

DERECHO DEL CONSUMO Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR SUSTENTABLE EN LA SOCIEDAD DIGITAL DEL SIGLO XXI

Silvia Barona Vilar (editora)



UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
DE CHILE

MÁS UNIVERSIDAD

*Derecho del consumo y protección del consumidor
sustentable en la sociedad digital del siglo XXI*
Silvia Barona Vilar (editora)

Primera edición: junio, 2023
Santiago, Chile
Ediciones Universidad Autónoma de Chile
<https://ediciones.uautonoma.cl>

© Universidad Autónoma de Chile
Avenida Pedro de Valdivia 425, Providencia
Santiago, Chile

Corrección de textos
Constanza Cariola Cerda

Diseño y diagramación
Pedro Díaz Muñoz

ISBN: 978-956-6201-53-3
Registro de propiedad intelectual: 2023-A-9520



Este material puede ser copiado y redistribuido por cualquier medio o formato, además se puede remezclar, transformar y crear a partir del material siempre y cuando se reconozca adecuadamente la autoría y las contribuciones se difundan bajo la misma licencia del material original.



MÁS UNIVERSIDAD

EDICIONES
Universidad Autónoma de Chile

Índice

PRÓLOGO

Prof. Dra. Dra. h.c. mult. Silvia Barona Vilar 7

PRÓLOGO

Prof. Dr. Rodrigo Barcia Lehmann..... 13

CAPÍTULO I

CONSUMO, SUSTENTABILIDAD Y DIGITALIZACIÓN. ¿TRILOGÍA UTÓPICA REALISTA?

Prof. Dra. Dra. h.c. mult. Silvia Barona Vilar 17

CAPÍTULO II

CONSUMO, CONSUMIDOR, DERECHO DEL CONSUMO... NUEVOS RETOS ¿NUEVAS RESPUESTAS?

Dr. Carlos Esplugues Mota 47

CAPÍTULO III

PRODUCCIÓN Y CONSUMO RESPONSABLES FRENTE A LA CRISIS CLIMÁTICA

Dr. Patricio Masbernat, Dra. Hellen Pacheco y
Dra. Andrea Lucas Garín 67

CAPÍTULO IV

PRINCIPIOS IMPLÍCITOS Y EXPLÍCITOS EN EL DERECHO DEL CONSUMO CHILENO

Dra. Erika Isler Soto 85

CAPÍTULO V

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS PLANES DE COMPLIANCE EN EL DERECHO DEL CONSUMO

Dr. Francisco Javier Bedecarratz Scholz 99

CAPÍTULO VI

CONSIDERACIONES ÉTICAS DE LA NEUROCIENCIA DEL CONSUMIDOR

Dra. María Isabel Cornejo Plaza..... 117

CAPÍTULO VII

EL CONSUMIDOR VULNERABLE: UNA CATEGORÍA A CONSIDERAR PARA EVITAR SU SOBREENDEUDAMIENTO

Dr. Sebastián Bozzo Hauri y Dra. Rebeca Remeseiro Reguero..... 133

| | |
|--|-----|
| CAPÍTULO VIII CONSUMIDORES SÉNIOR Y LOS RETOS DE SU PROTECCIÓN ANTE LA DIGITALIZACIÓN | |
| Dra. Ana Isabel Blanco García..... | 153 |
| CAPÍTULO IX EN BUSCA DE UNA PROTECCIÓN SOSTENIBLE PARA EL CONSUMIDOR DE SERVICIOS FINANCIEROS: A PROPÓSITO DE LA (FUTURA) AUTORIDAD ADMINISTRATIVA INDEPENDIENTE DE DEFENSA DEL CLIENTE FINANCIERO* | |
| Dra. Ágata María Sanz Hermida | 171 |
| CAPÍTULO X LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR | |
| Dr. Rodrigo Barcia Lehmann | 197 |
| CAPÍTULO XI NUEVOS USUARIOS, NUEVOS DERECHOS, NUEVAS LEGITIMACIONES: LA TITULARIDAD DEL ECOSISTEMA DEL MAR MENOR EN ESPAÑA | |
| Dra. Elena Martínez García | 211 |
| CAPÍTULO XII PROBLEMAS DE LOS ADR DE CONSUMO ESPAÑOL EN LA SOCIEDAD DIGITAL DEL SIGLO XXI | |
| Dr. José Antonio Colmenero Guerra | 227 |
| CAPÍTULO XIII NUEVAS TENDENCIAS EN LA TUTELA DE LOS CONSUMIDORES: ARBITRAJE ELECTRÓNICO Y ARBITRAJE COLECTIVO | |
| Dra. Ana Montesinos García..... | 269 |
| CAPÍTULO XIV MEDIDAS INTERNACIONALES DE ACCESO A UNA JUSTICIA ALTERNATIVA Y DIGITAL EN MATERIA DE CONSUMO: PRESENTE Y FUTURO | |
| Dra. Diana Marcos Francisco..... | 293 |
| CAPÍTULO XV LA IMPORTANCIA DE LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS PARA LAS CONTROVERSIAS DE CONSUMO EN MATERIA TURÍSTICA Y SU IMPULSO INTERNACIONAL | |
| Dr. Guillermo Palao Moreno..... | 323 |

CAPÍTULO XVI

**ONLINE DISPUTE RESOLUTION Y LOS OBJETIVOS DE
DESARROLLO SOSTENIBLE**

Dra. Betty Martínez-Cárdenas 341

CAPÍTULO XVII

UNA PLATAFORMA DE ODR EUROPEA, ¿UNA SOLUCIÓN?

Dra. María José Catalán Chamorro 357

CAPÍTULO XVIII

**LA PROTECCIÓN EN EUROPA DEL CONSUMIDOR
SUSTENTABLE DEL SIGLO XXI: LA OPCIÓN POR LAS
ACCIONES DE REPRESENTACIÓN**

Dra. Andrea Planchadell-Gargallo 377

CAPÍTULO XIX

**ENSAYO SOBRE EL EJERCICIO DE ACCIONES DE INTERÉS
COLECTIVO Y DIFUSO FRENTE A FALTA DE CONFORMIDAD
NO MATERIAL DE LOS PRODUCTOS**

Dr. Juan Ignacio Contardo González 399

PRÓLOGO

Prof. Dra. Dra. h.c. mult. Silvia Barona Vilar

Universitat de València

Prologar este libro, *Derecho del consumo y protección del consumidor sustentable en la sociedad digital del siglo XXI*, que he venido coordinando con el profesor Rodrigo Barcia Lehmann, de la Universidad Autónoma de Chile, me produce una enorme satisfacción. Se trata de una obra que pretende abordar el concepto de consumidor desde su sentido y emergencia, y su constante evolución en un mundo cambiante, hasta el origen del derecho del consumo que, indudablemente, se ha venido presentando como uno de los grandes aportes que el siglo XX ha podido ofrecer a la ciencia jurídica nacional e internacional. Igualmente, esta obra incorpora aportes de gran interés que se adentran en numerosas cuestiones en un mundo que, allende el consumo, se ha convertido en consumista. Mundo en el que las divergencias y los conflictos que se crean requieren, cada vez más, de soluciones específicas, en ciertos casos sectoriales y hasta privilegiadas para ciertas áreas o para ciertos colectivos de consumidores.

Desde que comenzara el impulso y consolidación —siquiera inicialmente en determinadas áreas geográficas del planeta— de la producción y comercialización de bienes y productos, esencialmente a partir del siglo XVII, fue gestándose el origen del consumo de bienes y productos inicialmente de primera necesidad. Sin embargo, estos no eran de acceso directo para todos, sino que estaban tan solo al alcance de determinados sectores de la burguesía y de la alta sociedad. A mayor producción, mayores productos y, por tanto, el acceso a los mismos emergía favoreciendo a quienes tenían mayores posibilidades de adquirirlos. Esos primeros pasos de adquisición de bienes, servicios, productos, fueron a lo largo del tiempo extendiéndose a numerosos lugares del planeta, favoreciendo la satisfacción de necesidades —ficticias o creadas— que hemos ido incorporando a nuestras vidas, consiguiendo una suerte de bienestar o de confort, que ha venido anudado a la idea de consumir como acción de subsistencia de nuestra sociedad.

Este concepto —el consumo— fue vinculado inicialmente a las transformaciones económicas que insuflaron nuevos modelos económicos que,

originados en determinados lugares, se exportaron a otros lugares diversos del planeta. Se expandió así un modelo de relaciones de consumo amplio, extensible a prácticamente toda la población y que fue progresivamente pasando de esa idea de consumir para subsistir, a convertir el consumo en la esencia de la vida, como si se hubiere convertido en la pócima que trae la felicidad.

Los cambios, por ello, vinieron afectando a dos aspectos específicos: por un lado, a lo que se consume y, por otro, a quien consume. En ambos ámbitos —objetivo y subjetivo— se produjo una expansión. Esa expansión de consumir mucho, por muchos, ha sido consecuencia de una mejora de la vida, de la economía, de la salud, de la demografía, de la cultura, del arte, de la ciencia, etc. El mundo entero comenzó a llenarse de seductoras oportunidades, que atraen, embaucan, manipulan y convencen al destinatario no solo del objeto a consumir, sino de su necesidad indiscutible.

Esta evolución de la sociedad favoreció la introducción del consumo como elemento nuclear de la misma; un componente de felicidad fantástica, que absorbe, que convence. Surge una percepción de felicidad que se alcanza a través de la adquisición de productos, bienes o servicios, y cada vez más no basta con la adquisición de lo que se considera necesario, sino también de lo que no lo es. Va penetrando en la sociedad, en las relaciones, en las personas y en sus mentes, la idea de que la felicidad solo es posible conseguirla mediante la continua adquisición de bienes y productos, de servicios, mediante el consumo líquido, al que se refería Zygmunt Bauman. Ese consumo líquido ofrece una garantía de sensación placentera, además de generar estatus social. Para ello es imprescindible que las posibilidades, las variedades, los productos, servicios, bienes, cambien, sean infinitos, fluyan, que todo tenga fecha de caducidad o de vencimiento, que aparezcan nuevas necesidades de adquirir cosas nuevas que destierren a las viejas, obsoletas. Es, en palabras de Bauman (2003), como si nos halláramos ante una enorme mesa de «buffet repleta de platos apetitosos, cuya cantidad excede la capacidad de degustación del más eximio glotón. Los invitados son consumidores» (p. 69).

En ese escenario es en el que se gesta la percepción de la insaciabilidad. Siempre es imprescindible comprar, adquirir, usar, consumir. La razón no es otra que la felicidad viene intrínsecamente anudada a esta acción de consumir. La sociedad enferma de vacuidad, de vacío existencial, y los seres humanos caen en la patología de la oniomanía, esto es, la enfermedad que arrastra el irrefrenable deseo del acto en sí de comprar. Esto, con el obsesivo sentimiento de que en la compra está el placer, si bien constatándose

la idea de Epicuro de que el que no está satisfecho con un poco, no está satisfecho con nada.

Poco a poco hemos ido transformando como sociedad el significado de consumo por el de consumismo. Junto al consumo —acción dirigida a la adquisición de productos o servicios que se necesita, con mayor o menor grado de intensidad—, como componente del ser humano de la modernidad, emerge un concepto diverso, propulsado desde la esencialidad de lo económico, desde la economización de nuestras vidas, el cual es el de la sociedad consumista. El consumismo es un atributo de la sociedad, de esa sociedad que mantiene el rumbo de adquisiciones de bienes y servicios de las personas que la integran, previas estrategias de conducción y manipulación de voluntades hacia la elección y adquisición de determinados productos, bienes o servicios. Así es como, poco a poco, hemos ido necesitando una protección frente a esa cultura del consumismo; una protección desde las esferas éticas y jurídicas, que permitan regular conductas, excesos, que protegen al más débil, que favorezcan las campañas educativas, etc., todo ello para hacer frente, para contrastar, las políticas empresariales de atracción, de manipulación, de inducción al consumo voraz, al consumo compulsivo e irrefrenable.

Es en ese contexto donde hemos asistido, en un primer estadio, a la aparición del denominado derecho del consumo que, como dijimos, es uno de los grandes aportes que el siglo XX ha ofrecido a la ciencia jurídica. Los problemas iniciales que surgían para los consumidores en relación con los incumplimientos de la contraparte en el contrato o los defectos de los productos por ellos adquiridos, que han existido desde siempre, fueron históricamente percibidos como situaciones esporádicas, individuales, propios de determinadas operaciones. Sin embargo, el paso de los años, el impulso económico, el desarrollo y la transformación del sector empresarial, la producción en masa, la internacionalización del comercio, la aparición de los medios tecnológicos de comunicación, la movilidad de las personas, la interacción entre compradores y vendedores nacionales e internacionales, etc., han hecho necesario abordar estos problemas con una visión política nacional, supranacional e internacional.

De igual forma, hemos asistido a una proliferación sectorial del consumo, de manera que los ordenamientos jurídicos han ido ofreciendo respuestas seductoramente adecuadas a cada uno de estos sectores jurídicos específicos, amén de referidos a determinados colectivos de consumidores.

De este modo, el derecho del consumo se ha convertido en una extensa rama del ordenamiento jurídico, transversal en cuanto las cuestiones que

pueden suscitarse y las que se regulan ofrecen respuestas conceptuales. Amén de respuestas en sede de tutela efectiva judicial o extrajudicial, se fomentan métodos alternativos a los tribunales nacionales de justicia, se aprueban convenios que afectan a varios países, se configuran tribunales específicos, se incorporan normas penales y se regulan en sede administrativa, con la intervención de órganos administrativos en determinados países. El derecho civil, el mercantil, el procesal, el internacional, el constitucional, el penal, el administrativo, el laboral, entre otros, se ven afectados por la proliferación de normas que van sucediéndose, a medida que se requiere una protección jurídica adecuada. De ahí que se afirme que el derecho del consumo se ha consolidado como una rama independiente de la ciencia jurídica, con objetivos y vida propios.

Ha sido a partir de toda esta profusa evolución que se ha dejado sentir la necesidad de configurar a los consumidores, amén del contexto individual y jurídicamente configurado, como un «colectivo singularizado». Esto es, con el consabido reconocimiento jurídico de derechos por parte de los ordenamientos jurídicos, nacionales, supranacionales e internacionales. Los medios y los instrumentos, inicialmente pensados para proteger al consumidor individual, van encontrando falencias cuando los conflictos provienen del consumo en masa. La tutela individual no cubre cualquiera de las situaciones de desprotección que hoy se presentan en la sociedad digital y de masas. Es por ello que se ha seguido trabajando para favorecer instrumentos y tutelas de las posibles acciones de grupo, acciones colectivas o acciones de representación, con diversos matices en los diversos espacios del planeta. Estos pretenden ofrecer respuestas, proteger sea cual sea el modelo de consumo de que se trate y los sujetos que se convierten irrefutablemente en los árbitros e impulsores de la economía.

El siglo XXI ha abierto puertas a un consumo masivo, probablemente de la mano de la globalización económica y de la revolución tecnológica imparable, y ha descubierto, tras algo más de dos décadas, las consecuencias nocivas que el irrefrenable impulso hacia la sociedad consumista está causando en el planeta, en la pérdida de recursos, en el medioambiente y también en las patologías de la mente.

Son numerosas e interesantes las cuestiones que se van planteando en torno a un derecho del consumo en constante mudanza, activo, impulsivo, expansivo. Todo ello también ha preocupado a las Naciones Unidas, que en el año 2015 aprobaron el documento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), con diecisiete objetivos. Entre ellos, también preocupa el consumo sostenible. La crisis climática que estamos viviendo, y que cada día se agudiza más, afecta directamente a la actividad de consumo sobre la

que se sustenta la economía moderna, planteando la necesidad de adoptar medidas hacia un consumo sustentable. En concreto, el objetivo 12 («Producción y consumo responsables») se focaliza precisamente en el vínculo entre el consumo y la producción mundial como fuerza impulsora de la economía, pero con una decisiva incidencia en el actual proceso de degradación medioambiental, al contar con un impacto directo y destructivo del medioambiente natural y del uso de los recursos.

Todas las cuestiones descritas propiciaron el trabajo conjunto entre profesores de la Universidad Autónoma de Chile, de la Universitat de València, de la Universitat Jaume I de Castellón, de la Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, de la Universidad de Sevilla, de la Universidad de Córdoba y de la Universidad de Castilla-La Mancha, para —desde las miradas poliédricas que la integración de los miembros del equipo han elaborado— ofrecer interesantes aportes que permiten entender el mundo del consumo. Su origen, sus conceptos esenciales, sus consecuencias en las diversas áreas de conocimiento, su impacto económico y también jurídico, las consecuencias en la sustentabilidad del planeta. De igual forma, las necesidades de regular y modular las diversas vías que permiten solventar las disputas, por vía procesal judicial o por medios de solución extrajudiciales de conflictos (MASC/ADR), presenciales o en línea, métodos que se adecúan de forma moldeable y flexible a las diversas situaciones conflictivas, por la materia, por la trascendencia espacial (allende las fronteras geográficas nacionales) o por los sujetos afectados, individual o colectivamente considerados.

El desarrollo de esta obra no ha sido fácil, pero su final es altamente satisfactorio, aproximándose a aquello que decía el pintor español Salvador Dalí, de que se puede morir por una sobredosis de satisfacción. Ese es el sentimiento con el que presento este prólogo. Trabajar con este equipo de diecinueve investigadores ha sido un auténtico placer. Sus aportes quedan en las páginas siguientes. Solo me resta ser agradecida de forma individual a Rodrigo Barcia, por colaborar en la coordinación de la obra por la parte chilena, y a Carlos, Helen, Patricio, Andrea, Érika, Francisco, Isabel, Sebastián, Rebeca, Ana Isabel, Ágata, Elena, José Antonio, Ana, Diana, Guillermo, Betty, María José, Andrea y Juan Ignacio. Muchas gracias a todas y a todos por ser parte de esta interesante obra.

En Valencia, a 29 de diciembre de 2022

PRÓLOGO

Prof. Dr. Rodrigo Barcia Lehmann

Decano Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Chile

Hay varias razones para estar orgulloso de prologar un libro como este. Hacerlo en conjunto con una catedrática del prestigio de Silvia Barona (quien además ha sido su editora), es por sí sola una razón más que suficiente de orgullo, pero además se suman otras razones. Esta es una obra que mezcla profesoras y profesores de España y Chile, de modo que contiene investigaciones de las universidades de Valencia y Autónoma de Chile, así como de las universidades de Castilla-La Mancha, Pablo de Olavide, Católica de Valencia, Castellón y Córdoba.

Este libro también es destacable desde que la contratación masiva se ha convertido en el derecho común, y el derecho del consumo es una de las expresiones más fuertes de este fenómeno. Por tanto, la obra que les presento puede ayudar al desarrollo de un derecho común con una mirada más interdisciplinaria y que desarrolla los principales problemas del derecho posmoderno. De este libro también se desprende el largo camino que ha recorrido el derecho del consumo desde los tiempos de Saleilles. Este autor fue el propulsor de la categoría de los contratos de adhesión, que dieron lugar a los contratos dirigidos, es decir, a contratos en los cuales su contenido en todo o parte es regulado por el Estado. En gran medida es lo que sucede hoy con el derecho del consumo y la regulación de condiciones generales. La noción de contrato dirigido fue, sin lugar a dudas, de las primeras críticas sustantivas a la teoría clásica del contrato, que se levantaron cada cierto tiempo con mayor o menor fuerza.

Modernamente, la muerte del contrato ha sido planteada por una serie de autores, como Gilmore (1995), Horwitz (1975) y Scott (2004). Pero en realidad, más que la muerte de la visión clásica del contrato y la autonomía privada, lo que ha acontecido es una regulación más sofisticada del contenido del contrato, sobre todo respecto de la contratación masiva. Es relevante comprender que las nuevas tecnologías permiten la negociación del contrato de una forma diferente a la que se generaba en los contratos libremente discutidos entre contratantes. De alguna manera, a través de

plataformas que comparan precios, es posible que los consumidores puedan elegir el «precio» más barato de un producto o servicio relativamente estandarizado. Ello, mirado desde la perspectiva del productor, hace que este «negocie» de forma indirecta con el consumidor. El productor que desee estar en el mercado, deberá ajustar sus precios a la competencia, so pena de quedar fuera de este. En realidad, de esta forma se produce una verdadera negociación hipotética entre las partes, muy parecida a la que se genera en un contrato libremente discutido. Además, ello se hace posible, dado que los elementos de la esencia del contrato no pueden ser objeto de revisión judicial (en principio no pueden dar lugar a una cláusula abusiva). Así se constituye una exigencia mínima al consumidor, que deberá estar atento a la evolución del precio del bien o servicio que desee adquirir. Las plataformas además son cada vez más variadas y sofisticadas en torno a la información que proveen a los consumidores, y hacen que los costos y recompensas reputacionales ordenen la conducta de los productores. La creación de información respecto del incumplimiento de sus obligaciones o el aprovechamiento del consumidor respecto de grandes productores puede afectar fuertemente su reputación. Otro tanto sucede con las plataformas de resolución de conflictos, y con una legislación —que en ambos lados del gran charco— promueve la mediación e intervención de actores relevantes. En Chile las asociaciones de consumidores están realizando una gran labor en torno a la protección de los derechos colectivos y difusos.

Es así que de esta breve reseña se aprecia cómo en el derecho del consumo hoy se requiere de una mirada interdisciplinaria, que se centre en la información y las nuevas tecnologías, aspecto que este trabajo aborda. Esta mirada interdisciplinaria y vinculada con el medioambiente y las nuevas tecnologías es la que desarrolla el presente trabajo. En efecto, *Derecho del consumo* es mucho más que una obra clásica sobre la materia, pues no solo se abordan los problemas clásicos del derecho del consumo —como los derechos difusos, la determinación del incumplimiento de la relación de consumo y los daños punitivos—, sino otros mucho más modernos, como los grupos vulnerables —como sujetos activos de la protección del consumo—, la forma de aplicación del derecho del consumo, a través de principios normativos y no de normas; el *compliance* en el consumo, etcétera. A ello se suma una serie de aspectos que son transversales al derecho e incluso, interdisciplinarios. Las investigaciones que conforman la presente obra abordan la digitalización y la sustentabilidad del derecho del consumo, las nuevas tecnologías en materia de derecho del consumo y la neurociencia y el consumo. Un tema que cruza este libro son las modernas formas de protección y desarrollo del mercado, y de protección del consumidor.

Dos aspectos que me atrevo a señalar que van de la mano y que desarrollarán el derecho del consumo de mejor forma en el futuro, son la producción sostenible y el uso de las nuevas tecnologías. Naturalmente, siempre será relevante que el derecho promueva que productores provean bienes y servicios de mejor calidad, y de un precio más bajo. La incidencia de las nuevas tecnologías y la promoción de un ambiente sostenible modificarán la visión y aplicación del derecho del consumo, y es un tema que se aborda fuertemente en el presente libro.

En Santiago de Chile, a 9 de enero de 2022

BIBLIOGRAFÍA

- Bauman, Z. (2003). *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica.
- Gilmore, G. (1995). *The Death of Contract*. Ohio State University Press.
- Horwitz, M. (1975). Review of *The Death of Contract* by Grant Gilmore. *University of Chicago Law Review*, 42(4), 787-797.
- Scott, R. (2004). The Death of Contract Law. *The University of Toronto Law Journal*, 54(4), 369-390.

CAPÍTULO I

CONSUMO, SUSTENTABILIDAD Y DIGITALIZACIÓN. ¿TRILOGÍA UTÓPICA REALISTA?

Prof. Dra. Dra. h.c. mult. Silvia Barona Vilar

*Profesora de Derecho Procesal
Universitat de València*

SUMARIO: I. De la emergencia del consumo a la sociedad consumista. 1. La incidencia de la Primera y la Segunda Revolución Industrial en la emergencia del consumo. 2. El capitalismo, Taylor, Ford y la influencia de Keynes. El modelo estadounidense en el siglo XX y el impulso del consumo. 3. Del consumo al consumismo: la aparición de la sociedad consumista. II. La necesaria protección jurídica de los consumidores. III. Imparable avance del consumismo y nuevos retos. De la Tercera a la Cuarta Revolución Industrial, de la sociedad de consumo a la sociedad de consumo de masas. IV. Tecnología, consumo y sustentabilidad, ¿un buen maridaje? Necesaria referencia a la agenda 2030 para el desarrollo sostenible. V. Bibliografía.

I. DE LA EMERGENCIA DEL CONSUMO A LA SOCIEDAD CONSUMISTA

El papel del consumo como rasgo distintivo de la sociedad actual es innegable. Su emergencia respondió a diversas coordenadas que favorecieron su protagonismo y su situación como eje dominante naturalizador de la sociedad. Unas coordenadas que, aun como incipientes manifestaciones de una realidad social diversa a la actual, se fueron paulatinamente mostrando desde finales del siglo XVII, especialmente en Gran Bretaña y en Francia. Esto muy probablemente por ser los dos polos económicos de la época, debido a la producción y comercialización del algodón, del té o la porcelana, productos que, allende ser de consumo necesario, otorgaban un estatus social de clase adinerada a quienes los poseían. Ciertamente que esa visión de adquisición de bienes, productos o servicios de forma individualizada y para un sector limitado de la población fue evolucionando al compás de

las revoluciones industriales, que fueron expandiendo la producción y, con ella, germinando paulatinamente la aceleración del consumo y su efecto en la cultura y *modus operandi* social.

1. La incidencia de la Primera y la Segunda Revolución Industrial en la emergencia del consumo

Con la Primera Revolución Industrial, a finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, se presentó un *modus operandi* diverso en el marco de la producción industrial. No se trata de considerar que se inventó la producción, por cuanto esta existía, si bien era en muchos casos artesanal, manual y con métodos muy rudimentarios. Se incorporaron instrumentos e inventos nuevos, tales como, por ejemplo, en la producción textil los telares mecánicos, que multiplicaban la cantidad y calidad de los productos que se elaboraban, generando una mayor producción en un menor tiempo. Precisamente esta Revolución Industrial emergió en un país como Inglaterra, por las condiciones que concurrían en ese período, a saber, estar en posesión de yacimientos de carbón, así como hierro, ambos necesarios para poder crear maquinaria, barcos y ferrocarriles. Además, la burguesía como clase social emergente había adquirido un enorme estatus económico, debido a la expansión inglesa en las colonias y a su enorme flujo comercial. Todo ello casaba perfectamente con el pensamiento liberal inglés, que favorecía la iniciativa privada, con un modelo político parlamentario sólido y con unos medios marítimos, especialmente una flota marítima imbatible, a través de la cual se podía perfectamente garantizar un sistema de distribución de su producción en todo el mundo.¹ A ello hay que agregar un dato de interés: la protección jurídica de la propiedad y la reducción de los costes de las transacciones (Ron, 2004, p. 205). Obviamente esta perspectiva jurídica y económica tenía mucho que ver con la situación de expansión que en esos momentos vivía Inglaterra, especialmente en el mar, con un creciente, expansivo y vasto imperio colonial. A decir verdad, entre finales del siglo XVII y principios del siglo XVIII, el Gobierno británico aprobó una serie de leyes que protegían la industria de la lana británica, de la creciente tela de algodón que provenía y se importaba desde la India. Y a ello se añadía que las enseñanzas de ciencias y las técnicas se habían incorporado a las universidades inglesas (Wootton, 2017, p. 503), en cuanto ganaban protagonismo en la gestión y activación de la producción.

1 Sobre las líneas generales de las dos revoluciones industriales, vid. Barona (2021, pp. 43-55).

Esta situación trajo consigo paralelamente un crecimiento espectacular de la población —debido a los flujos migratorios del campo a la ciudad—, reducción de la tasa de mortalidad y mejora «aparente» de las condiciones de vida. Lo anterior, amén de un estímulo para la producción industrial, que transformó toda la sociedad europea, dando paso a una nueva era, con cambios sociales, nuevas teorías políticas y también con movimientos obreros, que se sublevaron frente a las injusticias sociales que la industrialización arrastró consigo; su retrato más negro. De hecho, el panorama industrial presentado, amén de producir innegables logros en el marco de la economía —que crecía en cantidad y calidad a un ritmo hasta el momento desconocido—, planteaba no pocos retos en el ámbito jurídico,² dada la necesidad de enfrentarse a las innumerables injusticias que el proceso de producción industrial había ido generando. Esto planteaba el contrapeso entre el progreso, la ciencia y la tecnología, amén de las técnicas aplicadas *ex novo*, y el enorme flujo económico que resultaba de aquellos con las injusticias, la discriminación, la ausencia de límites y garantías de la clase más vapuleada, los obreros. Las respuestas jurídicas necesariamente vinieron provocadas por las luchas y movimientos obreros por la libertad y otros derechos. La industria, la ciencia, el progreso, la tecnología no podían mantenerse como compartimentos sin alterar las bases de un modelo jurídico que debía retroalimentarse de estas, y a la inversa también.

Este retrato de transformación industrial, especialmente significativo en el lugar donde emergió —Inglaterra³— a finales del siglo XVIII, influyó en numerosos países de Europa, continuando por el mismo camino Bélgica, Francia (a comienzos del siglo XIX), Alemania, EE. UU., Japón y Rusia (a mediados del siglo XIX), e Italia y España (a finales del siglo XIX).

Esta catarsis productiva industrial generó un nuevo modelo social, demográfico, económico y también político, que acompañó la aparición del concepto «burgués» en Europa, y con él, poco a poco un modelo de sociedad

2 Para Fernández (2018), la Revolución Industrial trajo consigo «una revolución jurídico-política de primera magnitud, representada por el reconocimiento de la libertad y de los elementos esenciales de los sistemas democráticos actuales, que se reproduce en las Revoluciones americanas (1776-1787) y francesa (1789)» (p. 64).

3 Max Weber (2006) consideraba que en Gran Bretaña la crisis del siglo XVII, la guerra civil desde 1642 a 1651 y la posterior revolución gloriosa de 1688, determinaron en lo político el establecimiento de una monarquía parlamentaria, con un liberalismo inspirado en John Locke. Este permitió la división de poderes, el reconocimiento de la libertad individual y favoreció la seguridad jurídica que ofrecía garantías al empresariado; un empresariado que provenía de sectores religiosos disidentes, dado que el calvinismo abrió la puerta a la riqueza, al bienestar, al dinero, etc. De ahí que Weber venga a vincular la ética protestante con el espíritu del capitalismo.

y de Estado en el que emergieron, de la mano del liberalismo económico, una serie de necesidades de protección jurídica que afectaban a los derechos de las personas y al patrimonio. Se expandió la cultura, se extendió el movimiento intelectual de la Ilustración, con enorme protagonismo de Francia, y se generó un momento de expansión y consolidación de la cultura occidental en el mundo (también económica), que se ha denominado «protoglobalización». Esta favoreció un nuevo orden mundial de comercio global, de alianzas políticas, especialmente entre Europa Occidental, el Medio Oriente y el Sudeste Asiático (Hopkins, 2003; Bayly, 2004), con la hegemonía británica y también francesa a la cabeza. El mundo se iba interconectando, movido por criterios comerciales y económicos. Habría que esperar al crecimiento del modelo capitalista y a los avances de la tecnología y la ciencia para la transacción pendular de la protoglobalización a la globalización del siglo XX y XXI. Un movimiento de globalización que no es estático, sino dinámico, como lo prueba el hecho de que propicia avances y retrocesos, fragmenta y uniforma, expande y regionaliza, y su evolución es absolutamente impredecible (Hopkins, 2003, p. 3).

En ese momento de protoglobalización se ampliaron los mercados, el tráfico económico fluía y las necesidades individuales aspiraban a ser satisfechas mediante la adquisición de nuevos productos y servicios. Fue un período en que la ciencia, la técnica, la tecnología y el sistema jurídico se aunaban y ofrecían una economía fluida, garantizada, un aumento de invenciones, descubrimientos o creaciones que movían el mundo entero y favorecían la capacidad de los humanos por curiosear, aprender y también aumentar sus propias necesidades que requerían ser satisfechas adecuadamente. Esta fue la época de Darwin, Humboldt, Maxwell, Edison, Bell, Marie Curie, etc.

Se vivió una revolución, fruto de una crisis, que generó cambios, facilitó la producción, la transformó, incorporó ideas, máquinas, sistemas, etc., fruto de una nueva mirada, un nuevo pensamiento y grandes dosis de mutación, que trajeron lo bueno y lo malo de las revoluciones. Así, aun cuando al hablar ahora de las revoluciones industriales pareciera que se focalizaron solo en desarrollos científicos y técnicos, no fue así, dado que gestaron simultáneamente revoluciones en favor de los derechos y la transformación en los hábitos y cultura de la ciudadanía. El mundo no solo cambiaba en su vertiente del conocimiento científico y técnico, sino que arrastraba una mutación de la sociedad. Bien es cierto que la ideología capitalista sobre la que se asentó la Revolución Industrial supuso la consolidación de dos clases sociales, la burguesía industrial y el proletariado industrial; propulsó la reorganización del espacio geográfico, favoreció la emigración del campo

a las ciudades. Todo esto favoreció un proceso enorme de urbanización, y aunque inicialmente no supuso mejora de las condiciones de vida, dado que las fábricas se hallaban en lugares de pésimas condiciones de salubridad — en su mayor parte en centros de contaminación altísima, provocando, entre otros, enfermedades como el cólera—, sí que exigió y alimentó cambios y transformaciones, de la mano del movimiento sindical.

Si las transformaciones provocadas en la Primera Revolución Industrial fueron a costa de las personas, muy probablemente la Segunda Revolución Industrial (a partir de 1860 y hasta la Primera Guerra Mundial), con los ferrocarriles y la locomotora de vapor, el telégrafo, el teléfono, etc., permitió una indudable mejora en la calidad de vida. Favoreció la natalidad y la disminución de la mortalidad, y consolidó el denominado «capitalismo industrial», que se vinculó ineludiblemente a la necesidad de financiación, lo que impulsó y consolidó al sector financiero, que se convirtieron en las piezas ineludibles del mercado. El capital financiero se anudó a la ciencia, la técnica y la tecnología, emergiendo grupos financieros concentrados en pocas manos (*trust*) que comenzaron a dominar y controlar la industria allende Europa y muy especialmente en EE. UU. Ahí los monopolios movían el consumo, fijando condiciones draconianas para los usuarios y los consumidores de productos, lo que chocaba con la ideología del liberalismo que había amamantado la Primera Revolución Industrial. Las industrias siderúrgicas y del hierro encontraron en la electricidad (Thomas Edison), junto con el petróleo y sus derivados, amén del acero, los elementos nucleares para el desarrollo industrial.

2. El capitalismo, Taylor, Ford y la influencia de Keynes. El modelo estadounidense en el siglo XX y el impulso del consumo

Era un momento de esplendor económico —de producción y consumo—, fruto de los avances en el sector industrial, que avanzaba con un objetivo claro: bajar costos y aumentar ganancias, lo que exigía una nueva «organización científica del trabajo», que es lo que propulsó el ingeniero Frederick Taylor. Este implementó su método basado en el cálculo del tiempo promedio necesario para producir, obligando al trabajador (obrero) a acelerar su ritmo de trabajo para poder conseguir el producto en un menor tiempo. Lo anterior, usando determinadas técnicas, basadas en el aislamiento del trabajador del resto de sus compañeros, siendo supervisado por personal de la empresa, que le indicaba qué hacer y en cuánto tiempo. Ahora bien, el trabajador no elaboraba todo el producto, sino una parte de

él, con lo que se perdía la concepción de obrero fabricante de un producto y se pasaba a la de obrero fabricante de una parte de ese producto. Con esto se separaron los aspectos intelectual y manual del trabajo (Lipietz, 1996, pp. 116-117), y se aplicaron salarios diversos en función de su productividad, lo que fomentaba competencia entre los obreros. Taylor consideraba que de este modo el obrero se convertía en un buen «gorila amaestrado» que hacía lo que se le marcaba, produciendo más en menos tiempo y reduciendo costos y aumentando ganancias (Adam Smith) (Barona, 2021, p. 54).

Destaca también en este período el modelo construido desde el fordismo, cuyo nombre proviene de Henry Ford, quien diseñó el sistema de producción en serie, que se aplicó a la industria y fabricación de automóviles. Supuso una gran revolución, frente a la producción unidad a unidad, realizada por un número determinado de operarios. Henry Ford diseñó e incorporó la cadena de montaje, con el sustento de los desarrollos tecnológicos del momento. Supuso un proceso de estandarización y control de tiempos del trabajo y una expansión de mercados, a partir de mayores cantidades y más estandarizadas, generando esa producción en masa que requería y arrastraría el consumo en masa. La razón es obvia: si se producía más, se necesitaba consumir más. El fordismo implicaba, en consecuencia, una combinación de cadenas de montaje, junto a maquinaria especializada, altos salarios y un número importante de trabajadores en plantilla. Todo ello implicaba más gastos, empero se podían asumir siempre que se alcanzaran ventas masivas. El fordismo llevó a la imbricación de capital, dirección y trabajo, de tal modo que generó una cadena invisible que unía a los trabajadores con su lugar de trabajo (Cohen, 1997, pp. 82-83).

La diferencia entre el modelo taylorista y el fordista es que en esta producción en masa lo importante para el primero era el principio del rendimiento individual, mientras que el fordismo se interesaba por la productividad, haciendo hincapié en el aumento de la intensificación de trabajo. En ambos casos se pretendía obtener más con menos, y esto se alcanzaba con la organización del trabajo, basada en la fragmentación de la tarea, en el control de los tiempos y en los movimientos del trabajador. El fin de todo ello era mayor productividad, reduciendo costos de fabricación, ofreciendo más empleo y mayores salarios. Se fueron progresivamente transformando las conductas sociales y culturales (Alonso, 2004, p. 10), favoreciendo la implantación progresiva de los sistemas de producción mercantil (con plataformas de producción masiva) y el asentamiento del capitalismo.

Entre esa transformación de las conductas también se produjo, en esta Segunda Revolución Industrial, cambios en los patrones de consumo. Si bien con la Primera Revolución Industrial un reducido sector de la población

podía adquirir bienes y servicios restringidos, pero que comenzaban a estar en el mercado, la Segunda Revolución Industrial abrió el mercado, favoreció el aperturismo de la adquisición de bienes y servicios también para las clases proletarias y generó una expansión y aceleración del efecto «consumo», a partir de finales del siglo XIX y más concretamente en los primeros años del siglo XX.

Ese elemento «consumo» se fue convirtiendo en eje articulador de las relaciones sociales, permeando las conductas de la ciudadanía en la sociedad, favoreciendo una cultura actuacional hacia la adquisición de los bienes y productos existentes en el mercado, en gran medida favorecida por el proceso de producción en masa que se propulsó con la Segunda Revolución Industrial. Ciertamente un exponente de cuanto afirmamos se halla en las políticas aplicadas en EE. UU. en la industria automovilística de Henry Ford. Pagaba buenos salarios que permitían a los trabajadores comprar los mismos autos que ellos producían, lo que mantenía una interacción de la economía y supuso un modelo a seguir (la industria automovilística) para la transformación económica desde la estandarización. Ciertamente que la crisis económica de 1929 produjo una catarsis en la producción industrial —siendo paradigmática la reducción al 50% de su producción— y en la caída de las ventas de los automóviles en un 65%, generándose una subida de desempleo como antes nunca se había visto. La solución estuvo en el *New Deal*, que adoptó una serie de medidas para reactivar la demanda a través del impulso estatal, lo que fue dando paso al denominado «estado del bienestar». Esto es, la adopción de una serie de políticas sociales que permitieran una fuerte infraestructura de consumos colectivos, de manera tal que permitiera garantizar la estabilidad económica (Carosio, 2008, p. 2), a través de la intervención del Estado en la economía, desde la concepción de John Maynard Keynes. Los buenos resultados de las políticas keynesianas generaron una expansión económica y un enorme desarrollo del crecimiento industrial, exportando su modelo capitalista económico y de cultura de consumo a numerosos países occidentales.

Los imparables desarrollos para alcanzar una mayor fluidez en el tráfico comercial, económico y de consumo permitieron incorporar, por ejemplo, técnicas de marketing como núcleo esencial de impulso de estrategia empresarial. Los medios, los métodos, los mensajes, la compartimentalización sectorial de los consumidores, entre otros, trabajaban para llegar a la ciudadanía, penetrar en sus pensamientos, generarles percepciones, necesidades, impulsarles a comprar y transmitir sensaciones de bienestar como consecuencia de tener más cosas. Los consumidores son los destinatarios de las políticas de mercadeo, y si bien

para las empresas son clientela, suponen sus potenciales adquirentes. De esta manera, en un primer momento, tratarán de averiguar —como estrategia empresarial— las preferencias, para, en segundo lugar, trabajar para facilitar bienes y servicios que pueden ser útiles para los clientes, amén de bienes y servicios que, aun no siendo útiles, pueden ser atractivos para estos. Para el cumplimiento de estas estrategias se emplea la poderosa arma de la persuasión publicitaria, que permita captar atención y, a la vez, programar las conductas de los consumidores hacia el consumo.

Probablemente, fue a mediados del siglo XX cuando el consumo presentó una erupción volcánica en el mundo económico, un consumo que viene intrínsecamente anudado a las estrategias de marketing y a la publicidad. Conceptos como confort, bienestar, satisfacción, moda, etc., empezaron a penetrar en la estratificación social. Fue en ese período en el que se diseñó, con el Estado como garantizador de la tutela de los consumidores y como dinamizador de la economía del Estado, una suerte de modelo de consumo generalizado, estandarizado, sin efectuar discriminaciones o sectores específicos. La publicidad persuasiva podía jugar para atraer a unos sectores (generales) más que a otros (mujeres-hombres, jóvenes-mayores, etc.), si bien el núcleo sobre el que pivotaba la publicidad no era otro que conseguir motivar, incentivar, hacer apetecible a los receptores de la publicidad los productos o servicios que se mostraban, generando una suerte de deseo de adquisición. Se trataba de una clara búsqueda de consumo por parte de la clientela, todo y que lo pretendido era convencer al destinatario de que el consumo se producía por una decisión puramente personal y naturalmente voluntaria.

Es por todo ello que existe una opinión generalizada de que la visión de consumo como fenómeno expansivo social, que propulsó poco a poco la sociedad consumista, se encuentra en Estados Unidos, durante la época de la industrialización, especialmente sobre 1920. Por ese entonces se produjo una sobreproducción de todo tipo de objetos y productos, que se desarrollaron gracias a las innovaciones propias del impulso y desarrollo industrial. Fue el momento en que se generó un patrón de vida y de cultura del consumo perfecto, *American life*, que ofrecía automóvil, confort y productos desechables (Carosio, 2008, p. 3). Son los componentes, nucleados en torno a una vida perfecta de confort a la que aspiran los ciudadanos como la mejor calidad de vida. De ahí que los hogares fueran poco a poco dotándose de aparatos que permitían alcanzar esa mejor vida que anhelaban todos.

3. Del consumo al consumismo: la aparición de la sociedad consumista

Si bien la consecuencia de la reactivación e impulso de la economía trajo consigo el efecto consumo, cierto es que la evolución ha sido imparable. La conformación del estado de bienestar permitió garantizar los derechos sociales de todos los ciudadanos, amén de consolidar una mayor redistribución de los recursos, generando indudablemente una mejora del bien general de la población. Este modelo implicaba una intervención del Estado en la economía y en la sociedad, facilitando servicios como la educación, la sanidad, la jubilación, el desempleo, la orfandad, la invalidez, etc., amén de propiciar una estrategia económica que llevó a generar mayor producción, mayor redistribución, mayor comercialización y también mayor consumo.

El mundo comenzó a llenarse de oportunidades —cada una más seductora que la anterior—, aunque como apunta Bauman (2003),

para que las posibilidades sigan siendo infinitas, no hay que permitir que ninguna de ellas se petrifique cobrando realidad eternamente. Es mejor que sigan siendo líquidas y fluidas, «con fecha de vencimiento», para evitar que despojen de accesibilidad a las otras oportunidades. (p. 68)

Así, el consumo requiere de la denominada «obsolescencia programada», determinando a estos efectos la caducidad de los productos y generando con ello la necesidad de comprar nuevos.

Esa percepción de felicidad fantástica que puede alcanzarse por la adquisición continua de productos, de bienes y de servicios, líquidamente ofrece una garantía de sensación placentera, de estatus. El mundo se llena más y más de esos bienes, de esos artefactos, de esos productos, de esos objetos y de esos servicios, generando una necesidad insaciable en los receptores de la información y la publicidad. Es, en palabras de Bauman (2003), como si nos halláramos ante una enorme mesa de «buffet repleta de platos apetitosos, cuya cantidad excede la capacidad de degustación del más eximio glotón. Los invitados son consumidores» (p. 69). Y es así como estos van poco a poco adquiriendo la percepción de que ninguno de estos platos (productos, objetos, servicios, etc.) satisface plenamente tras su consumo. Pero hay que estar en ese camino que lleva a una insaciable e imparable capacidad de compra. La lista de la compra nunca se acaba. Y ello es por ese deseo insaciable de sentirse feliz al consumir (o creer que así se siente).

Con el retrato de esa obsesión por las compras, por consumir, fruto de una presentación de que tener mucho es signo de felicidad, se refleja una sociedad en la que cada vez más existe una adicción a las compras, provocando la aparición de la denominada «oniomanía», que reside no tanto en los productos que se adquieren, sino en el acto en sí de comprar, en el convencimiento de que el placer está en la compra. Se convierte en una patología de quienes no son capaces de controlar esa tendencia a la compra consumista. Y de este modo, se pasa del deseo de consumir al impulso irrefrenable de hacerlo.

Así, hemos asistido a una evolución de lo que supuso la aparición del consumo como elementos de bienestar y confort de las personas a un volcánico consumismo que no tiene por objeto satisfacer necesidades, fueren estas de primer grado o no. Más bien, patologiza comportamientos de los consumidores, que se dirigen como obsesión a comprar, a la búsqueda sensaciones placenteras (táctiles, visuales, olfatorias) o tras el deleite del paladar augurado por los coloridos y centelleantes objetos que se exhiben en escaparates, en la publicidad. Incluso en ciertos casos van tras sensaciones más profundas y consoladoras, prometidas por un asesor experto (Bauman, 2003, p. 87). Con ello surge lo que Bauman denomina la «compra como rito de exorcismo». Y el consumo se convierte indudablemente en una nueva religión. La sociedad consumista es, por ello, el fiel reflejo de la irrupción de la «economía del deseo de bienestar, teniendo en cuenta que no se consideraba suficiente estar, sino que se requería bien-estar» (Daros, 2014, p. 8).

De este modo se presenta una clara diferencia entre consumo —rasgo propio del ser humano, que comporta la adquisición de productos o servicios que necesita, con mayor o menor grado de intensidad— y consumismo, que es un atributo de la sociedad que mantiene el rumbo de adquisiciones de bienes y servicios de las personas que la integran, previas estrategias de conducción y manipulación de voluntades hacia la elección y adquisición de determinados productos, bienes o servicios.

Es esta segunda la que se ha venido denominando como la verdadera revolución consumista, que mueve el planeta desde el factor «económico», propulsando la sociedad consumista, por cuanto el consumismo se ha convertido en un modo de vida. Esta sociedad consumista supone, más allá del consumo como elemento de seguridad a todos los niveles, un estado constante de insatisfacción que propulsa un aumento permanente del volumen de deseos e intereses, y la necesidad de adquirirlos, para ser reemplazados en breve tiempo por otros, como consecuencia de que no han servido para paliar el estado permanente de insatisfacción. Es una

cadena constante que motiva, impulsa y propulsa la adquisición de nuevos productos y la perenne sensación de una obsolescencia constante de cuanto adquirimos. Esta situación se sustenta en la sensación de insaciabilidad de unas aparentes necesidades, que, como apunta Bauman, encuentra una respuesta en más y más consumismo. Por ello, resulta interesante esa posición baumaniana de «revolución consumista», como la que se ha producido como un péndulo que arrancó en el consumo hasta llegar al consumismo, convirtiéndose el consumo en una posición central en la vida social.⁴ Es así como «el *homo consumus* ha derrocado al *homo faber*» (Trentman, 2017, p. X). A partir de todo ello se ha transformado la sociedad, ha mutado, generándose la cultura del consumo, la conducta del consumo, la ética del consumo, la formación desde y para el consumo, las relaciones con consumo, etc. De este modo, el estilo de vida consumista ha llegado para quedarse.

Es en esa etapa de sociedad consumista en la que las patologías han generado un irrefrenable impulso por consumir, de modo tal que la única posología que se encuentra para paliar la adicción al consumo es la de percibir satisfacción de más consumo (Daros, 2014, p. 14).

II. LA NECESARIA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CONSUMIDORES

La evolución expuesta llevó a la progresiva necesidad de incorporar la tutela de los consumidores. Fue la etapa en la que el consumidor se reconoció como verdadero sujeto de derechos. En pocos sectores como este se vino observando un crecimiento tan exponencial, que se produjo el trasvase de su desconocimiento a la creciente consolidación doctrinal de la necesidad de un sector del ordenamiento jurídico diferenciado, que sería el derecho del consumo. Una disciplina que se muestra, por su propia naturaleza, interdisciplinar y dinámica como ninguna (Barona, 2002, p. 21).

