientos eficaces no solo les compele a desarrollar mecanismos tanto judiciales como extrajurisdiccionales –proliferando estos últimos por su celeridad y accesibilidad– sino también a realizar un ejercicio constante de adaptación de los mismos a las necesidades de los consumidores, cambiantes conforme se desarrolla el mercado y avanzan las nuevas tecnologías en el ámbito del consumo. En este sentido, la conducta de los consumidores ha cambiado, adaptándose al mundo tecnológico donde con mayor frecuencia utilizan las plataformas virtuales puestas a disposición por los empresarios que les permiten efectuar cualquier tipo de transacción, con independencia de la cuantía de la misma.

El Anteproyecto de Ley y, por tanto, la propia Directiva, contribuyen al buen funcionamiento del sistema mediante el establecimiento de entidades de resolución de conflictos de consumo, virtuales o no, transnacionales o no, pero que incrementen la confianza de los consumidores en el sector bancario, ámbito donde las disputas son frecuentes y requieren de soluciones rápidas y eficaces pero que, al mismo tiempo, permitan continuar con la relación jurídica.

Ahora bien, la realidad del sistema bancario en relación con los conflictos con sus consumidores se caracteriza por el hecho de que la mayoría de las reclamaciones en materia de consumo son de cuantías poco relevantes, existiendo aquellas que simplemente solicitan una rectificación en la conducta, no teniendo una pretensión económica.

En este sentido, una de las grandes ventajas y atractivos que presentan instituciones como el vigente Sistema Arbitral de Consumo, el Defensor del Cliente o los Servicios de Atención al Cliente bancario, es la admisión de reclamaciones de escasa cuantía, derivadas de transacciones de pequeña cuantía económica y por las que la vía judicial no haría sino agravar el perjuicio al deber hacer frente a costes más elevados que la reclamación en sí misma.

La nueva regulación de las entidades de resolución alternativa de conflictos, sin embargo, ha establecido una horquilla económica para que una demanda sea admitida a trámite por la entidad de resolución de conflictos establecida, fijando el mínimo en 50 euros y el máximo en 3000 euros. Esta opción, si bien viene posibilitada por el artículo 15.3 de la propia Directiva, entendemos limita la accesibilidad del consumidor a estas entidades que sí quedaba garantizada en el sistema vigente.

De esta forma se dejan fuera, por tanto, una gran parte de reclamaciones que hasta ahora eran admitidas y solucionadas por los Sistemas Arbitrales de Consumo. No se entiende ni tampoco se infiere la razón por la cual el legislador ha optado por contemplar este motivo de exclusión respecto del valor de las pretensiones de los usuarios financieros, pues parece más arbitraria que lógica y además no refleja en absoluto la realidad de las reclamaciones y quejas que formulan los consumidores contra las entidades bancarias y financieras.

3.4. Coste "simbólico" del procedimiento

El vigente Sistema Arbitral de consumo está configurado como un procedimiento cuya tramitación y desarrollo presenta menor complejidad que el arbitraje previsto en la norma general, y con una composición tripartita a través de las Juntas Arbitrales de Consumo³, la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo y los órganos arbitrales⁴.

Este tipo de arbitraje reviste una característica no compartida con otros arbitrajes –aunque sí con los servicios de reclamaciones de las entidades financieras–, y es la gratuidad del procedimiento. A diferencia de lo que sucedía en el arbitraje general, aquí no son las partes quienes sufragan los honorarios de los árbitros y de la institución arbitral, sino la propia Administración. He aquí la razón de su éxito.

³ SAN CRISTÓBAL REALES, S., *Sistemas complementarios a la Jurisdicción de conflictos civiles y mercantiles (mediación, conciliación, negociación, transacción y arbitraje)*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 391-397 y BLANCO CARRASCO, M., "La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro", *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, núm. XLII, 2009, pp. 140-143.

⁴ BUJOSA VADELL, L. M., "9. El arbitraje de consumo", en AA.VV., *Arbitraje y Mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades*, dir. por SÁEZ HIDALGO, I. y DORREGO DE CARLOS, A., Thomson, Valladolid, 2013, pp. 142-144.

No obstante, en contra de la tradicional gratuidad del procedimiento, al menos para la parte débil del contrato –el consumidor–, esta nueva regulación establece un coste, que denomina “simbólico” pero que, a nuestro juicio, supone una barrera para el acceso al procedimiento por cualquier consumidor y, más aún, teniendo en cuenta la situación económica por la que atraviesa una importante parte de la población causada por la crisis. Así es, el Anteproyecto permite a las entidades establecer una cuantía máxima de 30 euros que deberá ser sufragada por el consumidor reclamante.

No entendemos que si se busca garantizar la accesibilidad de esta clase de procedimientos a todos los consumidores que pudieran resultar afectados por la mala praxis de las entidades bancarias se les imponga una tasa que, en aquellas demandas de escasa cuantía, no compense tramitar su demanda ante estas entidades.

La consecuencia lógica será que los consumidores acudirán a otros medios alternativos de resolución de conflictos que no les supongan ningún coste adicional, desviándose muchas de las reclamaciones seguramente a los Servicios de Atención y Defensor del Cliente y restando, por ello, utilidad al procedimiento propuesto en el Anteproyecto.

4. A modo de conclusión

El Anteproyecto de Ley ha nacido con una vocación de impulsar estas vías de solución de conflictos y de armonizar el nivel de protección dispensado a los consumidores, así como de homogeneizar los procedimientos en el ámbito de la Unión. No obstante, la norma adolece de vacíos legales que, en algunos ámbitos como el financiero, generarán inseguridad jurídica.

Así, de igual forma que para los Servicios de Atención al Cliente de las entidades de crédito, la norma debería determinar la forma de administrar y gestionar tales sistemas por las entidades, pues lo contrario supondrá una clara vulneración de las garantías de independencia e imparcialidad que deben caracterizar a todo procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos.

Además, la nueva regulación no debería restringir el acceso de los consumidores a estos sistemas por razón de la cuantía, pues en su mayoría se trata de reclamaciones que no serían planteadas ante otras instancias, incluyendo la vía judicial por lenta y costosa, ya que podría resultar mayor el coste del procedimiento que el perjuicio causado por la entidad financiera y, en el fondo, que la pretensión del consumidor.

En suma, aunque el Anteproyecto supone un avance hacia la armonización en toda la Unión Europea de este tipo de mecanismos, la regulación relativa a los servicios financieros es parca y poco concisa, amén de que las inconcreciones de los preceptos en relación a la implantación de las nuevas entidades y a su coexistencia con las preexistentes y propias de este ámbito como los servicios

de reclamaciones, generan una inseguridad jurídica que a buen seguro mermará la eficacia de este nuevo procedimiento.