Pueden encontrarse a lo largo de la historia de la humanidad atisbos de la protección al consumidor, como la existencia de una serie de reglas tendentes a proteger de los fraudes de los vendedores a quienes con ellos se relacionaban como compradores, ya en el mismo derecho romano. No obstante, la consagración de un sistema de protección de los derechos de los consumidores es producto de la modernidad, resultado del estado del

4 De hecho, Bauman (2007) emplea el cogito cartesiano para definir la situación desde el «compro, luego existo».

bienestar social. En este, la tecnología, la producción, la fabricación en masa, los medios de comunicación, la publicidad, etc., han condicionado social, psicológica, económica y jurídicamente los comportamientos de los hombres y mujeres de este siglo XX, motivados por una ráfaga de consumismo que invade la esfera privada de quienes son, en estas relaciones jurídico-económicas, las partes más débiles.

Inicialmente fueron algunas tímidas denuncias de conductas abusivas las que propulsaron una necesidad de considerar una específica protección de los consumidores. No obstante, el gran impulso hacia la necesaria tutela jurídica de estos se produjo como consecuencia de los movimientos asociativos, que propulsaron las iniciativas estatales dirigidas a la protección de los consumidores en cuanto a su seguridad, información, libre elección y representatividad. Y con ello, la búsqueda de los medios jurídicos más adecuados para sancionar las trasgresiones en el marco del consumo, sin olvidar las regulaciones específicas que, en cada uno de los sectores afectantes al consumo, se fueron conformando (seguros, condiciones generales de la contratación, responsabilidad por productos, comercio electrónico, etc.).

Especialmente significativa fue la creación en 1891 de la Liga de Consumidores de Nueva York, en la que se ha situado el origen de la aparición de las asociaciones de consumidores. Los acontecimientos políticos que dieron lugar a las guerras mundiales y los años posteriores provocaron una evolución tardía en esta materia en Europa. Si bien hubo una tímida aparición en la década de los años cuarenta, de ciertos atisbos organizativos en materia de consumidores (en 1947 se configuró, por ejemplo, el Consejo de Consumidores danés), fue realmente en la década de los años sesenta cuando se hizo necesaria la impronta de la tutela del consumidor. Esta estaba dirigida inicialmente hacia una política organizativa, sin olvidar las tareas estatales de conformación de órganos que permitían solventar de forma específica los conflictos planteados con los consumidores.⁵

Ahora bien, a partir de los años sesenta del siglo XX se comenzó a percibir la necesidad, en la mayor parte de los países, de incorporar en los ordenamientos jurídicos la defensa de los consumidores. En los EE. UU. fue especialmente significativo el mensaje al Congreso del presidente Kennedy, el 15 de marzo de 1962, el mismo año en que en Inglaterra se publicó el

5 En la década de los años setenta se crearon las asociaciones de consumidores en la República Federal de Alemania, Francia y Reino Unido, los institutos nacionales de consumo, como el español o el francés, el *Ombudsman* sueco de los consumidores, creado en 1971, sin olvidar las actividades legislativas de protección del consumidor, realizadas a partir de los inicios de los sesenta en los países europeos.

Molony Report. En 1968, se aprobó en Japón la ley con un planteamiento programático de protección de los consumidores y, unos años más tarde, en 1975, se aprobaba la ley mexicana de protección de estos (Bercovitz, 2003, p. 112).

En Europa las primeras normas fueron nacionales y venían a referirse a los consumidores, pero de forma genérica y en cuanto se tratase de establecer pautas de las empresas en el mercado, como *Consumer Protection Act* británica de 1961, la *Fair Trading Act* de 1963, la ley belga sobre prácticas comerciales de 1971, la ley de Francia sobre ordenación del comercio y la artesanía de 1973, entre otras (Bercovitz, 2003, p. 113). Sin embargo, el gran impulso europeo de protección de los consumidores se produjo desde las instancias comunitarias que decididamente provocaron el movimiento operativo de protección del consumidor, no tan solo desde la órbita organizativa o de pautas legislativas de control de determinados sectores, sino incidiendo en la búsqueda de las mejores soluciones jurídicas a los conflictos ya gestados en las relaciones de consumo.

Si bien en el Tratado de Roma (constitutivo de la Comunidad Económica Europea) de 1957 no se hacía referencia directa a los derechos del consumidor —ni siquiera a su condición de beneficiario del ordenamiento que se instauraba—, se encomendaba a la Comisión Europea la tarea de garantizar la «constante mejora de las condiciones de vida y de empleo», así como promover «el desarrollo armonioso de las actividades económicas». Desde aquí, si bien con carácter genérico, se emprendía uno de los hitos esenciales que han marcado los sistemas jurídicos en el siglo XX: la defensa de la parte más débil en el estado del bienestar social, que es el consumidor. Quince años después del Tratado de Roma, en 1973, el Consejo de Europa aprobó la Carta Europea de Protección de los Consumidores. En 1976 se presentó la Resolución del Comité de Ministros, de 16 de noviembre de 1976, sobre cláusulas abusivas en los contratos concluidos por consumidores y métodos de control apropiados. Posteriormente se aprobó el Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad derivada de los productos en casos de lesiones corporales o de muerte (1977). También en sede internacional, algunos mostraron una preocupación por proteger a los consumidores. La OCDE publicó en el año 1972 un estudio sobre la política de protección a los consumidores en los Estados miembros.

Durante esos años, la ausencia de un reconocimiento explícito no comportaba desprotección de los consumidores. Al contrario, la tutela de estos quedaba subsumida en el desarrollo jurídico de otras actuaciones comunitarias, aunque lo fuere indirectamente, como sucedía, por ejemplo,

con la política agraria que, al exigir parámetros de proporción e igualdad, tiene un sujeto receptor claro: el consumidor.

Los instrumentos de protección del consumidor se fueron sucediendo y podemos afirmar sin lugar a dudas que no han parado. Emerge la necesidad de proteger a los consumidores en cuanto se reconoce que en su mayoría los mismos, cuando realizan —cada vez de forma más masiva— las operaciones de adquisición de bienes y servicios no están en condiciones adecuadas para conseguir la calidad y los precios que deberían alcanzarse. Es por ello que se afirma que

el prototipo del consumidor necesitado de protección es la persona que individualmente no está en condiciones de hacer valer sus justas exigencias sobre los productos o servicios que adquiere y que carece de los medios necesarios para enfrentarse con las empresas con las que contrata. (Bercovitz, 2003, p. 113)

Pese a todo, la política de protección del consumidor no puede quedar en la configuración legislativa o de pautas legislativas en su regulación, sino que debe incidir en las respuestas que se ofrecen ante las infracciones que se cometan ya por particulares, ya por personas jurídicas o ya por el Estado frente a la parte débil que requiere la oportuna protección, que es el consumidor. Esa protección efectiva se ha venido alcanzando, con mayor o menor intensidad, por la labor realizada desde los tribunales y, en especial en Europa, por la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.⁶ De igual forma, por la necesidad de diseñar un sistema de solución de los conflictos en sede nacional, que ofrezca, por un lado, información y consulta, y por otro, la configuración de cauces efectivos que permitan, *post infractionem*, saldar las mismas, a saber, permitir un abanico de vías o cauces de acceso a la justicia, por mor de intervenciones judiciales, amén de extrajurisdiccionales.

De hecho, la evolución que se ha experimentado en los mercados, en la incorporación de la técnica, de la digitalización, de la organización empresarial, de los lobbies y multinacionales empresariales, la influencia de las redes sociales y en general de los medios de comunicación con

6 A finales de los setenta, el Tribunal de Justicia comenzó a dictar sentencias en las que se mostraba receptor hacia la protección de los consumidores respecto la libre circulación de mercancías que se regulaba en el art. 30 del Tratado, en relación con el art. 36, refiriéndose a la exigencia de lealtad de las operaciones comerciales y la defensa de los consumidores. Fue especialmente significativa la STJCE de 20 de febrero de 1979 (Cassis de Dijon). Hubo que esperar, sin embargo, al Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, para incorporar expresamente la protección de los consumidores.

los consumidores, ha puesto de manifiesto que esta protección no puede quedar reducida a la regulación que se haga de una suerte de Carta o norma protectora de los consumidores, sino de la necesidad de adaptar el modelo de consumidor, cambiante, a la realidad líquida consumista que le acompaña.

En España, el movimiento inicial de protección del consumidor vino de la mano de la legislación antitrust, la Ley de represión de prácticas restrictivas de la competencia (1963), y la aprobación del Estatuto de la Publicidad de 1964. No era una regulación específica, pero contenía normas que afectaban a los consumidores. El punto de inflexión se produjo con la aprobación de la Constitución española de 1978, al incorporar el artículo 51 CE, a partir del cual se ha ido consagrando con carácter general y sectorial un entorno jurídico apropiado para dar debido cumplimiento a las exigencias constitucionales de defensa de los consumidores y usuarios. Por otro lado, se aprobó la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984 (LGDCU), cuyos objetivos han sido configurados desde la misma Exposición de Motivos en tres grandes apartados: el establecimiento de los procedimientos eficaces para alcanzar la defensa de los consumidores y usuarios, la consagración del marco legislativo adecuado para favorecer un desarrollo óptimo del movimiento asociativo en materia de consumidores y usuarios, y la delimitación de los principios, criterios, obligaciones y derechos que configuran la defensa de los consumidores y usuarios, elementos necesarios para la conformación por los poderes públicos de actuaciones y desarrollos normativos futuros.⁷

A partir de aquí, muchas fueron las leyes que regulaban un sector específico del derecho material, con incidencia clara en los derechos de los consumidores y usuarios, y que venían acogiendo tutelas procesales privilegiadas. De hecho, en ciertos casos se producían superposiciones de regulaciones legales, estatales y autonómicas. Desde el punto de vista procesal, la aprobación de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, completada por normas posteriores (entre ellas, la Ley 39/2002 de 28 de octubre), reflejaba el interés no solo por contemplar declaraciones programáticas en torno a los derechos de los consumidores, sino que se caminaba inexorablemente

⁷ En este sentido se pronuncia Fernández (1999, p. 49), al que sigue De León (2000, pp. 77-78), autora que considera que estos objetivos han sido cumplidos a medias, «ya que los procedimientos realmente eficaces para la defensa de los intereses de los consumidores sencillos, rápidos y económicos brillan por su ausencia, objetivo, por otra parte, reconocido como derecho en el artículo 51 CE». Cuestión diversa, y así lo ha puesto de relieve De León, es el desarrollo del movimiento asociativo, «sobre todo en relación con lo que existía y en general, con base en la simple relación asociativa».

a favorecer la exigencia de esos derechos y la importancia de configurar cauces adecuados, tiempos adecuados y condiciones adaptadas a esta nueva realidad que impera con carácter general en todos los ordenamientos jurídicos. Los consumidores se convertían en nuevos protagonistas del panorama social, político, económico, ideológico y también jurídico.

III. IMPARABLE AVANCE DEL CONSUMISMO Y NUEVOS RETOS. DE LA TERCERA A LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL, DE LA SOCIEDAD DE CONSUMO A LA SOCIEDAD DE CONSUMO DE MASAS

La Tercera y Cuarta Revolución Industrial han comportado una transformación del escenario, que propulsó la situación económica en los siglos XX y XXI. La Tercera Revolución Industrial vino de la mano del cambio científico-tecnológico que se denominó «industria 3.0». Irrumpió con la digitalización y automatización industrial, se alimentó de la computación y de las tecnologías digitales, que alteraron las bases de la sociedad del siglo XX. Lo anterior, especialmente en materia de comunicación, lo que favoreció una manera diversa de operar tanto en la organización como en la gestión. Poco a poco, fueron emergiendo igualmente nuevas fuentes de energía, incorporaron numerosos avances en medicina, biología, meteorología, farmacología y también en el mundo jurídico, muy especialmente en el área de la investigación criminal, que se fue sirviendo de todos estos avances (Barona, 2021, pp. 55-58). A esta Tercera Revolución Industrial, que comenzó a mostrar indicios de cambio en la década del sesenta, se la denominó la revolución del ordenador o digital, con eje central en el Internet. Se dice que el Internet se creó por el Pentágono americano para asegurar la red de comunicaciones referidas especialmente a lo que podía afectar al armamento nuclear (Murray, 2007, pp. 60-70). Las agencias aeroespaciales que acompañaron este período fueron muy significativas y tuvieron un soporte espectacular en las redes computacionales.

Este es un paisaje que refleja la instalación de las políticas neoliberales de los años ochenta en adelante, a partir de las cuales todo se volvió «datos contables». Se asistió a una generalización de la calculabilidad y a una sistematización de la política de indicadores, con una trascendencia en todos los ámbitos de la vida humana y social. «Barómetros, índices y listas llevan a cabo cifrar las actividades que, hasta entonces, no eran medidas o cuya cuantificación no era objeto de una atención constante e inquieta» (Cardon, 2018, p. 15). De este modo, irrumpen en la vida los algoritmos,

que organizan y estructuran la información, ayudan a tomar decisiones o automatizan procesos que teníamos la costumbre de controlar nosotros mismos.

Los desarrollos en la tecnología y los avances científicos, especialmente en los años finales del siglo XX y durante el siglo XXI, fueron dando paso a una nueva etapa de industrialización, en la que se combinan digitalización, conectividad, automatización, robotización e inteligencia artificial. Esta etapa es la que se ha denominado como la de la «industria 4.0» (Barona, 2021, p. 58). El origen del término industria 4.0 se encuentra en un proyecto de estrategias de alta tecnología, realizado por el Gobierno alemán, cuyo objetivo era la creación de la fábrica inteligente o también conocida como «ciberfábrica», caracterizada por la gran interconexión entre máquinas automatizadas, la concurrencia de redes de comunicaciones, la integración de tecnologías avanzadas de procesamientos de datos, la robótica avanzada, la capacidad de autodiagnóstico de situaciones, el mejor intercambio de información y una mayor eficiencia en la gestión de recursos naturales y humanos.⁸ Aun cuando inicialmente se consideró que no era una nueva revolución, sino una Tercera evolucionada, como apunta Schwab (2018), ha ido más allá de la Tercera Revolución Industrial por varias razones: por la velocidad con la que camina, presentando un mundo interconectado, pero con una tecnología nueva y mucho más poderosa; por la amplitud y profundidad con la que ha irrumpido, que incide, allende los negocios y la economía, en la sociedad y en las personas; y, en tercer lugar, produce un impacto transfronterizo sin delimitación territorial (p. 15).

En esta nueva etapa se ha producido la integración de los sistemas técnicos, cibernéticos, y la irrupción, entre otros, de los sistemas computacionales en la producción y en la logística. Esto, incorporando innovaciones científicas y tecnológicas que inciden no solo en la digitalización de las cadenas industriales de producción, sino también en la aparición del Internet de las cosas (Barrio, 2018, pp. 42 y 44) —conexión de objetos cotidianos a Internet (Haller, Karnouskos & Schroth, 2009, p. 15)—, el *big data* y muchos otros más. Lo anterior, planteando consecuencias y también problemas jurídicos y éticos, sin olvidar las transformaciones laborales indiscutibles y la afectación de derechos, y muy especialmente la libertad, la privacidad, en sus diversas manifestaciones.

8 El término fue empleado por vez primera por Henning Kagermann, presidente de la Academia Alemana de Ciencias e Ingeniería (Acatech), y se conoció en la Feria de Hannover de 2011 (Finsterbusch, 2014).

En suma, a medida en que la sociedad analógica fue dando paso, poco a poco, al mundo digital, con la aparición de Internet y la transformación digital se favoreció el impulso de mejora de los procesos operativos empresariales, amén de generar nuevos modelos de negocio. Es en este ámbito en el que se nuclea la Cuarta Revolución Industrial, que atiende a una idea que se ha ido consolidando: la intervención de las máquinas por sí mismas. Y ello en gran medida por la integración de técnica y tecnología desplegada a través de tres modalidades diversas: la herramienta, la máquina y el sistema integral (Heesen, 2014, p. 254). Emerge una suerte de riesgos que la sociedad innovativa está alimentando, y frente a los que igualmente se muestra una necesidad de conjugarlos con medidas que permitan garantías. O, lo que es lo mismo, la tensión entre innovación y seguridad está presente y se deja sentir especialmente en los riesgos tecnológicos.

Este paisaje descrito, que se ha visto favorecido por la globalización, ha insuflado transformaciones supranacionales e internacionales, propiciando una mutación en las sociedades, las costumbres y la vida misma. Hemos asistido a un cambio de *modus operandi* de la gestión industrial, que ha permeado en la sociedad, las costumbres y la vida misma; un *modus operandi* que se ha venido nucleando sobre los desarrollos de la tecnología. Esta tecnología, que ha venido jugando un papel esencial en la proyección, desarrollo y ejecución empresarial, ha ido trasladándose irrefutablemente a todos los ámbitos de la vida, fueren comunicacionales, de consumo, culturales, de información, políticos, etc., convirtiéndose en un verdadero actor social. Es decir, el modo de operar económico se ha trasladado a la sociedad y a la ciudadanía sin apenas darnos cuenta y sin demasiada resistencia.

Así, esa irrefrenable transformación dinámica de la producción capitalista, allende fronteras, ha gestado la denominada «sociedad de consumo de masas», que no es la sociedad que se desarrolló en el período postconstitucional de Europa tras las guerras mundiales, sino que se presenta como una nueva manera de consumir en masa.⁹ Aparecen las grandes superficies —supermercados, *malls*, franquicias—, donde lo que prima es la industria de lo *fashion*, que favorece un consumo a velocidad inusitada,¹⁰ arrastrado por

9 El sentido de «masa», vinculado a hacer lo que todos hacen, sin pretender una diferenciación que lo haga identitario, se encuentra en la obra de Ortega y Gasset (1966), que considera: «Masa es todo aquel que no se valora a sí mismo por razones especiales, sino que se siente como todo el mundo, y, sin embargo, no se angustia, se siente a sabor al sentirse idéntico a los demás» (p. 70).

10 La sociedad de consumo justifica su existencia con la «promesa de satisfacer los deseos humanos como ninguna otra sociedad logró hacerlo o pudo siquiera soñar con hacerlo»

las masas. Y a ese consumo en masa presencial se ha unido, fruto del 4.0, el consumo en masa *online*, que ofrece servicios y productos sin fronteras horarias, en condiciones favorables al consumidor, que son controlados por las grandes compañías multinacionales y los grandes centros. A su vez, esta modalidad remota de consumo ha supuesto el reclutamiento de masas laborales que trabajan en los centros logísticos. A estos datos podríamos anudar, a título de ejemplo, el crecimiento de la comunicación electrónica, que impulsa y mueve también el consumo electrónico, y la aparición de lo que Habermas (1973) denominaba la «cultura de masas».¹¹ Un concepto al que también se refirió Walter Benjamin (1987) al señalar la dicotomía «cultura de masas versus cultura de élite» (pp. 24-25), y también Castells (1998), quien afirmó:

La noción de cultura de masas, que surgió de la sociedad de masas, fue la expresión directa del sistema de medios de comunicación que resultó del control ejercido por los gobiernos y los oligopolios empresariales sobre la nueva tecnología electrónica de la comunicación. (p. 363)

Probablemente en la era digital lo que se quiere es ser parte de la masa, no identificarse individualmente, seguir lo marcado por esa masa que define, concreta y determina lo que hay que hacer y lo que hay que pensar. Ello no es óbice a la existencia de una élite que irremediamente es cada vez más exigua.

Con este panorama se gesta una producción masiva, fruto de la ultradigitalización y la incorporación de los medios tecnológicos de última generación, favoreciendo una sociedad dinámica, «de alta velocidad», en la que nada es duradero, todo es efímero, o más bien «líquido», en términos baumanianos, y en la que hemos elevado al grado sumo de ultraproteccionismo al consumidor.

A todo ello debe añadirse la necesidad de asumir que el desarrollo tecnológico va a requerir un nuevo contrato social, de modo que el viejo modelo que emergió tras la Segunda Guerra Mundial ha quedado obsoleto; precisamente el impacto de la revolución tecnológica está mutando la

y, sin embargo, esa promesa de satisfacción, como apunta Bauman (2006), «solo puede resultar seductora en la medida en que el deseo se mantenga insatisfecho, de manera que la sociedad de consumo consiga hacer permanente esa insatisfacción» (p. 109).

11 Habermas (1973) presentaba una sociedad en la que el individuo se identificaba con la propaganda y la manipulación informativa, la sociedad de masas. Una sociedad en la que se ha producido una mudanza en todos los ámbitos, inclusive en el de la filosofía del lenguaje, incorporando el concepto de comunidad de comunicación, con enorme influencia de la semiótica o teoría de los signos, por Charles Peirce y por Karl-Otto Apel, filósofo neokantiano que introdujo el pragmatismo estadounidense en Alemania.

sociedad y sus protagonistas en todos los ámbitos de la vida. Se considera que se produce en esta nueva era una presión sobre la clase media, incluso su desaparición, de manera que en su informe «Bajo presión: la clase media exprimida», la OCDE pone de relieve que la consecuencia, amén del impacto sobre el empleo, genera el auge de los populismos y una clara desestabilización de las democracias.¹² De este modo, el contrato social Estado-ciudadanos viene paulatinamente a truncarse, porque el eje nuclear del sistema de control y protección del Estado no son los ciudadanos, sino los consumidores (Barona, 2016, pp. 82-83). La razón de esto es que al pensamiento económico —que planea e inspira la vida individual, la social y la pública— le interesa sobre todo que la economía fluya, que el consumo esté activo, que el desarrollo financiero prospere, que los avances y progresos abriguen un flujo económico imparable. Para todo ello se necesita la interacción de los consumidores, que son los activadores de la economía. Los modelos jurídicos han ido adoptando una sucesiva protección jurídica del consumo y de los consumidores, y lo han hecho tanto en sede nacional¹³ como supranacional e internacional (Catalán, 2019).

Vivimos un contexto de monetización vital y social, de progresión del pensamiento económico neoliberal, que se presenta con una evidente vocación económica y, en su origen, centrada en la previsión, producción, comercialización y distribución de bienes y productos. Lo anterior no ha sido óbice para expandirse imparablemente al sector servicios, permitiendo un modelo que trabaja en «tiempo real», con instantaneidad, más eficiente, a menor coste y en menor tiempo. Es el diseño de un modelo logístico que revoluciona la industria, pero también los cimientos de la sociedad, en cuanto supone una clara economización de energía y materias primas. Su

12 Además del informe expuesto de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), puede leerse Ortega (2019), quien incorpora datos alarmantes. Se prevé, por ejemplo, según el Foro Económico Mundial (WEF), una destrucción de 75 millones de empleos para 2022, entre los que se encuentran contables, secretarios, trabajadores del proceso de producción e industria, etc., creándose paralelamente unos 133 millones de nuevos puestos de trabajo, vinculados a los científicos y analistas de datos, especialistas en inteligencia artificial, gestores etc.

13 Esta protección del consumidor no es en absoluto negativa. Refleja la capacidad del sistema jurídico de reaccionar frente a la situación de la desprotección del consumidor en la que se encontraba en los inicios de la Tercera Revolución Industrial. Especialmente significativo fue el movimiento estadounidense provocado por las víctimas de la Revolución Industrial, víctimas de la manipulación alimenticia a través de toxinas o cancerígenos, por contaminación o por malnutrición. Las políticas keynesianas favorecieron un mayor intervencionismo estatal, que supuso una protección del consumidor e incluso la tutela penal frente a este tipo de conductas. Ya en el período de Kennedy y de Johnson se adoptaron sucesivas políticas sociales, de la mano del surgimiento del estado del bienestar social. Al respecto, vid. Barona (2018, pp. 55-56) y Simon (2007, pp. 87-89).

éxito se asienta en un sistema organizado desde redes de comunicación y de intercambio de comunicación e información (Castells, 1998, pp. 368-369). Es la pantalla de la era digital, en cuanto lo que nació con vocación industrial forma parte de nuestra vida diaria (Barona, 2016, p. 17). Todo ello muestra una máxima digitalización y un control de nuestros movimientos como consumidores, favoreciendo un mercado cada vez más invasivo. Los algoritmos interactúan en el mundo del consumo de masa, de manera tal que han pasado a ser nuestros primeros prescriptores a la hora de elegir un bien de consumo.¹⁴ Y además están sirviendo para conformar plataformas de solución de conflictos de consumo, a través de estructuras de inteligencia artificial.

Ahora bien, este escenario no se hace permeable para todos, sino que genera una indiscutible brecha entre sectores económicos, beneficiando a unos más que a otros, precisamente porque el avance de la tecnología y la digitalización no está siendo equilibrado. Se han ido presentando divergencias enormes entre el norte y el sur del planeta, entre unos países y otros, e incluso en algunos países las diferencias se muestran según se trate de una zona geográfica u otra.

IV. TECNOLOGÍA, CONSUMO Y SUSTENTABILIDAD, ¿UN BUEN MARIDAJE? NECESARIA REFERENCIA A LA AGENDA 2030 PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

Atrás quedó el viejo significado de consumidor y de las vías para su tutela, y se abre un nuevo océano de cuestiones, generales y específicas, de derechos y de obligaciones, de protagonistas y de valores, que van a incidir en una perspectiva bien diversa, en la que comienza a gestarse una necesidad de control también del consumo, de la imparable actividad de comprar de los consumidores y de la sociedad en masa consumista. Precisamente, en este escenario uno de los que ha perdido protagonismo ha sido el Estado, que ha venido siendo absorbido por el mercado, por las grandes empresas y multinacionales, que marcan la agenda política y diseñan la construcción de una sociedad y una vida económica. No se trata de un cambio, sino de una mutación sistémica de la realidad global y de la humanidad (Barona, 2021, p. 67).

¹⁴ Como señala Castilla (2022), existen incluso algunas tecnologías que «de forma automática generan una orden de compra de determinados productos cuando detectan que se agotan en nuestra nevera inteligente de última generación o el plazo de utilización del mismo de acuerdo a la fecha de nuestra última compra».

El retrato que hemos expuesto en páginas anteriores muestra la enorme y profusa evolución de la sociedad en el siglo XX y mucho más veloz en el siglo XXI. Una sociedad con un alto poder de lo económico y en la que la irrupción de la tecnología, primero, la digitalización, después, y posteriormente la incorporación de los sistemas algorítmicos y la inteligencia artificial están mutando la sociedad, el mercado, la agenda política y las conductas. El maridaje entre la tecnología y la sociedad ha favorecido exponencialmente el consumo, como señalamos *supra*, pero ha ido cuestionando su viabilidad al ritmo al que avanza.

La mirada ecosocial y las perspectivas de resistencia del planeta comienzan a sugerir una necesidad insoslayable de paralizar el consumo masivo, de restringir y limitar la patológica oniomanía, con el objetivo de preservar a nuestras generaciones venideras de los productos y servicios más elementales para la subsistencia.

El enorme riesgo que ya está presente es la facilidad que un sector del planeta tiene para satisfacer sus necesidades, permitiendo un consumo desmedido que está empezando a presentar un déficit de recursos, lo que provoca unos efectos nefastos en la sociedad y en el medioambiente. Se ha llegado a una situación que comienza a ser preocupante. Hemos asistido durante décadas a un modelo de economía lineal, en el que se ha usado (y abusado de) la extracción de materias primas para desplegar manufactura y producción, distribución y compra. El resultado lo estamos empezando a presenciar. De la extracción de los recursos naturales se obtienen materias primas y energía de la naturaleza para producir bienes y servicios. Muchos de estos recursos no son renovables o cuando lo son su regeneración es muy lenta, lo que implica que estamos agotando ciclos sin dar opción a la regeneración de recursos, o bien estamos empleando materias primas y energía contaminantes (por ejemplo, la quema de combustibles fósiles). Esta explotación y contaminación no es similar en los países; es lo que se ha denominado «deslocalización de la producción». En ciertos casos esta se despliega en países en vías de desarrollo que no cumplen con las garantías legalmente establecidas, lo que está provocando la generación de productos contaminantes o tóxicos. Es más, el coste del producto no refleja el coste del medioambiente, que al final afecta la salud y la calidad de vida de las personas, en muchas ocasiones con daños irreparables.

Todo lo anterior debe anudarse a lo que anteriormente ya citamos, la obsolescencia programada, que provoca la conformación de productos con vida efímera, con el fin de activar el consumo recurrente de productos. Esto enlaza igualmente con el sinfín de productos que se vierten en vertederos,

alcanzando unos niveles de basura (se han duplicado en los últimos treinta años) muy difícilmente gestionables.

Con estas y otras características del modelo de consumo de nuestra sociedad se avizora una destrucción del planeta, una insostenibilidad de estas acciones de consumo masivo. Y de ahí que se haga francamente compleja la defensa de un buen maridaje entre el consumo, la tecnología (entendida en todas sus variables) y la sustentabilidad. Esta última debe regirse bajo el objetivo de asegurar las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las generaciones futuras, sin renunciar a la protección del medioambiente, el crecimiento económico y el desarrollo social. De este modo, se hace imprescindible asumir responsabilidades por la emergencia climática. Hemos de replantearnos el estilo de vida consumista y adoptar medidas como consumidores, así como en sede nacional e internacional.

Por un lado, los consumidores somos los primeros que deberíamos exigir productos responsables y decidir por nosotros mismos, limitando lo superfluo y tratando de consumir productos, bienes y servicios con garantía de economía inclusiva y beneficiosa para el medioambiente. El bienestar no implica consumir más, sino menos y mejor: el esfuerzo es comprometerse voluntariamente en el decrecimiento, siendo austeros, comprando solo lo necesario y lo ecológico (López, 2012). Si queremos que la biósfera sobreviva, es imprescindible que los consumidores renunciemos a parte de nuestro nivel de consumo, de manera que no basta con consumir mejor, sino también consumir menos.

Por otro lado, las empresas deberían diseñar productos y bienes de forma responsable, trasladando el modelo de producción lineal al de economía circular, que permita que se reparen, se reutilicen y se aprovechen los productos defectuosos u obsoletos.

En tercer lugar, los Estados deben asumir la responsabilidad que les corresponde, referida a la adopción de medidas que favorezcan la sostenibilidad económica, social y ambiental.

En cuarto lugar, el interés por la subsistencia del planeta trasciende a los anteriores y exige una implicación global. Así, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, efectuada en Río de Janeiro el año 1992, tanto las organizaciones y Estados miembros se comprometieron a implementar estrategias para avanzar hacia el desarrollo sustentable. Específicamente, se establecieron como objetivos del programa: promover modalidades de consumo y producción que reduzcan las tensiones a que se somete el medioambiente y que satisfagan las necesidades básicas de la humanidad, y mejorar la comprensión de la

función que desempeña el consumo y la manera de originar modalidades de consumo más sostenibles (Acuña *et al.*, 2022).

Posteriormente se aprobaron los ODS (Objetivos de Desarrollo Sostenible) y la Agenda 2030, adoptados por Naciones Unidas en 2015 (para quince años). La aprobación de los ODS suponía una transformación de los Estados con fundamento en la sostenibilidad económica, social y ambiental. Una agenda global ambiciosa que ofrecía una voluntad de movilización de la comunidad internacional en los retos por alcanzar unos objetivos comunes. Se aprobaba con ello una nueva hoja de ruta del desarrollo internacional, más allá de los que en su día dieron lugar a los Objetivos del Desarrollo del Milenio (ODM),¹⁵ mucho más ambiciosos en cantidad y calidad, y más integradores en esa búsqueda de diálogo entre el hemisferio norte y el hemisferio sur. Bien es cierto que la aprobación de estos ODS se produjo en un contexto de desarrollo social integrado, en el que se postulan desafíos como ciudades sostenibles, producción y consumo responsable, acción por el clima y vida de los ecosistemas terrestres, etc. (Molina, 2021).

Probablemente el paso de los años ha permitido a la comunidad internacional hallarse más preparada para afrontar una necesidad de trabajo conjunto en el desarrollo sostenible, pero identificando los ejes fundamentales del mismo. Lo ha hecho mediante la extensión a diecisiete objetivos genéricos de desarrollo sostenible (frente a los ocho de los ODM) y con una triple visión, que es especialmente remarcable: la económica, la social y la ambiental. Esto, con una priorización de la lucha contra la pobreza y el hambre, y su intrínseca imbricación con los derechos humanos, la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres. Lo anterior, amén de la búsqueda de la aminoración de las desigualdades entre países y dentro de cada uno de ellos,

15 La razón de la aprobación en 2015 de los ODS se debe a la frustración por el incumplimiento de los Objetivos del Milenio, lo que no significa que estos no supusieran un aporte importante para tratar de combatir la pobreza en el mundo, en sus múltiples aristas, ofreciendo resultados que han servido para elaborar la Agenda de Desarrollo Sostenible 2030. Como apunta Gómez (2017), los ODM «impulsaron avances importantes de manera particular en materia de salud, así como en educación, al tiempo que facilitaron la introducción de planes de trabajo claros, precisos y limitados en el tiempo, fáciles de comunicar y mensurables» (p. 109). Igualmente, este autor destaca la «capacidad de los ODM para introducir metodologías de medición y desagregación de datos con la finalidad de conocer de manera más precisa los avances generados. Los ODM permitieron focalizar el trabajo de gobiernos, donantes, agencias internacionales y organizaciones en áreas prioritarias de necesidad, posibilitando una mejora en la disponibilidad de datos e indicadores del desarrollo, así como en la mejora de los sistemas estadísticos nacionales, junto a un reforzamiento de la cultura de la rendición de cuentas. Bien es cierto que, entre sus numerosas limitaciones, los ODM solo eran de aplicación a los países empobrecidos, teniendo una limitada visión del desarrollo, ajenos a una comprensión multidimensional del mismo» (p. 109).

así como la eliminación de modelos de consumo claramente insostenibles, que engarza con una búsqueda de desarrollo económico que sea respetuoso con la humanidad y con el planeta.

En suma, se pretende —y así se expone literalmente en el documento de 2015—, un mundo en el que sea universal el respeto de los derechos humanos y la dignidad humana, el estado de derecho, la justicia, la igualdad y la no discriminación; donde se respeten las razas, el origen étnico y la diversidad cultural y en el que exista igualdad de oportunidades para que pueda realizarse plenamente el potencial humano y para contribuir a una prosperidad compartida; un mundo que invierta en su infancia y donde todos los niños crezcan libres de la violencia y la explotación; un mundo en el que todas las mujeres y niñas gocen de la plena igualdad entre los géneros y donde se hayan eliminado todos los obstáculos jurídicos, sociales y económicos que impiden su empoderamiento; un mundo justo, equitativo, tolerante, abierto y socialmente inclusivo en el que se atiendan las necesidades de los más vulnerables.

La Agenda 2030 pretende que, ante la mutación de la piel del planeta, con el retrato que hemos ido pergeñando, se defienda la necesidad de un desarrollo económico sostenible y, por ende, que sea compatible con la sostenibilidad ambiental, amén de social. Esa trilogía no siempre camina en la misma dirección y es por ello que hay que considerar necesariamente el esfuerzo por reconducir ese camino común y apoyar cuanto se dirija transversalmente a conseguirlo (Barona, 2022, p. 227). En cualquier caso, los ODS se presentan como un modelo estratégico esférico, que puede desarrollarse por y desde diversas instituciones. Los diecisiete objetivos han sido cordialmente asumidos por el sector económico y permiten afianzar una suerte de gestión estratégica desde la responsabilidad social, entendida como un conjunto de acciones que buscan estimular y favorecer a los diversos grupos de interés, de manera voluntaria, favoreciendo, asimismo, acciones sostenibles y socialmente responsables (Acuña *et al.*, 2022).

Ahora bien, para saber si las cosas se están haciendo en la dirección correcta hay que atender, en primer lugar, qué debe entenderse por desarrollo sostenible. Resulta curioso el denominado «Informe Brundtland», publicado en 1987 para las Naciones Unidas, elaborado por una Comisión compuesta por distintas naciones y presidida por la primera ministra de Noruega, Gro Harlem Brundtland. En su punto 27 establece que el desarrollo sostenible es aquel que «satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias». Es un informe que se ha convertido en referente en todos los textos y todos los

autores, y creo que puede interpretarse desde tres perspectivas: económica, ambiental y social.

En esa búsqueda del desarrollo sostenible (tridimensional) necesariamente se ubican los pasos dados en el mundo del derecho; algunos lentos, otros más ágiles. En todos ha tenido un factor determinante la irrupción de la tecnología, tanto la instrumental —que vino de la mano de la revolución del 3.0 y su eje esencial con el Internet, y a partir de él la configuración del ciberespacio y todo lo que ha arrastrado tras de sí— como la disrupción provocada por la emergencia de la revolución del 4.0, que ha permitido una metamorfosis de la vida, las personas y también del derecho. Ahora bien, se requiere de cambio de comportamientos, pero también de valores en la producción, en el consumo y en la manera de afrontar los conflictos derivados de estas acciones. Los principios éticos y responsables en los que debe asentarse el desarrollo sostenible económico, social y ambiental deberían permitir un mejor y más sano crecimiento y desarrollo ecoambiental. Igualmente, las maneras de canalizar las acciones en consumo y las formas de resolver las diferencias en sede de conflictividad de consumo también deben seguir las pautas de sostenibilidad que, de manera transversal, empapan la vida en el planeta.

La tecnología permeó nuestras vidas, nos transformó, cambió relaciones personales y jurídicas, sobre todo el *modus operandi*, y también facilitó la producción, la comercialización y el consumo (incluso el consumo del amor¹⁶), propulsando en muchos casos el consumo irrefrenable y la acción de echar aquello que viene marcado por la «obsolescencia tecnológica programada» (que viene deliberadamente programado para que pierda utilidad). Junto con esto, la incorporación de sistemas algorítmicos, de estructuras computacionales y de inteligencias artificiales pueden —y de hecho lo están haciendo— llevarnos a reducir la contaminación, a moderar el consumo de energía y otros recursos, y pueden minimizar los desechos. Se habla cada vez más de las tecnologías sostenibles —las herramientas de realidad virtual en educación, protección del medioambiente, las herramientas de inteligencia artificial, las de *business intelligence*, los sistemas de almacenamiento de archivos, uso de aplicaciones o *software* empresariales que se denominan sistemas *cloud*, entre otros—, que se hallan encaminadas

16 Así han considerado algunos autores, como Illouz (2022), a Tinder, una aplicación de citas que, utilizando la geolocalización, permite al usuario elegir, como producto de consumo de escaparate, quiénes de los otros usuarios le gustan o no. Es lo que Molins (2017) ha considerado como la transformación de las relaciones de pareja, convirtiéndolas en un producto de consumo, que incluye elementos lúdicos que fomentan el narcisismo y que no siempre mejoran la autoestima de los usuarios.

a garantizar la sostenibilidad, para lo cual se basan en la reutilización, el reciclaje y la conservación de recursos naturales, ofreciendo lo que se denomina «eficiencia energética», pues emplean menos energía para realizar los procesos. Todas ellas reducen la contaminación y minimizan el impacto ambiental, y son pieza importante en la contribución del cumplimiento de los ODS.

En suma, el consumo, la tecnología, la digitalización y la sustentabilidad son componentes esenciales de la sociedad actual, se retroalimentan y permiten accionar en la búsqueda de un planeta que alcance los objetivos de desarrollo sostenible. No es una utopía, sino una realidad. Cuestión diversa —tema que no nos ocupa en este capítulo— es el empleo de los algoritmos e inteligencia artificial para clasificar a las personas consumidoras, para generar perfiles y para dirigir estrategias de consumo dirigidas específicamente a estos perfiles. Cuestiones todas que inciden en esa transformación de la humanidad por la tecnología que, cada vez más, permite control y manipulación. Es la otra cara de la moneda.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Acuña, O., Severino, P., Sarmiento, G. & Stuardo, C. (2022). Consumo sustentable en Chile: una aproximación a los objetivos de desarrollo sostenible (ODS). *Información tecnológica*, 33(4). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-07642022000400181>
- Alonso, L. (2004). Las políticas de consumo: transformaciones en el proceso de trabajo y fragmentación de los estilos de vida. *Revista de Estudios Sociales*, 4.
- Barona, S. (2022). Justicia algorítmica, ¿más o menos sostenible? En *Los ODS en la Justicia: el derecho Procesal y la Inteligencia Artificial* (pp. 227-256). Tirant lo Blanch.
- Barona, S. (2021). *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*. Tirant lo Blanch.
- Barona, S. (2018). *Justicia Penal, Globalización y Digitalización*. Thomson-Reuters.
- Barona, S. (2016). The Faces of Civil Justice in the Global Society of the 21th Century. *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 21, 73-88.
- Barona, S. (2002). Reflexiones en torno a la tutela procesal de los consumidores y usuarios. La política de protección de los mismos en la Unión Europea: líneas de presente y de futuro. En *Tutela de los consumidores y usuarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (pp. 25-76). Tirant lo Blanch.
- Barrio, M. (2018). *Internet de las cosas*. Reus.
- Bauman, Z. (2007). *Vida de consumo*. Fondo de Cultura Económica.
- Bauman, Z. (2006). *Vida líquida*. Paidós.

- Bauman, Z. (2003). *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica.
- Bayly, C. (2004). *Birth of the Modern World*. Blackwell.
- Benjamin, W. (1987). *Discursos interrumpidos* (vol. 1). Taurus.
- Bercovitz, A. (2003). Marco histórico de la protección al consumidor: De los orígenes al siglo XXI. *v/Lex*, 65.
- Cardon, D. (2018). *Con qué sueñan los algoritmos*. Dado Ediciones.
- Carosio, A. (2008). El género del consumo en la sociedad de consumo. *La ventana. Revista de estudios de género*, 3(27).
- Castells, M. (1998). *La era de la información. Economía, Sociedad y Cultura* (vol. 1). Alianza.
- Castilla, J. (2022, 14 de octubre). Protección a la persona consumidora del siglo XXI. *Consumo y ciudadanía*. <https://consumoyciudadania.org/proteccion-a-la-persona-consumidora-del-siglo-xxi/>.
- Catalán, M. (2019). *El acceso a la Justicia de consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y ODR de consumo*. Tirant lo Blanch.
- Cohen, D. (1997). *Richesse du monde, pauvreté des nations*. Flammarion.
- Daros, W. (2014). El consumismo en la posmodernidad según Zygmunt Bauman. *Argus-a, Artes & Humanidades*, III(12).
- De León, A. (2000). *Derechos de los consumidores y usuarios*. Tirant lo Blanch.
- Fernández de Gatta, D. (2018). *Creación científica e innovación tecnológica: una aproximación desde el Derecho Público*. Tirant lo Blanch.
- Fernández, J. (1999). El ámbito subjetivo de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En M. Reyes (coord.), *Derecho de Consumo*. Tirant lo Blanch.
- Finsterbusch, S. (2014). Den digitalen Heckenschützen auf der Spur. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*.
- Gómez, C. (2017). Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): una revisión crítica. *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 140.
- Habermas, J. (1973). *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*. Cátedra.
- Haller, S., Karnouskos, S. & Schroth, C. (2009). The Internet of Things in an enterprise context. In Dominique, J. (coord.), *Future Internet*. Springer.
- Heesen, J. (2014). Mensch und Technik. Ethische Aspekte einer Handlungspartnerschaft zwischen Personen und Robotern. In *Robotik im Kontext von Recht und Moral*. Nomos Verlag.
- Hopkins, A. (2003). *Globalization in World History*. Norton.
- Illouz, E. (2022, 20 de febrero). Tinder: el impacto del consumismo en el amor. *El País*. <https://elpais.com/ideas/2022-02-20/tinder-el-impacto-del-consumismo-en-el-amor.html>
- Lipietz, A. (1996). The next transformation. In M. Cangiani (comp.), *The Milano Papers: Essays in Societal Alternatives*. Black Rose Books.
- López, D. (2012). Reflexiones sobre tecnología y consumo. *Ecologistas en acción*, 75.

- Molina, J., Viet Hai, N., Cheng, P-H. & Chang, C-Y. (2021). SDG's Quality Education Approach Comparative Analysis of Natural Sciences Curriculum Guidelines between Taiwan and Colombia. *Sustainability*, 13(6), 3352. <https://doi.org/10.3390/su13063352>.
- Molins, A. (2017, 14 de octubre). La tinderización del amor. *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/vida/20171014/432032895029/apps-citas-pareja-tinder-autoestima-amor-sexo.html>
- Murray, A. (2007). *The Regulation of Cyberspace Control in the Online Environment*. GlassHouse.
- Ortega, A. (2019, 25 de agosto). Robot-lución: el gran reto de gobernar y convivir con las máquinas. *El País*. https://elpais.com/elpais/2019/08/23/ideas/1566551575_254488.html
- Ortega y Gasset, J. (1966). *La rebelión de las masas*. Revista de Occidente.
- Ron, H. (2004). Government and the economy, 1688-1850. In R. Floud & P. Johnson (eds.), *The Cambridge Economic History of Modern Britain*. Cambridge University Press.
- Schwab, K. (2018). *La cuarta Revolución Industrial*. Debate.
- Simon, J. (2007). *Governing through Crime*. Oxford University Press.
- Trentman, F. (2017). *Empire of Things: How we became a World of Consumers, from the Fifteenth Century to the Twenty-First*. Penguin Books.
- Weber, M. (2006). *Die protestantische Ethik und der ‚Geist‘ des Kapitalismus*. Beck.
- Wootton, D. (2017). *La invención de la ciencia. Una nueva historia de la Revolución científica* (J. Ros, trad.). Crítica.

CAPÍTULO II

CONSUMO, CONSUMIDOR, DERECHO DEL CONSUMO... NUEVOS RETOS ¿NUEVAS RESPUESTAS?

Dr. Carlos Esplugues Mota

*Profesor de Derecho Internacional Privado
Universitat de València*

SUMARIO: I. La temática de la protección de los consumidores está de vuelta. II. Consumo, consumidores y ODS. III. La cambiante noción de consumidor. IV. El acceso a la justicia del consumidor en una sociedad digitalizada. V. A modo de conclusiones. VI. Bibliografía.

I. LA TEMÁTICA DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES ESTÁ DE VUELTA

El derecho del consumo ha sido, sin dudas, uno de los grandes aportes que el siglo XX ha ofrecido a la ciencia jurídica. Los problemas de los consumidores en relación con los incumplimientos de la contraparte en el contrato o los defectos de los productos por ellos adquiridos han existido desde siempre, pero fueron —históricamente— percibidos como problemas de compradores individuales, surgidos de concretas operaciones y no como referidos a una categoría de personas ni, mucho menos, como un problema político (Basedow, 2021, p. 508).

Los mismos códigos encargados de regular las operaciones privadas referían, tradicional y genéricamente, a una parte, desarrollando una concreta función en el marco de un específico tipo de contrato: el «comprador». Así, por ejemplo, el artículo 1450 del Código Civil español especifica: «La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado». El legislador español del XIX, en este precepto, como en otros muchos del Código, no diferencia

entre la compra para el consumo, almacenamiento, manufactura o para la reventa, ni tampoco singulariza a las personas que realizan esta actividad (Basedow, 2021, pp. 508-509).

El cambio de percepción comenzó a gestarse hace justo sesenta años, el 15 de marzo de 1962, cuando el entonces presidente de los Estados Unidos de América del Norte, John F. Kennedy, afirmaba ante el Congreso americano algo latente, pero carente de reconocimiento jurídico hasta ese momento: que «consumidores, por definición, somos todos». Y que este colectivo constituye «el grupo mayoritario de la economía, afectando y siendo afectados por la práctica totalidad de las decisiones económicas públicas y privadas» (Kennedy, 1962).

La consolidación de la figura del «consumidor» y la consiguiente focalización que conlleva, no en la relación de dos o más personas realizando ciertos específicos papeles —pagar una cantidad por recibir una cosa o un servicio— en el marco de una concreta operación contractual —compraventa, prestación de servicios—, sino en la afiliación de una persona a un determinado grupo social, caracterizado por los desequilibrios que padecen sus componentes en su diario actuar, fuerza al legislador a adoptar la decisión política de diseñar todo un conjunto de medidas tendentes a lograr ciertos objetivos de redistribución y reequilibrio de fuerzas, buscando con ello compensar las limitaciones que de forma intrínseca presenta el consumidor en su actuación diaria. Esto ha supuesto un cambio radical en el mundo jurídico, con múltiples y relevantes efectos, en órdenes y lugares muy diversos (Basedow, 2021, p. 509).

Entre el simbólico momento del discurso del presidente Kennedy y hoy, el derecho del consumo ha contado con un desarrollo exponencial y plural. Desde una perspectiva científica, se ha consolidado como una rama independiente de la ciencia jurídica, con objetivos y vida propios. Ello se ha traducido, entre otras consecuencias, en el reconocimiento pleno de los consumidores como colectivo singularizado y en la consiguiente atribución de un amplio volumen de derechos por parte del legislador. Algo que, además, se ha producido, con mayor o menor intensidad, en un número muy importante de países a lo largo del planeta.

La protección del consumidor ha encontrado eco, de forma más o menos temprana, y con un diverso nivel de impacto, en muchos países del mundo y también en el plano internacional. Recordemos las Directrices para la Protección del Consumidor, de 1985, de las Naciones Unidas (United Nations Conference on Trade and Development [UNCTAD], 2016), revisadas en 2015 (UNCTAD, 2015). En ellas se establecen las principales

características que deberían tener, para ser eficaces, las leyes de protección del consumidor, las instituciones encargadas de aplicarlas, así como los sistemas de compensación y los trabajos desarrollados en el marco de la Association of Southeast Asian Nations (ASEAN). Esta, en su día, estableció el ASEAN Coordinating Committee on Consumer Protection, rebautizado en 2007 como ASEAN Committee on Consumer Protection. Este se ha convertido en el mecanismo para fomentar la protección de los consumidores en esta área del mundo, lanzándose en 2016 el ASEAN Strategic Action Plan for Consumer Protection (ASAPCP) 2025 que, entre otros objetivos, busca establecer «a common ASEAN consumer protection framework», asegurando «a high common level of consumer empowerment and protection», y un alto grado de confianza del consumidor (ASEAN, s. f.).

En Iberoamérica, igualmente, en el seno del MERCOSUR ha tenido lugar la elaboración, en 2019, de Defensa del Consumidor – Principios Fundamentales, que se vincula con el denominado Logro 22: Sistema regional de defensa del consumidor, articulado a través del proceso de armonización de legislaciones en esta área. Este ha conducido a la aprobación de todo un conjunto de normas que, entre otras cuestiones, establece los derechos básicos de los consumidores, regulando aspectos vinculados a la protección de la salud y de su seguridad, publicidad, garantías contractuales y el derecho a la información en las transacciones comerciales efectuadas por ellos a través de Internet (MERCOSUR, 2022). En esta misma línea, y en el marco del SICA, se creó en 2007 el Consejo Centroamericano de protección al consumidor (CONCADECO).

También en el subcontinente, en el seno de la Comunidad Andina de Naciones, se adoptó la Decisión 608, de 29 de marzo de 2005 (Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina), que tiene como objetivo, tal como señala su artículo 2, «la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores». A la que se añade la Decisión 539, de 11 de marzo de 2003 (Mesa andina de participación de la Sociedad Civil para la defensa de los derechos del consumidor) que, como afirma su artículo 1, establece

una Mesa Andina de Trabajo sobre la Promoción y Protección de los Derechos del Consumidor, como instancia consultiva dentro del marco del Sistema Andino de Integración, para promover la activa participación de las instituciones, públicas y privadas, vinculadas con la defensa de los derechos del consumidor en los Países Miembros de la Comunidad Andina, en los procesos de concertación social y de

toma de decisiones de la integración subregional en las áreas de su interés.

A ellos se suman en el plano del *soft law*, y también en el ámbito iberoamericano cabe mencionar como ejemplo de este interés mostrado por el legislador internacional, la Ley Modelo de Consumers International para la protección de los derechos del consumidor de América Latina y el Caribe.¹ Y, específicamente en relación con el sector financiero, cabe resaltar intentos como las 2017 Good Practices for Financial Consumer Protection elaboradas por el Banco Mundial, y el G20 High-Level Principles on Financial Consumer Protection, preparadas por la OCDE en 2011.

En este entorno de prolongada ebullición normativa, la Unión Europea, en la que nos vamos a focalizar en este trabajo, ha sido, sin lugar a dudas, uno de los abanderados del proceso, reflejando en la evolución de su tratamiento los avatares padecidos por la materia.² Recogida ya la idea de la necesaria protección del consumidor en distintos instrumentos de la actual Unión, el Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council (1985), señala, en el marco de una nueva aproximación a la armonización legislativa y entre otras actuaciones plurales, que la Comisión deberá tomar en cuenta, como dato esencial y de manera genérica, en todos los programas diseñados para alcanzar un mercado interno unificado, «the interests of all sections likely to be affected e.g. both sides of industry, commerce and consumers, are taken into account» y que «will take further steps to ensure that consumer interests are consulted» (Commission of the European Communities, 1985, p. 21).

En esta línea evolutiva de explicitación de la defensa del consumidor como principio y objetivo legislativo, el silencio sobre la materia existente en los tratados fundacionales de la actual Unión Europea, se vio colmado en 1986, en el Acta Única Europea. En su artículo 18 se afirma que el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado CEE) quedaba complementado con un artículo 100-A, en cuyo numeral 3 se señalaba a la Comisión que sus propuestas de aproximación de legislaciones en los ámbitos de la salud, seguridad, protección del medioambiente «y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado». Si bien el Acta no supone, ni menciona, el diseño de una política de consumo propia de la Unión, sí que sirvió de acicate para la promulgación de un

1 Un análisis de la ley se encuentra en Parlamento Latinoamericano (2014, pp. 31-32).

2 Especialmente interesantes al respecto son, entre otros muchos, las importantes contribuciones de Palao (2004, pp. 73 y ss.; pp. 33 y ss.).

número importante de instrumentos comunitarios en materia de consumo (Basedow, 2021, pp. 65, 136-142).

Esta evolución tendrá continuidad en el Tratado de la Unión Europea, de 1992 (Tratado de Maastricht), cuyo artículo G modifica el Tratado CEE incorporando una nueva redacción de su artículo 3, en el que se explicita que la acción de la Comunidad implicará «en las condiciones y según el ritmo previsto en el presente Tratado: (...) s) una contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores». Incardinándose igualmente un nuevo Título XI, intitulado «Protección de los consumidores», con un único artículo, el 129 A, en el que se precisa el compromiso de la Comunidad de contribuir «a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores» mediante la adopción de ciertas medidas. Sin que ello impida a los Estados miembros, tal como señala el numeral 3 del precepto, mantener y adoptar medidas de mayor protección.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, de 2000, recogerá en su artículo 38 («Protección de los consumidores») la obligación de que en «las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores». Reflejo de esta visión integral de la protección del consumidor mantenida en la actualidad, y tras los Tratados de Ámsterdam en 1997 y de Lisboa en 2007, el artículo 39.1.e) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece como uno de los objetivos de la política agrícola común, el «asegurar al consumidor suministros a precios razonables», sin que quepa, añade el artículo 40.2.II, «discriminación entre consumidores de la Unión». También en el marco de la política de competencia, el artículo 102.b) del Tratado entiende como incompatible con el mercado interior la limitación de «la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores». A la vez que considera como compatibles con el mercado interior, al amparo del artículo 107.2.a), «las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos».

En línea con ello, el artículo 4.2.f) del Tratado de Funcionamiento dispone la competencia compartida de la Unión con los Estados miembros en relación con «la protección de los consumidores». Y el artículo 12 del mismo texto legal exige que al «definirse y ejecutarse otras políticas y acciones de la Unión se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores». Es más, en su artículo 169.1 reconoce el compromiso de la Unión de «proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores», así como de «promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses», con objeto de

promover los intereses de los consumidores y «garantizarles un alto nivel de protección». Sin que las medidas adoptadas por la Unión obsten «para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección» (art. 169.4), debiendo ser dichas medidas, eso sí, compatibles con los Tratados, y debiéndose notificar a la Comisión.

Proyectando lo anterior, el artículo 114.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, al abordar la aproximación de las legislaciones, afirma que la Comisión, en sus propuestas referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medioambiente y «protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos». Añadiendo que, en el marco de sus competencias, tanto el Parlamento como el Consejo procurarán también alcanzar ese objetivo.

Consecuencia de todo lo anterior es un elenco amplísimo de disposiciones dictadas por la Unión para regular los más variados ámbitos de la vida de los consumidores europeos, protegiendo sus derechos y asegurando el acceso a la justicia. Normas emanadas en muchas ocasiones en forma de directivas, que tienden a asegurar una armonización mínima y que conforman un magma normativo muy fragmentado y, en ocasiones, cosificado, cubriendo los más variados ámbitos.³ Disposiciones sobre protección de los consumidores dirigidas a garantizar un trato equitativo entre ellos, la comercialización de productos que cumplan niveles adecuados de seguridad o en relación con el derecho a reclamar cuando existan problemas que les afecten. O sobre comercialización y contratos celebrados con consumidores, prácticas comerciales desleales, viajes combinados y servicios de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y aplicación de los derechos de los consumidores. Así como disposiciones sobre la protección del consumidor en relación con los servicios financieros o sobre la resolución de litigios de consumo, entre otros.⁴

Con todo, los últimos años parecieran reflejar una cierta pérdida de pulso de la problemática de la tutela del consumidor, también, quizás, en la Unión Europea. Tras décadas en primera línea, y la articulación de un amplísimo entramado normativo, el derecho del consumo se ha presentado como un tanto oscurecido desde el inicio del siglo, en comparación con otras temáticas que han ocupado la atención decidida del legislador y también de la doctrina en el plano comparado. Sin embargo, este aparente

3 Todas ellas se encuentran disponibles en la página web oficial de la Unión Europea.

4 Al respecto, vid. Esplugues (2021, pp. 668-670).

decaimiento, que no significa pérdida de vigencia y relevancia, se ve ahora confrontado con la aparición de nuevos retos que cuentan con un impacto planetario y que previsiblemente van a tener un efecto directo en la idea misma de consumo y de consumidor, en su desarrollo y en su regulación, poniendo bajo presión al legislador nacional e internacional, y, en nuestro caso, también al europeo.

Entre otros diversos ámbitos, tres serían los retos que confronta el consumidor y frente a los que este renacer del derecho del consumo se hace especialmente patente. En primer lugar, y con un impacto directo en todo el fenómeno del consumo, la actividad del consumidor se desarrolla en sociedades de consumo, que afectan de forma notable y negativa al medioambiente, y que fuerzan su repensar y una necesaria apuesta por un consumo sostenible. La relación entre derecho del consumo, consumidor y Objetivos de Desarrollo Sostenible adquiere, así, una imprescindible —casi angustiada— relevancia. Una segunda cuestión se vincula a la cambiante noción de consumidor. La revolución tecnológica y la globalización de la economía favorecen la aparición de un consumidor más complejo en su actuar que, además, deviene actor protagonista de un consumo global. Por último, la problemática del acceso del consumidor —global en la sociedad de la información— a una justicia eficiente, previsible y asequible cobra una relevancia adicional en una economía digitalizada como la actual.

II. CONSUMO, CONSUMIDORES Y ODS

La crisis climática que estamos viviendo, y que cada día se agudiza más, afecta directamente a la actividad de consumo sobre la que se sustenta la economía moderna, planteando la cuestión de su necesaria evolución hacia un consumo sostenible. La verbalización de esta necesidad se remonta a la Cumbre de Río de 1992, y en 1994, en el Oslo Symposium on Sustainable Consumption, se aportó la primera definición de «consumo y producción sostenible»:

the use of services and related products, which respond to basic needs and bring a better quality of life while minimizing the use of natural resources and toxic materials as well as the emissions of waste and pollutants over the life cycle of the service or product so as not to jeopardize the needs of further generations.⁵

5 Al respecto y sobre la evolución del concepto, vid. Ari y Yikmaz (2020, p. 55).

Se entiende que el consumo, y la producción insostenible sobre el que aquel se asienta, «amenazan con superar la capacidad de carga del planeta», planteando la necesidad de que los consumidores, fundamentalmente los consumidores ricos en países desarrollados —el 20% de la población más pobre solo representa el 6% del total de ingresos por consumo— avancen «hacia modalidades de consumo sostenible» (United Nations Department of Economic and Social Affairs [DESA], s. f.). Algo especialmente relevante en el mundo desarrollado y que debe necesariamente tomarse en consideración para evitar adoptar medidas similares para realidades diversas, homogeneizando a consumidores que, a lo largo del planeta, no son para nada iguales. Recordemos en este sentido que el «consumo de una persona normal en un país de ingresos altos es un 60% más alto que el de una persona en un país de ingresos medios-altos y 10 veces mayor que el de una persona en un país de bajos ingresos» (United Nations Environment Programme [UNEP], 2019a, p. 6). Adoptar las mismas medidas respecto de ellos conduce necesariamente a agravar las desigualdades que ya sufren los consumidores de países en desarrollo frente a los consumidores de países desarrollados.⁶

El incremento sostenido de la población, el aumento del nivel de vida y los cambios en los hábitos de consumo han conducido a que el consumo doméstico de materiales (*domestic material consumption*) —esto es, la cantidad total de materiales usados por una economía (Eurostat, s. f., *Glossary*)— se haya más que triplicado en el mundo en los últimos cincuenta años (UNEP, s. f., *Domestic*). Lo que no oculta, sin embargo, el hecho de que los países desarrollados —la UE es un buen ejemplo⁷— sigan siendo los más grandes usuarios.

Esta búsqueda de un «consumo sostenible» se vincula directamente a los Objetivos de Desarrollo Sostenible aprobados por Naciones Unidas. En concreto, al objetivo 12 («Producción y consumo responsables»), en el que se asume el vínculo entre el consumo y la producción mundiales como fuerzas impulsoras de la economía. Y su decisiva incidencia en el actual proceso de degradación medioambiental, al contar con un impacto directo —y destructivo— en el medioambiente natural y en el uso de los recursos, de los que dependen ellos, a la vez que nuestra propia supervivencia como especie. Un efecto que se acrecentará todavía más si la población alcanza los previstos

6 Un análisis del impacto medioambiental per cápita se encuentra en UNEP (2019a, pp. 18-19).

7 Sobre los datos de la UE en comparación con el resto del mundo, vid. Eurostat (s. f., *Material flow*).

9600 millones de almas en 2050 —frente a los 2540 de 1950 (Fernández, 2022)—, necesitándose para entonces el equivalente de tres planetas para mantener el estilo de vida actual (United Nations, s. f., *Objetivo 12*).

En la ecuación consumo – producción, esta última ha sido la que ha recibido un mayor volumen de atención, y respecto de la que más actuaciones se han desarrollado (Saumier, 2021, p. 387). El concepto y pautas de la producción sostenible están claramente identificados y no se puede alegar desconocimiento sobre su significado. No puede decirse lo mismo, sin embargo, en relación con el término «consumo sostenible», sobre el que no existe una noción clara ni un entendimiento común, ni tampoco respuestas definidas (Mont, 2019, p. 7). Se trata de alterar los patrones de consumo, a través de cambios en el estilo de vida y conducta —y opciones— de los consumidores. De hecho, su sentido varía según se aproxime desde una perspectiva de «*weak*» o «*strong*» sustentabilidad del consumo (Hobson, 2013, p. 1082) y, con ello, o bien se relativicen los objetivos a alcanzar, o se apueste por un cambio radical de hábitos del consumo.

En uno u otro caso, la apuesta por un consumo sostenible —o más sostenible— anclado en un uso más eficiente de los recursos (UNEP, 2019a, p. 11), va a tener necesariamente un impacto directo en el consumidor y en su actividad —así se hacen cada vez más habituales ejemplos de intervenciones gubernamentales destinadas a restringir el uso o consumo de ciertos productos— y, eventualmente, en sus derechos, al requerirle una apuesta por un estilo de vida más sostenible y por la economía circular (UNEP, s. f., *Global Opportunities*). Asimismo, el legislador nacional se verá correlativamente forzado a adoptar normas muy variadas en su naturaleza (UNEP, 2019a, pp. 34-35), en ocasiones, dotadas de un marcado carácter imperativo para proteger estos estándares y exigencias (Dreyzin, 2019, pp. 246 y ss.). En el plano internacional, además, ello puede generar la existencia de normativas nacionales con diversos grados de exigencia y/o derechos para los consumidores, con un impacto directo y acrecentado en la actividad transfronteriza de los consumidores.

En suma, un cambio beneficioso para el planeta, pero que le va a generar al consumidor —al menos, al consumidor medio— un más limitado acceso a determinados bienes y servicios, y también, un previsible incremento en el precio de estos. Siendo susceptible, además, de afectar a sus derechos como consumidor, al ir consolidándose un interés superior —el del planeta— al que deberá necesariamente subordinarse el interés del consumidor, tanto individual como colectivo. En este sentido, la educación va a ser un dato determinante: el objetivo 12.8 habla de la exigencia de educación para el desarrollo sostenible, que se plasma en que de aquí a 2030 se asegure que

«las personas de todo el mundo tengan la información y los conocimientos pertinentes para el desarrollo sostenible y los estilos de vida en armonía con la naturaleza». Con ello se trata de «empoderar a los consumidores a fin de ayudarles a adoptar decisiones fundamentadas en lo que respecta a sus opciones de compra en favor de productos, bienes y servicios sostenibles» (UNEP, 2019b, p. 3), lo que exige necesariamente que los Estados deban tomar la iniciativa en la elaboración de medidas normativas a escala nacional.

Las propias Naciones Unidas, a través de la Asamblea de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente han aprobado, el 15 de marzo de 2019, una resolución sobre Vías innovadoras para lograr el consumo y la producción sostenibles. En esta, la Asamblea de las Naciones Unidas reconoce la exigencia de lograr modalidades de consumo y producción sostenibles «como requisito esencial para el desarrollo sostenible» (UNEP, 2019b, p. 1), asumiendo la existencia de políticas diversas para su logro en los distintos países del mundo y alentando a la adopción de diversas medidas para promover el consumo y la producción sostenible.

Entre ellas destaca la invitación a los Estados, ciudades, comunidades locales y los interesados pertinentes, incluidos los fabricantes y minoristas,

a que intensifiquen su colaboración para permitir que los consumidores y las autoridades públicas adopten decisiones fundamentadas, por ejemplo, mediante la provisión de información fiable al consumidor sobre la eficiencia en el uso de los recursos y una mayor sostenibilidad de los productos y servicios, incluso, cuando proceda, mediante información sobre los enfoques para aumentar la longevidad y la reutilización de los productos y el reciclaje de materiales, y mediante información sobre herramientas e incentivos eficaces para que el consumidor opte por decisiones sostenibles, por ejemplo, cuando proceda, planes de responsabilidad ampliada de los productores. (UNEP, 2019b, pp. 3-4)

Así como a que

elaboren e implementen políticas, planes y programas públicos que apoyen la educación y fomenten la concienciación sobre la importancia de las modalidades de consumo sostenible, los estilos de vida sostenibles y el comportamiento sostenible de los consumidores, y desarrollen aptitudes conexas en los círculos académicos y el sector privado, incluido el sector financiero. (p. 4)

En esta misma línea, uno de los resultados alcanzados en el European Consumer Summit 2021 será precisamente, en línea con lo dispuesto

en la acción 18 de la Nueva Agenda del Consumidor (Comisión Europea, 2020, p. 21): «promote consumer education initiatives on sustainable consumption, including through targeted actions addressing specific segments of consumers, such as young and elderly consumers» (European Consumer Summit 2022, s. f.).

III. LA CAMBIANTE NOCIÓN DE CONSUMIDOR

Una segunda cuestión que protagoniza el renovado vigor del derecho del consumo refiere a la noción misma de consumidor. Focalizándonos en el seno de la Unión Europea, la Directiva referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, de 1985, incorpora un concepto de consumidor que ha sido reproducido en otros muchos instrumentos de la Unión, aceptándose como una noción de referencia. Así, se entenderá como consumidor, dice su artículo 2, a «toda persona física, que para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional».

El concepto se construye en torno a una persona física, que actúa con una marcada naturaleza finalista. Sin embargo, la realidad actual del consumo y de la actividad de los consumidores en los últimos años, marcada en muchos casos por su polimorfismo y por su realización en un entorno digital, pone bajo escrutinio —bajo presión— a esta descripción. Así, se señala que la práctica diaria de la economía manifiesta que —con independencia de su cuantía, criterio que el TJUE considera no determinante para la atribución de la condición de consumidor (Evangelio, 2022, pp. 639 y ss.)— la actuación de un sujeto consumidor puede no necesariamente coincidir con las dos premisas sobre las que se construye el concepto de «consumidor» o, al menos, presentar matices relevantes (Basedow, 2021, pp. 513 y ss.). La práctica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea presenta algunos ejemplos de ellos.

Como se ve, la vinculación de la noción exclusivamente a la condición de persona física se ha visto sometida a cierta tensión en algunos casos como el planteado, en el asunto *Cape y Idealservice MN RE*,⁸ relativo a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, todavía en vigor. En él,

8 STJUE de 22.11.2001 en el asunto C-541/99, *Cape y Idealservice MN RE*, ECLI:EU:C:2001:625.

una empresa adquiere un dispensador automático de bebidas destinado a sus empleados y se plantea si en tal supuesto puede considerarse que estaríamos ante un consumidor. El TJUE es claro al afirmar de forma escueta y taxativa que el concepto de «consumidor», tal como viene definido en el artículo 2.b) de la Directiva, «debe interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas». El resultado no ha sido valorado como positivo por todos, en cuanto algunos opinan que, como consecuencia de ello, «millions of small associations and partnerships in EU countries which have legal personality, but are inexperienced, such as parishes, sports clubs or condominium communities are excluded; their protection is left to national law» (Basedow, 2021, p. 514).

Más aún, la referencia a la actividad es puesta bajo el foco en ciertos supuestos en que la persona es susceptible de actuar en la doble calidad de consumidor o profesional, incidiéndose por parte del Tribunal de Justicia en la imprescindible ajenidad a la actividad profesional del sujeto como requisito necesario para poder hablar de consumidor.⁹ Más aún, para aquellos casos, inhabituales, pero posibles, en que una persona concluye un contrato actuando en la doble condición de profesional y consumidor —considérese Calvo (2019, pp. 174 y ss.)—, el Tribunal fija un criterio (así ocurre en el asunto *Gruber*¹⁰) para valorar tal ajenidad:

Una persona que ha celebrado un contrato relativo a un bien destinado a un uso parcialmente profesional y parcialmente ajeno a su actividad profesional no puede invocar las reglas de competencia ... (en materia de contrato de consumo) salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional. (Considerando 39)

En suma, para calificar a una persona como consumidora en una concreta relación contractual es necesario atender «exclusivamente, a si actúa, en dicha relación, con un fin o propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión» (Evangelio, 2022, p. 627).

Pero es que, además de lo anterior, la actividad económica —también el consumo— se realiza de forma cada vez más habitual a través de plataformas digitales que permiten intercambiar bienes y servicios de forma

9 Vid., por ejemplo, STJUE de 14.3.2013, en el asunto C-419/11, *Česká spořitelna*, ECLI:EU:C:2013:165 o STJUE de 3.9.2015, en el asunto C-110/14, *Costea*, ECLI:EU:C:2015:538.

10 STJUE de 20.5.2005, en el asunto C-464/01, *Gruber*, ECLI:EU:C:2005:32.

global, y en una manera muy distinta a la tradicional actuación de consumo (Cordero, 2021, pp. 77-78). El consumo vira, así, desde una contratación individualizada y negociada a otra en masa, contactando sujetos que no se conocen entre sí (Añoveros, 2019, p. 210), y que es realizada en muchas ocasiones a través de contratos de adhesión o formularios tipo: el reino del «take it or leave it».¹¹ Ello, entre otras cosas, plantea la doble cuestión de la fijación del marco jurídico de la operación, realizada en un mercado globalizado —sin fronteras técnicas o económicas, pero sí jurídicas—, y de la fijación del elenco de derechos de los consumidores participantes, dado que, por su propia condición, la operación va a ser habitualmente —incluso, necesariamente— internacional (Cordero, 2021, p. 82). Y también, de la capacidad del legislador para afrontar el consumo masivo en línea que se avecina y que suscita nuevos, originales y, en muchos casos, impensables problemas, entre otros: fijar dónde se ha producido el eventual ilícito y cómo y dónde resolver la cuestión suscitada y con base a qué ley y, con ello, a qué estándares de protección del consumidor.

IV. EL ACCESO A LA JUSTICIA DEL CONSUMIDOR EN UNA SOCIEDAD DIGITALIZADA

Los cambios en los modos de consumir acentúan la cuestión de la habilitación de vías para la necesaria satisfacción de las expectativas de los consumidores afectados por un litigio de consumo. El legislador se ve confrontado con la exigencia de articular los mecanismos adecuados para ofrecer al consumidor —cada vez más digitalizado y, por lo tanto, internacionalizado y global— una vía conocida, accesible, segura y previsible de resolución de sus litigios.

El ciudadano consumidor tiene acceso a los tribunales estatales para resolver sus disputas. Pero la respuesta que estos le van a ofrecer habitualmente va a ser lenta y desajustada a las características económicas de la disputa suscitada, planteando importantes problemas adicionales cuando se trata de litigios transfronterizos en los que se suscita la triple cuestión de la competencia (judicial internacional), de la ley aplicable al fondo de la disputa y de la eficacia extraterritorial de la eventual decisión dictada. Una respuesta poco accesible y adecuada a sus expectativas y necesidades, susceptible de generarle insatisfacción. Ello favorece el recurso a mecanismos alternativos o adecuados de resolución de controversias, tanto presenciales como en línea.

¹¹ Respecto, en concreto, de los consumidores bancarios, vid. Blanco (2016, p. 148).

En muchos lugares del planeta, también en España, el sistema de justicia ha visto agudizada —en tiempos recientes— su imagen de enfermo crónico, transmitiendo una sensación de inoperancia (Blanco, 2016, p. 152). Su incapacidad para aportar una respuesta «cercan[a], eficaz, entendible y relativamente rápid[a]» a los problemas de los ciudadanos (Congreso de los Diputados, 2022, p. 2), miembros de unas sociedades crecientemente conflictivas y conflictuadas (Esplugues, 2019a, pp. 49-53), fomenta un paulatino aumento de la desafección hacia los tribunales estatales que, entre otros efectos, alimenta el recurso a los medios alternativos/apropiados de resolución de controversias (MASC) (Barona & Esplugues, 2014, pp. 7-16). Mecanismos con grados diversos de presencia en los ordenamientos jurídicos nacionales, que se convierten —ahora— en opciones reales para la ciudadanía con vistas a la resolución de sus disputas (Barona, 2013, pp. 19-20), permitiéndoles a estas «recuperar la capacidad negociadora» y romper «la dinámica de la confrontación y la crispación que invade en nuestros tiempos las relaciones sociales» (Congreso de los Diputados, 2022, p. 3).

De hecho, los MASC pierden progresivamente la condición de alternativa a los tribunales estatales que les ha caracterizado tradicionalmente y ganan de forma sostenida una naturaleza de complementariedad a la justicia estatal. Integrándose, así, en el nuevo concepto de «justicia integral» (Barona, 2016, pp. 51 y ss.) y favoreciendo la consolidación de una nueva y plural noción de «acceso a la justicia» (Esplugues, 2020, pp. 79-81). Una opción fomentada en muchas ocasiones por los poderes públicos, de la que el ciudadano puede y debe beneficiarse en condiciones de absoluta igualdad entre ambos caminos (Esplugues, 2019b, pp. 16-22; Barona, 2016, pp. 45 y ss.). Se trata de ofrecer

a la ciudadanía la vía más adecuada para gestionar su problema. En unos casos será la vía exclusivamente judicial, pero en muchos otros será la vía consensual la que ofrezca la mejor opción. La elección del medio más adecuado de solución de controversias aporta calidad a la Justicia y reporta satisfacción a los ciudadanos y ciudadanas. En este contexto cobran importancia las razones de las partes para construir soluciones dialogadas en espacios compartidos. (Congreso de los Diputados, 2022, p. 3)

Focalizándonos específicamente en la UE, en su seno se han producido diversos relevantes desarrollos legislativos. En ellos confluyen dos políticas compartidas entre la UE y los Estados miembros al amparo del artículo 4 TFUE: consumo (art. 4.2.f) y el espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 4.2.j).

El volumen de instrumentos que articulan vías de acceso a los tribunales estatales en el ámbito del consumo es amplio y relevante, contando con el Reglamento 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía; el Reglamento 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo; y los artículos 17 a 19 del Reglamento 1215/2012 del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, como ejemplos paradigmáticos.

Junto con ello, el legislador europeo es plenamente consciente de la relevancia del juego de los MASC en este sector, por lo que ha aprobado la Recomendación de la Comisión 2001/310/CE, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo. O instrumentos como 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 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva RAL); el Reglamento 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 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Reglamento RLL); o el Reglamento de Ejecución 2015/1051 de la Comisión, de 1 de julio de 2015, sobre las modalidades para el ejercicio de las funciones de la plataforma de resolución de litigios en línea, sobre las modalidades del impreso electrónico de reclamación y sobre las modalidades de cooperación entre los puntos de contacto previstos en el Reglamento 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

El sistema, amplio y también disperso, se ha probado insuficiente hasta el momento para ofrecer a los consumidores europeos una solución rápida, efectiva, segura y accesible para resolver sus disputas de consumo, máxime en relación con aquellas de naturaleza transfronteriza. Y ello, en la medida en que junto a los problemas planteados por su práctica —tan solo abarca un número limitado de las potenciales disputas transfronterizas— tampoco parece especialmente bien preparado para hacer frente a los específicos problemas planteados por la actual realidad digital (Ecommerce Europe, 2022). Algo de lo que la UE parece ser consciente.

En el actual mercado único europeo digital, en el que el comercio electrónico representa el 25% del gasto de los consumidores en la UE, con un 50% del desembolso total anual de publicidad de las empresas realizado en línea

(Ecommerce Europe, 2022, p. 1), se consolida la apuesta por los MASC como mecanismos adecuados para facilitar al consumidor la posibilidad de obtener «fair redress in case of problems» (p. 1). Esto, tanto cuando se trata de operaciones domésticas como transfronterizas, y cuando afectan a un consumidor o a un colectivo de consumidores (pp. 1-2). Un tipo de disputas, estas últimas, cada vez más habituales debido a la realidad digital que vivimos y al fomento sostenido del comercio electrónico.

La litigiosidad transfronteriza de consumo presenta un grado adicional de complejidad. Junto a los problemas tradicionales de la falta de claridad sobre la ley aplicable,¹² los problemas lingüísticos o la ausencia de conciencia de los consumidores sobre dónde plantear una eventual demanda, se añaden las cuestiones propias del uso de plataformas digitales que, entre otras consecuencias, implican un incremento en la importancia de intermediarios y proveedores de terceros países. Esto exige, entre otras medidas, educar al consumidor, proveerle de información y también de herramientas, especialmente en línea, que le permitan alcanzar soluciones rápidas, efectivas —de ahí la necesidad de asegurar su ejecución— y previsibles a sus litigios (Ecommerce Europe, 2022, p. 3).

Ello pasa, entre otras medidas, y admitiendo que estamos ante herramientas de base voluntaria, por identificar con claridad al proveedor de servicios MASC, especificando sus competencias y estableciendo un punto único de presentación de las posibles reclamaciones; una especie de ventanilla única. A su vez, debería facilitarse al máximo la presentación de las eventuales reclamaciones, tanto presenciales como en línea, sobre todo si el consumidor —en un intento adicional por no agrandar la brecha digital— no está habituado a las herramientas informáticas. Toda la información debería ser, además, redactada de forma clara. En el caso concreto de las disputas de consumo, se debería asegurar que todo el proceso fuera en el idioma del consumidor. Todo ello, intentando proteger al máximo al

¹² Incluso en un entorno jurídicamente integrado como es la UE, la solución de las controversias surgidas en el ámbito del consumo en el marco de la Unión Europea plantea un primer problema de partida: el relativo al grado de satisfacción eventualmente alcanzable. Las directivas promulgadas diseñan en muchas ocasiones un grado mínimo de armonización que, además, va a confrontarse con un proceso de transposición por los diversos legisladores nacionales, que de manera más que habitual da lugar a normas nacionales que no son uniformes entre sí, incluso en relación con el nivel de protección ofrecido. Y que, en todo caso, y debido a la pluralidad de instrumentos promulgados, presentan un elevado grado de fragmentación, afectando a su aplicación por los operadores, por los tribunales nacionales y también por el TJUE que, sin embargo, sí mantiene una posición favorable al consumidor (Basedow, 2021, pp. 516 y ss.).

consumidor vulnerable y ofreciéndole herramientas para la autoevaluación de su caso (Voet *et al.*, 2022, p. 2).

De nada sirve establecer un alto grado de protección del consumidor si, posteriormente, este no puede ver satisfechas sus expectativas en supuestos de disputas de consumo. La actual realidad digital acentúa este peligro, a la vez que pone aún más de manifiesto la exigencia de ofrecer al ciudadano consumidor medios adecuados de resolver sus disputas.

V. A MODO DE CONCLUSIONES

El derecho del consumo constituye uno de los ámbitos más apasionantes de la ciencia jurídica. La toma de conciencia del legislador sobre la existencia de un colectivo que debe ser protegido se ha plasmado en amplios desarrollos legislativos en muchos lugares del planeta. La realidad actual del consumo, los nuevos retos que genera y con los que se ve confrontada, exigen repensar este ámbito del derecho y las respuestas que ofrece a una problemática cada vez más compleja, que puede poner en entredicho gran parte de los avances —y de los derechos atribuidos al consumidor— de los últimos años en este sector temático. Muchas son las nuevas preguntas planteadas. Habrá que ver si los distintos legisladores nacionales son capaces, también, de aportar nuevas respuestas.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Añoveros, B. (2019). Economía colaborativa y normas de Derecho Internacional Privado Europeo de protección del consumidor. En C. Esplugues, P. Diago & P. Jiménez P. (eds.), *50 años de Derecho internacional privado europeo en el diván* (pp. 209-236). Tirant lo Blanch.
- Ari, I. & Yikmaz, R. (2020). Greening of industry in a resource —and environment— constrained world. In S. Acar & E. Yeldan (eds.), *Handbook of Green Economics* (pp. 53-68). Academic Press.
- Association of Southeast Asian Nations. (s. f.). *Consumer Protection*. <https://asean.org/our-communities/economic-community/competitive-innovative-and-inclusive-economic-region/consumer-protection/>
- Barona, S. (2016). «Justicia integral» y «*access to justice*». Crisis y evolución del «paradigma». En S. Barona (coord.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (pp. 31-56). Thomson Reuters-Civitas.
- Barona, S. (2013). *Mediación civil en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*. Tirant lo Blanch.

- Barona, S. & Esplugues, C. (2014). ADR Mechanisms and their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century: Some Concepts and Trends. In C. Esplugues & S. Barona (eds.), *Global Perspectives on ADR* (pp. 1-52). Intersentia.
- Basedow, J. (2021). *EU Private Law: Anatomy of a Growing Legal Order*. Intersentia.
- Blanco, A. (2016). De las ADR a las ODR en los conflictos de consumidores bancarios. En S. Barona (ed.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (pp. 147-169). Thomson Reuters-Civitas.
- Calvo, A. (2019). Los contratos de consumo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: últimas tendencias. En S. Álvarez, R. Arenas, P. De Miguel, S. Sánchez, G. Stampa & J. Fernández (eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas* (pp. 165-178). Thomson Reuters-Civitas.
- Comisión de la Comunidad Andina. (2005). *Decisión 608: Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina*. <https://www.comunidadandina.org/DocOficiales-Files/Gacetas/Gace1180.pdf>
- Comisión Europea. (2020). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Nueva Agenda del Consumidor. Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2020:696:FIN>
- Commission of the European Communities. (1985). *Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council*. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4ff490f3-dbb6-4331-a2ea-a3ca59f974a8/language-en>
- Congreso de los Diputados. (2022, 22 de abril). Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF
- Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. (2003). *Decisión 539: Mesa Andina de Participación de la Sociedad Civil para la Defensa de los Derechos del Consumidor*. <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/DEC539S.asp>
- Cordero, C. (2021). Plataformas digitales: nuevos retos conceptuales para el Derecho internacional privado europeo de consumo. En J. Castelló (dir.), *Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales* (pp. 77-108). Thomson Reuters Aranzadi.
- Dreyzin, A. (2019). El Derecho internacional privado en movimiento: las relaciones de consumo en la arena internacional. En S. Álvarez, R. Arenas, P. De Miguel, S. Sánchez, G. Stampa & J. Fernández (eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas* (pp. 243-260). Thomson Reuters-Civitas.
- Ecommerce Europe. (2022). *Cross-border Alternative Dispute Resolution*. https://commission.europa.eu/system/files/2022-08/digitalisation_in_cross-border_adr.pdf
- Esplugues, C. (2021). Obligaciones contractuales: algunos contratos en especial. En C. Esplugues, G. Palao & J. Iglesias (eds.), *Derecho internacional privado* (pp. 659-685). Tirant lo Blanch.
- Esplugues C. (2020). Cruzando el espejo arbitral: las propuestas de la CNUDMI en materia de arbitraje acelerado y la búsqueda del «triángulo mágico». En S. Barona (ed.), *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de justicia* (pp. 79-105). Tirant lo Blanch.

- Esplugues, C. (2019a). El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: una realidad consolidada no exenta de tensiones. En C. Esplugues (ed.), *Tratado de arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica* (pp. 49-98). Tirant lo Blanch.
- Esplugues, C. (2019b). *Mediación civil y comercial. Regulación internacional e iberoamericana*. Tirant lo Blanch.
- European Consumer Summit 2022. (s. f.). *Priority actions Consumer Summit 2021 – state of play*. <https://prod5.assets-cdn.io/event/7729/assets/8355637685-32bbda8f7d.pdf>
- Eurostat. (s. f.). Glossary: Domestic material consumption (DMC). [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:Domestic_material_consumption_\(DMC\)](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:Domestic_material_consumption_(DMC))
- Eurostat. (s. f.). Material flow accounts and resource productivity. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Material_flow_accounts_and_resource_productivity#The_EU.E2.80.99s_domestic_material_consumption_compared_with_the_world.27s_material_extraction
- Evangelio, R. (2022). Los ricos también lloran... y pueden ser consumidores. En J. De Verda y Beamonte (dir.), *Estudios de Derecho Privado en homenaje al Profesor Salvador Carrión Olmos* (pp. 627-646). Tirant lo Blanch.
- Fernández, R. (2022). Evolución de la población mundial desde 1950 hasta 2050. <https://es.statista.com/estadisticas/635122/evolucion-de-la-poblacion-mundial/>
- Hobson, K. (2013). “Weak” or “Strong” Sustainable Consumption? Efficiency, Degrowth, and the 10 Year Framework of Programmes. *Environment and Planning C: Government and Policy*, 31(6), 1082-1098. <https://doi.org/10.1068/c12279>
- Kennedy, J. (1962). Consumidores somos todos. <https://studylib.es/doc/4977290/discurso-de-john-f.-kennedy-el-15-de-marzo-de-1962>
- MERCOSUR. (2022). *Logro 22: Sistema regional de defensa del consumidor*. <https://www.mercosur.int/logro-22-sistema-regional-de-defensa-del-consumidor/>
- MERCOSUR. (2019). *Defensa del consumidor. Principios fundamentales*. https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/73866_RES_036-2019_ES_Defensa%20Consumidor%20Principios%20Fundamentales.pdf
- Mont, O. (2019). Introduction. In O. Mont (ed.), *A Research Agenda for Sustainable Consumption Governance* (pp. 1-18). Edward Elgar Publishing.
- Palao, G. (2022). Mercado único y Consumidores. En P. Pajín (coord.), *GPS Consumo* (pp. 33-80). Tirant lo Blanch.
- Palao, G. (2004). La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo. En M. Reyes (coord.), *Derecho Privado del Consumo* (pp. 73-94). Tirant lo Blanch.
- Parlamento Latinoamericano (2014). *XXI Reunión de la Comisión de Servicios Públicos, Defensa del Usuario y el Consumidor*. <https://centrogilbertobosques.senado.gob.mx/docs/sericalatina72.pdf>.
- Saumier, G. (2021). SDG 12: Sustainable Consumption and Production. In R. Michaels, V. Ruiz & H. Van Loon (eds.), *The Private Side of Transforming our World. UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law* (pp. 383-408). Intersentia.

- United Nations. (s. f.). *Objetivo 12: Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles*. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-consumption-production/>
- United Nations Conference on Trade and Development. (2016). *Directrices para la Protección del Consumidor*. https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1_es.pdf
- United Nations Conference on Trade and Development. (2015). *Protección del consumidor*. https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d186_es.pdf
- United Nations Department of Economic and Social Affairs. (s. f.). *Camino hacia el consumo sostenible*. <https://www.un.org/es/desa/sustainable-consumption>
- United Nations Environment Programme. (2019a). *Panorama de los Recursos Globales. 2019: Recursos Naturales para el Futuro que Queremos*. <https://www.resourcepanel.org/es/informes/perspectiva-de-recursos-globales>
- United Nations Environment Programme. (2019b). *Vías innovadoras para lograr el consumo y la producción sostenibles*. <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/28517/Spanish.pdf?sequence=6&isAllowed=y>
- United Nations Environment Programme. (s. f.). *Domestic Material Consumption*. https://wesi.unep.org/sdg/country_profile/globalindicator1222.html?country=GL
- United Nations Environment Programme. (s. f.). *Global Opportunities for Sustainable Development Goals (GO for SDGs)*. <https://www.unep.org/explore-topics/sustainable-development-goals/what-we-do/global-opportunities-sustainable>
- Voet, S., Caruso, S., D'Agostino, A. & Dethier, S. (2022). Recommendations from academic research regarding future needs of the EU framework of the consumer Alternative Dispute Resolution (ADR). https://commission.europa.eu/system/files/2022-08/executive_summary_0.pdf

CAPÍTULO III

PRODUCCIÓN Y CONSUMO RESPONSABLES FRENTE A LA CRISIS CLIMÁTICA

Dr. Patricio Masbernat
Universidad Autónoma de Chile¹

Dra. Hellen Pacheco
Universidad Autónoma de Chile

Dra. Andrea Lucas Garín
Universidad Autónoma de Chile

SUMARIO: I. Introducción. II. El desarrollo sustentable y los ODS de las Naciones Unidas. III. Consumo y producción responsables, y cambio climático. IV. Producción y consumo amigables con el clima. V. El objetivo de desarrollo sostenible 13 y el comercio. 1. Palabras previas. 2. Entre conflictos y respuestas para el cambio climático. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo busca relevar el aporte del objetivo de desarrollo sostenible 12, referido a producción y consumo responsables, al logro del desafío que plantea el cambio climático, considerado en el objetivo de desarrollo sostenible 13 de acción por el clima. Para ello, los autores efectúan

¹ Los profesores Hellen Pacheco y Patricio Masbernat son investigadores del proyecto 101007623-INTACT (INnovation in Truffle cultivation, preservAtion, proCessing and wild truffle resources management), MSCA-RISE - Marie Skłodowska-Curie Research and Innovation Staff Exchange (RISE), Unión Europea/ Consiglio Nazionale Delle Ricerche, <https://www.intactproject.eu>. Este artículo forma parte de dicho proyecto, a través de la participación de los citados investigadores.

una breve reseña de la doctrina de desarrollo sustentable, de acuerdo con las Naciones Unidas y algunos reportes de investigadores especializados. Luego explican el contenido multidimensional de estos dos objetivos de desarrollo sostenible y finalmente exponen los aportes de la producción y consumo responsables a la lucha contra el cambio climático, destacando los conflictos y soluciones que se han propuesto desde la perspectiva del comercio internacional.

II. EL DESARROLLO SUSTENTABLE Y LOS ODS DE LAS NACIONES UNIDAS

No ha sido sencillo consensuar un contenido de desarrollo sustentable (Hopwood, Mellor & O'Brien, 2005, pp. 38-52) y por ello suele recurrirse a la definición entregada por el Informe Brundtland. Básicamente, en su tesis central se busca equilibrar el desarrollo económico con el cuidado ambiental (Aguado, 2019, p. 188). Tradicionalmente se ha entendido que el desarrollo sustentable es aquel modelo de desarrollo que intenta solventar las necesidades de las personas sin comprometer la posibilidad de satisfacer aquellas de las futuras generaciones.

La definición tradicional de desarrollo sustentable se construye sobre dos elementos clave: el concepto de «necesidades», particularmente las necesidades esenciales de los pobres del mundo, a las que se debe dar prioridad absoluta; y la idea de las limitaciones impuestas por el estado actual de la tecnología y la organización social sobre la capacidad del medioambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras (Pietro, 2014, pp. 136-166).

El concepto de desarrollo sustentable desde un inicio ha sido vinculado a la categoría de «derecho al desarrollo», como se observa en los tres primeros principios de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992. El desarrollo debe constituir un proceso colectivo que se mantenga en el largo plazo, orientado a la mejora de la calidad de vida de las personas y sus comunidades. La sustentabilidad presenta tres facetas, a saber, la social, la económica y la ambiental. Así pues, se requiere una armonización de esos tres pilares en la construcción del bien común y la justicia social, económica y ambiental (Kyu Sung, 2013, pp. 200-226). Hay un soporte, entonces, en los derechos de las personas, en la participación de los procesos y de los beneficios, con miras al respeto de los mismos derechos de las futuras generaciones.²

² En esto se observa la Brundtland Commission y su informe como un hito relevante generalmente citado (Ruhl, 1999, p. 40).

Una adecuada comprensión de este tema se puede lograr con la revisión de su génesis. Producto de la Gran Depresión y el esfuerzo en la recuperación económica post 1930, se asimila esa categoría con la de desarrollo económico, poniéndose énfasis en el aumento de la producción (masiva y estandarizada) y el aumento del consumo (masivo), el logro del pleno empleo, ignorando otros factores tales como los sociales o ambientales (Spangenberg, Fuad-Luke & Blincoe, 2010, pp. 1485-1493).

En ese contexto se presentan análisis tales como el de Bernard London y la obsolescencia planificada como solución a la crisis económica (London, 1935; 1932), lo que por cierto plantea objeciones tanto desde el desarrollo sustentable como para los intereses de los consumidores, aunque esto pueda matizarse, como plantea Sielska (2019, pp. 215-224). Por supuesto, la crisis económica de 1930 pudo ser superada no solo por las necesidades causadas por la Segunda Guerra Mundial y la reconstrucción europea y global, sino también por la emergencia de sociedad de consumo, la cual hoy se observa precisamente como insostenible (Cardoso *et al.*, 2018, pp. 744-752).

Esta preocupación de sustentabilidad económica (social y ambiental) del modelo basado en la sociedad de consumo emergió hacia la década de 1960 (especialmente desde la observación del impacto sobre el medioambiente), no obstante, el cuestionamiento solo fue más claro y articulado desde la década de 1980. Surgió una reflexión en orden a que ese modelo de desarrollo implicaba una actividad humana devastadora para con los fundamentos y sistemas que sustentan la vida en nuestro planeta (en una comprensión que se inicia desde la advertencia de la deforestación y desertificación, hasta el calentamiento global y el cambio climático, como hoy se destaca con suficiente evidencia científica).

De este modo, se observó la necesidad de modificar la concepción y los fundamentos del desarrollo, advirtiendo que los factores sociales y medioambientales se encuentran intrínsecamente vinculados a los económicos. Se comprendió, asimismo, que el modelo de crecimiento económico vigente generaba una enorme presión sobre los recursos naturales, gran contaminación y daño ambiental, y que esos costos eran pagados por muchos que no reciben los beneficios del desarrollo. Y estos efectos son globales. Desde ese punto, se evaluó que se requiere reordenar los valores sobre los que las sociedades se organizan.

Con ello, los países organizaron sus esfuerzos desde Naciones Unidas mediante una serie de iniciativas que se mencionan en una enorme cantidad de documentos (tales como la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible), que concretan iniciativas tales como los Objetivos de Desarrollo

del Milenio (establecidos por la Resolución 55/2, llamada Declaración del Milenio, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 8 de septiembre de 2000) o los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobada en septiembre de 2015 por la Asamblea General de las Naciones Unidas), que se construyen mediante objetivos, metas e indicadores para la implementación de políticas que concreten dichos programas (Kates, Parris & Leiserowitz, 2005, pp. 8-21). Entre estos últimos, se encuentra el objetivo 12, que busca garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles, y el objetivo 13 referido al cambio climático.

III. CONSUMO Y PRODUCCIÓN RESPONSABLES, Y CAMBIO CLIMÁTICO

De acuerdo con Naciones Unidas, el objetivo 13 exige medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus repercusiones. Al respecto, se ha sostenido que el cambio climático se manifiesta en el cambio de los patrones de precipitaciones y de eventos climáticos extremos, el decrecimiento de los volúmenes de hielo y nieve, y el incremento del nivel del mar (Galindo *et al.*, 2015, p. 9). Asimismo, se evidencia en el aumento progresivamente mayor de la temperatura en el planeta —atmósfera y océanos—, en el transcurso de las últimas décadas, y de esto existe suficiente evidencia científica. Este aumento de las temperaturas se ha producido por la acción humana, por el modelo de desarrollo económico, de producción de bienes y servicios, y el uso de las energías, por ejemplo, combustibles fósiles y sus efectos sobre el aumento de las emisiones de gases de efecto invernadero.

El aumento de temperaturas genera múltiples efectos, como se ha indicado, que redundan en la desertificación o las inundaciones, en la pérdida de la capacidad de los territorios para soportar adecuadamente la vida humana y de animales (vertebrados e invertebrados), microorganismos, vegetales, hongos, algas, etc. Es más, el cambio climático produce efectos negativos sobre todos los aspectos relevantes del bienestar humano, tales como la salud, la seguridad alimentaria y la disponibilidad de agua, con lo que se pone en riesgo la propia sostenibilidad de la vida humana (Jakob & Steckel, 2016, pp. 1-10). La forma de enfrentar esta crisis, entonces, es mediante medidas que impliquen cambios importantes en el modelo de desarrollo, entre los que se encuentran los patrones actuales de producción y consumo.

La producción y consumo sustentables (PCS, en lo sucesivo) se ha incorporado desde hace décadas en la agenda internacional (Clark, 2007,

pp. 492-498) y ha sido abordada por el mundo científico (Myers, Vincent & Panayotou, 1997, pp. 53-55; Barber, 2002, pp. 63-93). Con cifras y datos, las Naciones Unidas mencionan que el consumo y la producción a nivel mundial, que impulsan la economía global, abusan del medioambiente y los recursos naturales, y generan un impacto negativo que debe revertirse, pues pone en peligro la supervivencia humana (Durovic & Lech, 2020, pp. 13-25). Se requiere cambiar los patrones de producción y consumo (Jackson, 2007), pues los mismos han sido declarados las causas más relevantes de daño ambiental global (Akenji & Bengtsson, 2014, pp. 513-529).

Como se observa, este modelo no es sustentable, porque deteriora gravemente el medioambiente, los ecosistemas y la biodiversidad, generando una serie de consecuencias globales tales como cambio climático y calentamiento global, agotamiento de la capa de ozono, lluvia ácida, bioacumulación de sustancias tóxicas, pérdida de especies, deforestación, agotamiento de los recursos naturales, crecimiento demográfico, etc. (Krajnc & Glavic, 2003, pp. 279-288). Entonces, se trata de cómo hacer más y mejor con menos (Roy & Singh, 2017, pp. 224-236), de desacoplar el crecimiento económico de la degradación ambiental, de aumentar la eficiencia de los recursos y promover estilos de vida sostenibles. Se destacan varios campos: acceso, consumo y cuidado del agua dulce, generación de energía limpia (no contaminante) y uso eficiente de la energía, producción sustentable de alimentos (fábricas, extracción de recursos de tierra y mares) y hábitos de consumo ambientalmente sustentables y saludables, turismo sustentable, reducción y tratamiento de desechos, destino adecuado de los desechos tóxicos y contaminantes, su reducción y reciclaje; mejoramiento tecnológico, etc.

El objetivo 12, en definitiva, exige una reducción de la huella ecológica, cambiando las formas de producción y consumo, a nivel de personas, empresas, gobiernos, y el fortalecimiento de las capacidades científicas y tecnológicas para tales objetivos.

Naciones Unidas ha incorporado parámetros e indicadores al objetivo 12, que son monitorizados y datados por la Comisión de Estadística de las Naciones Unidas en el Sistema de Contabilidad Ambiental Económica. Sin embargo, lograr este seguimiento no es siempre totalmente exitoso, dadas las distintas realidades y capacidades de cada país; para algunos incluso se debe precisar más aún esos parámetros de medición (Bengtsson *et al.*, 2018, pp. 1533-1547).

Por otro lado, existen al menos dos puntos de vista teóricos dominantes acerca de la PCS: el enfoque de eficiencia, que se encuentra centrado en promover métodos y productos de producción más eficientes

(principalmente a través de la mejora tecnológica y la elección informada del consumidor), y el enfoque sistémico, que enfatiza la necesidad de considerar también los volúmenes generales de consumo, los problemas de distribución y los cambios sociales e institucionales relacionados. El primer enfoque sería insuficiente por sí mismo para lograr resultados (Bengtsson *et al.*, 2018; Lorek & Fuchs, 2013, pp. 36-43) y sería necesaria una mirada más compleja o multidimensional (Moyo & Ngwakwe, 2020, pp. 34-49). No son suficientes los esfuerzos en áreas específicas, sino coordinados, en cascada, con efectos múltiples o colaterales, considerando los diferentes elementos de las cadenas de producción y consumo (Geels *et al.*, 2015, pp. 1-12).

En un tema relacionado, existen distintas perspectivas teóricas para enfrentar el problema: una reformista (que busca enfrentar el problema con herramientas más tradicionales), una revolucionaria (que aboga por la abolición del capitalismo, el materialismo y el consumismo) y, por cierto, terceras opciones más minoritarias (Geels *et al.*, 2015). En ese debate, hay quienes plantean incluso la instalación de un modelo de decrecimiento — evitando el efecto rebote (Saey-Volekrick, 2020, pp. 103-118)—, un estilo de vida basado en diferentes valores sociales (Coderoni & Perito, 2020, pp. 1-11) que reconozcan los vínculos entre medioambiente, sociedad y economía, en el contexto de la idea de la existencia de un único planeta (Mauerhofer, 2020, pp. 15-31).

Otro aspecto relevante es el impacto del comercio internacional sobre la degradación ambiental global y las formas de producción y consumo no sustentables que lo fomentan, siendo necesaria la búsqueda de acuerdos multilaterales (Scott, 2020, p. 81). A esto nos referiremos más adelante.

IV. PRODUCCIÓN Y CONSUMO AMIGABLES CON EL CLIMA

La literatura sobre PCS es extensa y existen importantes revisiones generales (Wang *et al.*, 2019, pp. 741-754; Roy & Singh, 2017; Vergragt, Akenji & Dewick, 2014, pp. 1-12; Welford, Young & Ytterhus, 1998, pp. 38-56) y estudios por áreas específicas. Ahora, hay múltiples temas que vinculan el impacto de la producción y el consumo con el problema del cambio climático. Acá desarrollamos aquellos que podrían ser considerados los de mayor extensión.

El primero que podemos referir es la agricultura. Tanto el aumento de la producción agrícola como el aumento de la población han sido dos variables que han crecido conjuntamente, en una proporción directa. Esto

ha conllevado una presión cada vez mayor sobre las capacidades para generar alimentos. La agricultura siempre fue una actividad localizada y no tecnificada, en que diversas especies vegetales se superponían en los mismos terrenos o se alternaban, no se utilizaban sino abonos naturales y el uso de pesticidas era inexistente o muy localizado. Las tierras se usaban solo en ciertas ocasiones y eso daba la oportunidad para que los animales y microorganismos del suelo y subsuelo compartieran hábitat con diversas especies de plantas, árboles, hongos. En las últimas décadas esta situación ha cambiado drástica y progresivamente.

Hoy en día, los actuales modelos de producción agrícola implican: una explotación intensiva de la tierra, dejándola expuesta al viento y al sol, a varios centímetros de profundidad, muchas veces con monocultivos y especies vegetales transgénicas; uso abusivo del agua, utilización masiva de pesticidas y herbicidas para suelo y subsuelo, uso de fertilizantes químicos, sistemas de control de animales silvestres y un largo etcétera.

Ese modelo de explotación de la tierra está trayendo múltiples consecuencias, tales como las siguientes: degradación química y biológica del suelo, pérdida de la riqueza nutricional de los productos agrícolas, como resultado del empobrecimiento de los suelos; pérdida de la biodiversidad (esterilidad), pérdida de la capacidad de la tierra para aportar oxígeno y consumir anhídrido carbónico, erosión y desertificación del suelo, resequedad del aire, pérdida de aguas superficiales y subterráneas (acuíferos), y, de nuevo, un largo etcétera. Esto, a su vez, genera efectos directos sobre la población humana, siendo el empobrecimiento económico el primero de ellos, la destrucción de hábitats humanos, pérdida de fuentes de alimentación y empobrecimiento de la calidad de los alimentos (Cotler *et al.*, 2007, pp. 5-71).

Ahora, el cambio climático también produce efectos directos sobre la agricultura, particularmente: reducción de productividad y rendimiento, por una menor disponibilidad de agua en los acuíferos, aumento de contaminantes y disminución de humedad del suelo; fenómenos climáticos extremos, destrucción de cosechas, anomalías en el proceso de crecimiento y desarrollo de las plantas, erosión y degradación de la tierra, lluvias torrenciales anómalas, sedimentación en cauces, desbordamientos e inundaciones, deslizamientos y derrumbes, incremento de la incidencia de plagas y enfermedades de los cultivos, reducción de polinizadores, etc. (Bejarano *et al.*, 2021).

Otro tanto puede mencionarse acerca de la producción pecuaria. Desde siempre, la humanidad criaba animales de diversas especies y en pequeño número, en contacto con la naturaleza, en el contexto de unidades

familiares y para su alimentación en autoconsumo, en armonía con el medioambiente, tanto en su número como su diversidad y su manejo. Hoy en día el sector pecuario se ha industrializado para lograr la producción de grandes cantidades de carne, leche, huevos y sus subproductos. Uno de los efectos directos de este modelo productivo es el aumento de gases de efecto invernadero (Bejarano *et al.*, 2021, pp. 274-284; Sánchez *et al.*, 2020). Por ejemplo, esos gases son producidos por la alimentación (elaboración de piensos), digestión de los animales (fermentación entérica), almacenamiento y elaboración del estiércol, elaboración y el transporte de productos pecuarios, etc.

Adicionalmente, el modelo intensivo de producción pecuaria produce otros problemas ambientales: multiplicación de especies únicas, planteles inmensos de animales en áreas reducidas, altas posibilidades de contagios masivos de enfermedades y las consecuentes muertes masivas, dado el manejo de los planteles; generación de desechos de animales en enormes cantidades, necesidad de nutrir a los animales con alimentos industriales, con incorporación de toda clase de químicos, antibióticos, hormonas, etc. Esto produce impactos negativos en las comunidades humanas, entre otros factores, por la pérdida de la calidad nutricional de los alimentos, por las sustancias químicas y biológicas incorporadas a los animales (que luego pasan a los consumidores), por las enfermedades generadas en los planteles de animales, que pueden aparecer o fortalecerse (por las correspondientes mutaciones), como, asimismo, transmitirse por diversos vectores a los seres humanos, etc. (Sánchez *et al.*, 2020).

En materia de producción de peces de ríos y mares, también se presentan impactos graves; aquí destacamos dos ámbitos. Uno de ellos es la pesca de arrastre en el mar, modelo de explotación altamente destructivo, que tiene impactos de diversa clase: físicos, sobre los ciclos químicos, sobre la biodiversidad (Biju & Deepthi, 2006, pp. 922-931). Se trata del

método de pesca industrial menos selectivo que se practica aún en estos tiempos. Destruye los fondos y las comunidades bentónicas, es poco selectiva y captura los peces que viven sobre el fondo o cerca del mismo. Existen dos grandes categorías de redes de arrastre, las artes de fondo destinadas a capturar diversos tipos de especies de fondo (camarones, cigalas, peces planos), y demersales (bacalao, merluza, etc.) y las artes pelágicas para la captura de especies de superficie o entre dos aguas (sardinas, jureles, róbalo, etc.). (Sommer, 2005)

Otro asunto es la acuicultura, cuyo manejo ambiental es dificultoso. Se trata de una actividad de alto impacto químico, biológico y físico, sobre todo por la masividad de poblaciones de peces, el uso de alimentos y antibióticos

(que daña a terceras especies), los desechos de los peces (contamina aguas y suelos marinos, generando zonas sin oxígeno, «zonas muertas»), el abandono de la infraestructura (plásticos, pinturas, redes, jaulas, etc.) y el perjuicio con el equilibrio ecológico de los lugares donde se desarrolla (Borja, 2002, pp. 41-49).

La producción textil también plantea un problema grave, en todas sus fases, incluida la etapa de distribución, uso y desecho. A juicio de los especialistas, el principal impacto en la fase de producción es la eutrofización de las aguas, la ocupación de tierras agrícolas y la transformación natural de la tierra. Asimismo, se ha explicado que el algodón representa cerca del 40% de la producción mundial de fibras textiles, que usa grandes cantidades de fertilizantes (nitrógeno, fósforo y potasio). En cuanto a la contribución al cambio climático y el consumo de combustibles fósiles, la producción textil genera efectos por funcionamiento de maquinaria agrícola, por funcionamiento de la maquinaria industrial y maquinaria para generación de vapor en el encolado y ennoblecimiento; por proceso de lavado, secado y planchado de la ropa, sea industrial o doméstico; y por transportes (barcos y camiones). Además de lo anterior, debe considerarse el gran uso de agua durante el proceso de producción de las fibras textiles (cultivo de algodón y el lavado de lana), en los procesos de tintura y acabado, y en la fase de uso durante el lavado doméstico (Carrera, 2017, p. 20-32).

Otro asunto muy relevante se vincula con la construcción de habitaciones humanas, aisladas o en pueblos y ciudades, y de toda clase de infraestructura urbana o rural. Nuevamente el impacto negativo es múltiple, incluido aquel vinculado al cambio climático (Moreno, 2009, pp. 52-67). Podemos comenzar indicando que se sepulta el suelo bajo las construcciones y las infraestructuras, y muchas veces ese mismo suelo y los suelos circundantes son contaminados por materiales de construcción y por otra clase de desechos peligrosos para la vida de los suelos y los ecosistemas.

Por su parte, los asentamientos humanos —especialmente las ciudades— han aumentado su tamaño enormemente, concentrando las comunidades humanas luego de vaciar de habitantes grandes territorios de la Tierra. El impacto medioambiental es diverso según se trate de países más o menos desarrollados, siendo más difícil de manejar en los países pobres, dado que carecen de medios para planificar ciudades y mitigar impactos negativos, que pueden ser analizados como «flujos metabólicos».³ Entre ellos: destrucción

3 «Los espacios urbanos pueden analizarse como sistemas abiertos a los flujos de materiales y de energía; esto es que toman energía y materiales fuera del sistema (urbano) y que desechan energía disipada y materiales degradados» (Delgado, Campos & Rentería, 2012, p. 4).

de la calidad de la tierra, uso de agua y disposición de aguas servidas, disposición de desechos y materiales usados, transporte, etc. (Delgado, Campos & Rentería, 2012). No obstante, aun en los países desarrollados se generan otros impactos de las ciudades sobre el medioambiente —además de los referidos anteriormente—, que influyen en el cambio climático, tales como: calentamiento y enfriamiento de edificios, iluminación, uso de automóviles, emisión de gases que absorben radiación infrarroja (Meza & Rodríguez, 2018, pp. 9-22).

La producción de minerales también puede ser mencionada. Por una parte, los actuales modelos de explotación minera aportan al cambio climático y, por otro lado, dicha actividad es afectada negativamente por dicho fenómeno (Odell *et al.*, 2018, pp. 201-214). Como en otros casos, dependerá de la realidad de cada país, pues a cada nivel de desarrollo existirá un modelo de extracción más o menos desfavorable con el medioambiente. Por ejemplo, los procesos mineros de la selva amazónica son extremadamente precarios y generan toda clase de impacto ambiental negativo, que ni siquiera son adecuadamente medidos (Heck, 2014).

En otros países, la producción minera usualmente presenta niveles de control ambiental y esto permite medir su impacto. Por ejemplo, se comenta que la disminución de las leyes del mineral y las minas a cielo abierto cada vez más profundas requieren mayores esfuerzos y movilización de material para extraer cantidades iguales o menores de metales, y ello aumenta las emisiones y además genera cada vez mayor presión sobre recursos hídricos. Por supuesto, la minería presenta efectos sobre la salud de los ecosistemas y la biodiversidad en la superficie, los suelos y subsuelos. El uso de grandes camiones y maquinarias, luego el procesamiento industrial de los minerales, el transporte de los minerales por tierra y mar, también generan impactos vinculados al cambio climático (Odell *et al.*, 2018, pp. 201-214; Pinilla & Santos, 2014, pp. 455-475).

A nivel global, el comercio internacional acentúa y multiplica todos estos patrones de producción y consumo, aumentando el impacto en el medioambiente, en tierras y océanos, contribuyendo decisivamente en el cambio climático. Hay muchos otros ámbitos de patrones de producción y consumo que se usan por las diferentes sociedades, que influyen en el cambio climático. Pero por razones de espacio no podemos abordar. Con todo, estimamos que la revisión efectuada hasta aquí es suficiente para explicar la interacción entre las variables de este fenómeno.

V. EL OBJETIVO DE DESARROLLO SOSTENIBLE 13 Y EL COMERCIO

1. Palabras previas

El mandato del objetivo 13⁴ es claro en requerir la adopción de medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos. Dicho mandato exige tener claridad sobre el fenómeno del cambio climático, sus alcances y la respuesta jurídica que ha generado.

El calentamiento global está en la Tierra de modo indubitable y se ha generado a partir del aumento desmesurado en la atmósfera de los gases de efecto invernadero (GEI), según explica la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2015):

La evidencia recopilada con las mediciones directas y la teledetección desde satélites y otras plataformas indica que el cambio climático se manifiesta en aumentos de la temperatura atmosférica y oceánica, cambios en los patrones de precipitaciones, decrecimiento de los volúmenes de hielo y nieve, un incremento del nivel del mar y modificaciones de los patrones de fenómenos climáticos extremos. (p. 15)

Los principales gases que influyen con el calentamiento global son el dióxido de carbono (CO₂), el metano (CH₄), el óxido nitroso (N₂O), hidrofluorocarbonos (HFC), perfluorocarbonos, (PFC) y hexafluoruro de azufre (SF₆) (Sánchez *et al.*, 2020, pp. 126-145). El problema se suscita frente a las emisiones de GEI, como el dióxido de carbono (CO₂), gas que se genera de la combustión y que tiene un elevado tiempo de residencia en la atmósfera, ya que no se descompone, sino que solo desaparece por mecanismos biológicos o geológicos que constituyen parte del «ciclo del carbono» (Robador, 2015). No está solo este GEI, lo acompañan también el metano (CH₄) y el vapor de agua. Al aumentar la concentración de estos gases, absorben más energía y, por ende, se eleva la temperatura.

En la medida en que las actividades productivas están unidas a la emisión de carbono derivadas de la matriz energética que fundamenta dichas actividades, se ve muy difícil poder controlar el cambio climático. Al mismo tiempo, los patrones de consumo que derivan de dichas actividades, que

4 Se recomienda el trabajo de Masbernat y Pacheco sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible, que contiene una mirada jurídica latinoamericana de los ODS (Masbernat & Pacheco, 2021).

dependen del uso de energías fósiles y que continúan dichas prácticas, tampoco permiten generar cambios en la lucha contra el cambio climático.

Como respuesta jurídica, la comunidad internacional generó en las últimas tres décadas un régimen internacional que ha devenido en compromisos para los Estados que participan activamente del mismo.⁵ Desde la adopción del texto de la Convención Marco sobre cambio climático, en vigor desde 1994, el régimen se ha renovado con dos textos derivados: el primero, el Protocolo de Kioto, y el segundo, el Acuerdo de París. A este último se arribó luego de años de negociaciones climáticas, que concluyeron en diciembre de 2015 con un tratado exitoso, en cuanto a su pronta entrada en vigencia, inaugurando un mecanismo de *bottom up* para permitir que los Estados propusieran sus propios niveles de compromiso, utilizando las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC). Así, cada cinco años los Estados están obligados, por un lado, a adoptar medidas de mitigación y adaptación para abordar este grave problema, y, al mismo tiempo, con cada envío de las NDC aumentar su nivel de ambición en las medidas emprendidas.

El segundo elemento importante del Acuerdo de París es el relativo a la temperatura, ya que el tratado encamina los esfuerzos para limitar el aumento de la temperatura, con preferencia a los 1,5 grados centígrados y por debajo de los 2 grados centígrados a niveles preindustriales.

Veremos algunos de los potenciales conflictos que el cambio climático conlleva al comercio internacional, que tienen relación con la producción y consumo, y cuáles son las respuestas que en estas áreas se han propuesto.

2. Entre conflictos y respuestas para el cambio climático

La problemática climática determina que los GEI son una externalidad negativa que conlleva la producción de bienes y servicios, por lo que debe internalizarse en los costos del comercio de los bienes y servicios dichas emisiones. Asimismo, deben sumarse los costos por el transporte, tanto de modo directo por las emisiones en sí como por la subida de costos que los eventos extremos van determinando en la infraestructura de puertos,

5 Recordar que el régimen internacional se ha basado en la evidencia científica brindada por las informaciones que el Panel Intergubernamental de Cambio Climático (PICC) ha reunido y actualizado desde el primer informe del año 1991.

carreteras, ferrocarriles y puentes, así como en rutas marítimas, entre otras afectaciones observables en estas últimas décadas con mayor frecuencia.⁶

Los conflictos del cambio climático en contextos comerciales pueden enunciarse como la relocalización de industrias a países sin medidas que impliquen respuestas al cambio climático y, el más temido, la fuga de carbono,⁷ que se presenta amenazante en este contexto. Al mismo tiempo, la toma de medidas unilaterales para enfrentar el cambio climático por algún Estado también afectaría al comercio internacional en su intento por armonizar las reglas en este ámbito. Otra consecuencia es que el flujo de inversiones puede verse afectado, en especial para aquellos Estados que están dispuestos a dar pasos firmes para luchar contra el cambio climático.

Como grandes riesgos para el comercio internacional que el cambio climático tendría, la competitividad y el riesgo del proteccionismo están presentes en muchas discusiones. Como parte de los tópicos discutidos en este campo en tono de solución, se habla de que

la huella de carbono (HC) es un indicador de la cantidad de gases de efecto invernadero (GEI) generados y emitidos por una empresa o durante el ciclo de vida de un producto a lo largo de la cadena de producción, a veces incluyendo también su consumo, recuperación al final del ciclo y su eliminación. (Frohmann & Olmos, 2013, p. 24)

Un punto a considerar es que la doctrina ha señalado que la clave para una respuesta al cambio climático pasa por poner precio a la emisión del carbono. «Un precio mundial del carbono como una solución óptima para el cambio climático» (Holzer, 2014, p. 46) es vista como la mejor solución para la competitividad, requiriendo un acuerdo global climático, difícil de alcanzar.

En conexión con lo anterior, el comercio de emisiones se concibe como una herramienta útil que, como mecanismo de mercado, permite que los participantes vendan sus créditos de emisiones extra, una vez consumidos los necesarios para el desarrollo de su producción, y de ese modo puedan obtener fondos para financiar otras medidas para enfrentar el cambio

6 Estos temas han sido abordados con mayor profundidad en Lucas Garin (2017).

7 La fuga de carbono se define como el traslado fuera de la Unión Europea (o del Estado que se trate) de las industrias que más emiten para evadir reglas más estrictas. En el ámbito de la UE, para evitar esta práctica, los eurodiputados quieren un nuevo mecanismo de fuga de carbono, que combinen con otros mecanismos como el ajuste en fronteras o el comercio de emisiones vigentes en el bloque europeo. Vid: Parlamento Europeo (2021).

climático. Por ello, estos mecanismos de mercado buscan no solo reducir la contaminación, sino también minimizar los costos de esta reducción.

El involucramiento de los privados como actores relevantes para enfrentar el cambio climático, tanto a nivel de individuos como de empresas, trae ventajas. A nivel individuo, la participación a través del consumo con patrones de sustentabilidad permitirá asegurar a largo plazo las políticas climáticas, desde nuestra perspectiva. Es de esperar que un aumento de la preocupación por el cambio climático tenga efectos sobre los consumidores y sus preferencias, por ejemplo, en elegir productos con huella de carbono que registren menos GEI, y que de este modo se reconduzca el modelo actual de producción de bienes y servicios.

El cambio climático se ha convertido en una problemática en avance no solo en los tradicionales ámbitos, como los ambientales y de energía, sino también en arenas de comercio internacional y del consumo. El comercio internacional es un área cuya finalidad es la eliminación de barreras domésticas y un aumento del libre comercio. Al contrario, el cambio climático requiere restricciones al comercio en torno a las emisiones de gases de efecto invernadero que generan la producción, el transporte y la comercialización del bien o servicio. Estas concepciones parecieran que están en polos opuestos; de allí que se proponen soluciones que concilien la necesaria lucha contra el cambio climático y que permitan dar pasos firmes hacia la sustentabilidad.

La posibilidad de imponer límites al comercio internacional por razones justificadas por la política de cambio climático con el objetivo de reducir las emisiones de GEI, puede conllevar modificaciones en el consumo, que van a depender del nivel de información que dicha sociedad maneje. En definitiva, las medidas de mitigación y adaptación que requiere la lucha contra el cambio climático están orientadas a las personas y ellas mismas también van a participar conscientemente de esta lucha. De este modo, en el momento actual en plena implementación del Acuerdo de París, se prevé que el cambio climático determine cambios en los patrones de consumo, que permitan asegurar un futuro sostenible para las generaciones futuras.

VI. CONCLUSIONES

Hemos tratado de efectuar una síntesis de los problemas expuestos en la literatura científica sobre los objetivos de desarrollo sostenible 12 y 13. Se trata de un tema amplísimo, pero con lo expuesto queda, a nuestro juicio, suficientemente graficado.

El actual modelo de desarrollo genera una presión sobre los recursos naturales del planeta, que lo hacen insostenible, no solo económicamente, sino también con impactos sociales y ambientales muy negativos. En el centro del modelo de desarrollo se encuentran los patrones de producción y consumo, que son las causas más relevantes de daño ambiental global y, por tanto, causa del cambio climático y el calentamiento global.

El desarrollo sustentable se presenta como un modelo que no solo considera los factores económicos, sino también aquellos ambientales y sociales, y persigue que la humanidad pueda vivir hoy y sobrevivir el día de mañana. Como se ha observado, la solución pasa por consensos básicos nacionales y globales, esto es, de toda la comunidad internacional.

Más allá de las interpretaciones particulares, no hay más soluciones viables que las medidas que sean efectivas y con resultados medibles.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguado, A. (2019). *El Desarrollo Sustentable*. EUS.
- Akenji, L. & Bengtsson, M. (2014). Making Sustainable Consumption and Production the Core of Sustainable Development Goals. *Sustainability*, 6(2), 513-529.
- Barber, J. (2002). Production, Consumption and the World Summit on Sustainable. *Environment, Development and Sustainability*, 5, 63-93.
- Bejarano, C., López, I., Vaca, C. & Mera, R. (2021). Producción Agrícola Sustentable para el sector pecuario y el cambio climático. *Alfa Revista de Investigación en Ciencias Agronómicas y Veterinaria*, 5(14), 274-284.
- Bengtsson, M., Alfredsson, E. Cohen, M., S. Lorek & Schroeder, P. (2018). Transforming systems of consumption and production for achieving the sustainable development goals: moving beyond efficiency. *Sustainability Science*, 13, 1533-1547.
- Borja, A. (2002). Los impactos ambientales de la acuicultura y la sostenibilidad de esta actividad. *Boletín Instituto Español de Oceanografía*, 18(1-4), 41-49.
- Biju, A. & Deepthi, G. (2006). Trawling and by-catch: Implications on marine ecosystem. *Current Science*, 90(7), 922-931.
- Cardoso, W., Sacomano, J. Contador, J. & Telles, R. (2018). Planned obsolescence or planned resource depletion? A sustainable approach. *Journal of Cleaner Production*, 195, 744-752.
- Carrera, E. (2017). Los retos sostenibilistas del sector textil. *Revista de Química e Industria Textil*, 220, 20-32.
- Clark, G. (2007). Evolution of the global sustainable consumption and production policy and the United Nations Environment Programme's supporting activities. *Journal of Cleaner Production*, 15(6), 492-498.

- Coderoni, S. & Perito, M. (2020). Sustainable consumption in the circular economy. An analysis of consumers' purchase intentions for waste-to-value food. *Journal of Cleaner Production*, 252, 1-11.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2015). *La economía del cambio climático en América Latina y el Caribe Paradojas y desafíos del desarrollo sostenible*. Naciones Unidas.
- Cotler, H., Sotelo, E., Dominguez, J., Zorrilla, M., Cortina, S. & Quiñones, L. (2007). La conservación de suelos: un asunto de interés público. *Gaceta Ecológica*, 83, 5-71.
- Delgado, G., Campos C. & Rentería, P. (2012). Cambio climático y el metabolismo urbano de las Megaurbes Latinoamericanas. *Hábitat Sustentable*, 2(1), 2-25.
- Durovic, M. & Lech, F. (2020). International and Transnational Consumer Law on Sustainable Consumption. In A. do Amaral Junior, L. de Almeida & L. Klein (eds.), *Sustainable Consumption: The Right to a Healthy Environment* (pp. 13-25). Springer.
- Frohmann, A. & Olmos, X. (2013). *Huella de carbono, exportaciones y estrategias empresariales frente al cambio climático*. Naciones Unidas.
- Galindo, L., Samaniego, J., Alatorre, J., Ferrer, J., Reyes, O. & Sánchez, L. (2015). *Ocho tesis sobre el cambio climático y el desarrollo sostenible en América Latina*. CEPAL.
- Geels, F., McMeekin, A., Mylan, J. & Southerton, D. (2015). A critical appraisal of Sustainable Consumption and Production research: The reformist, revolutionary and reconfiguration positions. *Global Environmental Change*, 34, 1-12.
- Heck, C. (2014). *La realidad de la minería ilegal en países amazónicos*, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. SPDA.
- Holzer, K. (2014). *Carbon-Related Border Adjustment and WTO Law*. Edward Elgar.
- Hopwood, B., Mellor, M. & O'Brien, G. (2005). Sustainable development: mapping different approaches. *Sustainable Development*, 13(1), 38-52.
- Jakob M. & Steckel J. (2016). Implications of climate change mitigation for sustainable development. *Environmental Research Letters*, 11, 1-10.
- Jackson, T. (2014). 16 Sustainable consumption. In G. Atkinson, S. Dietz, E. Neumayer & M. Agarwala (eds.), *Handbook of Sustainable Development* (pp. 279-290). Edward Elgar.
- Kates, R. Parris, T. & Leiserowitz, A. (2005). Editorial-What Is Sustainable Development? Goals, Indicators, Values, and Practice. *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, 47(3), 8-21.
- Krajnc, D., & Glavic, P. (2003). Indicators of sustainable production. *Clean Technologies and Environmental Policy*, 5(3-4), 279-288.
- Kyu Sung, W. (2013). The Pillars of Sustainable Development: A Comparative Analysis of their Status in Vicennial Environmental Conferences. *European Energy and Environmental Law Review*, 22(5), 200-226.
- London, B. (1935). *Rebuilding a Prosperous Nation Through Planned Obsolescence*. Economic Policy.
- London, B. (1932). *Ending the Depression Through Planned Obsolescence*. New York.

- Lorek, S. & Fuchs, D. (2013). Strong sustainable consumption governance e precondition for a degrowth path? *Journal of Cleaner Production*, 38, 36-43.
- Lucas Garin, A. (2017). *Cambio Climático y Acuerdos Comerciales Regionales. Una mirada desde el Sistema Multilateral de Comercio*. Finis Terrae.
- Masbernat, P. & Pacheco H. (2021). *Desarrollo Sustentable. Fundamentos Jurídicos*. Hammurabi.
- Mauerhofer, V. (2020). Sustainable Development Law in (Only) One World: Challenges and Perspectives for Governance and Governments. In V. Mauerhofer, D. Rupo & L. Tarquinio (eds.), *Sustainability and Law* (pp. 15-31). Springer.
- Meza, C. & Rodríguez, L. (2018). La construcción sostenible frente a la mitigación del cambio climático. *Módulo Arquitectura CUC*, 21(1), 9-22.
- Moreno, J. (2009). El desarrollo sustentable, el cambio climático global y el mundo urbano. *Quívera*, 11(2), 52-67.
- Moyo, T. & Ngwakwe, C. (2020). Sustainable consumption and production: a conceptual framework and agenda for research. *International Journal of Green Economics*, 14(1), 34-49.
- Myers, N., Vincent, J. & Panayotou, T. (1997). Consumption: Challenge to Sustainable Development. *Science*, 276(5309), 53-55.
- Odell, S., Bebbington, A. & Frey, K. (2018). Mining and climate change: A review and framework for analysis. *The Extractive Industries and Society*, 5(1), 201-214.
- Parlamento Europeo. (2021). Fuga de carbono: evitar que las empresas no cumplan las medidas sobre emisiones. <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20210303STO99110/fuga-de-carbono-evitar-que-las-empresas-no-cumplan-las-medidas-sobre-emisiones>
- Pietro, N. (2014). Sustainable development and the international trade law paradigm: A relationship to be denounced? *Journal of International Trade Law and Policy*, 13(2), 136-166.
- Pinilla, C. & Santos, C. (2014). La minería ilegal arrasando las entrañas de la tierra. *Mundo Amazónico*, 5, 455-475.
- Robador, A. (2015). *Cambios Climáticos*. Los libros de la catarata.
- Roy, V. & Singh, S. (2017). Mapping the business focus in sustainable production and consumption literature: Review and research framework. *Journal of Cleaner Production*, 150, 224-236.
- Ruhl, J. (1999). Sustainable Development: A Five-Dimensional Algorithm for Environmental Law. *Stanford Environmental Law Journal*. 18(31), 31-64.
- Saey-Volckrick, J. (2020). What Does the Rebound Effect Tell Us? Reflection on Its Sources and Its Implication for the Sustainability Debate". In V. Mauerhofer, D. Rupo & L. Tarquinio (eds.), *Sustainability and Law* (pp. 103-118). Springer.
- Sánchez, B., Flores, S., Rodríguez, E., Anaya, A. & Contreras, E. (2020). Causas y consecuencias del cambio climático en la producción pecuaria y salud animal. *Revista Mexicana de Ciencias Pecuarias*, 11(2), 126-145.
- Scott, J. (2020). Reducing the EU's Global Environmental Footprint. *German Law Journal*, 21(1), 10-16.

- Sielska, A. (2019). Planned Obsolescence: Gain or Loss to the Consumer? *Scientific Papers of the Silesian University of Technology*, 134, 215-224.
- Spangenberg, J., Fuad-Luke, A. & Blincoe, K. (2010). Design for Sustainability (DfS): the interface of sustainable production and consumption. *Journal of Cleaner Production*, 18(15), 1485-1493.
- Sommer, M. (2005). Pesca de arrastre. Aniquilación silenciosa. *Revista Electrónica de Veterinaria*, VI(4).
- Vergragt, P., Akenji, L. & Dewick, P. (2014). Sustainable production, consumption, and livelihoods: global and regional research perspectives. *Journal of Cleaner Production*, 63, 1-12.
- Wang, C., Ghadimi, P., Lim, M. & Tseng, M-L. (2019). A literature review of sustainable consumption and production: A comparative analysis in developed and developing economies. *Journal of Cleaner Production*, 206, 741-754.
- Welford, R., Young, W. & Ytterhus, B. (1998). Towards sustainable production and consumption: A literature review and conceptual framework for the service sector. *Eco-Management and Auditing*, 5(1), 38-56.

CAPÍTULO IV

PRINCIPIOS IMPLÍCITOS Y EXPLÍCITOS EN EL DERECHO DEL CONSUMO CHILENO

Dra. Erika Isler Soto¹

Universidad Autónoma de Chile

SUMARIO: I. Introducción. II. Principios y reglas. 1. Los principios también son normas jurídicas. 2. La distinción entre principios y reglas. 2.1. La distinción es de grado. 2.2. La distinción es cualitativa. 2.3. Matices. III. Principios explícitos y principios implícitos. 1. Los principios explícitos. 2. Los principios implícitos. 2.1. Los principios implícitos también constituyen normas jurídicas. 2.2. La utilidad de reconocer los principios en el ordenamiento jurídico. IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En el siglo XX irrumpe, a propósito de la delimitación de las fuentes del derecho, con mayor fuerza la posible asunción de los principios como normas jurídicas. Las propuestas desde las ciencias del derecho han sido múltiples y con también múltiples matices. Ahora bien, su importancia radica en que cumplen diversas funciones en un ordenamiento jurídico: integración, resolución de antinomias, dirección de la labor del legislador —¿y del constituyente?—, interpretación, fijación de la carga de la prueba, etc. La decisión del normador, por lo tanto, en orden a explicitar principios y sus funciones, devela desde luego su propia filosofía, en el sentido de que terminará incidiendo en una asignación previa de derechos.

En este escenario, los estatutos reguladores de las relaciones de consumo suelen consagrar declaraciones dogmáticas de aplicación amplia. Se ha enunciado así al «pro consumidor» (art. 5, Ley N° 453, Bolivia; art. V, CPDC, Perú; art. 1094, inc. 1, CCCo, Argentina; art. 4, Ley N° 1480,

¹ Trabajo elaborado en el marco del proyecto «Digitalización, acceso a la justicia y vulnerabilidad de las personas mayores» (CIGE/2022/104), IP Ana Isabel Blanco García.

Colombia; art. 1, inc. 1, Ley N° 21, Ecuador) y al resguardo de los intereses legítimos económicos y sociales del consumidor (art. 19, LGDCU, España), por citar únicamente algunos ejemplos.

En Chile, el legislador consumeril ha recorrido un camino peculiar. La omisión inicial de una explicitación de directrices generales por parte de la LPDC, fue salvada parcialmente al incorporársele de manera sobreviniente principios aplicables a materias concretas (procedimientos voluntarios colectivos, 2018; cobranza extrajudicial, 2021), para terminar reconociendo en su parte general el proconsumidor (Ley N° 21.398, 2021), aunque de manera limitada en función y alcance. No obstante, el escaso reconocimiento normativo explícito de principios informantes, no significa que ellos no reciban aplicación, aun en silencio de la LPDC. Igualmente es posible derivar su vigencia tanto de su racionalidad sistémica² como de reglas concretizadas en el ordenamiento jurídico. Lo propio puede pregonarse respecto de aquellas directrices cuya fuerza obligatoria es aún superior al propio ordenamiento jurídico, como efectivamente ocurre con las garantías fundamentales, derivada de su eficacia vertical y horizontal.

El estatuto jurídico aplicable a la relación de consumo se compone, por lo tanto, no solo de las reglas que en él se enuncian, sino también de principios de general aplicación, plasmados en la propia LPDC o bien en otros cuerpos normativos de diversa jerarquía, en la medida que sea pertinente la integración. En este contexto, el presente trabajo tiene por objeto delimitar principios generales que informan el derecho de consumo, con una especial referencia al ordenamiento jurídico chileno.

II. PRINCIPIOS Y REGLAS

El análisis de los hechos o declaraciones que tienen la virtud de ser depositarias del derecho —ser sus fuentes— constituye una labor de juristas y estudiosos, desde los albores de las ciencias del derecho y se impregna de elementos epocales y espaciales. Precisamente una de las discusiones que lo integra es aquella que dice relación con la posible asunción de que directrices generales puedan dar lugar a prescripciones normativas. En el siglo XX, Ronald Dworkin no solo postuló que ello es posible, sino que además distinguió los principios de las reglas. Si bien dicha categorización es anterior, fue a partir de sus reflexiones que cobró una fisonomía propia

2 Para Aarnio (1991, p. 241), la racionalidad sistémica o institucional de un ordenamiento consiste en aquella lógica que se encuentra implicada en el mismo.

y de mayor relevancia en la cultura posterior a la decimonónica. Aunque —como veremos— difieren o introducen matices en cuanto al criterio que debe utilizarse para delimitar la frontera entre ambos tipos de normas. Importantes autores reconocen también tal dualidad (Alexy, 1988, p. 140; 1993, p. 83; Atienza & Ruiz, 1991, p. 107; Zagrebelsky, 2016, pp. 110-111).

1. Los principios también son normas jurídicas

Antes de analizar los elementos que han de ser tomados en consideración para distinguir los principios y las reglas, conviene mencionar sus semejanzas. La primera de ellas dice relación con que ambos son parte del ordenamiento jurídico, de tal manera que el propio derecho se encontraría formado por normas, que pueden revestir la forma de principios o reglas (Atienza & Ruiz, 1991, p. 107). Dworkin, de hecho, principió su taxonomía con la declaración de que el sistema jurídico se compone no solo de reglas —con esto criticó a Hart—, sino también de principios jurídicos, los cuales permiten que exista una única respuesta en aquellos casos en los que las reglas no determinen la unidad (Alexy, 1988, p. 139). De lo anterior se deriva que tanto los principios como las reglas corresponden a verdaderas normas jurídicas (p. 140; 1993, p. 83), llegando a sostener el mismo Dworkin que se trata de estándares que apuntan a decisiones particulares referentes a una obligación jurídica (Dworkin, 1989, p. 75). En consecuencia, ambas tipologías son vinculantes para el intérprete-juez (Orozco, 2003, p. 144) y el ciudadano —hoy en día podríamos incluso agregar al legislador o constituyente—, siendo su aplicación imperativa y no voluntaria.

Los principios, por lo tanto, no tendrían un carácter meramente romántico. Al contrario, su naturaleza prescriptiva reclama para ellos la potestad de cumplir importantes funcionalidades dentro del sistema de fuentes. Es más, pueden también servir de fundamento de deberes atípicos que han de ser igualmente satisfechos en ausencia de una concretización, mediante un estándar de conducta particular. Incluso en ciertos casos, como en la esfera de los estatutos tutelares (derecho del consumo), es posible defender su adscripción al orden público económico y de protección, por lo que no son disponibles por las partes, excluyéndose su renuncia anticipada (art. 4, LPDC).

Similar reflexión se advierte en la sentencia *Sernac con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.* (2013), en la cual la Corte Suprema reconoció la juridicidad de los principios:

Para resolver las controversias suscitadas en relaciones reguladas por la Ley 19.496 debe atenderse a la peculiaridad de sus principios. (...) Tanto así, que la normativa contiene valoraciones de orden público que no pueden ser desatendidas, pues, conforme con el artículo 4° de la Ley, los derechos que en ella se establecen no son renunciables anticipadamente por los consumidores. (Considerando 2)

Con todo, la naturaleza jurídica de los principios no implica que deban aplicarse a todo evento, desde que tanto ellos como las reglas tienen como límite el abuso del derecho y además podrían ser derrotadas mediante la resolución de una antinomia.

2. La distinción entre principios y reglas

Aunque principios y reglas constituyen normas jurídicas, lo cierto es que existen importantes diferencias entre unos y otras. Corresponden a diversas técnicas legislativas, a las cuales puede recurrir el Estado al momento de disciplinar vínculos jurídicos con mayor o menor generalidad, tomando en consideración sus propias particularidades. El «derecho basado en principios» y el «derecho basado en reglas» son verdaderas herramientas de las que puede servirse un heteronormador para regular la actividad humana. Con todo, no existe unanimidad acerca de los criterios que deben utilizarse al momento de realizar la distinción.

2.1. La distinción es de grado

De acuerdo con una primera propuesta, llamada por Aarnio (2000) de «demarcación débil», los principios y las reglas cumplen un papel similar en el discurso jurídico, diferenciándose únicamente en el grado: los primeros tienen una mayor generalidad (p. 594).

Dworkin (1989) sustenta su tesis en la lógica, argumentando que poseen un nivel de determinación diversa (p. 75). Los principios se caracterizarían, entonces, por no establecer —o establecer de manera difusa— su ámbito de procedencia, enunciando «una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular» (p. 76). De esta manera, existiría amplitud en su campo de aplicación, esto es, «tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica están regulados en términos muy generales y abstractos» (Ruiz, 2012, p. 147).

Las reglas, por el contrario, corresponden a directivas precisas, disciplinan supuestos particulares desde una impronta formal y no requieren de

deliberación para determinar la guía de conducta (Saffie, 2005, p. 383). Así, explica Orozco (2003), esta doctrina alude a

una distinción de clase, toda vez que pertenecen a clases diferentes de pautas. Las reglas operan de la manera todo o nada, es decir, en forma disyuntiva (disyunción no exclusiva): se aplican o no se aplican, se siguen o no se siguen, y no hay una tercera posibilidad. Las reglas son válidas o no válidas. (p. 144)

Aarnio (2000), en tanto, releva la insuficiencia de esta interpretación, considerada de manera aislada, explicando que la utilización de un criterio lingüístico —mayor o menor aplicabilidad— no basta, toda vez que incluso las reglas podrían no resultar procedentes (p. 594). Adicionalmente, agrega que también podría ocurrir que ciertas reglas requieran de ponderación para ser aplicadas (p. 595).

La objeción de Aarnio puede reconocerse con claridad en la distinción que se formula desde el derecho de daños a los estándares de conducta exigidos a un individuo en la sociedad,³ según el grado de concretización abstracta inicial. Así, los «deberes concretos» —en la nomenclatura de Papayannis (2020, p. 11)— serían aquellos que se encuentran expresamente tipificados, descritos en un lenguaje preciso que recurre a conceptos descriptivos y son fácilmente identificables para sus destinatarios (p. 12). Lo característico de esta técnica es que no confiere mayor espacio de deliberación al intérprete para determinar la licitud o ilicitud de una conducta. Tal sería el caso de la prohibición de conducir un vehículo liviano a una velocidad superior a 50 km/h dentro del radio urbano (art. 145, DFL 1, Chile).

Los «deberes genéricos», por su parte, incorporan elementos «válvula» que han de ser ponderados por el intérprete al momento de determinar si una conducta se ajusta o no al ordenamiento jurídico. Papayannis (2020) explica que en estos casos se debe comparar la conducta del individuo con la actitud que cabe esperar de una persona razonable (pp. 11-12). Tal sería el caso del deber de conducir un vehículo a una velocidad «razonable y prudente» (art. 144, inc. 1, DFL 1, Chile). En esta ocasión, quien deberá determinar si el conductor ha incumplido o no la norma es el juez, valorando las circunstancias que rodean los hechos.

Como se puede apreciar, tanto la técnica del estándar «concreto» como del «genérico» se enmarcan dentro de las «reglas» —difícilmente podría

3 Sobre deberes generales y específicos, desde la responsabilidad civil, vid. Papayannis (2020, pp. 9-38).

calificarse el deber de conducir razonablemente como mero principio—, aunque el grado de delimitación del tipo es indudablemente diverso.

2.2. La distinción es cualitativa

Conforme a una segunda tesis —Aarnio la llama de «demarcación fuerte» (2000, p. 593)—, el contraste entre los principios y las reglas obedece a un factor cualitativo.

Alexy (1988) adhiere a esta corriente, aunque reconoce que la mayor o menor generalidad del enunciado constituye una diferencia importante y agrega que la distinción no es solo de grado (p. 141). En su opinión, radica en que los principios instituirían un «mandato de optimización» (p. 143; 1993, p. 86), en tanto que las reglas no admitirían un término medio: o se cumplen o no (Aarnio, 2000, p. 593). Por tal razón, los principios además tendrían una dimensión de peso o importancia que las reglas carecen, de acuerdo con Dworkin (1989), que puede ser hasta política (pp. 77-78). De esta, como se verá, es posible desprender una función sistémica que trasciende la regulación de una conducta actual.

Se ha planteado también que la diferencia entre principios y reglas se refleja en el continente que cobija la norma jurídica. Así, Zagrebelsky (2016) propone que las normas legislativas son prevalentemente reglas, en tanto que las constitucionales sobre derechos y sobre la justicia corresponderían a principios (pp. 109-110). Al respecto ejemplifica:

Cuando la ley establece que los trabajadores en huelga deben garantizar en todo caso determinadas prestaciones en los servicios públicos esenciales estamos en presencia de reglas, pero cuando la Constitución dice que la huelga es un derecho estamos ante un principio. (p. 110)

Por tal razón, solo los principios desempeñarían un papel propiamente constitucional (p. 110) —constitutivo del orden jurídico— y en general no se les aplicarían las reglas de interpretación que contempla el ordenamiento (en Chile, por ejemplo, arts. 19-24 CC), pues su significado lingüístico suele ser autoevidente (Zagrebelsky, 2016, p. 100). Las reglas, por su parte, se agotarían en sí mismas —no tienen fuerza más allá de lo que ellas mismas significan—, efectivamente podrían ser interpretadas conforme a las reglas que para ello contempla el ordenamiento jurídico y solo ellas podrían ser observadas y aplicadas mecánica y pasivamente (pp. 110-111).

Así, concluye respecto de la distinción:

Las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para *tomar posición* ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas. (p. 110)

En resumen, «a las reglas “se obedece” (...), a los principios, en cambio, “se presta adhesión”» (p. 110). Con todo, en opinión del autor, es posible que las Cartas Fundamentales contengan reglas, pero no serían más que leyes reforzadas por su forma (p. 110).

2.3. Matices

Se ha planteado también que ni la tesis de la demarcación débil (grados), ni la de la demarcación fuerte (cualitativa) alcanzan a explicar la distinción entre los principios y reglas (Aarnio, 2000, p. 594). Aarnio, intentando resolver esta situación, explica que las críticas a las doctrinas anteriores pueden aminorarse si se complejiza la taxonomía normativa, mediante la configuración de categorías de principios y reglas (2000, pp. 595-601), evitándose formular un sola gran división. Así, recurriendo al elemento gramatical, propone una escala de las normas jurídicas fundamentada sobre la base de un punto de vista lingüístico. Al respecto, distingue el autor los siguientes estadios: reglas (R), principios que parecen reglas (RP) —se cumplen o no—, reglas que parecen principios (PR) —su ámbito de aplicación es cognitiva o evaluativamente abierto— y los principios (P) (p. 596).

En tal contexto, sostiene que

la distinción entre reglas y principios es sólo una cuestión de grado de generalidad y, por otra parte, no hay fronteras sencillas y claras entre los subgrupos que forman las cuatro categorías (R, RP, PR, P). Por el contrario, la aplicabilidad de una norma se desdibuja progresivamente de un segmento al siguiente. Una norma puede, en consecuencia, ser más RP que PR, y viceversa. (pp. 596-597)

Como se puede apreciar, la propuesta de Aarnio niega la pertinencia de una gran *summa divisio* en las fuentes que integran un determinado ordenamiento jurídico, sugiriendo, al contrario, matices en el reconocimiento de la naturaleza jurídica de cada una de ellas.

III. PRINCIPIOS EXPLÍCITOS Y PRINCIPIOS IMPLÍCITOS

De acuerdo con si se encuentran o no explícitamente enunciados en el ordenamiento jurídico, se distinguen los principios explícitos de los implícitos. Antes de examinar cada uno de ellos, conviene prevenir que Aarnio (2000) incorpora un matiz, diferenciando entre aquellos que forman la base ideológica del ordenamiento jurídico y los jurídicos positivos, que son los que se encuentran expresamente recogidos en las normas legales o, al menos, están presupuestos en ellas como razones para la toma de decisiones jurídicas (p. 595).

1. Los principios explícitos

Los principios explícitos son aquellos que cuentan con un reconocimiento efectivo y expreso en una fuente de producción jurídica, por lo que resulta esperable que aparezcan en los textos normativos (Ruiz, 2012, p. 148). Desde luego, la ventaja de esta técnica radica en que se difumina el cuestionamiento de su procedencia y eficacia, dado que se fundan en una declaración estatal. Como se señaló, ello no implica que no puedan ser derrotados, por ejemplo, en la resolución de una antinomia.

Existen muchos ejemplos de principios explícitos, a propósito de las más diversas materias. Se puede mencionar el resguardo del interés superior de los niños, niñas y adolescentes (art. 16, Ley N° 19.968; arts. 3 y 85, Ley N° 19.947; art. 7, Ley N° 21.430; art. 3, Convención sobre los Derechos del Niño), la buena fe (art. 1546, CCCH), la reparación integral del daño (art. 2329, CCCH), entre otros.

Tal como se adelantó, algunas legislaciones han decidido contemplar principios generales del derecho del consumo en sus partes preliminares. Así, la Ley general de los derechos de las usuarias y los usuarios y de las consumidoras y los consumidores boliviana, enuncia (art. 6) el de vivir bien, el consumo sustentable y responsable, la protección, la integridad, la integridad y la favorabilidad. En Perú, en tanto, el Código de Protección y Defensa del Consumidor reconoce el de soberanía del consumidor, el proconsumidor, la transparencia, la corrección de la asimetría, la buena fe, la protección mínima, el proasociativo y la primacía de la realidad (art. V). Por su parte, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de Ecuador (Ley N° 2000-21) instituye como principios explícitos nuevamente el *pro consumatore* (art. 1) y el del consumo sustentable (art. 3). México, a su vez, integrando los principios con los derechos básicos de los consumidores, o incluso con ciertos deberes concretos típicos, reconoce (art. 1, Ley Federal de Protección

al Consumidor) el de la protección de la vida, la salud y la seguridad del consumidor (N° I), la educación y divulgación sobre el consumo (N° II), la información adecuada y clara (N°s III y VI), la prevención y reparación de daños (N° IV), el acceso a órganos administrativos (N° V), otorgamiento de facilidades para la defensa de los derechos (N° VI), la protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales desleales, prácticas y cláusulas abusivas (N° VII), la protección en las transacciones (N° VIII), el respeto de los derechos y obligaciones (N° IX), la protección de los derechos de la infancia, adultos mayores, personas con discapacidad e indígenas (N° X) y la libertad de asociación (N° XI).

En Chile, recordemos, adscribiría a esta categoría el proconsumidor tras la reforma de la Ley N° 21.398 (art. 2 ter, LPDC), además de algunas directrices contempladas a propósito de ciertas materias en particular. En efecto, la LPDC somete las prácticas de cobranza extrajudicial a los imperativos de proporcionalidad, razonabilidad, justificación, transparencia, veracidad, respeto a la dignidad y a la integridad física y psíquica del consumidor, y privacidad del hogar (art. 37, inc. 10, LPDC). De la misma manera, exige el legislador consumeril que los procedimientos voluntarios para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores observen los principios de indemnidad del consumidor, economía procesal, publicidad, integridad y debido proceso (art. 54, H, LPDC).

2. Los principios implícitos

Los principios implícitos, por su parte, no han sido tipificados, por lo que su vigencia —si la tienen— debe deducirse del derecho, a partir de disposiciones explícitas del ordenamiento jurídico o bien del orden natural (si se reconoce su existencia) (Ruiz, 2012, p. 148).

Ahora bien, atendido a que los principios cumplen diversas funcionalidades dentro del orden normativo, puede ocurrir también que algunas de ellas cuenten con un reconocimiento expreso (explicitud) y otras sean extraídas por el intérprete (implicitud). Así, recordemos, el texto actual de la LPDC chilena menciona únicamente la eficacia interpretativa del principio proconsumidor (art. 2, ter), omitiendo una alusión a la posibilidad de recurrir a él, por ejemplo, para resolver una antinomia. La juridicidad de esta última, así como de las otras funciones del *pro consumatore*, deberá derivarse de las prescripciones del sistema de consumo nacional mediante un esfuerzo interpretativo.

2.1. Los principios implícitos también constituyen normas jurídicas

La vigencia de los principios implícitos puede no ser pacífica, en el sentido de que la ausencia de su mención positiva podría invocarse como fundamento de la negación de su carácter vinculante. Lo propio puede ocurrir respecto de sus funcionalidades, toda vez que, si no todas ellas han sido explicitadas, probablemente también dará lugar al cuestionamiento de la vigencia o exclusión de la o las funcionalidades omitidas.

Esta segunda interpretación, de claras raíces positivistas, devendría de la concepción del Estado como depositario de la voluntad soberana de una sociedad, unido a la consideración que si el legislador hubiese querido que una directriz rija en un determinado espacio y lugar, así lo habría indicado, plasmándola en una fuente formal. Su omisión, por lo tanto, evidenciaría una decisión en sentido contrario.

Aguilar (2016) desafía dicha interpretación a propósito de los derechos fundamentales, cuyos imperativos, dicho sea de paso, integran igualmente la relación de consumo:

Desde la perspectiva de los derechos de las personas, se han ido desarrollando varios principios de interpretación propios de los derechos fundamentales, y éstos se aplicarían con independencia de si se encuentran reconocidos en un texto legal, en un texto constitucional o en uno convencional. Esto último es lo que podría denominarse la regla de la autonomía de los principios de interpretación de los derechos. (p. 15)

En Argentina, Frustagli (2016) defiende una tesis similar con un carácter más amplio —no solo respecto de las garantías fundamentales—, señalando que la fuerza jurigenética de los principios en el derecho del consumo no depende de su reconocimiento normativo (p. 444).

En Chile, se ha rechazado la tesis restrictiva, reconociéndose igualmente la vigencia de directrices implícitas en los estatutos aplicables a la relación de consumo. Así, nuestros tribunales de justicia han venido prefiriendo la regla más favorable al consumidor en caso de conflicto, radicando la carga de la prueba en la parte poderosa, derivando deberes de información sin tipificación específica, o bien exigiendo el resguardo de la indemnidad psicológica del deudor moroso, incluso con anterioridad a la entrada en vigencia de las leyes que las reconocían, como se analizará más adelante.

A esta solución se arribó en la sentencia de la Corte Suprema *Sernac con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.* (2013), en la cual se aceptó la

juridicidad de los principios, atribuyéndole además fuerza obligatoria a los que tengan carácter de implícitos, en un contexto en el cual la LPDC aún no reconocía directrices claras,⁴ salvo los derechos básicos (art. 3, LPDC), y en la medida que estos últimos puedan calificarse de tal.

Asimismo, como se adelantó, se ha defendido la vigencia del proconsumidor aun antes de la incorporación del art. 2 ter⁵ (Ley N° 21.398), razonamiento que hoy puede aplicarse a sus funcionalidades que exceden la exégesis. En tal *ratio*, la Corte Suprema, en *Sernac con Ministros de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt* (2020), sustentó la procedencia de una interpretación expansiva de las disposiciones de la LPDC en la exégesis más favorable al consumidor:

El sentido y alcance de la disposición (...) es otorgar al consumidor un estatuto de protección ante el ‘proveedor’ al ser la parte más débil de la relación contractual de consumo, de manera tal de contrarrestar la desigualdad que las relaciones del mercado suponen (...). De esta manera, la normativa establecida en la Ley N° 19.496 debe interpretarse de modo que su resultado contribuya a otorgar tal amparo al consumidor. (Considerando 7)

La doctrina de la vigencia de los principios implícitos se desprende también de la sentencia *Aguilar González con Promotora CMR Falabella S.A. y Estudio Jurídico GNA Abogados* (2021), dictada a propósito de la realización de una práctica de cobranza extrajudicial después de verificado un cobro judicial o procedimiento concursal. En esta ocasión, el tribunal sostuvo:

Que si bien la norma transcrita fue introducida a la Ley 19.496 por la Ley 21.320 y entró en vigencia el 20 de abril de este año, no puede esta Corte desconocer que la forma en que se efectuó la cobranza extrajudicial por las recurridas al actor no se ajustó a los principios de proporcionalidad, razonabilidad, respeto a la dignidad, a la integridad psíquica del consumidor y a la privacidad de su hogar, los que pese a no haber estado plasmados a esa fecha en una disposición legal, son inherentes a una actuación de este tipo y debieron ser respetados por las recurridas siempre.

4 Los principios aplicables a los procedimientos voluntarios colectivos se incorporaron en el año 2018 (Ley N° 21.081), en tanto que los que se refieren a la cobranza extrajudicial fueron introducidos en el año 2021 (Ley N° 21.320).

5 Se había defendido la vigencia del principio proconsumidor antes de la Ley N° 21.398 (2021): Barrientos (2013, p. 355), Jara (1999, p. 48), Pinochet (2008, p. 14).

Lo propio puede sostenerse respecto de los derechos básicos reconocidos en el art. 3, LPDC⁶ (Contardo, 2013, p. 119; Espada, 2013, p. 136; Corral, 2013 p. 109.), la reparación integral (Barrientos, 2016. p. 215), la transparencia (Baraona, 2019, p. 16; Cortez, 2004, p. 4) y sin perjuicio, como se dijo, de que su propia naturaleza y eficacia es discutida.

Es posible mencionar también directrices a las cuales se les atribuye un origen inicial *iuspublicista* (*pro homine, pro naturalez*a, resguardo y promoción de los derechos humanos, etc.) o bien del derecho común (reparación integral, buena fe, etc.). España, en tanto, agrega una técnica inversa: instituye en su propia Carta Fundamental (art. 51) la protección del consumidor como un principio del ordenamiento jurídico.

2.2. La utilidad de reconocer los principios en el ordenamiento jurídico

La circunstancia de que pueda defenderse la vigencia de principios más allá de aquellos que se encuentran expresamente recogidos por el legislador, nos llevará necesariamente a la pregunta por la utilidad de su consagración positiva: ¿resulta indiferente la explicitación de directrices básicas, si ellas igualmente se entenderán regir? Desde luego que no. En primer lugar, porque una declaración expresa estatal gozará no solo de una fuerza vinculante que difumine las dudas, sino que también se le atribuirá una presunción de racionalidad y licitud.⁷ Así también explica Frustagli (2016) la virtud de la tipificación: «Si bien la fuerza jurigenética de los principios no depende de su reconocimiento normativo, cuando ello acontece, la admisión de los valores ínsitos en ellos afianza la autonomía científica de la disciplina» (p. 444).

La explicitación positiva, entonces, en un *corpus* normativo contribuye a su concepción como directriz programática que obliga a jueces y particulares —incluso se podría proyectar su eficacia al legislador, como ocurre con los derechos humanos—, en tanto que existirá riesgo de difuminación, cuando han debido de extraerse de reglas implícitas.

En Chile, recordemos, la LPDC no cuenta con una parte general que declare suficientemente los principios que informan el sistema de consumo. En efecto, como se indicó, fuera de la dimensión interpretativa del

6 Acerca del carácter programático de los derechos básicos y su proyección hacia los derechos subjetivos, vid. Isler (2019, pp. 244-247).

7 Explica Cabanillas (1988, p. 328) que las cargas heterónomas e impuestas por el Estado no ofrecen duda de licitud. Las diferencias así de las negociales, las cuales pueden ser declaradas abusivas.

proconsumidor y algunas directrices mencionadas a propósito de ciertas prácticas y actuaciones concretas, todos los demás principios tienen el carácter de implícitos, por lo que su eficacia —que, en mi opinión, existe— quedará, no obstante, sometida a la consideración del intérprete o juez. Su aplicación a la relación de consumo, por lo tanto, ganará seguridad jurídica y disminuirá la incertidumbre por la cual pudiera peligrar el derecho del consumidor, en la medida que el legislador los haga transitar desde la inferencia a la explicitación.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, A. (2000). Reglas y principios en el razonamiento jurídico. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 4, 593-602.
- Aarnio, A. (1991). *Lo racional como razonable*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Aguilar, G. (2016). Principios de interpretación de los Derechos Fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 146, 13-59.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1988). Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, 5, 139-151.
- Atienza, M. & Ruiz, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa*, 10, 101-120.
- Baraona, J. (2019). Concepto, autonomía y principios del Derecho de Consumo. En A. Mendoza (coord.), *Derecho del consumo: Ley, doctrina y jurisprudencia* (pp. 1-24). Der Ediciones.
- Barrientos, F. (2016). *La garantía legal*. Thomson Reuters.
- Barrientos, M. (2013). En torno a si son las normas del consumidor compatibles con las del libro IV del Código Civil chileno. En A. Mondaca & C. Aedo (coords.), *Nuevos Horizontes del Derecho Privado* (pp. 345-359). Librotecnia.
- Cabanillas, A. (1988). *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Derecho Mercantil*. Montecorvo.
- Contardo, J. (2013). Artículo 3° E) LPDC. En F. Barrientos (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores* (pp. 117-132). Thomson Reuters.
- Corral, H. (2013). Artículo 3 letra d). En F. Barrientos (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores* (pp. 109-116). Thomson Reuters.
- Cortez, G. (2004). *El nuevo procedimiento regulado en la Ley N° 19.496*. Lexis Nexis.
- Dworkin, R. (1989). *Los Derechos en serio*. Ariel.
- Espada, S. (2013). Artículo 3 letra f). En F. Barrientos (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores* (pp. 133-139). Thomson Reuters.
- Frustagli, S. (2016). El contrato de Consumo. En N. Nicolau & C. Hernández (dirs.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 409-470). Thomson Reuters.
- Isler, E. (2019). *Derecho de Consumo: nociones fundamentales*. Tirant lo Blanch.

- Jara, R. (1999). Ámbito de aplicación de la Ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones. En H. Corral (ed.), *Derecho del Consumo y protección al consumidor: Estudios sobre la Ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras* (pp. 47-74). Universidad de los Andes.
- Orozco, J. (2003). Consideraciones sobre los principios y reglas en el Derecho electoral mexicano. *Isonomía*, 18, 139-165.
- Papayannis, D. (2020). Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 1(1), 9-38.
- Pinochet, R. (2008). ¿Integra el derecho de consumo el derecho civil, el derecho mercantil o conforma una disciplina jurídica autónoma? En A. Guzmán (ed.), *Estudios de Derecho Civil III* (pp. 9-20). LegalPublishing.
- Ruiz, R. (2012). La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. *Derecho y Realidad*, 20, 143-166.
- Saffie, F. (2005). Reglas, principios y positivismo jurídico. *Revista Derecho y Humanidades*, 11, 383-392.
- Zagrebelsky, G. (2016). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta.

Jurisprudencia citada

- Aguilar González con Promotora CMR Falabella S.A. y Estudio Jurídico GNA Abogados* (2021): Corte de Apelaciones Santiago, Ing. 71720-2020, Recurso de protección, 19 de mayo de 2021.
- Sernac con Ministros de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt* (2020): Corte Suprema, Ing. 25068-2019, 14 de mayo de 2020, CL/JUR/30813/2020.
- Sernac con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.* (2013): Corte Suprema, Ing. 12.355-2011, 24 de abril de 2013, sentencia de remplazo.

CAPÍTULO V

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS PLANES DE COMPLIANCE EN EL DERECHO DEL CONSUMO

Dr. Francisco Javier Bedecarratz Scholz

*Profesor de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Chile*

SUMARIO: I. Introducción. II. *Compliance* en el derecho del consumo. 1. *Compliance* y autorregulación. 2. Los planes de cumplimiento en la Ley del Consumidor. III. Indeterminación y uso fraudulento de los planes de cumplimiento. IV. Remedios en contra de la incertidumbre y el uso fraudulento. 1. Normativa complementaria. 2. Certificaciones y aprobación. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma a la Ley del Consumidor¹ del año 2018, implementada a través de la Ley N° 21.081, estableció una nueva regulación en el ámbito del derecho del consumo en Chile. Esta norma entrega al Servicio Nacional del Consumidor (en adelante, Sernac) nuevas facultades de fiscalización, aumenta las multas a infractores, perfecciona aspectos procesales y, de modo transversal, fortalece la protección de los derechos de los consumidores.

Entre los cambios más relevantes realizados por la citada reforma, se consagraron los planes de cumplimiento normativo como un elemento central para lograr el resguardo de los derechos de los consumidores y prevenir contravenciones por parte de los proveedores. Lo anterior

1 Originalmente Ley N° 19.496. Su texto refundido consta actualmente en el Decreto con Fuerza de Ley N° 3 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo del 31 de mayo de 2021, que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 19.496, que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

representó un cambio de estrategia en el contexto del derecho del consumo, a favor de la teoría de la autorregulación regulada y del *compliance*, de gran aceptación por el legislador chileno en el área penal y demás materias administrativas-sancionadoras en los últimos años. Sin embargo, la mencionada estrategia legislativa ha evidenciado importantes problemas de diseño y de ejecución en estas otras áreas del derecho, que se han materializado, principalmente, en la falta de especificidad de los modelos legales de *compliance* —lo que implica inseguridad jurídica para las empresas que buscan implementarlos— y en su uso fraudulento por parte de ciertas organizaciones, que los adoptan como un mero recurso para obtener una ventaja procesal respecto de la sanción, sin exhibir, al mismo tiempo, un compromiso serio con las tareas preventivas.

Transcurrido cerca de un lustro desde la implementación del modelo de *compliance* en la Ley del Consumidor, el constante debate acerca de la mejor estrategia legal para la protección de los consumidores hace pertinente observar con especial atención estos planes de cumplimiento, con el objeto de detectar materias dignas de atención en un eventual nuevo proceso de reforma legislativa.

En línea con la problemática descrita, a continuación se analiza el *compliance* en general y su concreción en los planes de cumplimiento previstos en la Ley del Consumidor en particular. Acto seguido se describen dos problemas de diseño y de aplicación a los que están expuestos. Posteriormente, se analiza el mecanismo de solución de tales problemas, implementado por la propia Ley del Consumidor, el cual es el complemento a través de normativa regulatoria y estándares técnicos de naturaleza extrajurídica. Finalmente, se ofrece un análisis crítico respecto de las fortalezas y debilidades de dichas soluciones, proponiendo ciertas pautas a considerar en una eventual reforma legislativa.

II. COMPLIANCE EN EL DERECHO DEL CONSUMO

1. *Compliance* y autorregulación

El *compliance* constituye una expresión de la estrategia de la autorregulación forzada o regulada, de progresiva aceptación en diversas áreas del derecho público, tales como la penal, administrativa o tributaria. Según esta, los incumplimientos normativos que emanan de organizaciones pueden ser controlados de mejor manera por las propias entidades, versus imposiciones

«desde fuera» por el ente estatal, y sujetas a limitaciones propias de toda regulación, tales como complejidad social, multiplicidad normativa y pobreza epistémica (Pérez, 2011, p. 745). En realidad, las normas de conducta generales impuestas a entidades tienen mejores probabilidades de ser satisfechas, en la medida que se confiera a sus destinatarios la libertad para determinar la forma cómo pueden implementarlas, de conformidad con su realidad individual. Sustenta lo anterior el hecho de que las organizaciones son más conscientes de la clase, naturaleza y fuente de riesgos de incumplimientos que les incumben, así como también de los mecanismos más eficaces para atenuarlos. Concordantemente, este tipo de medidas poseerían, según la mayoría de la doctrina, una mayor efectividad en prevención de contravenciones normativas, además de generar un menor compromiso fiscal para el ente regulador.²

En armonía con lo expuesto, los programas de *compliance* pueden ser definidos como sistemas organizativos que incluyen principios, reglas, procedimientos e instrumentos orientados a asegurar el cumplimiento de la legalidad en el desarrollo de las actividades de una organización (Neira, 2016, p. 469). En cuanto a su nomenclatura, el *compliance* adopta un sufijo según el área del ordenamiento jurídico en el cual se contextualicen las normas a satisfacer por parte de la entidad. Así, un *compliance* penal tendrá por objeto evitar que directivos o dependientes de la organización cometan crímenes o simples delitos en su seno, que puedan comprometer la responsabilidad organizacional, mientras que un *compliance* en consumo buscará que la entidad proveedora no infrinja la normativa de protección de los derechos de los consumidores y no irroque, de tal modo, responsabilidad infraccional según la ley respectiva.

A partir de lo descrito es posible elucidar los principales objetivos de los programas. Estos poseen, en primer lugar, una función preventiva de contravenciones normativas al interior de una persona jurídica. A través de la adopción de los programas de cumplimiento, se espera que la entidad disminuya las tasas de incumplimientos normativos en su interior, propendiendo a que, en último término, desarrolle sus actividades y prosiga su giro con pleno respeto a la legalidad. Dicha función es el denominado «aspecto preventivo material» del *compliance*.

Por otro lado, y cumpliéndose todos los requisitos que la ley dispone para ello, la adopción de programas de cumplimiento tiene como efecto

2 En el contexto de prevención delictiva, vid. Braithwaite (1982, pp. 1467 y ss.). En líneas similares, vid. Nieto (2008, pp. 48 y ss.).

la aplicación de una atenuante o un eximente de responsabilidad para la persona jurídica respectiva que sea sometida a un proceso sancionatorio, lo cual constituye el llamado «aspecto procesal-represivo». Luego, el incremento de las posibilidades de influenciar favorablemente un proceso sancionatorio seguido contra la entidad constituye uno de los factores más relevantes en la implementación del modelo por la persona jurídica.

Por último, este tipo de programas desempeña un importante rol en el resguardo de la imagen pública de una empresa, la que podría verse afectada como consecuencia de la detección y persecución de una contravención a la normativa respectiva. Consecuentemente, la evitación del daño reputacional a través de una efectiva prevención de conductas infraccionales constituye un poderoso incentivo para la adopción de programas de cumplimiento por parte de la empresa, lo cual se denomina «aspecto económico» del *compliance*.³

Como ya se adelantó en la introducción, los programas de *compliance* han encontrado recepción en Chile en materia criminal a través de la Ley N° 20.393, que en su art. 3, in. 3°, los consagra como una causal eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando tales fueren implementados en conformidad con el art. 4 del mismo cuerpo legal. Así, la progresiva aceptación de la estrategia de la autorregulación regulada ha implicado su expansión a otras áreas del derecho, como ha ocurrido en materia de consumo, como se describe a continuación.

2. Los planes de cumplimiento en la Ley del Consumidor

Los planes de cumplimiento en la Ley del Consumidor son instrumentos que establecen políticas, procedimientos, directrices y mecanismos adoptados por una empresa para respetar dicha normativa, estableciendo medidas preventivas, correctivas y de detección de eventuales incumplimientos (Sernac, s. f.).⁴ Tales no se encontraban previstos en el proyecto de ley original presentado por el Ejecutivo, sino que fueron incorporados dos años después del inicio de su tramitación en el Congreso Nacional, con el fin de

3 En cuanto a las funciones del *compliance*, vid. Bedecarratz (2022, pp. 165 y ss.).

4 En la Resolución Exenta N° 689, de 10 de septiembre de 2021, el Sernac los ha definido como un «conjunto de medidas internas adoptadas para prevenir, detectar y mitigar el riesgo de infringir deberes de conducta exigibles por la organización, ya sea por sus propias acciones u omisiones, las de sus representantes, asesores, dependientes o colaboradores, incluyendo proveedores de servicios y los procesos que —conforme a la ley— están bajo su responsabilidad» (p. 7).

garantizar de modo más efectivo el cumplimiento de las obligaciones de proveedores respecto de consumidores (Lorenzini, 2020, p. 314).

El ecosistema normativo mediante el cual se regulan dichos planes está conformado, en primer lugar, por dos disposiciones clave de la Ley del Consumidor⁵: el art. 24, in. 4º, lit. c), que los consagra como como circunstancia atenuante de responsabilidad infraccional de proveedores; y el art. 54 P, in. 3º, que los establece como un medio correctivo. Además, el art. 19 del Reglamento de Procedimiento Voluntario Colectivo⁶ desglosa de forma general el contenido de los planes de cumplimiento. Los anteriores preceptos legales y reglamentarios se ven complementados, además, por la Resolución Exenta N° 689, de 10 de septiembre de 2021, Circular Interpretativa del Sernac sobre el Alcance, Contenido, Procedimiento de Aprobación y Presentación de los Planes de Cumplimiento (en adelante, indistintamente, la Circular). Por último, la Especificación Técnica INN/ET1:2019, documento de carácter extralegal emitido por el Instituto Nacional de Normalización de Chile, concretiza diversos requisitos técnicos de los planes, que son relevantes para efectos de su certificación.

Cabe destacar que la diversa fuente normativa de los planes en la Ley del Consumidor ha significado también que ellos poseen caracteres diferentes entre sí (Resolución Exenta N° 689, 2011, p. 9). Concretamente, el art. 24, in. 4º, lit. c) contempla una atenuante de responsabilidad infraccional, consistente en la colaboración sustancial del infractor con el Servicio antes o durante un procedimiento sancionatorio. Ello se puede traducir en suministrar a la autoridad antecedentes útiles para el esclarecimiento del hecho y la intervención que habría cabido a la infractora (Lorenzini, 2020, p. 315). En su segunda parte, la norma en cuestión dispone lo siguiente:

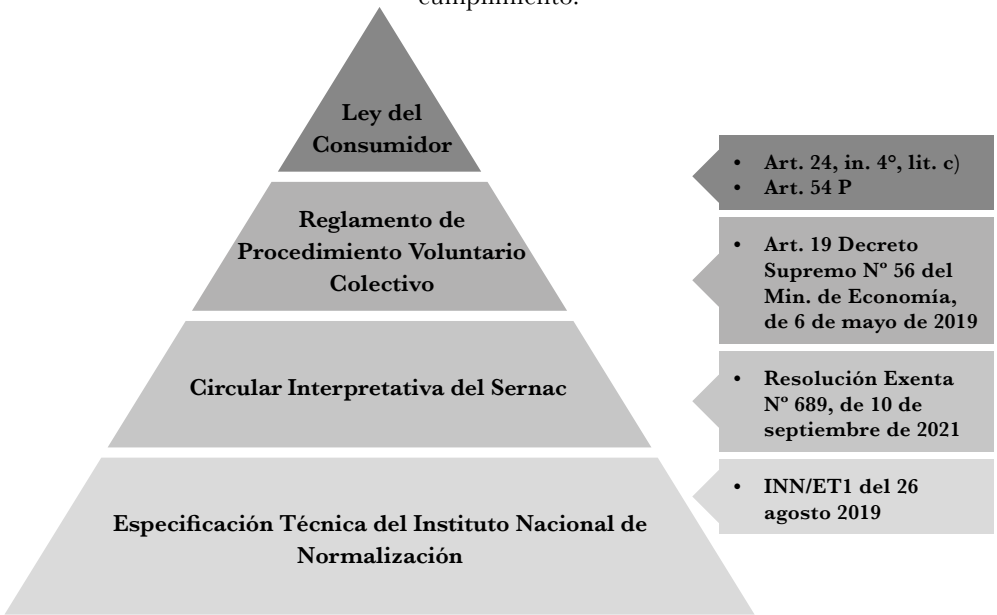
Se entenderá que existe colaboración sustancial si el proveedor contare con un plan de cumplimiento específico en las materias a que se refiere la infracción respectiva, que haya sido previamente aprobado por el Servicio y se acredite su efectiva implementación y seguimiento.

De acuerdo con lo anterior, la Ley del Consumidor asimila la existencia de un plan de cumplimiento aprobado previamente por el Sernac como una

5 En lo sucesivo, toda referencia a un artículo se entenderá realizada a aquellos de la Ley del Consumidor, salvo mención en contrario.

6 Decreto 56 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, aprobado el 6 de mayo de 2019, que Aprueba Reglamento que Establece el Procedimiento Voluntario para la Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores.

Figura 1:
Representación jerárquica del ecosistema regulatorio de los planes de cumplimiento.



Fuente: elaboración propia.

atenuante obligatoria de responsabilidad. Dado que el plan debe haberse no solo implementado, sino aprobado de manera previa a la infracción, este asume una naturaleza preventiva. A mayor abundamiento, el plan del art. 24, in. 4°, lit. c) opera de modo *ex ante*, pues su función inmediata es la de analizar los riesgos infraccionales de la organización, de modo previo a su materialización en un incumplimiento.

Por otro lado, los planes de cumplimiento previstos en el art. 54 P, in. 3° están contemplados en el marco de la nueva regulación de las mediaciones colectivas, hoy denominadas «procedimientos voluntarios para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores». En este contexto se prevé un modelo de *compliance* como una de las obligaciones factibles de adopción en el acuerdo que pone término al procedimiento. Ello se consagra legalmente en los siguientes términos:

La resolución podrá contemplar la presentación por parte del proveedor de un plan de cumplimiento, el que contendrá, como

mínimo, la designación de un oficial de cumplimiento, la identificación de acciones o medidas correctivas o preventivas, los plazos para su implementación y un protocolo destinado a evitar los riesgos de incumplimiento.

En este sentido, estos últimos planes poseen un carácter esencialmente correctivo respecto de infracciones ya cometidas previamente por el proveedor, siendo acordadas de modo *ex post* entre el Sernac y el proveedor. Sin perjuicio de lo anterior, estos planes también incorporan ciertos aspectos de cumplimiento preventivo (Lorenzini, 2020, p. 318), que no se agotan en la enmienda de las infracciones cometidas, sino que buscan asegurar un cumplimiento de las normas de protección al consumidor también en la prospectiva.

Las especiales características del ecosistema normativo descrito generan dos serios problemas para los planes de cumplimiento en materia de consumo, que han afectado negativamente su implementación voluntaria por parte de los proveedores y, con ello, el efecto positivo que se pretendía para la tutela de los derechos de los consumidores y la prevención de contravenciones en la materia.⁷ Tales son su falta de determinación y su posible uso fraudulento,⁸ problemas que se detallan a continuación.

III. INDETERMINACIÓN Y USO FRAUDULENTO DE LOS PLANES DE CUMPLIMIENTO

Como ya se indicó a los inicios de este trabajo, los programas de *compliance* constituyen sistemas organizativos para personas jurídicas que, con el objeto de asegurar el cumplimiento de la legalidad en sus actividades, tienen como contenido un conjunto de principios, reglas, procedimientos e instrumentos a ser implementados en el interior de la organización. En términos generales, la consagración legal de modelos de *compliance* va comúnmente acompañada de la enumeración de los requisitos mínimos de los procedimientos y medidas a implementar, para que luego la persona jurídica concrete y otorgue forma final a los programas según su contexto particular (Sernac, 2021, p. 8).

⁷ Estos y otros problemas, además de la general incomprensión sobre la conveniencia de adoptar dichos planes, han redundado en su infrautilización de parte del mercado. Vid. Díaz (2022).

⁸ Una tematización de dichos problemas en el ámbito del *compliance* penal realiza Nieto (2012, pp. 124 y ss.).

El principio fundamental radica en que no es conveniente que se describan legalmente todos los aspectos del modelo de autorregulación, pues una propuesta legislativa minuciosa no sería adaptable a los innumerables tipos de actividades económicas que, a su vez, generan riesgos contravencionales específicos (Artaza, 2013, pp. 549 y ss.). A mayor abundamiento, una norma estática carecería de la capacidad de adaptación necesaria en un entorno eminentemente cambiante, todo lo cual redundaría, por lo tanto, en su ineffectividad (Bedecarratz, 2018, p. 211). Por lo tanto, la regla general es que los modelos de *compliance* previstos en las leyes no son autosuficientes, realizándose enumeraciones de elementos mínimos que deben contener los programas, dejando a los entes regulados cierta libertad en cuanto a cómo implementarlos en la práctica.

Sin embargo, los preceptos relevantes de la Ley del Consumidor no realizan una descripción suficiente de los elementos mínimos a los que se ha hecho referencia. La única disposición legal al respecto es el art. 54 P, que contempla solo un inciso, que enuncia los elementos a implementar por la empresa, sin realizar una descripción mínima de ellos que los haga inteligibles para los regulados. Por ejemplo, la norma no establece los medios o facultades del oficial de cumplimiento, no detalla la realización de un análisis de riesgos de contravenciones, omite las medidas mínimas a implementar para prevenir vulneraciones a derechos de consumidores ni especifica el contenido del protocolo destinado a evitar los riesgos. La regulación legal calla sobre este y otros aspectos fundamentales del modelo.⁹

Respecto del art. 24, in. 4º, lit. c), la ley no realiza una enumeración básica de sus elementos, limitándose a equiparar los planes de cumplimiento como una forma de acreditar la atenuante de colaboración sustancial. La citada disposición indica que dichos planes deben haber sido previamente aprobados por el Servicio y acreditarse su efectiva implementación y diseño, pero sin ofrecer los bloques fundamentales conforme a los cuales dichos planes deben ser construidos, y cuya existencia debe comprobar el Servicio al momento de evaluar su aprobación.

Dicho lo anterior, cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿el contenido mínimo detallado en el art. 54 P, in. 3º tiene efectos generales o está dispuesto solamente a propósito de los planes correctivos, sin alcanzar a los planes

9 Compárese, al efecto, la regulación del art. 4 de la Ley N° 20.393. No se quiere con esto exigir en el derecho del consumo el mismo estándar del derecho penal —el que se sujeta a principios tales como el de legalidad del art. 19, N° 3, in. 8º de la Carta Fundamental—, sino resaltar la diferencia existente entre ambos modelos y demostrar que sí es posible que el legislador contemple una descripción mínima de los elementos.

preventivos del art. 24, in. 4º, lit. c)? El Sernac ha buscado responder a esta interrogante de modo integrador, sosteniendo que el contenido mínimo al que hace referencia el art. 54 P estaría incorporado en la norma INN/ET1, que regula la estructura fundamental de los planes preventivos del art. 24, in. 4º, lit. c) y, por esta vía, regiría también para estos últimos (Sernac, 2021, p. 11). Sin perjuicio de la posición del Servicio, subsiste de todos modos una incoherencia sistemática, en tanto una categoría de planes contempla una descripción respecto de su contenido en la ley, mientras que los preventivos quedan sujetos a la interpretación del Servicio y, con ello, a la discreción del ente regulador.

Como valoración intermedia es posible indicar que no se puede derivar de la descripción legal actual el estándar mínimo de diligencia exigido a los proveedores respecto de la implementación de los planes de cumplimiento, habida cuenta de su absoluta parquedad. Por otra parte, la deficiente técnica legislativa empleada deja a discreción del Servicio la determinación de los elementos mínimos de los planes del art. 24, in. 4º, lit. c), que hoy se asimila al del art. 54 P, pero el día de mañana puede cambiar fundamentalmente por una simple resolución del ente regulador. Todo lo anterior constituye un riesgo para la estabilidad en el tiempo de los planes y una afectación al resguardo de la seguridad jurídica de los regulados.

El segundo gran problema de los planes de cumplimiento radica en que su implementación al interior de las personas jurídicas no necesariamente es realizada con el objeto de constituir una medida efectiva de prevención de contravenciones a la normativa de protección del consumidor. En otras áreas del derecho se ha identificado a empresas que adoptan programas de *compliance* en consideración solo del aspecto económico, buscando solamente presentar una imagen falsa de legalidad y, con ello, mejorar la reputación de la entidad (Bedecarratz, 2022, pp. 173 y ss.). Dicho fenómeno fue denominado a partir de la década de los ochenta en Estados Unidos como *corporate greenwashing*. Ello ocurría en empresas que realizaban campañas publicitarias declarando un aparente compromiso con la protección del medioambiente, pero que, en el fondo, tenían como exclusivo objetivo el ocultamiento de graves problemas ecológicos provocados por la misma corporación, el desvío de responsabilidades y el lavado de imagen pública (Laufer, 2003, pp. 253 y ss.). Ello ha evolucionado en el presente a empresas que implementan modelos de *compliance* con un fin exclusivamente cosmético, para exhibir una falsa apariencia frente a la comunidad de entes socialmente responsables y comprometidos con la legalidad.

En ese sentido, los planes de cumplimiento en consumo podrían ser adoptados por empresas proveedoras como una suerte de seguro contra

procedimientos sancionatorios, con el objeto de que operen como una rebaja anticipada de la multa, por la vía del atenuante del art. 24, in. 4°, lit. c), pero sin buscar un efecto preventivo real frente a contravenciones de la Ley del Consumidor al interior de la organización. Ello genera el riesgo del uso cosmético del *compliance*.

Ambos problemas representan un obstáculo grave para la efectividad del sistema instaurado por la Ley N° 21.084. Por una parte, las empresas tienen pocos puntos de referencia en la Ley del Consumidor respecto de los elementos materiales de los modelos a implementar en su interior, lo cual afecta la certeza de que ellos sean posteriormente aprobados por el Servicio y presten su función en el marco de un procedimiento sancionatorio. Por otro lado, el uso fraudulento que algunas personas jurídicas puedan realizar de la herramienta, creando planes de cumplimiento «de papel», afecta a la credibilidad del sistema en su conjunto. En caso de que el anterior fenómeno se masifique, las personas jurídicas diligentes pueden verse expuestas a realizar esfuerzos supererogatorios para acreditar la veracidad y sustrato material de los planes de cumplimiento efectivamente implementados.

IV. REMEDIOS EN CONTRA DE LA INCERTIDUMBRE Y EL USO FRAUDULENTO

La forma en que la ley vigente ha buscado superar los problemas descritos previamente y, de tal modo, garantizar un modelo de *compliance* resiliente, es mediante el soporte en normativa complementaria, por un lado, así como el establecimiento de un sistema de certificación por organismos externos y la aprobación de los planes por parte del Sernac, por otro. Las luces y sombras de ambos mecanismos implementados en el ordenamiento jurídico chileno son comentadas a continuación.

1. Normativa complementaria

En lo referente a la indeterminación de los planes de cumplimiento en la Ley del Consumidor, el Sernac ha impulsado dos conjuntos de normas complementarias, con el fin de suplir la falta de puntos de referencia relativos a su contenido. Por una parte, dictó una serie de circulares destinadas a establecer los requisitos fundamentales y el procedimiento de aprobación de los planes. Por otro lado, suscribió con el Instituto Nacional de Normalización un convenio de colaboración para la creación de un

estándar enfocado en el diseño e implementación de los mencionados instrumentos.

Concordantemente y desde los inicios de la vigencia de la Ley N° 21.081, el Servicio emprendió una labor de interpretación de la normativa que establece los planes de cumplimiento, con el fin de aportar mayor certeza jurídica no solo a proveedores y consumidores, sino también a sus propios funcionarios que debían evaluarlos. Con dicho objeto dictó primero dos circulares interpretativas, en específico la Resolución Exenta N° 89, de 31 de enero de 2020, orientada al alcance y contenido de los planes de cumplimiento; y la Resolución Exenta N° 813, de 9 de diciembre de 2020, sobre procedimientos de aprobación de los mismos planes. Sin embargo y al poco andar, dicha regulación debió ser complementada por el Servicio, pues no regulaban la forma de presentación de los planes del art. 54 P. Debido a lo anterior, el Sernac dictó el 10 de septiembre de 2021 una tercera Resolución Exenta, la hoy vigente N° 689, que reúne, sistematiza y actualiza en un solo instrumento las materias reguladas por las anteriores circulares (Sernac, 2021, p. 4).

Cabe aclarar que, en esta última circular, el Sernac indica que estaría en tramitación un Reglamento del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que regularía el proceso de aprobación de los planes que lleva el Servicio conforme al art. 24, in. 4°, lit. c), así como el proceso de certificación a través de terceros independientes (2021, p. 10). Con todo, la única disposición reglamentaria que a la fecha se ha dictado en materia de planes de cumplimiento consiste en el art. 19 del Decreto N° 56 del Ministerio de Economía, que establece el procedimiento voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de consumidores, el que por su ubicación se refiere a aquellos planes correctivos del art. 54 P de la Ley del Consumidor y no los preventivos del art. 24, in. 4°, lit. c). El reglamento al que hace referencia la resolución no ha sido dictado y es dudoso que exista algún día, considerando la regulación extensiva que contiene la Resolución Exenta N° 689 respecto del contenido de los planes.¹⁰

En este último punto, la Circular parte de la base de los requisitos dispuestos en el art. 54 P, in. 3° y los desarrolla y complementa con características y elementos necesarios para su implementación. En este sentido, los

10 Similar opinión en Díaz (2022). De hecho, el párrafo de la Circular que anuncia el reglamento (p. 10) proviene de una resolución antecedente, la ya citada N° 89, de 31 de enero de 2020, que habría sido refundida sin más en la nueva versión, generando la confusión descrita.

elementos mínimos que deben contener los planes de cumplimiento se traducen en los siguientes:

- a) La designación del oficial de cumplimiento, esto es, de una persona o de un órgano encargado de la implementación y del seguimiento del plan al interior de la organización.
- b) La identificación de medidas para la prevención, detección y corrección de riesgos de incumplimiento, así como un plan de implementación de las mismas.
- c) La indicación de plazos para la implementación del plan en su conjunto, así como de cada medida en particular incluida en este.
- d) El establecimiento de un protocolo destinado a evitar los riesgos del incumplimiento, indicando, entre otros, la metodología utilizada, la priorización del riesgo y los controles asociados, la información o métricas empleadas para la detección de conductas indebidas y la integración de estos últimos datos en el programa. (Sernac, 2021, pp. 12 y ss.)

Los anteriores requisitos se ven complementados además por lo dispuesto en el art. 19 del Reglamento de Procedimiento Voluntario Colectivo antes citado, que confirma los cuatro elementos antes citados y agrega un quinto del siguiente tenor:

- e) El establecimiento de «mecanismos internos para la capacitación del personal» del proveedor en la observancia del plan y el cumplimiento general de la normativa del consumidor.

Estos elementos se identifican con las medidas institucionales, normativas y técnicas comúnmente engranadas en la mayoría de los modelos de *compliance* previstos en otras áreas del derecho y que fueron descritas más arriba. Sin perjuicio de lo anterior, el Servicio ha interpretado que los planes de cumplimiento deben satisfacer, además, los siguientes requisitos suplementarios indicados en su Circular Interpretativa:

- f) Compromiso de la alta y media gerencia con las tareas de cumplimiento;
- g) Alineación de incentivos y medidas disciplinarias frente a incumplimientos;
- h) Reacción frente a hallazgos, incluyendo mecanismos eficientes de denuncias, alertas y reclamos, así como el análisis y corrección de causas subyacentes de incumplimiento; y, finalmente,

- i) Proceso de mejora continua, pruebas periódicas y revisión, con el fin de mantener la efectividad del instrumento a lo largo del tiempo. (Sernac, 2021, pp. 13 y ss.)

Estos últimos elementos tendrían un carácter complementario y de refuerzo de las medidas básicas indicadas en la ley y se encuentran también en línea con las reglas fundamentales de gestión del riesgo de incumplimientos normativos al interior de organizaciones.

Por otra parte, la Especificación Técnica INN/ET1 constituye la segunda medida destinada a aportar mayores antecedentes sobre el contenido de los planes. Esta constituye en el fondo una directriz dictada por un organismo privado que ha sido validada por el Sernac en sus resoluciones, que define los requisitos y contenidos de los planes y establece pautas específicas para su implementación práctica por parte de los proveedores.

En términos muy generales, la INN/ET1 parte de la base de definir los objetivos y características propias de cada organización y, en concordancia con ellos, identificar las obligaciones de cumplimiento y los riesgos de contravenciones a los que ella se ve expuesta en materia de consumo. Por otra parte, establece las obligaciones generales de liderazgo y compromiso de los órganos de gobierno y de alta dirección de la empresa, especifica las directrices generales para la elaboración de una política de cumplimiento y enumera los roles y responsabilidades del encargado o del órgano de cumplimiento. Las recomendaciones se extienden a numerosos otros aspectos de diseño, puesta en marcha y control de los planes que trasuntan una aplicación de los principios generales de gestión del riesgo, similar a lo que realizan otros estándares técnicos tales como la norma ISO 37.001 en materia de prevención del soborno y cohecho o 27.001 en cuanto a la seguridad de la información.

La función de la INN/ET1 es triple. Por una parte, complementa los requisitos previstos en el art. 54 P de la Ley del Consumidor y el art. 19 del Reglamento de Procedimiento Voluntario Colectivo, expandiendo el contenido de cada una de las medidas. En segundo lugar, hace aplicable el contenido de ambas disposiciones también a los planes preventivos consagrados en el art. 24, in. 4º, lit. c) de la Ley del Consumidor, homologando de forma extralegal ambos tipos de planes. En tercer lugar, constituye un criterio para la certificación y aprobación por parte de los organismos externos y el Sernac, respectivamente, de los planes presentados por los proveedores.

Se ha dejado para el final del presente título el valor o fuerza obligatoria que asume la INN/ET1. Ya se planteó que, formalmente, esta asume la categoría

de «directriz», máxime si emana de un organismo no gubernamental con nulas facultades reguladoras propias. Sin embargo, fruto de las referencias que el Sernac ha planteado en su normativa, la especificación asume una fuerza fáctica lindante con la ley, en tanto obliga a los proveedores a cumplirlo para que sus planes puedan ser primero certificados por entidades externas, y después aprobados por el Servicio. Consecuentemente, la INN/ET1 determina la virtualidad del plan del art. 24, in. 4°, lit. c), dado que de su observancia depende de si este genera su pretendido efecto como atenuante o si redundante en una simple maculatura. La obligatoriedad de la Especificación es, de tal modo, patente para los proveedores.

2. Certificaciones y aprobación

Un elemento novedoso de los sistemas de *compliance* implementados en el ordenamiento jurídico chileno, primero en la Ley N° 20.393 y ahora en la Ley del Consumidor, y que ha sido objeto de atención en la doctrina extranjera (Nieto, 2012, p. 124), es la posibilidad expresa de certificación de los programas. El *modus operandi* en general consiste en que empresas de auditoría externas, sociedades clasificadoras de riesgo u otros organismos similares registrados ante el regulador, pueden evaluar la implementación conforme a los requisitos mínimos de los modelos. En caso de ser evaluado en concordancia con lo dispuesto en la normativa marco, el programa de *compliance* es certificado por el organismo externo. Tal documento constituye un antecedente valioso para acreditar, en el marco de un procedimiento sancionatorio, la legalidad del programa implementado ante el ente resolutor y lograr la rebaja o exención de la sanción, según el caso.¹¹

Dicho sistema ha sido también implementado para planes de cumplimiento en el derecho de consumo, pero agregando un requisito adicional: la aprobación del regulador. En este sentido, la Resolución Exenta N° 689 establece la obligación de aprobación de los planes por el Sernac para poder surtir efectos en un proceso sancionatorio. La Circular dispone dos procedimientos al efecto: uno abreviado, que requiere una certificación previa, y uno general, que no la exige. En el primer caso, el proveedor debe presentar al Servicio un certificado y un informe emitidos por una entidad certificadora idónea, que acrediten y describan la implementación del plan de cumplimiento en conformidad con la normativa aplicable, concretamente:

¹¹ Rol de la certificación en el contexto penal, en Bedecarratz (2022, p. 197).

- a) Las disposiciones pertinentes de la Ley del Consumidor.
- b) Art. 19 del Reglamento de Procedimiento Voluntario Colectivo.
- c) Resolución Exenta N° 689 del Sernac.
- d) Especificación Técnica INN/ET1.

Presentada la solicitud de aprobación junto con los informes y certificados antedichos en procedimiento abreviado, el Servicio se pronuncia sobre ella dentro del plazo legal, que llega hasta los seis meses, según el art. 27 de la Ley N° 19.880.

En el procedimiento general, en cambio, no se exige un certificado previo. El Sernac, luego de realizar una priorización de las solicitudes de aprobación recibidas en conformidad con las características y perfil de riesgo que exhibe cada proveedor, solicita por sí misma un informe técnico emanado de un tercero independiente, que tiene por objeto determinar si el plan se ha ajustado a los requisitos contemplados en las mismas normas antes enumeradas. Es decir, igualmente por esta vía se realiza el análisis técnico por parte de un tercero independiente, que comprueba la adecuación del plan a la normativa e idoneidad para prevenir los riesgos de incumplimiento respectivos.

En general, la intervención de organismos externos en la evaluación de los programas constituye una forma adecuada de prevenir el uso fraudulento del *compliance* por parte de proveedores. El análisis de fondo efectuado por estos terceros permite separar aquellos planes serios de aquellos presentados con el solo objeto de conseguir una ventaja procesal, resguardando, de tal modo, la credibilidad del sistema en su conjunto. Sin embargo, debe siempre tenerse presente el riesgo de surgimiento de un sistema de certificaciones fraudulento, que agrave aún más el uso cosmético del *compliance* ya descrito. El mercado no necesariamente ofrece los incentivos adecuados para que las personas jurídicas sometan a terceros un control estricto de sus propias estructuras. Lo anterior se combina con que ciertas sociedades auditoras o certificadoras pueden ofrecer certificados de *compliance*, sin realizar procesos serios que comprendan controles de diseño o de efectividad del programa, ofreciendo así verdaderos seguros en contra de la persecución penal estatal.¹²

Para prevenir este último problema, la normativa chilena contempla dos controles adicionales. El primero de ellos es la serie de requerimientos

¹² Problema desde la perspectiva penal en Bedecarratz (2022, p. 174).

impuestos a organismos de inspección y entidades certificadoras en torno a su idoneidad y aptitud para ejercer su función contemplados en la Circular (Sernac, 2021, pp. 30 y ss.), así como la obligación de inscripción en el Registro de Entidades Certificadoras Acreditadas ante el Sernac. Dicha solución también es aplicada en materia del *compliance* penal, concretamente a través del Registro que la Comisión para el Mercado Financiero lleva de las entidades certificadoras, así como mediante los requisitos para ejercer la función certificadora que el mismo organismo establece en su Norma de Carácter General N° 302, todo ello según el art. 4, N° 4), lit. b), in. 2° de la Ley N° 20.393.

En segundo lugar, la Ley del Consumidor innova exigiendo además la aprobación de los planes de cumplimiento por el Sernac, lo que supone la revisión de los certificados e informes emitidos por las entidades certificadoras. En dicho marco, el Servicio puede rechazar aquellos planes que cuenten con un informe emanado de un proceso fraudulento o producto de una comprobación meramente nominal de la existencia de un plan de cumplimiento, carente de una revisión real de la estructura organizacional interna del proveedor.

V. CONCLUSIONES

Los planes de cumplimiento constituyen una herramienta útil para asegurar el acatamiento de la normativa del derecho del consumo al interior de organizaciones y, con ello, asegurar el pleno respeto de los derechos relevantes por parte de proveedores. Sin embargo, su regulación tiene como fuentes un rudimentario reconocimiento en la ley, una reciente circular del ente regulador y una especificación técnica emanada de un ente privado. Ello conforma un panorama normativo complejo, difícil de entender y propenso a interpretaciones contradictorias, que no contribuye a la implementación de tales modelos por los entes regulados.

Por otro lado, gran parte de los elementos fundamentales de los planes de cumplimiento tiene su origen no en la ley, como es la regla de los modelos de *compliance* en otras áreas del derecho, sino en normas emanadas del ente regulador, lo cual es una debilidad importante del sistema implementado por la Ley N° 21.081. El complemento de los programas de *compliance* con normativa infralegal es frecuente. Sin embargo, en el caso en particular del derecho del consumo, el mismo regulador encargado de aprobar los planes es el encargado de dictar la normativa complementaria, lo cual genera un

riesgo para la imparcialidad y objetividad del Servicio en la evaluación de los planes de cumplimiento.

Concordantemente, se hace necesaria la enmienda de la Ley del Consumidor, con el fin de incorporar una descripción mínima de los contenidos de los planes de cumplimiento. Ello otorgaría una mayor seguridad jurídica a los entes regulados respecto de los elementos a implementar en sus planes, conferiría mayores grados de objetividad e independencia en las funciones del ente regulador como evaluador de tales instrumentos y contribuiría a la creación de un sistema de protección a los derechos de los consumidores más estable, resiliente y justo.

Finalmente, el problema del fraude de *compliance* contempla diversas contramedidas en la Ley de Protección al Consumidor. Concretamente, la labor de control que realizan organismos externos, sea mediante certificaciones o informes técnicos, según el caso, permite evaluar de modo independiente la veracidad y seriedad de los programas implementados. Además, el control realizado por el Sernac de los organismos de inspección o entidades certificadoras a través de los requisitos de idoneidad que ella misma ha definido, así como la obligación de registro, presenta cierta idoneidad para evitar el surgimiento de un mercado fraudulento de certificaciones. Que dicho favorable pronóstico se materializa en los hechos, queda ahora relegado a la aplicación práctica de la nueva ley en los años que vienen.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Artaza, O. (2013). Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal. *Política criminal*, 8(16), 544-573. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992013000200006>.
- Bedecarratz, F. (2022). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas sin fines de lucro*. Tirant lo Blanch.
- Bedecarratz, F. (2018). La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad. *Política criminal*, 13(25), 208-232. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000100208>.
- Braithwaite, J. (1982). Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control. *Michigan Law Review*, 80(7), 1466-1507.
- Díaz, L. (2022, 23 de mayo). Errores comunes acerca de los planes de cumplimiento de la LDPC. *Estado Diario*. <https://bit.ly/3TG5i2r>.
- Laufer, W. (2003). Social Accountability and Corporate Greenwashing. *Journal of Business Ethics*, 43(3), 253-261.

- Lorenzini, J. (2020). Compliance en protección al consumidor: una práctica indispensable al interior de empresas. En A. Toso, L. Mayer & E. Cordero (coords.), *Cumplimiento normativo y gestión de riesgos legales en la empresa* (pp. 301-323). Tirant lo Blanch.
- Neira, A. (2016). La efectividad de los *criminal compliance programs* como objeto de prueba en el proceso penal. *Política criminal*, 11(22), 467-520. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000200005>.
- Nieto, A. (2012). Cosmetic Use and Lack of Precision in Compliance Programs: Any Solution? *Eu crim*, 3, 124-127.
- Nieto, A. (2008). *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: un Modelo Legislativo*. Iustel.
- Pérez, O. (2011). Responsive Regulation and Second-Order Reflexivity: On the Limits of Regulatory Intervention. *University British Columbia Law Review*, 44(3), 743-778. <https://ssrn.com/abstract=1970707>.
- Servicio Nacional del Consumidor. (2021). *Resolución Exenta N° 869*. https://www.sernac.cl/portal/618/articles-63380_archivo_01.pdf
- Servicio Nacional del Consumidor. (s. f.). *Planes de Cumplimiento (Compliance)*. <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyvalue-62999.html>

CAPÍTULO VI

CONSIDERACIONES ÉTICAS DE LA NEUROCIENCIA DEL CONSUMIDOR

Dra. María Isabel Cornejo Plaza
Universidad Autónoma de Chile

SUMARIO: I. Introducción. II. Origen de la neurociencia del consumidor. III. Aplicaciones de neurotecnologías al neuromarketing. 1. El metaverso. 2. Seguimiento ocular (*eye tracking*). 3. Conductancia, respuesta electrodérmica o galvánica. 4. Electroencefalografía EEG. 5. Resonancia Magnética Funcional (fMRI). IV. Algunas reflexiones sobre la privacidad. V. Ética de la neurociencia del consumidor. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En este artículo se pretende establecer una diferencia conceptual entre la neurociencia del consumidor como procedimiento científico y el neuromarketing como aplicación de estos hallazgos en el ámbito de la práctica del mercado empresarial. Así, el objetivo es reflexionar acerca de las principales consideraciones éticas de las neurotecnologías aplicadas al neuromarketing, así como a la neurociencia del consumidor. El documento se completa con una visión crítica acerca de las aportaciones desde las neurociencias al comportamiento del consumidor. Especial mención merecen las intrusionas en la privacidad y en la transparencia de las investigaciones científicas, las cuales deben realizarse con el consentimiento de los consumidores.

II. ORIGEN DE LA NEUROCIENCIA DEL CONSUMIDOR

Se denomina neurociencia del consumidor al conjunto de herramientas provenientes de las neurociencias para ser aplicadas en el comportamiento del consumidor, a modo de potenciar las ventas de las empresas que invierten

en técnicas de neuromarketing o bien para proporcionar al consumidor una experiencia optimizada en el contexto de su consumo (Casado, 2021).

Existe una diferencia conceptual entre las aplicaciones comerciales de los métodos neurocientíficos, a lo que los especialistas denominan «neuromarketing», y los hallazgos científicos aplicados al fenómeno del consumo, denominados «neurociencia del consumidor» (Hubert & Kenning, 2008). En tanto los estudiosos del marketing han integrado con entusiasmo las pruebas neurocientíficas en su marco teórico, la inclusión de las neurociencias en los estudios del derecho del consumo es más reciente. Se podría decir que constituye una tendencia, en parte, debido al auge de la «era del cerebro», en que la investigación neurocientífica interdisciplinaria se ha incrementado desde la década de los noventa, concitando interés no solo científico, sino además público (Plassmann *et al.*, 2015). Por ejemplo, ya en 2010 el Gobierno del Reino Unido puso en marcha un equipo interdisciplinario de estudio del comportamiento humano, conocido como Unidad de Nudges. Por su parte, la administración de Obama creó el Equipo de Ciencias Sociales y del Comportamiento en 2014 con el mandato de «integrar los conocimientos del estudio del comportamiento en sus políticas y programas» (Congdon & Shankar, 2018). Otra iniciativa conocida la integran el Grupo de Ciencias del Comportamiento de la ONU, quienes promueven el uso de las ciencias del comportamiento para ayudar a acelerar el progreso hacia los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Nesterak, 2021). Por ejemplo, en el foro de 2021 estuvo involucrado Cass Sunstein, uno de los exponentes más connotados del *behavioral economics* y autor de la teoría de los Nudges. Sunstein identificó los países que se han valido de hallazgos conductuales de forma productiva en políticas públicas, como Australia, Alemania, India, Reino Unido, Suecia, Estados Unidos y Nueva Zelanda¹.

El proceso de compra del consumidor ha sido complejizado por la psicología desde hace ya décadas —los estudios de Vance Packard, *The hidden persuaders*, datan de 1957— y ahora las modernas herramientas técnicas como la resonancia nuclear magnética funcional han provocado un verdadero entusiasmo por querer dilucidar cómo se genera el proceso neurofisiológico de la toma de decisiones del consumidor. Antecedentes de este proceso datan de distintos modelos utilizados para identificar patrones dentro de los complejos procesos emocionales y psicológicos que los consumidores despliegan en el consumo. Así, estados mentales, sentimientos y motivaciones

¹ Véase <https://www.youtube.com/playlist?list=PL5dkWbaJcOg7sQdzgmHh0c2Amtz-VI2xVX>

son estimulados por el neuromarketing a fin de manipular la respuesta del consumidor. Existen diversos modelos que intentan explicar este proceso, como el de Jacoby (1976), el de Hansen (1972) y otros más modernos, documentados por la American Marketing Association con un sinnúmero de estudios sobre la relación del comportamiento del consumidor y el mercado. En estos se puede inferir que tanto los elementos cognitivos como afectivos confluyen en la determinación del comportamiento complejo y dinámico de la toma de decisiones de los consumidores en los entornos de intercambio de bienes y servicios en el mercado (Conick, 2018).

Uno de los denominados «economistas del comportamiento» que ha incorporado en sus investigaciones los hallazgos neurocientíficos es el premio Nobel de Economía Daniel Kahneman y el psicólogo cognitivo Amos Tversky. Ambos cuestionaron las decisiones racionales, porque los humanos toman, más bien, «atajos mentales heurísticos» debido a que no tienen la toda la capacidad cognitiva necesaria para procesar la vorágine de información relevante posible, a fin de tomar las decisiones necesarias para maximizar su bienestar (Kahneman, Sibony & Sunstein, 2021; Simon, 1979; 1955, pp. 99-100). En la misma línea tenemos la respuesta del proyecto de paternalismo legal libertario —*Behavioral Law Economics*—, la cual ha sido esencialmente desarrollar normas legales e institucionales que dirijan a las personas hacia la promoción de su bienestar, preservando al mismo tiempo su libertad de elección (Thaler & Sunstein, 2003). Las influyentes teorías de Kahneman y Tversky sobre la toma de decisiones, a veces irracionales, frente a la incertidumbre o la ambigüedad, contribuyeron a la conformación de la línea de investigación de la economía del comportamiento. Suponen un avance respecto a la economía, debido a que al comprender de mejor manera la forma en que los consumidores adoptan sus decisiones —a veces influenciadas por sesgos, intuiciones y comportamientos de otros, los cuales pueden manipularse a través de *nudges*— es posible predecir respuestas del mercado y así optimizar recursos (Thaler, 2015).

Otra vertiente de la economía del comportamiento es la neuroeconomía (Camerer, Loewenstein & Prelec, 2004). Con el auge de la utilización de la partícula «neuro» desde la década del 2000, tras la creación de Dana Foundation —que destinó una gran cantidad de fondos concursables a la investigación del cerebro humano—, se intensificó el uso de expresiones como neurofilosofía, neuroética, neuroderechos (aludiendo a *neurolaw* y *neurorights*) y, por supuesto, neuroeconomía (The Dana Foundation, 2002). La neuroeconomía implica estudios interdisciplinarios entre economía y las demás disciplinas aglutinadas bajo el rótulo neurociencias (psicología, psiquiatría, neurobiología, neurología, neurocirugía, neurorradiología

intervencional y diagnóstica, y todas aquellas disciplinas que se ocupan del estudio del sistema nervioso central de la especie *homo sapiens*).

La neuroeconomía se ha transformado en un modelo de análisis independiente de ambas disciplinas que lo conforman, propone un enfoque interdisciplinar y examina específicamente los correlatos neurales de la toma de decisiones. De ello se infiere que la neurociencia del consumidor puede «confirmar, reconfigurar o mejorar las teorías convencionales del marketing» (Fugate, 2007, p. 385). Desde la neurobiología, Antonio Damasio y otros han contribuido a dejar de lado la escisión cartesiana razón-emoción, tan propia de la modernidad, y a dilucidar el papel que las emociones juegan en la toma de decisiones del consumidor. Los hallazgos en neurociencias han ayudado a reconfigurar, señalando que no existe tal cosa como las decisiones meramente racionales, sino que todas ellas son comandadas primeramente por emociones redirigidas hacia un objetivo. Los consumidores ya no se consideran completamente racionales, porque las emociones, los procesos inconscientes y automáticos, desempeñan un papel fundamental en la generación de comportamientos (Colin, Loewenstein & Prelec, 2005). Aunque no es posible distinguir estrictamente los diferentes mecanismos que hay detrás del proceso de toma de decisiones, hay tres aspectos cruciales para una determinada elección: la evaluación de un estímulo entrante, la consideración racional y el componente emocional (Bechara *et al.*, 1997). Además de ambas relaciones, son significativos los hallazgos en el sistema de recompensa/castigo, ya que esta área cerebral desempeña un papel clave en la toma de decisiones del consumidor (Wood & Grafman, 2003). Para ilustrar lo anterior, pensemos en el cambio de una marca, al realizar una investigación focalizada para entender los procesos emocionales de los consumidores en la recepción de un nuevo diseño. Los resultados pueden ayudar a la empresa a tomar mejores decisiones, basadas en una planificación a largo plazo, y así establecer a qué segmentos de consumidores llegan las estrategias publicitarias o si es probable una futura compra de la marca. Otro posible campo de aplicación es la determinación del potencial de mercado de un nuevo producto o de productos descatalogados. Los consumidores también pueden beneficiarse de los descubrimientos de la neurociencia del consumidor, ya que se les presentan productos que realmente desean.

Como se puede apreciar, esta forma de aproximarse al estudio del comportamiento implica un alto costo en instrumentos para realizar las investigaciones, la compra y mantención de sofisticados equipos, como los propios de la imagenología cerebral, denominada por sus siglas en inglés Functional Magnetic Radiology Imaging (fMRI). Además, se requieren

autorizaciones de comités de ética que corroboren el resguardo de los derechos fundamentales de los sujetos de investigación. Por ejemplo, es crucial el respeto por la confidencialidad y anonimización de datos del participante, además de contemplar consentimientos informados específicos.

III. APLICACIONES DE NEUROTECNOLOGÍAS AL NEUROMARKETING

La disciplina emergente de la neuroeconomía emplea métodos utilizados originalmente en el estudio del cerebro para investigar problemas económicos e impulsa el avance de la integración de los hallazgos neurocientíficos en las ciencias económicas. El neuromarketing o la neurociencia del consumidor es una subárea de la neuroeconomía que aborda problemas relevantes para el marketing, con métodos y conocimientos procedentes de la investigación del cerebro. Con la ayuda de técnicas avanzadas de neurología y neurorradiología funcional, aplicadas al campo de la neurociencia del consumidor, se podría tener una visión más fidedigna de la complejidad de la llamada «caja negra», es decir, el cerebro humano. La neurociencia del consumidor, que aún está en ciernes, no debe considerarse un desafío impracticable en comparación con la investigación tradicional sobre el consumo. No obstante, sí son un desafío para su masificación los costosos instrumentos y equipos que se requieren, además de la formación de recursos humanos que, sin duda, son necesarios para dichas investigaciones. Debido a esto, las instituciones de educación deben trabajar conjuntamente con los centros clínicos y de investigación biomédica con el propósito de realizar avances complementarios para la investigación focalizada de comportamientos específicos en la toma de decisiones de los consumidores (Hubert & Kenning, 2008).

Además, pretendemos desarrollar una comprensión fundacional del campo, alejándonos de la caricaturesca suposición de que la neurociencia del consumidor consiste en descubrir el santo grial, donde se dispara el «botón de compras» en el cerebro.

A continuación veremos algunas neurotecnologías de avanzada en la aplicación de las neurociencias del consumidor y sus aplicaciones al neuromarketing.

1. El metaverso

La segmentación inteligente de los clientes, la creación de perfiles de consumidores, el análisis del comportamiento y los autoservicios habilitados

por la inteligencia artificial pueden determinar las intenciones afectivas, cognitivas y conductuales, y optimizar las experiencias virtuales que impulsan la lealtad de los clientes, capacidades digitales y los activos del metaverso, que es un tema emergente que suscita mucho interés (Zvarikova, Michalikova & Rowland, 2022).

La participación virtual del consumidor en mundos 3D inmersivos durante la transmisión en vivo del comercio minorista se puede evaluar mediante el uso de datos biométricos, en que proliferan los neurodatos, los cuales son una herramienta fundamental para predecir la respuesta de los consumidores mediante el uso de *bots* intuitivos de asistente de compras personal durante las experiencias del metaverso. Se pueden lograr experiencias de compra conectadas sin interrupciones, mediante la optimización de la logística basada en la inteligencia artificial, los sensores conectados a la Internet de las cosas, la tecnología de datos y análisis, y las mejoras en la potencia de cálculo en las tiendas minoristas virtuales y durante los eventos de video en vivo que se pueden comprar. Esto influye en los consumidores al crear patrones acerca de ciertos estilos de vida de realidad aumentada y hábitos virtualizados (Almarzouqi, Aburayya & Salloum, 2022).

El reconocimiento de productos basado en el aprendizaje automático puede identificar las tendencias de compra en entornos de realidad extendida, al extraer los datos de los clientes durante las compras en vivo del comercio electrónico y los viajes de los usuarios (Lăzăroiu, 2022 p. 277). Esta revisión sistemática contribuye a la literatura a recabar información sobre las experiencias de compra en los metaversos, sin reparos al aclarar que el rendimiento interactivo digital en relación con los productos y posesiones virtuales dan forma a los hábitos de los clientes (Watson, 2022).

El comercio electrónico entretenido e inmersivo puede desencadenar compras impulsivas al identificar y capturar datos contextuales en entornos virtuales digitales generados por los usuarios, al tiempo que se basa en análisis profundos para la planificación operativa, las decisiones y los costos en términos de participación en las plataformas metaversales (Guo & Gao, 2022). El análisis de texto, las visualizaciones de datos y el modelado de simulación pueden ayudar a las tecnologías inmersivas a configurar las experiencias de interacción con los clientes (Reis & Ashmore, 2022).

2. Seguimiento ocular (*eye tracking*)

Se trata de una herramienta fisiológica que, observando la pupila del ojo y los movimientos del mismo, es capaz de detectar patrones de atención. Así,

por ejemplo, frente a un estímulo visual, se establecen patrones respecto a la cantidad de tiempo en que se detiene el ojo en un aviso publicitario. Si se detiene más de lo establecido, entonces se infiere que existe un mayor interés por parte del consumidor. Los *eye trackers* actuales utilizan cámaras ópticas para identificar la posición de la pupila y córnea a través de luz infrarroja que produce un reflejo de la córnea (Modi & Singh, 2022).

El seguimiento de la mirada se utiliza con varios propósitos, por ejemplo, en la tecnología CBI o interfaz computador-cerebro, en la realidad virtual y la aumentada, y en la identificación de soluciones de marketing eficaces, utilizando las emociones. El *eye tracking* supone el análisis de la mirada en tiempo real, utilizando una cámara ordinaria de baja resolución, disponible en casi todos los entornos de escritorio, en contraposición a las tecnologías de seguimiento de la mirada que requieren equipos costosos y fuentes de luz infrarroja. Por ejemplo, existe una investigación en que se propuso una técnica no invasiva basada en una cámara para el seguimiento y registro de los puntos de la mirada. Se utilizó para analizar el comportamiento de la mirada de los usuarios en los anuncios mostrados en las redes sociales. Se registraron los datos de las fijaciones de la mirada de treinta y dos participantes, y se trazaron los patrones de la mirada mediante mapas de calor. Además, se diseñó una interfaz guiada por la mirada para tareas de interacción virtual con el fin de evaluar el rendimiento y la facilidad de uso de nuestro marco propuesto.

3. Conductancia, respuesta electrodérmica o galvánica

Esta técnica mide la conductancia a través de electrodos adheridos a la piel, los cuales reaccionan frente a estímulos emocionales dirigidos, es decir, de neuromarketing. En este sistema se adhieren unos sensores a la piel para monitorizar la actividad eléctrica, la cual es recogida y analizada a través de sensores electrodinámicos. Esta técnica se ha utilizado grandemente para medir la respuesta del consumidor a publicidad con contenido erótico, viajes turísticos, cambios de marcas y formatos de envases (Torrecilla, 2019).

4. Electroencefalografía (EEG)

Se trata de una técnica de corriente eléctrica no invasiva que mide la actividad eléctrica de la corteza cerebral. Se utiliza un casco de hule con electrodos que lo cubren completamente, el cual se coloca en el cráneo, a fin de medir la actividad eléctrica del cerebro. Estos dispositivos son

sensibles al contacto estrecho del electrodo con el cuero cabelludo y su alcance es mucho menor que el de la resonancia nuclear magnética funcional, pudiendo captar atención y afecto (Mashrur *et al.*, 2022). El EEG posee una mejor resolución temporal que la FMRI, pero con una menor resolución espacial (Rawnaque, 2020). La tecnología EEG ha contribuido al neuromarketing, debido a que se trata de un instrumento razonablemente barato, bien establecido y de fácil transportación.

En el pasado, los estudios relacionados con el neuromarketing basados en el EEG analizaron cómo un anuncio publicitario y su diseño podían afectar al juicio y al comportamiento de compra de los consumidores. Por ejemplo, en una investigación se utilizaron fotografías de galletas saladas para determinar los estímulos comerciales de tres formas, sabores y coberturas diferentes para crear una secuencia de cincuenta y siete opciones (Khushaba, 2013). Se pidió a los participantes que eligieran su puñado favorito y categorizaran sus preferencias de entre todos los demás. Una vez realizada la elección, se midió el cambio en la actividad espectral del EEG que lo acompañaba. Otra investigación con EEG utilizó imágenes de zapatos para obtener una reacción del consumidor, a partir de las señales de EEG en términos de repudio o agrado, según la imagen mostrada (Yilmaz, 2014).

5. Resonancia Magnética Funcional (FMRI)

Esta técnica no invasiva de imagen es la tecnología disponible más potente de todas las que actualmente se utilizan para explorar la respuesta de los consumidores frente a estímulos. Consiste en distintos cortes del cerebro, a través de la técnica de resonancia nuclear magnética funcional, los cuales son analizados por los técnicos —neurorradiólogos o bien tecnólogos médicos especializados en el manejo de los resonadores magnéticos—, que presentan distintas especificidades; existen desde dieciocho tesla para investigaciones muy específicas, hasta resonadores más idóneos para la práctica clínica de uno a tres teslas.

En esencia, el resonador capta los niveles de oxigenación de la sangre del cerebro, los cuales se modifican por estímulos neuronales. Frente a un estímulo, los medios de contraste previamente inyectados al paciente y/o sujeto de investigación muestran su cerebro plagado de colores, los cuales se «prenden», por así decir, frente a determinados estímulos sensoriales, como imágenes o sonidos. Así, los expertos en esta técnica funcional solo pueden interpretar y no adivinar lo que el sujeto de investigación está

percibiendo, existiendo cuatro áreas de interpretación definidas: memoria, atención, afectos y deseo. De modo de que si se prende de colores una determinada zona del cerebro, estaremos frente una especie de indicio que el neurorradiólogo deberá interpretar o realizar inferencias determinadas a partir de los colores que se prenden en el cerebro y se reflejan en imágenes. Casado, Dimoka y Sánchez (2019) dan ejemplos de experiencias de utilización de FMRI en consumo, en la percepción de anuncios publicitarios realizados con voces masculinas y femeninas, o bien preferencias en el uso de medios de pago Pay Pal o tarjetas de crédito, etc.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA PRIVACIDAD

Desde el punto de vista ético, el neuromarketing se asocia a menudo con el abuso de las metodologías neurocientíficas, como medio para «leer» la mente de los consumidores y manipular sus pensamientos y comportamientos. En la actualidad, estas preocupaciones son arbitrarias, ya que las tecnologías son todavía muy imprecisas y la investigación de las activaciones cerebrales no permite necesariamente comprender el funcionamiento del cerebro. Las técnicas de neuromarketing se han dedicado a entender cómo funciona el cerebro-mente del consumidor, más que a manipular o influenciar al consumidor (Matthews, 2015).

Para aquellos *neuromarketers* interesados en saber en tiempo real las preferencias de los consumidores, cabe la pregunta: ¿se deberían extraer este tipo de datos, los denominados neurodatos? Estos forman parte de los datos biométricos y, por tanto, corresponden a datos sensibles, de los cuales se pueden hacer inferencias neurofisiológicas del consumidor, más allá del acto de comercio. Esto puede traer graves perjuicios para la privacidad, debido a que tales datos pueden ser utilizados con fines de discriminación y estigmatización de la persona, más allá de su condición de consumidor. Así pues, el resguardo de la privacidad de los datos pasa además de las regulaciones de derecho objetivo por consideraciones éticas que las podríamos agrupar en: problemas de intromisión en la privacidad y transparencia.

Respecto del primero, los *neuromarketers* se encuentran interesados en el comportamiento del consumidor en el mercado y su objetivo es conocer este comportamiento, a fin de influenciarlo directamente, no solo a través de persuasiones, *nudges* o empujoncitos, sino impactar directamente su sistema nervioso central. El reproche ético responde a que estas técnicas son invasivas de la privacidad y además no son transparentadas a los

consumidores, sin embargo, van expresamente dirigidas a ellos. El problema es que los intereses de los científicos son distintos de los propósitos del mercado. Este escollo puede constituir un problema, pues hallazgos que son propios de la academia pueden ser utilizados con fines distintos a los queridos por los científicos.

Otro problema se suscita cuando pensamos que el mercado está manipulando a los consumidores. ¿Esta conducta sería éticamente reprochable *per se*? No lo es si forma parte de una práctica con la cual los consumidores están de acuerdo, porque no solo beneficia a los empresarios, sino también a los consumidores. Sin embargo, supone un problema cuando estos supuestos no se dan y el neuromarketing toma imágenes en tiempo real de los cerebros de las personas, comparándolos con lecturas previas que fueron realizadas respecto del mismo consumidor, sin avisarles. Incluso más, si realizan un perfilamiento neural que es grabado, almacenado, manipulado y comparado sin el consentimiento del consumidor e incluso sin su conocimiento, o peor aún, contra de los intereses de este. En este caso estamos *prima facie* contra una evidente infracción a la privacidad. Incluso constituye una invasión a los pensamientos, un límite que siempre pareció infranqueable (Fischback & Minder, 2011).

Pareciera ser que aquellos más incautos y menos familiarizados con la manipulación, quizás también se preocuparían de que, al bajar los estándares de transparencia, la estabilidad de las instituciones involucradas en los procesos de las transacciones del mercado podrían adoptar un camino sin retorno. Pareciera ser que la privacidad se va reconfigurando hacia una especie de aislamiento voluntario, pues la conexión digital implica un flujo de datos imposible de controlar con los parámetros del consentimiento informado. Es por esta razón que la privacidad mental es el neuroderecho que mayor consenso ha suscitado en la academia (Cornejo, 2021).

La pregunta sobre privacidad que vale la pena realizar es: ¿qué especial daño podría ocasionarse si las empresas de *retail* tienen acceso a mi información cerebral sin mi consentimiento informado? Debemos asumir que previamente contamos con un dispositivo capaz de captar dicha información y no es necesario que sea tan sofisticado como un resonador nuclear magnético. Bastaría un cintillo con tecnología EGG y *brain computer interface* como el que se vende por Internet por la empresa EMOTIV. El dispositivo se denomina *Insight* y la publicidad en su sitio web (www.emotiv.com/) anuncia:

Aprovecha el poder de tu cerebro con Insight. Conecte su mente al mundo digital y convierta la ciencia ficción en realidad. Controla el

entorno físico y digital mediante órdenes mentales entrenadas, o crea BCI pasivas inteligentes que respondan a tu actividad cerebral en tiempo real.

Parte de la respuesta la podemos extraer de las reflexiones de la profesora experta en privacidad, quien es pionera en vaticinar que la digitalización traerá serios problemas al respecto. Helen Nissenbaum (1998) señala que:

el principio de integridad contextual y el principio de que ninguna información está realmente disponible para fines como la agregación, la elaboración de perfiles y la extracción de datos son principios que ofrecen criterios para discriminar entre las diversas formas de vigilancia y registro públicos los que constituyen violaciones morales a la privacidad. (p.19)

V. ÉTICA DE LA NEUROCIENCIA DEL CONSUMIDOR

La pregunta ética crucial es: ¿pueden los mercados utilizar neurotecnologías para manipular la conducta de los consumidores? ¿Cambiaría en algo la respuesta si tal práctica se realiza de manera secreta? Esta pregunta posee a lo menos dos respuestas. En primer lugar, las neurotecnologías utilizadas, como EGG o bien neuroimagineología son falibles e interpretables precisamente porque están todavía en ciernes. Falta además contextualizar la complejidad de la vida diaria en el marco del consumo, repleto de estímulos no replicables en un laboratorio de investigación. En suma, la realidad es más compleja e impredecible que la cuidada experiencia del consumo en un laboratorio.

En segundo lugar, el uso de técnicas para incrementar las ventas no plantea un reto ético novedoso en sí, excepto por el grado de exacerbación y resultados invasivos en la privacidad del consumidor, lo cual depende enteramente del tipo y del grado de éxito de las investigaciones y de la eficiencia de los dispositivos utilizados. Además, desde la antigüedad los vendedores han intentado persuadir a los clientes de que compren sus productos. Ya clásico es el análisis realizado por Vance Packard (1957, p. 9), en que reflexiona que el verdadero enfoque en profundidad del marketing es aquel en que se obtiene información sobre la naturaleza subconsciente de las decisiones de compra, donde se reconoce que muchas de estas se generan mediante procesos que «pasan por alto el yo racional». En la medida en que esto es cierto, las campañas se diseñan desde hace bastante tiempo buscando provocar el comportamiento de compra, invocando las emociones del consumidor más que el comportamiento razonado y consciente. Por lo

tanto, desde hace mucho que existen técnicas de persuasión elaboradas de antemano por los comerciantes intrigantes; el problema sería, más bien, dónde fijar el límite.

Una forma en que la neurociencia del consumidor puede beneficiar a la salud de las personas con adicciones a las compras es, por ejemplo, investigar los correlatos neuronales que le subyacen a esta conducta. Se podría analizar qué regiones del cerebro se ven afectadas en las regiones ejecutivas (por ejemplo, el córtex prefrontal) o en qué áreas asociadas a la percepción se produce una alteración de la ínsula. «La teoría microeconómica sostiene que las compras se rigen por una combinación de preferencias del consumidor y precio» (López, 2022). A través de técnicas de FMRI se determinó que los consumidores realizan un ejercicio de costo-beneficio analizando dos factores: precio y preferencias para tomar sus decisiones en el mercado. La neuroimagen a través de FMRI sugiere que circuitos distintos anticipan las ganancias y las pérdidas. Las preferencias por el producto provocan un estímulo en el núcleo accumbens (generador de dopamina), mientras que los precios excesivos activan la ínsula y desactivan el córtex prefrontal mesial antes de la decisión de comprar. La actividad de cada una de estas regiones predice de forma independiente las compras inmediatamente posteriores por encima de las variables de autoinforme.

Estos resultados sugieren que la activación de distintos circuitos neuronales relacionados con el afecto anticipatorio precede y apoya las decisiones de compra de los consumidores. En conjunto, estos hallazgos sugieren que la activación de distintas regiones cerebrales relacionadas con la anticipación de ganancia y pérdida precede y puede utilizarse para predecir ciertas elecciones en el mercado (Knutson *et al.*, 2007). Este estudio esboza la posibilidad de que la generación de dopamina sea tal que las personas no sean capaces de controlarse. En todo caso, el estudio posee contradictores que exploran la conexión causal entre la disfunción prefrontal y la compra compulsiva (Javor *et al.* 2013, p. 13). En tanto otras investigaciones pueden ayudar a las personas a controlar sus hábitos de compra y a los consumidores en general a protegerse de sus propias emociones en los procesos de compra. Para evaluar los riesgos y daños de la compleja ecuación del uso de neuromarketing en un grado de intromisión inaceptable en la intimidad personal, los organismos internacionales no gubernamentales en conjunto con los Estados y la academia ya están debatiendo la necesidad de un uso responsable de las nuevas neurotecnologías y sus consecuencias.

Como ya se ha mencionado, los resultados de las investigaciones que se han realizado hasta la fecha deben continuar siendo validados y ampliados, debido al complejo análisis de datos que se requiere, al número

relativamente pequeño de estudios existentes y al entorno experimental de investigación básica que es necesario para realizar investigaciones de imágenes cerebrales. Estas además son muy costosas, requieren recursos humanos sofisticados y tiempo para desarrollar los procesos en sí, asociados además a la corroboración de ética de la investigación, ya que los estudios se realizan con sujetos de investigación. Aunque los métodos técnicos están mejorando constantemente, «sólo ofrecen una medición relativamente indirecta de los cambios en la actividad cortical, debido a las limitaciones en la resolución temporal y espacial» (Kenning, 2014, p. 8). Además, todos los resultados proporcionados por la neurociencia de consumo se basan en la suposición de que la activación medida no es el resultado únicamente del «ruido» o de errores sistemáticos. Se supone que el estímulo investigado y ningún factor de confusión conducen a la respuesta cortical del sujeto participante (Kenning, 2014). Debido a los elevados costes, el número de sujetos participantes suele ser muy bajo y un tamaño de muestra pequeño puede incluir la posibilidad de falsos positivos y una mayor probabilidad de cometer un error de tipo II (Kahneman & Tversky, 1973).

VI. CONCLUSIONES

La neuroeconomía y la neurociencia del consumo surgieron de la consolidación de la economía y la neurociencia. Este enfoque transdisciplinario puede ayudar a ambas disciplinas a desarrollar perspectivas innovadoras y a generar nuevas ideas que favorezcan el bienestar de las personas en sus roles de consumidores. Con este artículo esperamos rectificar la suposición, a veces demasiado simplificada, de que la neurociencia del consumidor se centra en la búsqueda del santo grial del marketing, en una especie de fetiche por encontrar el botón de compra en el cerebro. Además, aunque la aplicación de los métodos neurocientíficos en el ámbito de la investigación de la neuroeconomía, de la neurociencia del consumidor y del marketing ya han arrojado resultados relevantes tanto en la teoría como en la práctica —debido al complejo análisis de datos que se requiere y al número relativamente reducido de estudios existentes—, los resultados de las investigaciones realizadas hasta la fecha deben ser validados y ampliados. La observación del cerebro concebido como el órgano de las decisiones de compra es uno de los objetos de investigación más fascinantes que el paradigma de las neurociencias ha puesto de relieve.

Otro punto interesante que podemos señalar es que los neurocientíficos podrían contribuir significativamente al debate ético sobre los métodos invasivos en la privacidad de sus sujetos de investigación que utilizan

en el neuromarketing y la neurociencia del consumidor. Además, los neurocientíficos deberían investigar las reacciones biológicas y conductuales de los sujetos ante determinadas medidas de marketing y publicidad, ya que podrían mostrar una especial vulnerabilidad como consumidores al ser objeto de un marketing dirigido.

Finalmente, las investigaciones futuras deberían dirigirse hacia experiencias de compra intuitivas e inmersivas, pensando en que probablemente la realidad del Internet que conocemos pronto pasará a transformarse en universos inmersivos, los llamados metaversos, en que la atención deberá centrarse en los mundos 3D inmersivos en tiempo real.

VII. Bibliografía

- Almarzouqi, A., Aburayya, A. & Salloum, S. (2022). Prediction of User's Intention to Use Metaverse System in Medical Education: A Hybrid SEM-ML Learning Approach. *IEEE*, 10, 43421-43434.
- Bechara, A., Damasio, H., Tranel, D. & Damasio, A. (1997). Deciding Advantageously Before Knowing the Advantageous Strategy. *Science*, 275, 1293-1295.
- Casado, L. (2021). *Neurociencia del consumidor*. Pirámide.
- Casado, L., Dimoka, A. & Sánchez, J. (2019). Consumer Processing of Online Trust Signals: A Neuroimaging Study. *Journal of Interactive Marketing*, 47(1), 159-180.
- Camerer, C., Loewenstein, G. & Prelec, D. (2004). Neuroeconomics: Why Economics Needs Brains. *The Scandinavian Journal of Economics*, 106, 555-579.
- Congdon, W., & Shankar, M. (2018). The Role of Behavioral Economics in Evidence-Based Policymaking. *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 678(1), 81-92. <https://doi.org/10.1177/0002716218766268>
- Colin, C., Loewenstein & Prelec, D. (2005). Neuroeconomics: How Neuroscience Can Inform Economics. *Journal of Economic Literature*, 43(1), 9-64.
- Colick, H. (2018). Read This Story to Learn How Behavioral Economics Can Improve Marketing. <https://www.ama.org/marketing-news/read-this-story-to-learn-how-behavioral-economics-can-improve-marketing/>
- Cornejo, M. (2021). Neuroderecho(s): propuesta normativa de protección a la persona del uso inadecuado de neurotecnologías disruptivas. *Revista Jurisprudencia Argentina*, XXI.
- Fischback, R. & Minder, J. (2011). Why neuroethicists are needed. In J. Illes & B. Sahakian (eds.), *Oxford Handbook of Neuroethics* (pp. 343-376). Oxford University Press.
- Fugate, D. (2007). Neuromarketing: A layman's look at neuroscience and its potential application to marketing practice. *Journal of Consumer Marketing*, 24, 385-394.
- Guo, H. & Gao, W. (2022). Metaverse-Powered Experiential Situational English Teaching Design: An Emotion-based Analysis Method. *Frontiers in Psychology*, 13, 859-159.

- Hubert, M. & Kenning, P. (2008). A current overview of consumer neuroscience. *Journal of Consumer Behaviour*, 7, 272-292.
- Javor, A., Koller, M., Lee, N., Chamberlain, L. & Ransmayr, G. (2013). Neuromarketing and consumer neuroscience: contributions to neurology. *BMC Neurol*, 13.
- Kahneman, D. & Tversky, A. (1973). On the psychology of prediction. *Psychological Review*, 80(4), 237-251.
- Kahneman, D., Sibony, O. & Sunstein, C. (2021). *Ruido*. Debate.
- Kenning, P. (2014). Consumer neuroscience and brain based behavioral engineering: Source of Inspiration for the Consumer Research and policy? *Journal für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit*, 9, 272-275.
- Khushaba, R., Wise, C., Kodagoda, S., Louviere, J., Kahn, B. & Townsend, C. (2013). Consumer neuroscience: assessing the brain response to marketing stimuli using electroencephalogram (EEG) and eye tracking. *Expert Systems With Applications*, 40, 3803-38125.
- Knutson, B., Scott, R., Wimmer, E., Prelec, D. & Loewenstein, G. (2007). Neural Predictors of Purchases. *Neuron*. 53, 147-56.
- Lăzăroiu, G., Andronic, M., Iatagan, M., Geamănu, M., Ștefănescu, R. & Dijmărescu, I. (2022). Deep Learning-Assisted Smart Process Planning, Robotic Wireless Sensor Networks, and Geospatial Big Data Management Algorithms in the Internet of Manufacturing Things. *ISPRS International Journal of GeoInformation*, 11(5).
- López, E. (2022). Is Neuromarketing Influencing Pathological Shopping Behavior? http://www.theneuroethicsblog.com/2017/01/is-neuromarketing-influencing_31.html
- Mashrur, F., Rahman, K., Miya, M., Vaidyanathan, R., Anwar, S., Sarker, F. & Mamun, K. (2022). BCI-based consumers' choice prediction from EEG signals: An intelligent neuromarketing framework. *Frontiers in Human Neuroscience*, 16, 2022.
- Matthews, S. (2015). Neuromarketing: What is it and a threat to Privacy? In J. Clausen & N. Levy (eds.), *Handbook of Neuroethics* (vol. 3). Springer.
- Modi, N. & Singh, J. (2022). Real-time camera-based eye gaze tracking using convolutional neural network: A case study on social media website. *Virtual Reality*, 26(4), 1489-15066.
- Nesterak, E. (2021). Brief Takeaways from U.N. Behavioral Science Week. <https://behavioralscientist.org/brief-takeaways-from-u-n-behavioral-science-week/>
- Nissenbaum, H. (1998). Protecting privacy in an information age: The problem of privacy in public. *Law and Philosophy*, 17, 559-596.
- Simon, H. (1979). Rational Decision Making in Business Organizations. *American Economic Review*, 69(4), 493-513.
- Simon, H. (1955). A Behavioral Model of Rational Choice. *The Quarterly Journal of Economics*, 69(1), 99-118.
- Packard, V. (1957). *The hidden persuaders*. Ed. David MacKay
- Plassmann, H., Venkatraman, V., Huettel, S. & Yoon, C. (2015). Consumer Neuroscience: Applications, Challenges, and Possible Solutions. *Journal of Marketing Research*, 52(4), 427-435.

- Rawnaque, F., Rahman, K., Anwar, S., Vaidyanathan, R., Chau, T., Sarker, F. & Al Mamun, K. (2020). Technological advancements and opportunities in neuromarketing: a systematic review. *Brain Informatics*, 7(10), 1-19.
- Reis, A. & Ashmore, M. (2022). From Video Streaming to Virtual Reality Worlds: An Academic, Reflective, and Creative Study on Live Theatre and Performance in the Metaverse. *International Journal of Performance Arts and Digital Media*, 18(1), 7-28.
- Sunstein, C. (2020). *Behavioral science and public policy*. Cambridge Economics.
- Thaler, R. & Sunstein, C. (2003). Libertarian Paternalism. *American Economic Review*, 93, 175-179.
- Thaler, R. (2015). *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*. W. W. Norton.
- The Dana Foundation (2002). Neuroethics: Mapping The Field. <https://dana.org/wp-content/uploads/2022/05/neuroethics-mapping-the-field.pdf>
- Torrecilla, C. (2019). *Evaluación a través de la neurociencia de la elección de marca en el punto de venta: Un análisis integrado del seguimiento ocular (ET) y el recorrido espacial del consumidor (HBT) mediante realidad virtual (RV)* [tesis doctoral, Universitat de Valencia]. <https://www.proquest.com/docview/2384494311>
- Watson, R. (2022). Tradeable Digital Assets, Immersive Extended Reality Technologies, and Blockchain-based Virtual Worlds in the Metaverse Economy. *Smart Governance* 1(1), 7-20.
- Wood, J. & Grafman, J. (2003). Human prefrontal cortex: processing and representational perspectives. *Nature Reviews Neuroscience*, 4(2), 139-47.
- Yilmaz, B., Korkmaz, S., Arslan, D., Güngör, E. & Asyali, M. (2014). Like/dislike analysis using EEG: determination of most discriminative channels and frequencies. *Computer Methods and Programs in Biomedicine*, 113, 705-713.
- Zvarikova, K., Michalikova, K. & Rowland, M. (2022). Retail Data Measurement Tools, Cognitive Artificial Intelligence Algorithms, and Metaverse Live Shopping Analytics in Immersive Hyper-Connected Virtual Spaces. *Linguistic and Philosophical Investigations*, 21, 9-24.

CAPÍTULO VII

EL CONSUMIDOR VULNERABLE: UNA CATEGORÍA A CONSIDERAR PARA EVITAR SU SOBREENDEUDAMIENTO¹

Dr. Sebastián Bozzo Hauri
Universidad Autónoma de Chile

Dra. Rebeca Remeseiro Reguero
Universidad Autónoma de Chile

SUMARIO: I. Introducción. II. Sobreendeudamiento y su aumento por la crisis postpandemia. III. Origen de la noción de consumidor vulnerable. IV. Concepto de consumidor vulnerable. V. Medidas de protección. VI. Medidas de protección para el consumidor sobreendeudado. 1. Educación financiera. 2. Servicio de asesoramiento de deuda. 3. Derecho de desistimiento. 4. Regulación de contratos vinculados en el ámbito de consumo. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Es indiscutible que el consumidor es, por naturaleza, la parte más débil de la relación contractual de consumo, y el derecho, a través de su ordenamiento, se hace cargo de esta debilidad otorgándole una especial protección. No obstante, la relación de consumo puede experimentar una fragilidad aún mayor, producto de eventos extraordinarios relacionados con su situación financiera y, por ende, es necesario intensificar la protección al consumidor bajo ese escenario, permitiendo resguardar el equilibrio de la relación contractual y así satisfacer el interés tanto del proveedor como del consumidor.

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto Fondecyt Iniciación N° 11180676.

En concreto, las crisis económicas derivadas de situaciones extraordinarias afectan con mayor intensidad a consumidores con un nivel alto de endeudamiento o que ya se encuentran sobreendeudados. Los indicadores macro y microeconómicos se derrumban en las crisis, afectando directamente a las personas que deben enfrentar sus obligaciones de pago sin la suficiente solvencia económica producto del desempleo.

Respecto a la noción de sobreendeudamiento, no existe un concepto unitario a nivel nacional o europeo, siendo difícil su delimitación. Sin embargo, este comúnmente se reconduce a situaciones en que el patrimonio del deudor resulta financieramente insuficiente para el pago de sus deudas que, de otro lado, encuentran su origen frecuentemente en el recurso al crédito, particularmente bancario, mediante contratos de financiación a largo plazo (Bozzo, 2020, p. 161; Barrientos & Bozzo, 2021, p. 693).

El sobreendeudamiento de los consumidores chilenos es una realidad de nuestro modelo económico, que debe ser considerada por la política pública en crisis económicas y sociales como la que se vive producto de la pandemia. De esta forma, se debiera considerar al consumidor financiero como una figura distinta al consumidor medio. Así se puede ver en la doctrina nacional y comparada, en que existen diversas clasificaciones en atención a la diligencia exigible y a la información que este posee para adoptar sus decisiones, distinguiéndose el consumidor común, el consumidor informado o sofisticado, y el consumidor especialmente vulnerable, hipervulnerable, con doble vulnerabilidad o con vulnerabilidad agravada (Calahorrano, 2021, p. 1; López, 2020, p. 230; Isler, 2020, p. 218).

Es necesario avanzar hacia un modelo de protección que considere la situación del consumidor vulnerable, que debido a una situación extraordinaria no está en condiciones de cumplir con los compromisos que le imponen ciertas obligaciones fundamentales para su subsistencia, como puede ser el pago de servicios básicos o compromisos crediticios como el pago de un crédito hipotecario.

El presente trabajo tiene como objetivo estudiar una categoría diferente de consumidor, a la luz del derecho europeo, que considere la situación de vulnerabilidad del consumidor como una categoría especial. En este sentido, buscamos —bajo el escenario actual— revisar la protección con que cuenta el consumidor y así velar por sus derechos como tal, permitiendo resguardar su situación y, en especial, revisar aquellas medidas necesarias que permitan evitar su sobreendeudamiento.

II. SOBREENDEUDAMIENTO Y SU AUMENTO POR LA CRISIS POSTPANDEMIA

La Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (en adelante, SBIF), ahora Comisión para el Mercado Financiero (en adelante, CMF), elabora cada año un informe de endeudamiento, en el cual se ha advertido cómo este ha ido proliferando. En efecto, el Informe de Endeudamiento de 2016 expone que la deuda representativa de los deudores en Chile a junio de 2016 aumentó desde \$1,55 millones a \$1,63 millones, experimentando una variación de 0,7% real respecto a igual fecha del año anterior.

El Informe de 2017 advirtió un incremento en las cifras y señaló que los clientes bancarios con crédito de consumo tenían una deuda representativa que superaba los \$2 millones, y los clientes con crédito hipotecario tenían una deuda representativa cercana a los \$19,5 millones, mostrando un alza de 3,8% nominal respecto a igual mes del año anterior. El año 2018, la CMF observó un aumento en el nivel de deuda representativa en un 10,1% nominal y 7,3% real entre junio de 2017, a junio de 2018. Así, la deuda mediana de consumo alcanzó los \$2,6 millones. Finalmente, en 2019 la CMF señaló que los índices de endeudamiento bajaron a \$1,7 millones.

Por su parte, la Encuesta Financiera de Hogares (2017), elaborada por el Banco Central de Chile, muestra que el 66% de los hogares declara tener alguna deuda, siendo la más común la de consumo. En el Informe de 2019, los hogares registraron un *stock* de deuda equivalente a un 73,3% del ingreso disponible, lo cual fue superior en 3,2 puntos porcentuales al cierre del año anterior, alcanzando un máximo histórico. Respecto de aquello, los Informes de Estabilidad Financiera (segundo semestre 2018 y 2019) han señalado que los indicadores financieros de los hogares se han mantenido estables, creciendo por sobre el 7% real anual cada año. Este año, el endeudamiento registró un alza de 2,9% en el nivel de endeudamiento respecto al mismo período del año anterior, alcanzando un 75% del total de los ingresos.

El Informe de Deuda Morosa realizado por la Universidad San Sebastián y Equifax en el cuarto trimestre de 2018 indicaba que en Chile existían 4.529.480 de personas que tienen créditos morosos. El mismo informe realizado el cuarto trimestre de 2019 indicaba que en Chile había 4.733.305 personas morosas. O sea, 203.825 casos más que el mismo período del año anterior, alcanzando en todos los períodos más del 70%. A junio de 2020, el informe indicaba que en Chile existían 4.959.145 deudores morosos, es decir, da un fuerte salto de 8,2% respecto al mismo período del año anterior y de un 3% respecto al primer trimestre de este año. Así, entre mayo y junio del año 2020 se anotaron 375.723 personas más morosas frente al mismo

trimestre del año 2019, de acuerdo con el XXIX informe de deuda morosa dado a conocer por la Universidad San Sebastián y Equifax.

Si bien durante los trimestres de septiembre y diciembre de 2021 el número de deudores morosos descendió, a partir de marzo de 2022 y hasta junio la cantidad de deudores en situación de mora volvió a aumentar en un 0,7%, lo que se tradujo en 28.000 nuevas personas en esta situación. Esto deja un total de 4.142.633 deudores morosos (Universidad San Sebastián & Equifax, 2022).

Ahora bien, aunque las cifras consideran un alza año a año, no es posible distinguir el efecto de la pandemia con nitidez, por cuanto hay medidas que se han adoptado en el ámbito estatal para aminorar los efectos de la pandemia. No obstante, la desaceleración de la actividad económica y los efectos en el desempleo, como consecuencia directa, generarán un aumento de personas morosas en los próximos meses.

La vulnerabilidad inherente del consumidor financiero se acentúa en períodos de crisis, por lo cual es necesario considerar medidas que les protejan, permitiendo que puedan seguir siendo en el futuro sujetos de crédito. Esto último es fundamental no solo para asegurar el bienestar del consumidor, sino que también resulta clave para reactivar el consumo interno y así el crecimiento de la economía nacional.

III. ORIGEN DE LA NOCIÓN DE CONSUMIDOR VULNERABLE

Ha sido en el ámbito de la Unión Europea donde se ha puesto de manifiesto la necesidad de adoptar una especial protección para el consumidor vulnerable (Pérez, 2017, p. 6). Si bien el derecho del consumo europeo ha manejado —a partir del concepto configurado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los años noventa (Hernández, 2016, p. 36; González, 2014, pp. 94-95; Hualde, 2016, p. 122; Pérez, 2017, p. 3)— el concepto de consumidor medio, siendo definido como el consumidor «normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz»,² fue

2 Los primeros asuntos en los que se adoptó esta definición fueron: caso *Gut Springenheide GmbH contra Amt für Lebensmittelüberwachung*, sentencia de 16 de julio de 1998; caso *Verbraucherschutzverein contra Sektkellerei G. C. Kessler GmbH und Co.*, sentencia de 28 de enero de 1999 y caso *Lloyd Schuhfabrik Meyer and Co. GmbH contra Kljnsen Handel BV*, sentencia de 22 junio 1999. Esta configuración del consumidor medio ha sido sostenida —desde entonces y hasta el momento— en numerosísimas decisiones emanadas del Alto Tribunal europeo. Sobre el concepto de consumidor medio, vid. Hualde (2016), González (2004, pp. 47-82) y Tomás (2020, pp. 693-716).

en el año 2005, en la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, cuando el derecho comunitario hizo referencia por primera vez al consumidor vulnerable con trascendencia sustantiva (Hualde, 2016, p. 14).³

Tras diversas directivas en que se hizo referencia expresa a los consumidores vulnerables (Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE), el 22 de mayo de 2012 el Parlamento Europeo adoptó una Resolución sobre una estrategia de refuerzo de los consumidores vulnerables, pues la noción de «consumidor medio» no presentaba la flexibilidad suficiente para adaptarse a casos específicos y, en ocasiones, no se correspondía con situaciones de la vida real.⁴

La mencionada Resolución señala que «el mercado único debe velar (...) por un elevado nivel de protección de todos los consumidores, prestando una atención especial a los *consumidores vulnerables* con el fin de tomar en consideración sus necesidades específicas y reforzar sus capacidades» (Resolución del Parlamento Europeo, 2012, considerando C). Asimismo, establece que «la legislación europea debe abordar el problema de la vulnerabilidad entre los consumidores como una tarea transversal, teniendo en cuenta las distintas necesidades, capacidades y circunstancias de los consumidores» (apartado 1).⁵

La Resolución considera sectores especialmente problemáticos por su vulnerabilidad: el de los viajes (considerando 30),⁶ los niños y adolescentes —especialmente vulnerables a la publicidad, las prácticas comerciales agresivas y el uso de tecnologías de telecomunicación (considerandos 28 y 29)—, seguridad de los productos —los niños y las mujeres embarazadas son

3 Por su parte, Waddington (2013, pp. 9-12) considera que ciertas medidas comunitarias de protección al consumidor —Directiva 2008/48 de Contratos de Crédito al Consumo y la Propuesta de Reglamento de Compraventa Europea— otorgan *de facto* una especial protección a los consumidores vulnerables. Por lo que respecta al ámbito jurisprudencial, la doctrina (Waddington, 2013, p. 14; Hualde, 2016, pp. 23-24) ha puesto de relieve la importancia de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 16 de mayo de 1989, conocida como «caso Buet» en la introducción de la noción de consumidor vulnerable.

4 Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables. En este sentido, Pérez (2017, p. 211) ha señalado que «las políticas de protección del consumidor marcadas por la Unión Europea que podríamos calificar de “tradicionales” se han revelado en los últimos tiempos altamente ineficaces ante realidades como la crisis económica, que han dejado al descubierto sus carencias».

5 En el apartado 3 de la citada Resolución se señala: «la estrategia de los derechos de los consumidores vulnerables debe centrarse en reforzar sus derechos y propiciar que estos últimos sean protegidos y respetados de manera efectiva, así como en facilitar a los consumidores todos los medios necesarios para que puedan tomar las decisiones oportunas y mostrarse firmes, independientemente del instrumento utilizado».

6 Sobre la vulnerabilidad que afecta a los viajeros, vid. Pérez (2017, pp. 33-67).

especialmente vulnerables (considerando 25)—, el mercado de suministro — debido a la falta de transparencia de los principales mercados (considerando 32)— y el mercado financiero. Con respecto al sector financiero, el considerando 21 de la Resolución pone de manifiesto «la necesidad de proteger al consumidor a través de información y de la regulación de los mercados financieros, cuya complejidad implica que, en potencia, cualquier consumidor puede llegar a ser vulnerable», pudiendo dicha complejidad «llevar a los consumidores a un endeudamiento excesivo». De igual forma, el considerando 27 de la Resolución pone de relieve la especial sensibilidad de la publicidad relativa a los productos financieros:

Las explicaciones que se ofrecen en la publicidad de productos de inversión financiera sobre los riesgos subyacentes son, a menudo, insuficientes y ponen demasiado énfasis en beneficios potenciales que no suelen materializarse, por lo que los consumidores de productos de servicios financieros corren el riesgo de perder su capital.

De este modo, la noción de consumidor vulnerable comienza a tomar importancia en el ámbito de los objetivos de la Unión Europea.⁷ Así, en el año 2014 se aprobó el Reglamento N° 254 sobre el Programa Plurianual de Consumidores para el período 2014-2020, cuyo considerando 8 señala:

El Programa debe garantizar un elevado nivel de protección para todos los consumidores, atendiendo en particular a los consumidores vulnerables para tener en cuenta sus necesidades específicas y reforzar sus capacidades (...) El Programa debe velar, en particular, porque los consumidores vulnerables tengan acceso a la información sobre bienes y servicios para que exista igualdad de oportunidades para elegir de manera libre e informada, sobre todo habida cuenta de que los consumidores vulnerables pueden tener dificultades para acceder a la información al consumidor y para comprenderla, por lo que corren el peligro de ser inducidos a error.⁸

7 Waddington (2013, pp. 22-23) considera que el derecho comunitario no presenta una clara visión o política de protección al consumidor vulnerable y que la legislación comunitaria falla al proteger a los consumidores vulnerables, centrándose en proteger al «mítico» consumidor medio. La introducción de la figura del consumidor vulnerable en el ámbito del derecho comunitario ha suscitado algunas críticas. Incardona y Poncibó (2007, p. 9) han señalado —en relación con la Directiva 2005/29— que la noción de consumidor vulnerable carece de fundamentos prácticos y lógicos, y la califican como un concepto superfluo y paternalista que acentúa las dificultades ya existentes en la ficción de consumidor medio.

8 El programa señala entre sus objetivos mejorar la educación, la información y la sensibilización sobre los derechos de los consumidores, teniendo en cuenta las necesidades específicas de los consumidores vulnerables (objetivo II), y facilitar el acceso a los sistemas alternativos de resolución de litigios, implementando medidas que atiendan las necesidades y derechos de los consumidores vulnerables (objetivo III).

Por su parte, en España el RD-Ley 1/2021, de 19 de enero, incluye por primera vez en la normativa estatal de consumo la figura de «la persona consumidora vulnerable», con la finalidad de definir las circunstancias que generan que los derechos de estas personas necesiten una protección reforzada y así determinar un mínimo común de protección reforzada en todo el territorio español (Agüero, 2021, p. 2). Así, el art. 1 del RD-Ley 1/2021 modifica distintos preceptos del TRLGDCU. Por un lado, para introducir el dinámico concepto de «persona consumidora vulnerable» y, por otro, para adaptar distintos mandatos a poderes públicos y empresarios a las circunstancias de vulnerabilidad que afectan a estos consumidores. Todo ello, como se señala en la Exposición de Motivos, con la finalidad de

garantizar con un grado mayor de protección a los derechos en determinados supuestos en los que la persona consumidora se ve afectada por una especial situación de vulnerabilidad que puede incidir en su toma de decisiones e, incluso, forzarla a aceptar ciertas condiciones contractuales que en otra situación no aceptaría.

IV. CONCEPTO DE CONSUMIDOR VULNERABLE

La vulnerabilidad puede derivar de dos factores. Factores endógenos, cuando se produce como consecuencia de causas intrínsecas a la persona, como su situación física o psíquica. Y factores exógenos, cuando son causas externas las que determinan la vulnerabilidad, por ejemplo, la falta de formación del consumidor, desconocimiento del idioma o de las nuevas tecnologías (Hernández, 2015, pp. 22-23).⁹

Entendida así la vulnerabilidad, alcanza una especial importancia en el ámbito del consumidor, pues no puede obviarse que prácticamente todos los consumidores tendremos la consideración de vulnerables en algún momento de nuestra vida, bien sea debido a factores externos o internos, como se pone de relieve en el considerando D de la citada Resolución (Resolución del Parlamento Europeo, 2012). Esta misma señala que el concepto de consumidor vulnerable que se utiliza, se basa en la vulnerabilidad endógena y se ha definido del siguiente modo: «grupo heterogéneo de personas compuesto por aquellas consideradas de forma permanente como [vulnerables] por razón de su discapacidad mental, física o psicológica, su edad, su credulidad o su género». Continúa la Resolución señalando en el considerando D, que, además,

⁹ Un estudio sobre la noción de consumidor vulnerable se puede encontrar en Hill y Sharma (2020, pp. 551-570), y Menzel, Gentry y Rittenburg (2005).

el concepto de consumidor *vulnerable* debe incluir asimismo a los consumidores en *una situación de vulnerabilidad*, es decir, el consumidor que se encuentra en una situación de impotencia temporal derivada de una brecha entre su estado y sus características individuales, por un aparte y su entorno externo, teniendo en cuenta criterios tales como la educación, la situación social y *financiera* (*por ejemplo el endeudamiento excesivo*), o el acceso a las nuevas tecnologías.

Vemos, entonces, que la Unión Europea considera el sobreendeudamiento como un factor de vulnerabilidad del consumidor.

A pesar de esta aproximación, hasta antes de la pandemia en el ámbito comunitario no se había establecido un concepto de consumidor vulnerable, debido a las dificultades para su configuración, pues se consideraba necesario establecer un concepto que no sea demasiado volátil ni demasiado concreto, y que permita adaptarse así a las diferentes situaciones (Hernández, 2015, p. 23; 2016, p. 36; González, 2014, p. 98).¹⁰

Pese a la volatilidad del concepto, la Comisión Europea (2016, p. XX) ha llevado a cabo un estudio en que se proporciona un concepto de consumidor vulnerable. Así, señala que:

Un consumidor vulnerable puede ser definido como:

Un consumidor que, como resultado de sus características sociodemográficas, características conductuales, su situación personal o el entorno del mercado:

- Está en mayor riesgo de experimentar resultados negativos en el mercado.
- Tiene una habilidad limitada por maximizar su bienestar.
- Tiene dificultad en obtener o asimilar información.
- Es menos capaz de comprar, elegir o acceder a productos adecuados.
- Es más susceptible ante ciertas prácticas de marketing.

En el referido estudio se indica, además, que los factores que generan la vulnerabilidad son: tener dificultades en la elección y acceso a productos

¹⁰ La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española tampoco contiene una definición de consumidor vulnerable. Sin embargo, la normativa de consumo de ciertas comunidades autónomas sí recoge tal concepto, haciéndolo de una manera amplia y con listas no cerradas. Hernández (2015, pp. 69-94) hace una amplia recopilación de las definiciones de vulnerabilidad establecidas en la legislación autonómica.

y servicios, la edad (juventud o vejez), no conocer el idioma nativo, ser mujer, tener poca educación o vivir en zonas con baja densidad de población, tener dificultades financieras, una discapacidad, no utilizar Internet o ser consumidor de los considerados crédulos, impulsivos, reacios al riesgo, con pocas habilidades computacionales o con menos confianza en las personas.

Debido a la dificultad de proporcionar una noción genérica de vulnerabilidad, la doctrina aboga por referirse a la vulnerabilidad sectorial (Hernández, 2015, p. 61),¹¹ pues los problemas que se derivan de tal condición pueden tener diferentes causas, aparecer en distintas situaciones y requerir medidas de protección de diferente tipo (Hernández, 2016, p. 36). En consecuencia, debe utilizarse un concepto de consumidor vulnerable dependiendo del ámbito en el que nos encontremos, pero sin perder de vista que la vulnerabilidad hace referencia a una situación en la «que a la tradicional condición de parte débil de la relación jurídica del consumidor se suma alguna circunstancia que lo sitúa en una circunstancia de indefensión agravada frente al empresario» (Pérez, 2017, pp. 33-67). Otra definición es la proporcionada por Hernández (2016, pp. 38-39), quien considera que debe incluirse en la noción de consumidor vulnerable

a todos aquellos consumidores afectados por determinadas circunstancias personales, económicas, culturales o sociales, como pueden ser determinadas enfermedades físicas o mentales, la edad, la falta de experiencia comercial, o simplemente situaciones de necesidad, que dificultan el entendimiento que tendría un consumidor medio, disminuyéndolo, por lo que precisan una especial atención.

Por causa de la pandemia, el legislador español avanza realizando un esfuerzo concreto, introduciendo en la legislación de consumo en su artículo 3.2 un concepto de persona consumidora vulnerable, indicando que

a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial

¹¹ Hualde (2016, pp. 68-70) ha señalado que mientras en la Directiva 2005/29 la vulnerabilidad hace referencia «a la posibilidad de alteración del comportamiento económico y se trata de un parámetro para medir la deslealtad de una conducta empresarial», el consumidor vulnerable al que se refieren las Directivas 2009/72 y 2009/73, relativas al sector energético, parece referirse al consumidor con dificultades económicas.

o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.

V. MEDIDAS DE PROTECCIÓN

La noción de consumidor vulnerable carecería de sentido, sino llevase aparejada unas medidas que otorguen una especial protección. En el ámbito de la Unión Europea, los principales ámbitos donde se ha desarrollado una especial protección a los consumidores vulnerables son: prácticas comerciales desleales (Directiva 2005/29/UE), sector energético (Directiva 2009/72/UE y Directiva 2009/73/UE), Directiva 2005/29/UE sobre prácticas comerciales desleales y Directivas 2009/72/UE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y 2009/73/UE sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

El art. 5.3 de la Directiva 2005/29/UE establece:

Las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente identificable de consumidores *especialmente vulnerables* a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos *una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad*, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o afirmaciones respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal.¹²

La Directiva se limita a establecer la forma en que se ha de determinar la deslealtad de una práctica comercial en el caso de consumidores especialmente vulnerables, pero no declara desleales las prácticas que aprovechan la situación de debilidad de los consumidores ni proporciona criterios para identificar a los consumidores que merecen una especial protección (Hualde, 2016, p. 33).

Por su parte, la Directiva 2009/72/UE señala en sus arts. 7 y 8:

7. Los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para proteger a los clientes finales y, en particular, *garantizarán una*

¹² La cursiva es nuestra.

protección adecuada de los clientes vulnerables. A este respecto, cada uno de los Estados miembros definirá el concepto de cliente vulnerable que podrá referirse a la pobreza energética y, entre otras cosas, a *la prohibición de desconexión de la electricidad a dichos clientes en períodos críticos.* Los Estados miembros garantizarán la aplicación de los derechos y las obligaciones relacionados con los clientes vulnerables. En particular, los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a los clientes finales de zonas apartadas. *Garantizarán un nivel elevado de protección del consumidor,* sobre todo en lo que se refiere a la *transparencia de las condiciones contractuales, la información general y los procedimientos de resolución de conflictos.* Los Estados miembros velarán por que los clientes cualificados puedan cambiar fácilmente de suministrador si así lo desean. Al menos por lo que respecta a los clientes domésticos, estas medidas deberán incluir las que se enuncian en el anexo I.

8. Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas, tales como planes nacionales de acción en materia de energía, prestaciones en el marco de regímenes de seguridad social *para garantizar el necesario suministro de electricidad a los clientes vulnerables* o el apoyo a mejoras de la eficiencia energética, con el fin de atajar la pobreza energética donde se haya constatado, también en el contexto más amplio de la pobreza en general. Estas medidas no impedirán la apertura efectiva del mercado a que se refiere el artículo 33 ni el funcionamiento del mismo, y se notificarán a la Comisión, cuando proceda, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 15 del presente artículo. En la notificación se podrán incluir también medidas adoptadas dentro del régimen general de seguridad social.¹³

Si bien las Directivas establecen una prohibición de corte de suministro a los consumidores vulnerables, dejan libertad a los Estados miembros para definir a este tipo de consumidor vulnerable y garantizar su adecuada protección. En consecuencia, tal protección puede conseguirse a través de diversidad de medidas como: subvenciones al precio de la energía, beneficios sociales ligados al consumo, tarifas sociales de precios o la no desconexión a pesar del impago.¹⁴

¹³ Las cursivas son nuestras. Los arts. 3 y 4 de la Directiva 2009/73/UE presentan la misma dicción, si bien referido al sector del gas.

¹⁴ Hualde (2016, pp. 72-73) señala que la libertad concedida a los Estados miembros en la protección de los consumidores vulnerables hace que en la práctica su accesibilidad a la energía no quede garantizada y, en consecuencia, la vulnerabilidad se convierta en una noción vacía e inútil. Sobre las medidas adoptadas en países como Francia, Gran Bretaña y Eslovaquia, vid. Bartl (2010, pp. 225-245). Por lo que respecta a las medidas adoptadas en España, vid. Hualde (2016, pp. 73-77), Del Guayo (2017, pp. 343-381) y González (2013, pp. 577-605).

Por lo que respecta al ámbito del mercado financiero —si bien la legislación no los denomina expresamente como consumidores vulnerables—, la doctrina ha puesto de relieve que la noción de cliente minorista contenida en la Directiva MIFID II (Directiva 2014/65/UE relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros) refleja una situación necesitada de especial protección y en cierta manera equipara al cliente minorista con el consumidor vulnerable (Hernández, 2015, p. 127).

VI. MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA EL CONSUMIDOR SOBREENDEUDADO

Dado los problemas del consumidor financiero, el cual tiene dificultades derivadas de la racionalidad imperfecta y de la asunción de que el consumidor informado es un consumidor apto para la adopción autónoma sobre decisiones crediticias (Goldenberg, 2020, pp. 26-27), si a esto se suma que las capacidades económicas de un consumidor sobreendeudado disminuyen, es necesario evaluar la necesidad de considerarlo como un consumidor vulnerable y prever así una serie de medidas que le otorguen una protección que evite su posterior insolvencia.

Si revisamos la legislación comparada, podemos proponer una serie de medidas que permitan considerar sus necesidades específicas y reforzar sus capacidades en un contexto de crisis. Entre estas medidas destacan las siguientes:

1. Educación financiera

Las relaciones de consumo se caracterizan por una fuerte asimetría entre proveedor y consumidor, y muy especialmente la relación entre las entidades financieras y sus clientes. Ello se debe a la desigual distribución de información entre los usuarios de los servicios financieros y los proveedores de tales servicios, dado que al usuario medio le resulta difícil acceder, por lo general, tanto a la información completa sobre los términos y cláusulas contractuales como a los conocimientos técnicos y especializados que permiten comprenderlos adecuadamente (Andújar & Gil, 2017, p. 853).

Si bien según las causas del sobreendeudamiento se distingue entre sobreendeudamiento activo y pasivo,¹⁵ la educación financiera tiene mayor

¹⁵ El sobreendeudamiento pasivo encuentra su causa al margen de la voluntad y el comportamiento responsable del consumidor, en conexión con contingencias inesperadas

incidencia en el primero, pues el origen de este se encuentra en la asunción por el consumidor de deudas de manera incontrolada, sin atención a su nivel de renta y posibilidades de pago. Por ello, en su componente subjetivo, el ahorro preventivo, e indirectamente la capacidad de evitar el sobreendeudamiento, está vinculado con el nivel de educación financiera de los integrantes de una familia que tienen acceso al crédito (Bozzo & Remeseiro, 2021, pp. 45 y ss.). Esto puede definirse como el proceso por el que las personas físicas «desarrollan las aptitudes y la confianza de llegar a ser más conscientes de los riesgos y oportunidades financieras, de hacer selecciones previamente estudiadas, saber dónde acudir en busca de ayuda y tomar otras medidas efectivas para mejorar su bienestar financiero» (Atkinson & Messy, 2012, p. 13).

A pesar de que en Chile existe un importante número de iniciativas públicas y privadas en educación financiera (Aguilar, Carvajal & Serrano, 2019, p. 77),¹⁶ recién con la Ley N° 21.092 del año 2018 se establecen nuevos contenidos que apuntan precisamente a incorporar conductas que favorezcan la toma de decisiones en el ámbito financiero. En este sentido, las asignaturas deberían incluir temáticas que consideren aspectos psicológicos que desarrollen habilidades o comportamientos deseables que favorezcan elecciones conscientes, permitiendo sopesar los riesgos que conlleva una determinada decisión financiera.

2. Servicio de asesoramiento de deuda

La educación financiera no es un instrumento que permita acabar con la vulnerabilidad del consumidor en el ámbito financiero, siendo necesarias asistencias que tengan como objetivo resguardar los intereses del consumidor en el ámbito precontractual y contractual. En este sentido, el servicio debería estar disponible *ex ante* del contrato y durante la vigencia

que determinan una incapacidad sobrevenida de hacer frente a los créditos o contingencias que, aun pudiendo ser previsibles, sobrepasan las previsiones razonables. Vid. Bozzo (2020, p. 165), Álvarez (2010, p. 52), Gutiérrez (2019, p. 30) y Trujillo (2003, p. 1).

16 Según un estudio denominado «Educación financiera en la escuela. Experiencias de estudiantes con el mundo financiero» (Centro de Políticas Públicas UC, 2018, p. 28), «las experiencias puntuales de educación financiera que han recibido por parte de fundaciones, entidades bancarias o servicios públicos, además de ser poco satisfactorias, no se han constituido como aprendizajes significativos, puesto que el nivel de recordación de lo enseñado es mínimo y no se le encuentra mayor utilidad a lo expuesto por los relatores. Por su parte, se infiere que los contenidos entregados suponen el dominio de conceptos mínimos, que no necesariamente se cumplen, por ejemplo, el interés que otorgan los bancos por los fondos ahorrados».

del mismo. Así, el servicio de asesoramiento de deuda permite reforzar la educación financiera y además sirve como una forma de reforzamiento del deber de información que le cabe al proveedor. En Europa se reconoce un derecho irrenunciable a la asistencia técnica para el consumidor en la Directiva 2008/48/CE en su art. 5.6. La manera de implementación de este servicio en Europa difiere entre los distintos países; en algunos de ellos es de carácter público y en otros es privado y público (Bozzo, 2020, p. 174).

Más allá de cómo se provea este tipo de asistencia, lo importante es avanzar en nuestro medio para la creación de un modelo de asesoramiento que facilite a los consumidores vulnerables acceder a una asistencia que permita disminuir la asimetría entre este tipo proveedor y los consumidores financieros.

3. Derecho de desistimiento

Si bien el artículo 3 bis de nuestra Ley N° 19.496 de Protección al Consumidor (LPC) establece el derecho de desistir de un contrato, los supuestos son limitados y no se regula en detalle en el ámbito de la prestación de servicios financieros. Solo se permite el derecho de retracto del contrato de crédito cuando este se celebre por vía telefónica o por Internet. Además, es posible desistir del contrato de crédito conforme con el artículo 3 bis b) de la LPC

en aquellos casos en que el precio del bien o servicio haya sido cubierto total o parcialmente con un crédito otorgado al consumidor por el proveedor, o por un tercero previo acuerdo entre este y el proveedor, el retracto resolverá dicho crédito.

El desistimiento se configura, en el ámbito financiero, como un resguardo para el consumidor vulnerable, pues permite retractarse de una decisión que puede provocar el sobreendeudamiento o la insolvencia. El retracto regulado de manera tal que permita, a su vez, resguardar el interés del proveedor resulta una urgencia en nuestro modelo de protección, ya que permite un endeudamiento responsable. Así, para resguardar el interés del proveedor financiero es necesario establecer un plazo máximo, debiendo devolver al prestamista el capital recibido y el interés acumulado sobre dicho capital.¹⁷

¹⁷ En Europa, con la Directiva 2008/48/CE se reconoce al consumidor el derecho de desistimiento en su artículo 14, regulándose un plazo de catorce días, a contar de la fecha de la celebración del contrato. O, si fuera posterior, la fecha en que el consumidor recibe el documento contractual con las condiciones señaladas en el artículo 10 de la mencionada Directiva.

4. Regulación de contratos vinculados en el ámbito de consumo

El fenómeno de los contratos conexos está referido a la consecución de un determinado resultado económico, lo que lleva a las partes (proveedor y consumidor) a celebrar dos o más contratos diferentes que presentan entre sí un nexo jurídico. De tal forma, los dos contratos pueden considerarse, en función de datos objetivos, como partes de una única operación económica, pues el proveedor colabora de manera planificada con el prestamista para permitir al consumidor el acceso financiado al bien o servicio (Bozzo, 2015, p. 39).

La regulación de los contratos vinculados en materia de consumo incide directamente en las causas del sobreendeudamiento, porque permitiría al consumidor dejar de cumplir el contrato de crédito cuando el proveedor del bien o servicio, a su vez, no ha cumplido con el contrato de consumo (Bozzo, 2020, p. 178).

VII. CONCLUSIONES

La situación de sobreendeudamiento existente en Chile se verá incrementada en los próximos meses como consecuencia de la crisis económica derivada de la pandemia provocada por el COVID-19. Ante esta situación, y dada la necesidad de proteger de manera adecuada a los consumidores sobreendeudados, su inclusión en la categoría de consumidor vulnerable y las especiales medidas de protección que lleva asociadas, se presenta como un remedio adecuado para proporcionarles una mejor protección y evitar de este modo situaciones de insolvencia. En este sentido, se proponen como medidas adecuadas para su especial protección la educación financiera, el asesoramiento de deudas, el derecho de desistimiento en los contratos de crédito y la regulación de los contratos vinculados.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, M., Carvajal, R. & Serrano, M. (2019). Programas de educación financiera implementados en américa latina. *Revista de Investigación, Formación y Desarrollo: Generando Productividad Institucional*, 7(2), 72-88.
- Agüero, A. (2021). Modificaciones introducidas en el TRLGDCU por el RD-L 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. *Top Jurídico*.

- Álvarez, M. (2010). *Protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*. Thomson Reuters-Civitas.
- Andújar, I. & Gil, J. (2017). El plan español de Educación Financiera: presente y futuro. En *La prevención del sobreendeudamiento Privado. Hacia un préstamo y consumo responsables* (pp. 853-876). Thomson Reuters Aranzadi.
- Atkinson, A. & Messy, F. (2012). Measuring Financial Literacy: Results of the OECD/International Network on Financial Education (INFE) Pilot Study. *OECD Working Papers on Finance, Insurance and Private Pensions*, 15.
- Banco Central de Chile. (2019). *Informe de Estabilidad Financiera Segundo Semestre 2019*. https://www.bcentral.cl/documents/33528/133278/IEF2_2019.pdf/742c73b0-5002-594f-8972-a30facf10961?t=1573283231497.
- Banco Central de Chile. (2018). *Informe de Estabilidad Financiera Segundo Semestre 2018*. https://www.bcentral.cl/documents/33528/133278/IEF2_2018.pdf/8aacf13f-0f56-3ed2-8663-4f4b-4486fef5?t=1573272564717. Acceso el 19 de septiembre de 2020.
- Banco Central de Chile. (2017). *Encuesta financiera de hogares 2017*. <https://www.efhweb.cl/>.
- Barrientos, F. & Bozzo, S. (2021). La carga de evaluar la solvencia del consumidor en Chile y sus consecuencias jurídicas, a la luz de las normas contenidas en la ley sobre protección de los derechos de los consumidores. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 14, 692-717.
- Bartl, M. (2010). The Affordability of Energy: How Much Protection for the Vulnerable Consumers? *Journal of Consumer Policy*, 33(3), 225-245.
- Bozzo, S. (2020). Sobreendeudamiento del consumidor en Chile: una revisión a la luz del derecho europeo. *Revista de Derecho de Valdivia*, XXXIII(1), 159-183.
- Bozzo, S. (2015). Incumplimiento de contratos vinculados en función de consumo y mecanismos de protección en el ordenamiento chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 39-66.
- Bozzo, S. & Remeseiro, R. (2021). Hacia un currículo que fortalezca la educación financiera en las carreras de derecho. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 8(1), 45-67.
- Calahorrano, E. (2021). El consumidor con vulnerabilidad agravada como categoría jurídica y su recepción en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho- Facultad de Derecho UCSC*, 38, 1-27.
- Centro de Políticas Públicas UC. (2018). Educación financiera en la escuela. Experiencias de estudiantes con el mundo financiero. https://politicaspublicas.uc.cl/wp-content/uploads/2018/12/Informe_Experiencias-de-estudiantes_Educaci%C3%B3n-Financiera.pdf.
- Comisión Europea. (2016). *Consumer vulnerability across key markets in the European Union*. https://commission.europa.eu/system/files/2018-04/consumers-approved-report_en.pdf
- González, I. (2013). La protección del consumidor eléctrico y la lucha contra «la pobreza energética»: previsiones comunitarias e insuficiente regulación interna española. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 17(45), 577-605.

- González, L. (2014). La protección de los consumidores vulnerables en el Derecho del Consumo de la UE [El programa plurianual para el período 2014-2020]. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 10, 92-109.
- González, L. (2004). La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 8(17), 47-82.
- Del Guayo, Í. (2017). Consumidores vulnerables en el sector eléctrico, lucha contra la pobreza energética y el bono social. *Revista de Administración Pública*, 203, 343-381.
- Goldenberg, J. (2020). El sobreendeudamiento y los paradigmas del consumidor financiero responsable y del proveedor financiero profesional. *Ius et Praxis*, 1, 1- 27.
- Gutiérrez, P. (2019). *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso*. Aranzadi.
- Hernández, M. (2016). Consumidor y comerciante. En *Manual de Derecho de Consumo* (pp. 29-41). Reus.
- Hernández, M. (2015). *El consumidor vulnerable*. Reus.
- Hill, R. & Sharma, E. (2020). Consumer vulnerability. *Journal of Consumer Psychology*, 30(3), 551-570.
- Hualde, T. (2016). *Del consumidor informado al consumidor real: el futuro del Derecho de consumo europeo*. Dykinson.
- Incardona, R. & Poncibó, C. (2007). The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution. *Journal of Consumer Policy Issue*, 30(1), 21-38.
- Isler, E. (2020). La inocuidad: principio informante y de adecuación de deberes preventivos y buenas prácticas en la atención remota y presencial del consumidor durante el contexto de la pandemia de COVID-19. *Revista de Derecho PUCP*, 85, 203-244.
- López, P. (2020). La publicidad comercial dirigida al consumidor financiero: Una sistematización de su regulación y de las consecuencias derivadas de su vulneración en el Derecho Chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 225-259.
- Menzel, S., Gentry, J. & Rittenburg, T. (2005). Building understanding of the domain of consumer vulnerability. *Journal of Macromarketing*, 1.
- Pérez, M. (2017). El viajero, consumidor vulnerable. Consideraciones a la luz del moderno Derecho comunitario europeo. *Revista de Derecho Patrimonial*, 44, 33-67.
- Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. (2019). *Informe de Endeudamiento de 2019*. http://www.cmfchile.cl/portal/estadisticas/606/articulos-28149_recurso_1.pdf.
- Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. (2018). *Informe de Endeudamiento de 2018*. https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicacion_12362.pdf.
- Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. (2017). *Informe de Endeudamiento de 2017*. https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicacion_11891.pdf.
- Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. (2016). *Informe de Endeudamiento de 2016*. https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/DISCURSOS_11422.pdf.

- Tomás, G. (2020). La figura del «consumidor medio»: un estándar judicial europeo con reconocimiento legal. En *Conceptos multidimensionales del Derecho* (pp. 693-716). Reus.
- Trujillo, I. (2003). *El sobreendeudamiento de los consumidores*. Comares.
- Universidad San Sebastián & Equifax. (2022). *XXXVII Informe de Deuda Morosa. Segundo trimestre 2022*. https://resources.uss.cl/upload/2022/08/220728_Informe-Deuda-Morosa-2do-Trimestre-20221.pdf.
- Universidad San Sebastián & Equifax. (2020). *XXIX Informe de Deuda Morosa. Segundo trimestre 2020*. <https://www.uss.cl/wp-content/uploads/2020/09/Informe-Morosos-Regi%C3%B3n-del-Biobio-segundo-trimestre-2020-AL-21-09-sintesis-LFS.pdf>.
- Universidad San Sebastián & Equifax. (2019). *XXVII Informe de Deuda Morosa. Cuarto trimestre 2019*. <https://www.uss.cl/wp-content/uploads/2020/01/XXVII-Informe-de-Deuda-Morosa.pdf>.
- Universidad San Sebastián y Equifax (2018). *XXIII Informe de Deuda Morosa. Cuarto trimestre 2018*. https://www.uss.cl/wp-content/uploads/2019/01/Morosidad-Cuatro-Trimestre-2018_PPT_31_01_20192.pdf.
- Waddington, L. (2013). Reflections on the Protection of “Vulnerable” Consumers under EU Law. *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, 2.

Jurisprudencia citada

- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (1999). *Lloyd Schuhfabrik Meyer and Co. GmbH contra Klijsen Handel BV*, sentencia de 22 junio 1999.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (1999). *Verbraucherschutzverein contra Sektellerei G. C. Kessler GmbH und Co.*, sentencia de 28 de enero de 1999.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (1998). *Gut Springenheide GmbH contra Amt für Lebensmittelüberwachung*, sentencia de 16 de julio de 1998.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (1989). *Buet y otros contra Ministerio Fiscal*, sentencia 16 de mayo de 1989.

Normas citadas

- Directiva 2005/29/CE (11/05/2005) del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.
- Ley 7/2014 (23/07/2014) de protección de las personas consumidoras y usuarias de las Illes Balears.
- Ley N° 21.092 (14/05/2018) que modifica la Ley General de Educación para incorporar en el nivel de enseñanza media contenidos de educación financiera básica. Ley N° 19.496, de 7 de febrero de 1997, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

Real Decreto Legislativo 1/2007 (16/11/2007) por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Resolución del Parlamento Europeo (22/05/2012) sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables.

Unión Europea (15/05/2014). Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MIFID II).

Unión Europea (26/02/2014). Reglamento (UE) N° 254/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el Programa plurianual de Consumidores para el período 2014-2020.

Unión Europea (13/07/2009). Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

Unión Europea (13/07/2009). Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

Unión Europea (23/04/2008). Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los contratos de crédito al consumo.

CAPÍTULO VIII

CONSUMIDORES SÉNIOR Y LOS RETOS DE SU PROTECCIÓN ANTE LA DIGITALIZACIÓN*

Dra. Ana Isabel Blanco García

*Profesora de Derecho Procesal
Universitat de València*

SUMARIO: I. Introducción. II. Digitalización y vulnerabilidad del consumidor adulto mayor. 1. La digitalización del consumo, en especial de la banca. 2. La condición de «vulnerabilidad» del adulto mayor como consumidor. 2.1. Aceptación de «vulnerable» y aparición en el marco normativo. 2.2. Multidimensionalidad del concepto de vulnerabilidad. III. Actuaciones para la tutela del consumidor adulto mayor. IV. A modo de conclusión. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El envejecimiento de la población mundial es un hecho constatable e incontestable de nuestra realidad social; el grupo demográfico de la población mayor de sesenta y cinco años crece más rápidamente que otros grupos o colectivos. Este fenómeno trae consigo consecuencias y efectos sobre las distintas esferas de la sociedad, tanto positivas como negativas.

El envejecimiento actúa como eje sobre el que pivotan las relaciones de consumo, especialmente por los cambios en las prioridades de este colectivo que, a pesar de la edad, no por ello deja de tener poder adquisitivo. Precisamente, el II Barómetro del Consumidor Sénior de la Fundación MAPFRE, publicado en diciembre de 2022, señala que un 43% de las personas mayores de sesenta y cinco años ahorra entre un 10% y un 30% de sus ahorros (p. 9), lo que

* Trabajo elaborado en el marco del proyecto «Digitalización, acceso a la justicia y vulnerabilidad de las personas mayores» (CIGE/2022/104), IP Ana Isabel Blanco García, y del proyecto «Claves para una justicia digital y algorítmica con perspectiva de género» (PID2021-123170OB-I00) del Ministerio de Ciencia e Innovación, IP: Ana Montesinos García.

supone la conservación de su poder adquisitivo a pesar de la pandemia. Aún más, un 58% de las personas sénior considera que su situación económica no empeorará en los próximos años (p. 17). No obstante, a pesar de esta observación positiva, uno de los mayores desafíos de este cambio demográfico refiere a la utilización de Internet y de nuevas tecnologías. Todo está digitalizado, desde las líneas de compra de bienes hasta la justicia, y debemos ser conscientes de que el envejecimiento es una condición que afecta al acceso a la justicia, especialmente cuando hablamos de justicia digital, convirtiendo a nuestros mayores en vulnerables judiciales digitales.

Para hacer frente a esta vulnerabilidad se torna necesario establecer medidas positivas que atiendan necesidades individuales propias del colectivo y tener a su disposición cursos formativos o incluso medios más amigables para resolver los conflictos, como la mediación. Urge la modificación del sistema y la mayor sensibilización para una generación que, en gran medida, desconoce o tiene dificultades para acceder a la tecnología, lo que impide, a su vez, acceder a esa tutela digitalizada.

La transformación digital no es un proceso ni un fenómeno nuevo, pues lleva décadas en progreso. Ahora bien, no podemos negar el papel de la pandemia en su aceleración, en lo abrupto de los cambios recientes. Los sectores económico, sanitario, educativo, entre otros, han tenido que adaptarse a unas nuevas coordenadas, a un nuevo escenario en que la tecnología es la gran protagonista. Contra ello no queda más que resignarnos y adaptarnos, dado que, de lo contrario, nos veremos abocados a una situación de vulnerabilidad y también de exclusión. Una realidad compleja que se agrava cuando miramos hacia el colectivo de personas mayores, en que se constata la mayor brecha digital.

De acuerdo con la Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de la Información y Comunicación en los Hogares del INE para 2021, se calcula que el 93,9% de la población de dieciséis a setenta y cuatro años ha utilizado Internet en los últimos tres meses; 0,7 puntos más que en 2020. Sin embargo, en el grupo de edad entre sesenta y cinco y setenta y cuatro años desciende a un 74,6% para los hombres y a un 72,0% para las mujeres el uso de Internet, dejando también clara la mayor brecha digital por género en el colectivo de personas mayores.

La innovación o, mejor dicho, la revolución tecnológica y digital es una oportunidad para crecer. No podemos olvidar que la sociedad sigue encontrando barreras que dificultan este avance, como la alfabetización digital. En este sentido, la tarea fundamental es reducir la brecha digital y la de género, atender a todas estas barreras con la implementación de

medidas integrales y estructurales que puedan hacer realmente accesibles todos los servicios ofrecidos por los empresarios y comerciantes en una sociedad altamente digitalizada y tecnológica.

La UNESCO (Bindé, 2005), mencionó la importancia de reducir la brecha digital para

que las nuevas tecnologías contribuyan al desarrollo y propicien el surgimiento de auténticas «sociedades del conocimiento». El desarrollo en el ámbito de la información no descansa exclusivamente en mecanismos económicos, sino que obedece en gran parte a decisiones políticas. La reducción de la brecha digital constituye un desafío de tal envergadura que los gobiernos no podrán afrontarlo solos. Será necesaria una estrecha cooperación entre los poderes públicos, las organizaciones internacionales, el sector privado, el sector asociativo y la sociedad civil. (pp. 36-37)

En este capítulo trataremos de dibujar el escenario actual de las personas mayores en el ámbito del consumo, no solo fijadas por la evolución normativa, sino también derivadas de una realidad social y económica particular, de la digitalización de las relaciones de consumo, especialmente en un ámbito en que existe mayor riesgo de vulnerabilidad, y de la necesaria tutela de sus derechos e intereses económicos.

II. DIGITALIZACIÓN Y VULNERABILIDAD DEL CONSUMIDOR ADULTO MAYOR

Este apartado pretende explorar el proceso de transformación de las relaciones de consumo, especialmente aquellas celebradas con las entidades bancarias, así como la condición de vulnerabilidad y su contextualización en el momento actual, en el que la carencia de competencias tecnológicas puede situar a las personas mayores en un riesgo de exclusión social.

1. La digitalización del consumo, en especial de la banca

La sociedad está inmersa en lo que se conoce como Cuarta Revolución Industrial (Barona, 2019), caracterizada por la irrupción de la inteligencia artificial, la robótica y los algoritmos en los procesos productivos y también en las relaciones de consumo. Desde la biometría hasta los *wallets* son herramientas o sistemas que las personas consumidoras utilizan para realizar los pagos. Esto es solo la punta del *iceberg* de ese cúmulo de posibilidades que

la tecnología nos ofrece para estar globalmente conectados, para adquirir ese producto o servicio ajustado a nuestras necesidades y posibilidades, y para servirnos de nuevos métodos de pago.

La tecnología ofrece la gran ventaja a las empresas de reducir su huella de carbono, con gran impacto en la industria financiera, adecuándose a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (2015), al Acuerdo Climático de París (2015) y a los Principios Rectores de la ONU Sobre Negocios y Derechos Humanos (2011). Unos objetivos y principios que la industria financiera debe comprender habida cuenta del papel que desempeña en el desarrollo de la economía y de la sociedad, que no puede desatender la sostenibilidad en el progreso de su proceso de transformación digital.

En este marco destaca una iniciativa del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP), de septiembre de 2019, llamada Principios para la Banca Responsable, integrada por seis principios: 1) alineamiento, 2) impacto y fijación de objetivos, 3) clientes y usuarios, 4) partes interesadas, 5) gobernanza y cultura, y 6) transparencia y responsabilidad. Se observa claramente cómo el principio 3 sitúa el foco en las relaciones entre la banca y los clientes y usuarios, señalando expresamente la obligación de las entidades para trabajar «de manera responsable con nuestros clientes y nuestros consumidores para fomentar prácticas sostenibles y permitir actividades económicas que generen prosperidad compartida para las generaciones actuales y futuras» (p. 12).

Cuando hablamos de la dimensión digital de «nuestros mayores» no es posible obviar que viene caracterizada por el analfabetismo digital, dado por razones generacionales que les han dificultado o impedido adquirir los conocimientos necesarios para un correcto manejo de las aplicaciones y plataformas financieras digitales, o incluso por la falta de medios económicos para adquirir dispositivos tecnológicos. Esta carencia los aísla e incrementa de forma extraordinaria el riesgo de vulnerabilidad, especialmente cuando se trata de adquirir bienes o servicios a través de plataformas virtuales o aplicaciones móviles, y en su caso —y más grave aún, si cabe—, de ejercer su derecho de acceso a la justicia.

Respecto de la digitalización de este segmento de población, debemos tomar en consideración que

la velocidad a la que este proceso se desarrolle a futuro depende crucialmente de la confianza que se vaya generando en la utilización de las nuevas tecnologías, y su ritmo puede variar significativamente de unos productos a otros. Por ejemplo, en el mundo de los pagos

la tendencia hacia la digitalización es mucho más evidente. (Rubio, 2016, p. 16)

Una evidencia indiscutible hasta para este colectivo analógico por naturaleza, dado que un 17% de la población sénior paga varias veces a la semana a través del teléfono móvil: el 8% lo hace una vez a la semana o cada quince días, y un 8% una vez al mes. Ahora bien, llama la atención que el restante 63% no la utilice nunca, habida cuenta de que una gran mayoría dispone de teléfonos móviles de alta generación y el 37% de la población consulta o realiza operaciones con el banco a través de Internet (Fundación MAPFRE, 2022, p. 27).

El citado principio 3 obedece a esta realidad, aunque más bien a la necesidad de transformar el sector bancario digital en más humano. Por ello, se establecen como pautas de actuación las siguientes:

- Concienciar, involucrar a clientes y usuarios y brindar asesoramiento.
- Desarrollar nuevos productos y servicios que fomenten y respalden modelos comerciales, tecnologías, prácticas y estilos de vida más sostenibles.
- Incentivar inversiones y elecciones más sostenibles. (p. 12)

Especialmente destacamos una actuación, que consiste en «desarrollar políticas y capacitar al personal para garantizar que los clientes y usuarios reciban un trato justo» (p. 13). La experiencia del cliente y las políticas de empresa de fidelización han variado o modificado el rumbo de la banca digital para que no se olvide de la importancia de la presencialidad. Apostar por canales de atención tradicional no debería estar reñido con la modernización del sector. La seguridad y confiabilidad de los sistemas, así como de la atención, son aspectos a tener en cuenta y a valorar en la transición a la banca digital.

Siempre se habla de que la digitalización (de cualquier sector) tiene un efecto positivo en términos de accesibilidad e inclusión de la ciudadanía (OECD, 2020, p. 21). Ahora bien, esta ventaja se puede transformar en una barrera para algunos colectivos de personas, como el de las personas mayores que, como hemos visto, por carecer de los conocimientos y competencias tecnológicas necesarias se ven excluidos de estas nuevas formas de contratar bienes o servicios. En este sentido,

la inclusión financiera se puede entender como un proceso a través del cual se persigue que las familias y las empresas puedan tener

acceso y uso efectivo de los servicios financieros necesarios a través de un sistema regulatorio que favorezca la responsabilidad y la sostenibilidad. Por tanto, lo que se busca es incluir a la población no bancarizada en los sistemas financieros formales con el fin de darles la oportunidad de acceder a los servicios financieros formales básicos necesarios, principalmente ahorro, pagos, transferencias, créditos y seguros. (Sanchis, 2016, p. 68)

Sensu contrario, exclusión financiera refiere del

proceso por el que las personas encuentran dificultades para acceder y/o utilizar servicios y productos financieros en el mercado principal que sean adecuados a sus necesidades y que les permiten llevar una vida social normal en la sociedad a la que pertenecen. (Anderloni *et al.*, 2008, p. 4)

Una exclusión financiera y digital que lleva, irremediadamente, a la exclusión social (Hernández, 2008, p. 39).

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible aborda expresamente la necesaria transformación sectorial de los servicios financieros de banca y seguros, destacando la necesidad de reforzar los mecanismos de protección de la ciudadanía para evitar la exclusión financiera, fortaleciendo también el marco regulatorio para asegurar una adecuada defensa del consumidor y su inclusión financiera.

Esta dicotomía entre los efectos de inclusión y exclusión digital que confluyen en esta generación puede ser una de las causas de vulnerabilidad, cuya multidimensionalidad merece ser estudiada para identificar las medidas más idóneas para que el trato justo exigido y necesario sea real y efectivo.

2. La condición de «vulnerabilidad» del adulto mayor como consumidor

No son pocas las directrices y textos que recogen la situación de vulnerabilidad de las personas mayores, especialmente en el ámbito del consumo, donde la reivindicación para la garantía del derecho a la igualdad y no discriminación ha quedado patente en movimientos bien conocidos, como «Soy mayor, no idiota», que ha tenido una gran acogida entre el público y la sociedad en general, así como un impacto en el comportamiento de las entidades financieras y las autoridades. Esta campaña, bajo ese eslogan tan claro y notorio, fue liderada por Carlos San Juan de Laorden, un médico cirujano jubilado del que se presumen unos conocimientos

suficientes como para entender las operaciones básicas a realizar a través de un banco. No obstante, el problema social —derivado del giro hacia una total digitalización de las entidades financieras— no era si este consumidor entendía o no el concepto de la operación, sino las dificultades que, por razón de edad, concurren cuando debe utilizar aplicaciones móviles para ejecutar operaciones básicas bancarias. La brecha digital es una realidad y, por ello, obviarla no es la mejor opción para asegurar el crecimiento económico y el trato justo e igualitario de sus usuarios.

2.1. Aceptación de «vulnerable» y aparición en el marco normativo

La acepción de «consumidor vulnerable» debe ser contrapuesta a la de «consumidor medio». Partiendo de las definiciones que la propia Real Academia Española (RAE) hace de ambas nociones, podemos establecer los parámetros que configuran la vulnerabilidad de las personas mayores en el ámbito del consumo, en particular, en el sector financiero. Consumidor vulnerable, por un lado, designa a quien «puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente».¹ La vulnerabilidad se manifiesta claramente en ámbitos donde la contratación en masa es su forma de desarrollarse, como el consumo. Por otro lado, por consumidor medio se entiende aquel «consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz».² Aunando ambas definiciones, entendemos que «el riesgo de vulnerabilidad se da cuando la situación personal y/o patrimonial de la persona es frágil, lo que la expone a un riesgo de sufrir un daño superior a la media» (Pereña, 2021, p. 31). Así, por ejemplo, circunstancias como la avanzada edad de los consumidores no implica que vayan a ser siempre vulnerables, dada la fluidez del concepto.

El derecho del consumo ha hecho eco en distintos momentos de este concepto, sufriendo una evolución desde los años 2000 hasta la actualidad, caracterizándose por la concurrencia y sucesión de crisis, y, como resultado, una mayor profundidad en su tratamiento normativo.

La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las alegaciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos (Commission of the European Communities, 2003) fue la pionera en incorporar este vocablo, reflejando el interés de la Unión Europea y de instancias internacionales por equilibrar las relaciones entre productores

1 Definición del adjetivo «vulnerable» contenido en el diccionario de la RAE.

2 Definición de la expresión «consumidor medio» proporcionada por el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico.

y consumidores para dotarles de recursos legales y eficaces de protección ante los posibles abusos y vulneraciones.

No fue hasta 2005 que la palabra «vulnerable» apareció nuevamente en la escena del derecho del consumo. Concretamente, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo; las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y el Reglamento (CE) N° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. La regulación en materia de protección pivotaba sobre lo que denominaron «influencia indebida»,³ que pudiera ejercerse sobre los consumidores cuya voluntad no esté totalmente formada, pero centrándose en la dimensión económica de los consumidores. Un concepto que para Stuyck (2007) aparecía «difuminado» (p. 168).

La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, nació con el propósito de reforzar los derechos de información de los consumidores y las obligaciones de transparencia de los proveedores de servicios.

Un año más tarde, en 2012, el Parlamento Europeo emitía una Resolución de 22 de mayo, precisamente sobre una estrategia de refuerzo de los consumidores vulnerables (2011/2272(INI)), que asentaba la tendencia legislativa encaminada a «adoptar medidas adecuadas y de proporcionar garantías suficientes para la protección de los consumidores vulnerables» y a «reforzar sus derechos y propiciar que estos últimos sean protegidos y respetados de manera efectiva, así como en facilitar a los consumidores todos los medios necesarios para que puedan tomar las decisiones oportunas y mostrarse firmes, independientemente del instrumento utilizado» (Parlamento Europeo, 2012). Esta redacción abría la posibilidad de regular a través de soft law, más en un sector como el financiero, caracterizado por la intensa autorregulación.

3 Expresión definida en el artículo 2 j) de la Directiva como la «utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa».

Sorprende, sin embargo, que no encontráramos referencia alguna en nuestro ordenamiento jurídico hasta 2017, cuando se realizó una primera aproximación —podríamos decir que bastante superficial— a la figura del consumidor vulnerable, a través de la publicación del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica, aunque su ámbito de aplicación quedaba constreñido a la industria energética.

No fue sino hasta 2021, después de la pandemia y la consecuente crisis económica, que hemos incorporado este concepto —aparecido una década atrás— en el derecho comunitario y que se ha regulado con la profundidad necesaria y alcance más amplio y generalista. Así, el Real Decreto Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, señala en su bloque I expresamente que el consumidor vulnerable «deberá ser objeto de especial atención tanto por parte de autoridades públicas como de empresas privadas en las relaciones de consumo». Sin embargo, poco duró la vigencia de este Real Decreto Ley, derogado tácitamente tras la aprobación de la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

El artículo primero de esta norma más reciente lleva a cabo una modificación del artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, indicando que

a efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

2. Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio

de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.

En consecuencia, observamos que la vulnerabilidad es una cualidad que presenta distintos grados, no es absoluta, por cuanto la lesión o daños producidos puede ser diferente en función de la capacidad de la persona y del riesgo y disposición a un sistema de desigualdades (Hualde & Peña, 2021, p. 11).

2.2. Multidimensionalidad del concepto de vulnerabilidad

A la vista de lo anterior y de la amplitud del adjetivo vulnerable, se confirma la «multidimensionalidad de la vulnerabilidad», excediendo lo puramente económico para englobar aspectos sociales o tecnológicos, entre otros. Consecuencia de ello es también la naturaleza dinámica del concepto, pues no es ni estático, ni perenne, sino variable y cambiante en función de las circunstancias de la persona.

En esta línea, el propio Preámbulo del Real Decreto Ley 1/2021 afirma que

una persona puede ser considerada vulnerable en un determinado ámbito de consumo, pero no en otros. Además, esa condición de vulnerabilidad podrá variar a lo largo del tiempo según puedan hacerlo las condiciones que la determinan, tanto las de tipo personal como las sociales o de contexto.

Lo que resulta palmario es que la probabilidad de ser dañado se ha incrementado y en las personas mayores está presente, y el riesgo de la vulnerabilidad y desigualdad es real y actual. En este sentido, es acertada la referencia de la Resolución de 22 de mayo a las personas consumidoras en situación de vulnerabilidad, en que entran en juego otras variables relevantes en la actualidad y que están determinando el devenir del sector financiero en lo que concierne a las relaciones de consumo.

La Nueva Agenda del Consumidor señala en su apartado 3.4 las «circunstancias sociales o características particulares de consumidores individuales o grupos de consumidores, tales como su edad, género, estado de salud, alfabetización digital, capacidad de cálculo o situación económica» como causas de vulnerabilidad. Por tanto, de este marco regulador se infiere la existencia de tres categorías de vulnerabilidad de un consumidor:

- Vulnerabilidad endógena permanente, cuyas causas podrían ser la discapacidad mental, física o psicológica, la edad, la credulidad o el género.

- Vulnerabilidad temporal, en que el consumidor no integra ningún colectivo *a priori* vulnerable, pero que se encuentra «en un estado de impotencia temporal derivada de una brecha entre su estado y sus características individuales, por una parte, y su entorno externo, por otra parte, teniendo en cuenta criterios tales como la educación, la situación social y financiera (por ejemplo, el endeudamiento excesivo), el acceso a Internet, etc.».
- Vulnerabilidad episódica, en que «en algún momento de su vida, pueden pasar a ser vulnerables debido a factores externos y a sus interacciones con el mercado, o porque experimenten dificultades para acceder a información adecuada dirigida a los consumidores y entenderla, y, por tanto, precisen de una protección especial» (considerando D).

A la vista de tales consideraciones, podemos afirmar que las principales causas de vulnerabilidad que concurren en el ámbito financiero residen en una doble dimensión. Primero, la dimensión económica, debido a las bajas y limitadas pensiones, así como a las situaciones de precariedad de muchas personas mayores, acrecentadas por la pandemia, lo que puede llevarlos a encontrarse en una situación de riesgo de exclusión social (De la Cruz, 2016, p. 92). Segundo, la dimensión digital, caracterizada por el analfabetismo digital de la gran mayoría de personas de dicho colectivo, por razones generacionales que les han dificultado o impedido adquirir los conocimientos necesarios para un correcto manejo de las aplicaciones y plataformas financieras digitales, o por la falta de dispositivos tecnológicos.

El problema actual con el colectivo sénior es, como afirma Calaza (2021), que

ya no se puede rentabilizar más la Justicia de los colectivos vulnerables: primero, porque la vulnerabilidad es transversal y, en consecuencia, no admite cauces universales; segundo, porque la vulnerabilidad precisa siempre una atención temprana (...) tercero, porque las nuevas fórmulas mágicas de descentralización de la Justicia —y derivación de la solución de la controversia a otros profesionales—; de agilización —y reducción o, incluso, omisión de trámites, por ejemplo, en el juicio verbal—; o, incluso, de digitalización —e imposición de una vía telemática a personas sin la menor alfabetización tecnológica— resultan, en muchos casos, impensables. (p. 35)

La exclusión financiera se verá revertida si se apuesta por la transparencia, la educación financiera y la alfabetización digital. Barona (2018) señala que «ni los instrumentos de la Justicia tradicional permiten responder a

las exigencias cada vez mayores de las personas, ni los mismos resultan eficientes económicamente hablando» (p. 431). Cabe preguntarse, en consecuencia, si la arquitectura jurídica es suficiente para ofrecer una respuesta a las necesidades de estos particulares consumidores⁴ o si, por el contrario, deberíamos reflexionar sobre si también en este ámbito sería más adecuado un cambio de paradigma. Un nuevo modelo de justicia que fuera más allá de lo imperativo y correctivo, dando entrada a mecanismos tuitivos de naturaleza preventiva.

Aquí es cuando puede jugar un papel crucial la autorregulación propia de este sistema de consumo, en que la tutela preventiva se configure de forma que sean las entidades las que tomen conciencia de la importancia de velar por el buen funcionamiento de las reglas internas del gobierno corporativo, en que también los consumidores adquieren protagonismo, dándose así cumplimiento a todos los estándares internacionales de protección y trato justo.

III. ACTUACIONES PARA LA TUTELA DEL CONSUMIDOR ADULTO MAYOR

La protección y tutela de los derechos e intereses económicos de las personas mayores es considerada por la Unión Europea como pilar imprescindible para el avance de la sociedad y del Estado de derecho. Así, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, «Nueva Agenda del Consumidor: Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible», incide en la necesidad de impulsar políticas de protección de personas consumidoras, especialmente de aquellas que se encuentren en una situación de subordinación, indefensión o desprotección. Además, señala en su apartado 3.2 que «el sector de los servicios financieros minoristas se ha transformado profundamente debido a que la transición digital introduce nuevas tendencias y soluciones y diversifica la oferta de productos y servicios financieros».

Anteriormente se ha establecido la necesidad de repensar nuevas formas de tutelar a los consumidores financieros, especialmente cuando son vulnerables. Esta característica indeseada obedece a la existencia de la brecha digital, por lo que la norma imperativa y los tribunales poco o

⁴ Aguilar señala que «las soluciones legales que se ofrecen en las normas aparecen pensadas para un prototipo de consumidor “medio”, con un esquema de consumo muy distinto del que presentan estos colectivos singulares» (2011, p. 18).

nada pueden hacer para cambiar la situación. Solamente un nuevo rumbo, una nueva visión del modelo de negocio que aúne la tradición con la modernización, lo analógico con lo digital, será la solución al problema actual, que requiere de soluciones inmediatas.

La autorregulación a través de herramientas de *soft law* puede servir de vehículo para corregir la dirección de ese proceso de digitalización de la banca. No se trata de que abandonen su estrategia, sino de ajustarla para dar cabida a todo tipo de público, sin excluir a nadie por su edad, género o competencias digitales.

Muchas de las actuaciones recientes se amparan bajo el paraguas del *soft law*, dando lugar a medidas y proyectos que pueden ser una solución en distintos plazos, tanto a corto como a largo, de forma que se revierta y, a ser posible, evite que una persona sea vulnerable ante un sistema financiero altamente complejo. La Ley 4/2022 inició el camino hacia este tipo de paradigma de tutela, para conseguir una efectiva inclusión financiera y la accesibilidad a los servicios financieros que permita, como se indicó, la consecución de los ODS y de los objetivos de buena gobernanza corporativa. A título de ejemplo, destacan medidas que buscan asegurar que el elemento tradicional, que no es otro que la atención presencial, se mantenga mientras persista la brecha digital.

En concreto, cinco actuaciones llaman nuestra atención. En primer lugar, en relación con los cajeros automáticos, se adoptan medidas como la no supresión aun a pesar del cierre de la oficina correspondiente, la instalación de señales e indicaciones de prioridad en su uso o incluso la reserva de algunos cajeros automáticos. Asimismo, en las Oficinas de Correos y Telégrafos de los municipios que carezcan de sucursal bancaria, se van a instalar cajeros automáticos para evitar la absoluta exclusión financiera.

En segundo lugar, la atención presencial debe garantizarse, especialmente para colectivos analógicos o con menores herramientas tecnológicas. Una atención personalizada es importante en zonas rurales, donde el acceso es más limitado. En tercer lugar, el desarrollo de las tecnologías financieras, de forma que sean igualmente intuitivas, claras, sencillas de manejar y seguras, debiendo proteger a los usuarios de cualquier tipo de ciberataque. Esta medida será más difícil de llevar a la práctica, a nuestro entender, puesto que las Apps de banca en el móvil no son lo fáciles de manejar que debieran para un usuario sin conocimientos tecnológicos suficientes.

En cuarto lugar, como resultado de la norma, se ha aprobado el Protocolo Estratégico para Reforzar el Compromiso Social y Sostenible de la Banca, actualizado en febrero de 2022. Las líneas de actuación de

este proyecto, relativas a la atención y protección de los consumidores, descansan sobre formación, atención presencial y telefónica, y accesibilidad a cajeros y medios digitales.

En quinto lugar, se ha firmado el Convenio para desarrollar el Plan de Educación Financiera 2022-2025, en que el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital se ha unido a la labor que desde 2008 venían realizando conjuntamente el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). Estamos ante el cuarto plan, tras los de 2008-2012, 2013-2017 y 2018-2021, que viene también a dar cumplimiento así al ODS número 4 de la Agenda 2030.

Todas ellas son medidas necesarias y que ponen de manifiesto la importancia de las sinergias entre las entidades financieras y los poderes públicos, dado que sin la colaboración de todas las personas interesadas no seremos capaces de vencer y superar todas las barreras, especialmente las digitales, para garantizar la igualdad y la protección de los derechos fundamentales de las personas.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La banca se enfrenta a un reto clave: la digitalización de todos sus servicios, acelerada por la crisis sanitaria que ha traído consigo un cambio social, político, económico y normativo. Un giro de la tradición a la modernidad, de la presencialidad a la virtualidad, pensando en el desarrollo sostenible y económico de la industria.

La digitalización del sector solo es una arista más de la propia digitalización de la sociedad, de las relaciones humanas y de las relaciones de consumo. Por ello, partiendo de que la estrategia de toda empresa es dar respuesta a las necesidades de la demanda —en ocasiones, también es creadora de las mismas—, no resulta ajena su actuación. Al respecto, sirva de ejemplo la creación de *chatbots*, una suerte de asesor robotizado que ofrece respuestas a preguntas predeterminadas,⁵ o al auge de los pagos a través de aplicaciones móviles como Wallet o Bizum.

No obstante, los comportamientos son heterogéneos como las personas, pues no todas utilizan las tecnologías. La clave para un trato justo y equitativo con los clientes, que garantice así el cumplimiento de los ODS y los principios de gobierno corporativo, redunda en el análisis de los hábitos

5 Sobre su configuración y régimen jurídico, vid. Herrero (2022).

de consumo —y, correlativamente, de compra—, en aras de entender mejor el funcionamiento y necesidades de un determinado sector, agregando valor añadido a la entidad. A ello obedece una industria bancaria moderna, pero debemos recordar que todavía existen segmentos de población que requieren de la banca tradicional, más presencial, más humana. Aludimos al colectivo sénior —aunque también podría incluirse a las personas que viven en zonas rurales—, que puede quedar excluido si no se identifican correctamente sus necesidades y se le guía o ayuda en el proceso de contratación de productos o servicios. Una exclusión (financiera) del acceso a recursos económicos que derivará en otra exclusión, la social.

En las relaciones de consumo, ya *per se* desiguales y asimétricas, se produce lo que hemos denominado «doble discriminación» o «doble vulnerabilidad», especialmente en las relaciones con entidades financieras. El ámbito de consumo de bienes y servicios financieros dirigido hacia la digitalización y la desaparición de la atención presencial ha tenido que modificar el rumbo para atender las demandas de las personas mayores. Un colectivo que, bajo el lema «Soy mayor, no idiota», ha puesto de manifiesto la imposibilidad real y efectiva de acceder a los servicios ofrecidos en el entorno digital. De igual manera, han visto mermado su nivel de competitividad en un mercado digital, precisamente por la falta de competencias tecnológicas. Ello ha provocado que sean considerados consumidores vulnerables que, en el momento de hacer valer sus derechos ante la justicia, se encuentran nuevamente con la barrera de la digitalización. En este sentido, no solo son vulnerables en el acceso al mercado, sino también a la justicia, quedando desamparados ante un sistema que los ha obviado en ese ímpetu por conseguir una mayor eficiencia a través de la tecnología.

Para hacer frente a la vulnerabilidad creada, es preciso establecer un abanico de medidas positivas que atiendan necesidades individuales propias del colectivo y tener a su disposición cursos formativos o incluso medios más amigables para resolver los conflictos como la mediación. Urge la modificación del sistema y la mayor sensibilización con una generación que ha ayudado a construir nuestro Estado de bienestar, incluyéndolos —porque así debe ser— en el crecimiento económico y en el progreso social.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, L. (2011). Mecanismos autorreguladores del mercado y defensa de consumidores. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 44(130), 15-41.
- Anderloni, L., Bayot, B., Błędowski, P., Iwanicz-Drozdowska, M. & Kempson, E. (2008). *Financial Services Provision and Prevention of Financial Exclusion*. Comisión Europea.

- Asociación Española de Banca. (2022). Protocolo Estratégico para Reforzar el Compromiso Social y Sostenible de la Banca. <https://s1.aebanca.es/wp-content/uploads/2021/07/protocolo-estrategico-para-reforzar-el-compromiso-social-y-sostenible-de-la-banca.pdf>
- Barona, S. (2019). Cuarta revolución industrial (4.0.) o ciberindustria en el proceso penal revolución digital, inteligencia artificial y el camino hacia la robotización de la justicia. *Revista Jurídica Digital UANDES*, 3(1), 1-17.
- Barona, S. (2018). Retrato de la Justicia civil en el siglo XXI. ¿Caos o una nueva estrella fugaz? *Revista Boliviana de Derecho*, 25, 416-444 .
- Bindé, J. (2005). *Hacia las sociedades del conocimiento*. UNESCO.
- Calaza, S. (2021). Retos de una Justicia adaptada a la fragilidad derivada de la pandemia. *OtroSí, Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 8, 34-37.
- Comisión Nacional del Mercado de Valores & Banco de España. (2022). *Plan de Educación Financiera 2022-2025*. https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/PlanEducacion/Planeducacionfinanciera_22_25es.pdf
- Commission of the European Communities. (2003). *Regulation of the European Parliament and of the Council on Nutrition and Health Claims Made on Foods*. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0424:FIN:EN:PDF>
- De la Cruz, C. (2016). Exclusión Financiera, Vulnerabilidad y Subdiscriminación. Análisis crítico sobre el derecho al acceso a servicios bancarios básicos en la Unión Europea. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 34, 91-114.
- Fundación Mapfre. (2022). *II Barómetro del Consumidor Sénior de la Fundación MAPFRE*. <https://documentacion.fundacionmapfre.org/documentacion/publico/es/media/group/1118406.do>
- Hernández, M. (2008). *Exclusión social y desigualdad*. Ediciones de la Universidad.
- Herrero, R. (2022). Aspectos jurídicos del uso de la inteligencia artificial por los robo-advisors. *Revista de derecho del mercado de valores*, 30.
- Hualde, T. & Peña, F. (2021). Estudio jurídico del consumidor vulnerable. Concepto y función. Consumidor vulnerable en los ámbitos de servicios financieros, telecomunicaciones y energía. En *Concepto y causas del consumidor vulnerable en servicios financieros y en grandes temas de consumo* (pp. 9-51). ADICAE.
- Instituto Nacional de Estadísticas. (2015). *Población que usa Internet (en los últimos tres meses). Tipo de actividades realizadas por Internet*. https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925528782&p=1254735110672&pagina=ProductosYServicios%2FPYSLayout
- Organization for Economic Co-operation and Development. (2020). *Advancing the Digital Financial Inclusion of Youth*. <https://www.oecd.org/finance/advancing-the-digital-financial-inclusion-of-youth.htm>
- Parlamento Europeo. (2012). *Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables (2011/2272(INI))*. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2012-0209_ES.html
- Pereña, M. (2021). Vulnerabilidad y Derecho. *OtroSí, Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 8, 30-33.

- Rubio, A. (2016). El cambio del modelo de negocio de la banca. *Documentos de Trabajo*, 9.
- Sanchis, J. (2016). *¿Es posible un mundo sin bancos? La revolución de las finanzas éticas y solidarias*. El Viejo Topo.
- Stuyck, J. (2007). The notion of the empowered and informed consumer in consumer policy and how to protect the vulnerable under such a regime. En *The Yearbook of Consumer Law* (pp. 167-186). Routledge.
- United Nations Environment Programme. (2019). *Principios para la Banca Responsable*. <https://www.unepfi.org/wordpress/wp-content/uploads/2022/07/PRB-Guidance-Documen-Spanish-Principios-Para-La-Banca-Responsable-Documento-Guia.pdf>

CAPÍTULO IX

EN BUSCA DE UNA PROTECCIÓN SOSTENIBLE PARA EL CONSUMIDOR DE SERVICIOS FINANCIEROS: A PROPÓSITO DE LA (FUTURA) AUTORIDAD ADMINISTRATIVA INDEPENDIENTE DE DEFENSA DEL CLIENTE FINANCIERO*

Dra. Ágata María Sanz Hermida

*Profesora de Derecho Procesal
Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunas consideraciones conceptuales. 1. Del cliente financiero al consumidor financiero. 2. La vulnerabilidad como eje de una protección reforzada. III. Mecanismos extrajudiciales de protección del cliente financiero. 1. El diseño del sistema institucional de ADR para clientes financieros. 2. Primer nivel de protección: los servicios de atención al cliente y el defensor del cliente. 3. Segundo nivel de protección: de los servicios de reclamaciones de los supervisores sectoriales a la futura Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero. IV. Bibliografía.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación SBPLY/21/180501/000178 «Crisis y retos de la justicia: el necesario equilibrio entre eficiencia e inclusión de grupos vulnerables», cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y convocado por la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, IPs: Yolanda Doig Díaz e Isabel Turégano Mansilla.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que el 15 de marzo de 1962, JF Kennedy acuñara la conocida expresión «consumidores somos todos» hasta nuestros días, las políticas públicas de protección de las personas consumidoras han tenido un avance progresivo y se han desarrollado en distintos niveles y con distinto alcance desde el reconocimiento y consolidación de los derechos de este colectivo al establecimiento de medidas específicas de tutela tanto en el ámbito doméstico como en instrumentos internacionales.¹ Esta evolución ha cristalizado modernamente en la necesidad de otorgar un alto nivel de protección a las personas consumidoras como principio estructural básico, reforzado en aquellos casos en los que se encuentren en situaciones de especial vulnerabilidad.

En efecto, las Directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas² se refieren en el apartado III.5 a la necesidad de que los Estados miembros desarrollen, refuercen o mantengan una «política sólida» de protección de los consumidores, que tenga en cuenta, entre otros, el acceso de los consumidores a los bienes y servicios esenciales, la protección de los consumidores vulnerables y desfavorecidos, la promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores, el acceso

-
- 1 Como señala el profesor Bercovitz Cano, entre las décadas de los años sesenta y setenta se fueron aprobando a nivel nacional leyes generales de protección a los consumidores, algunas de carácter fundamentalmente programático, como la Ley Japonesa de 30 de mayo de 1968; otras, reguladoras de los supuestos principales y más frecuentes en los que el consumidor está necesitado de protección, como la Ley Mexicana de 18 de diciembre de 1975; o normas de protección de los consumidores en relación con las normas generales de actuación de las empresas en el mercado, como la Consumer Protection Act Británica de 1961, la Ley Belga sobre prácticas comerciales de 1971 o la Ley Francesa para la ordenación del comercio y la artesanía, conocida como Ley Royer, de 1973. A nivel internacional, entre otros, la OCDE publicó en 1972 un estudio sobre la política de protección a los consumidores en los Estados miembros de dicha organización y el Consejo de Europa elaboró la «Carta de protección de los consumidores», aprobada en asamblea consultiva el 17 de mayo de 1973, que ha sido el primer texto que reconoció el «derecho de los consumidores a organizarse en asociaciones y a ser representados». En el caso español, el profesor Bercovitz Cano (2003) distingue las siguientes etapas: en primer lugar, una etapa de enunciación del principio y primeras manifestaciones del mismo; en segundo lugar, una etapa de reconocimiento constitucional y comienzo de legislación autonómica; en tercer lugar, el hito marcado por la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios; en cuarto lugar, la profundización en la protección de los consumidores y usuarios, impulsada fundamentalmente por leyes dictadas para la transposición de directivas comunitarias; y, por último, la fase actual en la que nos encontramos ante nuevos retos que han de ser enfrentados (pp. 112-113).
- 2 Las Directrices fueron adoptadas por primera vez por la Asamblea General en su Resolución 39/248, de 16 de abril de 1985; ampliadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 1999/7, de 26 de julio de 1999, y revisadas y adoptadas por la Asamblea General en su resolución 70/186, de 22 de diciembre de 2015.

de los consumidores a una información adecuada, la educación de los consumidores, la disponibilidad de mecanismos eficaces de resolución de litigios y reparación para los consumidores, y la libertad de formar grupos u organizaciones de consumidores y otros grupos u organizaciones pertinentes, y la oportunidad de que dichas organizaciones presenten sus puntos de vista en los procesos de toma de decisiones que les afecten, principios enunciados, entre otros.

También en la UE se ha consolidado la necesidad de garantizar «un alto nivel de protección» (art. 169, TFUE y art. 38, CDFUE), a cuyo objeto «la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses», adoptando medidas de aproximación de legislaciones, así como medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros (art. 169.2),³ sin perjuicio, no obstante, de la posibilidad de que estos mantengan un mayor nivel de protección. La Nueva Agenda del Consumidor, que proyecta la estrategia europea de consumidores de 2020 a 2025,⁴ incluye entre sus cinco ámbitos prioritarios, la tutela y el respeto de los derechos de los consumidores, así como atender las necesidades específicas de determinados grupos de consumidores. Al amparo de este marco se han ido creando instrumentos judiciales y extrajudiciales para facilitar la aplicación de los derechos de las personas consumidoras y lograr un nivel de protección similar en todos los Estados miembros.

En este contexto, la regulación de medios alternativos de resolución de conflictos en el ámbito de consumo es uno de los objetivos a los que más

3 Una relación de la actividad de la UE al respecto se puede encontrar en el Anexo al Reglamento (UE) 2017/2394 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) N° 2006/2004. A ese elenco cabe añadir otros instrumentos posteriores como la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019, por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión; o la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE.

4 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 13 de noviembre de 2020, «Nueva Agenda del Consumidor: Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible», COM (2020) 696 final. Ha sido elaborada sobre la base de la Agenda del Consumidor de 2012 y del Nuevo Marco para los Consumidores de 2018.

atención se ha prestado en las últimas décadas tanto a nivel mundial como europeo, nacional y autonómico. Se parte de la consideración de que la utilización de estas herramientas puede contribuir de manera efectiva a la protección de las personas consumidoras al introducir mecanismos más sencillos, eficaces, accesibles, rápidos y menos costosos que la vía judicial para resolver los conflictos en este ámbito⁵ y, con ello, hacer que el sistema de justicia en toda su amplitud resulte más sostenible.⁶ Entre estos mecanismos se han incluido, entre otros, el arbitraje, la mediación, la conciliación o el recurso a entidades o autoridades de gestión de reclamaciones o al defensor del cliente.⁷

No obstante, estos ADR u ODR han tenido desigual alcance y repercusión en las distintas áreas geográficas o sectores empresariales⁸, y, en buen número de casos, los consumidores siguen sin conocer estos instrumentos de protección extrajudicial o, cuando se utilizan, los niveles de calidad no siempre son adecuados o la eficacia no es la deseada. Estos problemas se agudizan en ámbitos específicos que afectan a sectores económicos críticos, como el financiero,⁹ el energético o el de las telecomunicaciones, por poner algunos ejemplos. Todos sectores regulados en los que el ejercicio de la actividad se somete a la exigencia de ciertos requisitos legales y a la

-
- 5 En las citadas Directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas (apdo. IV) se incluye, entre los principios que deben regir las buenas prácticas comerciales, la necesidad de que las empresas pongan a disposición de los consumidores mecanismos de gestión de reclamaciones que les proporcionen una resolución de conflictos ágil, justa, transparente, barata, accesible, rápida y eficaz, sin costes ni cargas innecesarias. Asimismo, que las empresas consideren la posibilidad de suscribir normas nacionales e internacionales relativas a la gestión interna de reclamaciones, servicios alternativos de resolución de conflictos y códigos de satisfacción del cliente.
 - 6 Como subraya la profesora Barona Vilar (2022), señalando que son muchos y variados los vínculos que pueden existir entre los ODS y los métodos complementarios o alternativos «en la búsqueda de la paz, la justicia y el bienestar igualitario para todos y esa absoluta necesidad de que lo sean desde la sostenibilidad» (p. 42).
 - 7 Sobre los distintos instrumentos ADR en el ámbito de consumo y las ventajas respecto de la vía judicial, vid. Marín (2007, p. 123) y, más ampliamente, Department for Business, Energy and Industrial Strategy (2018) y Gill *et al.* (2014).
 - 8 Se señala que ha habido distintas velocidades en la incorporación de las ADR a los sistemas jurídicos occidentales y con distinta intensidad, con las consecuentes asimetrías en su implantación (Barona, 2022, p. 39).
 - 9 De hecho, se ha subrayado la lentitud por superar las tradicionales reticencias de este sector para acudir a los ADR como métodos de solución de conflictos y los esfuerzos en nuestro sistema jurídico por dar un mayor impulso a su utilización en el sector financiero. En concreto, en los conflictos con la banca y en materia de seguros, ámbitos en los que se ha establecido algunas modalidades de mediación (mediación hipotecaria o mediación de seguros), pero de forma muy limitada. Sobre las reticencias del sector y la conveniencia de incorporar también la mediación en el sector financiero, vid. Blanco (2022, pp. 293 y ss.), Esplugues (2019, pp. 120 y ss.) y Prol (2022, p. 614).

supervisión y control de ciertos organismos, con el objetivo de preservar intereses generales como la libre competencia y el buen funcionamiento de los mercados, pero también intereses individuales como es la protección de los ciudadanos como consumidores.

En concreto, por lo que se refiere al ámbito financiero, la crisis financiera global de 2008 evidenció su vulnerabilidad,¹⁰ lo que llevó a reforzar y construir la regulación de este sector sobre la base de dos pilares fundamentales que, por un lado, buscan garantizar la solvencia de las entidades financieras y contribuir, con ello, a la estabilidad del sector.¹¹ Por otro lado, buscan lograr una protección adecuada de los consumidores financieros que, en este ámbito más que en ningún otro, se encuentran en una clara situación de asimetría proveniente tanto de la desproporción del poder económico y del poder de negociación, como en el acceso a la información.¹² A su vez, los instrumentos de protección de los ciudadanos en cuanto clientes financieros se han venido sustentando en dos planos de garantías: aquellas fundadas en el cumplimiento general de las normas reguladoras de las relaciones entre clientes y entidades,¹³ y las vías extrajudiciales para la resolución de conflictos que pueden surgir entre aquellos. Destacan entre estos últimos

10 Así se destacan tres vertientes de la crisis y de la vulnerabilidad financiera: sistémica, sectorial e individual por entidades, y se subraya cómo en España la crisis financiera actual convirtió al sistema bancario en más vulnerable no solo por su intensidad y duración, sino también por la imbricación mutua que se ha puesto de manifiesto entre los riesgos bancarios y los riesgos de la deuda pública, dando lugar a un círculo vicioso que ha perjudicado tanto al país como a las entidades de crédito, particularmente las cajas de ahorros. Sobre estos aspectos, vid. Bergés, Manzano y Valero (2011, pp. 35-37).

11 A estos objetivos responden la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; el RD Legis. 4/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores; la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras; y el RhD-L 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores, de seguros privados, de planes y fondos de pensiones, del ámbito tributario y de litigios fiscales, entre otras muchas normas.

12 A este respecto, señala el TJUE, el sistema de protección de los consumidores que establece la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información. Vid. STJUE (Sala Novena), de 5 de diciembre de 2013, Vapenik, asunto C508/12, apdo. 26 (ECLI:EU:C:2013:790).

13 Desde la perspectiva de la relación cliente con las entidades financieras, la regulación articula diferentes medios de protección, como señala la CNMC, entre los que cabe mencionar el Fondo de Garantía de Depósitos (como mecanismo de cobertura ante situaciones concursales de las entidades de crédito), el Fondo de Garantía de Inversiones (que ofrece a los clientes una cobertura de una indemnización en caso de que la entidad financiera entre en situaciones concursales) y las reclamaciones de personas físicas

los servicios de atención a la clientela y los servicios de reclamaciones de los organismos supervisores,¹⁴ objeto principal de este estudio.

El reciente Proyecto de Ley de creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero (PLAAIDCF), presentado por el Gobierno el 22 de noviembre de 2022,¹⁵ establece, como su nombre indica, una nueva autoridad administrativa independiente de defensa del cliente financiero (en adelante, AAIDCF). Lo anterior, con el fin de reforzar la protección de los ciudadanos en cuanto clientes financieros, que podrán presentar sus reclamaciones en el ámbito bancario, de seguros y de inversión ante una entidad única con competencia, para la resolución extrajudicial de las controversias entre los clientes financieros y sus entidades, de manera gratuita. Sus decisiones «tendrán carácter vinculante en aquellos casos en que la cuantía de la reclamación sea inferior a 20.000 euros, quedando obligadas todas las entidades financieras a participar en los procedimientos ante dicha Autoridad».¹⁶ Como complemento necesario en este ámbito, persigue impulsar la educación financiera (art. 1, PLAAIDCF) y mejorar el acceso a la información, pilares básicos, como se acaba de señalar, para la efectividad de la protección del consumidor financiero y el ejercicio de sus derechos.

Esta iniciativa se completa, además, con la proyectada nueva regulación de los servicios de atención a la clientela, también en tramitación parlamentaria mediante Proyecto de Ley por la que se regulan los servicios de atención a la clientela, de 7 de junio de 2022 (PLRSAC). Este tiene como objetivo abordar de manera integral la regulación de los servicios de atención a la clientela de las empresas, estableciendo unos parámetros mínimos de calidad que estos servicios deberán cumplir obligatoriamente. Lo anterior, prestando una especial atención a los derechos e intereses de las personas consumidoras vulnerables, según se señala en la Exposición de Motivos de la ley, cuya aplicación resulta supletoria en el ámbito financiero, de conformidad con lo previsto en el art. 2.4 del citado proyecto de ley.

o jurídicas ante posibles comportamientos inadecuados de las entidades financieras (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2022, p. 8).

14 Como se expone en la Exposición de Motivos del PCAAIDCF.

15 Trae causa del anteproyecto con el mismo nombre, aprobado por el Consejo de Ministros el 5 de abril de 2022. El proyecto de ley fue publicado en el BOCCGG de 16/12/2022.

16 Sobre normativa de conducta y en materia de cláusulas abusivas tendrán carácter vinculante en aquellos casos en que la cuantía de la reclamación sea inferior a veinte mil euros o de cuantía indeterminada, quedando obligadas las entidades financieras a participar en los procedimientos ante dicha autoridad.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCEPTUALES

1. Del cliente financiero al consumidor financiero

Uno de los problemas que ha dificultado la protección del consumidor financiero viene dado por la amplitud de actividades y sujetos cubiertos por esta normativa, por la propia evolución que el concepto jurídico de consumidor ha tenido,¹⁷ así como por el hecho de que se haya prescindido de su utilización en algunas normas relativas al sector financiero, sustituyéndolo por la expresión genérica de «cliente financiero» que, a su vez, se clasifica en cliente profesional y cliente minorista.¹⁸

En efecto, por lo que se refiere a las actividades, de conformidad con el art. 2.12 de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores,¹⁹

¹⁷ Que parece haber cristalizado en la distinción entre «consumidor típico o medio» y «consumidor vulnerable», como se pone de manifiesto en el considerando 18 de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales, que acoge la delimitación de estos conceptos del TJUE, afirmando que, sobre la base del principio de proporcionalidad «toma como referencia al consumidor medio que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos, pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales». Matiza además que en todo caso «la referencia del consumidor medio no es una referencia estadística. Los tribunales y autoridades nacionales deben aplicar su propio criterio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto». Vid. STJUE (Sala Quinta) de 16 de julio de 1998, *Gut Springenheide y Tüsky*, asunto C-210/96, apdo. 31 (ECLI:EU:C:1998:369); STJUE (Sala Quinta), de 6 de julio de 1995, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH*, asunto C-470/93, apdo. 24 (ECLI:EU:C:1995:224), apartado 24; STJUE (Sala Sexta), de 24 de octubre de 2002, proceso penal contra *Gottfried Linhart y Hans Biffel*, C-99/01, apdo. 35 (ECLI:EU:C:2002:618).

¹⁸ Distinción acogida, por ejemplo, en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, en cuyo art. 4.1.12 define el «cliente minorista» como «todo cliente que no sea cliente profesional». Y un cliente profesional, conforme el art. 4.1.11, es «todo cliente que se ajuste a los criterios establecidos en el anexo II» de la citada Directiva. Es decir, en primer lugar, las entidades que deben ser autorizadas o reguladas para operar en los mercados financieros, como las entidades de crédito o las empresas de inversión; en segundo lugar, las grandes empresas que cumplan dos de tres criterios, a saber, un balance total de veinte millones de euros, un volumen de negocios neto de cuarenta millones de euros y unos fondos propios de dos millones de euros; tercero, entidades o instituciones públicas como los Gobiernos nacionales, los bancos centrales o el Banco Mundial; y cuarto, otros inversores institucionales. No obstante, las entidades comprendidas en alguna de estas cuatro categorías podrán solicitar un trato no profesional.

¹⁹ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/

se considera servicio financiero a «todo servicio en el ámbito bancario, de crédito, de seguros, de pensión personal, de inversión o de pago». Sobre esa base, el PLAAIDCF extiende aún más su alcance al incluir desde los servicios bancarios y de pagos hasta la comercialización de seguros, fondos de pensiones y otros instrumentos de ahorro, pasando por la actividad de los fondos de inversión y otros agentes de mercados de capitales, con independencia de si las entidades se encuentran sujetas a la supervisión de las autoridades supervisoras específicas del sector o a autoridades administrativas con competencias en materia de consumo.²⁰

Consecuentemente, los destinatarios de estos servicios conforman una gran categoría integrada tanto por personas físicas como jurídicas, que hacen uso de estos servicios con fines particulares, pero también con otros fines empresariales, comerciales, etc. En concreto, el art. 2.1 del PLAAIDCF se refiere a todas las personas físicas o jurídicas, y las entidades sin personalidad jurídica, españolas o extranjeras que estén debidamente identificadas y que sean usuarias de los servicios financieros prestados por entidades financieras, y como tales, les sea de aplicación la normativa reguladora de estas.

Evidentemente, la amplitud y diversidad de usuarios y situaciones en que pueden encontrarse hace necesario valorar si es posible distinguir categorías de clientes, entre ellas, la de «consumidores financieros», para ponderar la procedencia de la aplicación de un marco de protección que llegue más allá del generalmente aplicable en el sector y, en caso afirmativo, qué elementos podrían ser tomados en consideración para delimitar al «consumidor financiero».

La Directiva 2011/83/UE circunscribe la consideración de «consumidor» a la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión.²¹ A diferencia de la Directiva y de manera más amplia, nuestra Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU)²² incluye en la definición de consumidor no solo a

CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

20 No hay más que ver la amplia definición de entidades financieras a que se refiere el art. 2.2 del Proyecto.

21 En el mismo sentido se delimita en el art. 2d) de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE.

22 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias.

las personas físicas, sino también a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial (art. 3.1).²³ En uno y otro caso, como señala el TS,²⁴ la definición gira alrededor del criterio negativo de la actividad profesional o empresarial, consistiendo el elemento delimitador en «actuar con propósito ajeno a una actividad comercial, empresa, oficio o profesión».

Por su parte, el TJUE al interpretar los distintos instrumentos de cooperación de la UE²⁵ ha apelado, en reiterada jurisprudencia, a la naturaleza autónoma del concepto de consumidor y a la necesidad de su interpretación restrictiva en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, «dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras». Afirma que a la persona consumidora se le brinda un régimen específico de protección por ser considerada la parte económicamente más débil respecto de aquellos contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional,²⁶ con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo.

23 Se supera así la definición de la precedente ley de consumidores y usuarios de 1984, que tenía en cuenta el hecho de «actuar como destinatarios finales de productos o servicios».

24 Cfr. STS 791/2022, de 1 de marzo, (ECLI:ES:TS:2022:791), con cita de otras decisiones precedentes como las SsTS 232/2021, de 29 de abril, y 693/2021, de 11 de octubre.

25 En efecto, las consideraciones que se exponen se refieren a la noción de consumidor establecida en los sucesivos instrumentos de cooperación en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, primero respecto del Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial, y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Convenio de Bruselas); posteriormente, con el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en particular, arts. 15-17); y más modernamente, al Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en particular, arts. 17-19). Una de las primeras decisiones al respecto ha sido la STJUE (Sala Segunda), de 20 de enero de 2005, Gruber, C464/01, apdos. 36 y ss. (ECLI:EU:C:2005:32), jurisprudencia refrendada en otras posteriores como la STJUE (Sala Tercera), de 25 de enero de 2018, Schrems, C498/16, apdo. 29 (ECLI:EU:C:2018:37); o más recientemente, la STJUE (Sala Segunda), de 14 de febrero de 2019, Milivojević, asunto C-630/17; apdos. 86-87 (ECLI:EU:C:2019:123) y la STJUE (Sala Primera), de 3 de octubre de 2019, Petruchová, asunto C208/18, apdo. 39 (ECLI:EU:C:2019:825).

26 STJUE (Sala Primera), de 3 de octubre de 2019, Petruchová, asunto C208/18, apdo. 42 (ECLI:EU:C:2019:825).

Como puede colegirse, el TJUE objetiva la delimitación de consumidor y lo define por oposición al de operador económico. De ahí que la protección particular que recibe no se justifique en contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional.²⁷ Sin embargo, en aquellos supuestos que un contrato se celebra con una doble finalidad, es decir, para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y parcialmente con fines privados, para poder beneficiarse de la protección como consumidor es necesario que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional de la persona sea «tan tenue» que pueda considerarse marginal y, por tanto, tenga un papel insignificante en el contexto de la operación considerada globalmente, respecto de la cual se haya celebrado el contrato.²⁸

Por lo que se refiere al sector financiero, también el Tribunal de Justicia parte del criterio objetivo de que se trate de operaciones realizadas por una persona, al margen de la actividad profesional que tenga. No obstante, como se ha señalado, dada la amplitud de operaciones y posibilidades que puede producirse en este sector, se ha planteado la cuestión de la incidencia que puedan tener, para la calificación de consumidor, factores como el valor de las operaciones efectuadas en virtud de contratos financieros, la importancia de los riesgos de pérdidas económicas que implica suscribir esos contratos, los eventuales conocimientos o experiencia de dicha persona en el sector de los instrumentos financieros, su comportamiento activo en la realización de tales operaciones o la circunstancia de que se trate de un cliente minorista.²⁹ A este respecto, el TJUE ha señalado que, en principio y a efectos de la calificación como consumidor, los factores mencionados carecen de pertinencia por sí solos,³⁰ dado que la calidad de

27 STJUE (Sala Segunda), de 14 de febrero de 2019, Milivojević, asunto C-630/17; apdo. 89 y jurisprudencia citada (ECLI:EU:C:2019:123).

28 STJUE (Sala Tercera), de 25 de enero de 2018, asunto Schrems, C498/16, apdo. 32. (ECLI:EU:C:2018:37).

29 El TJUE toma en consideración la existencia de esta distinción en diferentes instrumentos europeos. En concreto, señala cómo la Directiva 2004/39/CE sobre los mercados de instrumentos financieros no utiliza el término «consumidor», sino el de «cliente minorista» para referirse a aquel que no es cliente profesional (art. 4.10), a diferencia de otras directivas del sector financiero, como la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros, lo que da a entender que los conceptos de «cliente minorista» y «consumidor» son diferentes. No obstante, eso no significa que un cliente minorista pueda ser calificado como consumidor si concurren los elementos a que se ha hecho referencia. STJUE (Sala Primera), de 3 de octubre de 2019, Petruchová, asunto C208/18, apdos. 71-76 (ECLI:EU:C:2019:825).

30 Cfr. STJUE (Sala Primera), de 3 de octubre de 2019, Petruchová, asunto C208/18, apdo. 78 (ECLI:EU:C:2019:825); STJUE (Sala Cuarta) de 2 de abril de 2020, AU y Reliantco Investments LTD, asunto C500/18, apdos. 45 y ss. (ECLI:EU:C:2020:264).

«consumidor» de una persona tiene un carácter objetivo, es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, y debe ser examinada atendiendo únicamente a la posición que ocupa en un contrato determinado, teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad de este.³¹

De este modo cabe concluir que en el ámbito financiero la noción de consumidor no es totalmente identificable con «cliente», en el sentido de que no todo cliente de servicios financieros puede ser definido como consumidor. Es a estos efectos el elemento delimitador fundamental es el hecho de actuar al margen de la actividad profesional que tenga el sujeto concernido y sin que, por sí solos, resulten pertinentes a estos efectos factores como el valor de las operaciones efectuadas en virtud de contratos financieros, la importancia de los riesgos de pérdidas económicas que implica suscribir esos contratos, los eventuales conocimientos o experiencia de dicha persona en el sector de los instrumentos financieros, su comportamiento activo en la realización de tales operaciones o la circunstancia de que se trate de un cliente minorista. La calificación, según los casos, como cliente o consumidor financieros determinará la normativa aplicable y, consecuentemente, la protección jurídica que les asiste.

2. La vulnerabilidad como eje de una protección reforzada

En las últimas décadas, la vulnerabilidad de ciertos grupos de consumidores se ha identificado como una preocupación clave en las políticas de la UE, al considerar que estos grupos necesitan salvaguardias específicas. Ya en el año 2012 el Parlamento Europeo en su Resolución sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables³² se refirió a la obligación que deben asumir los Estados de adoptar medidas adecuadas y de proporcionar garantías suficientes para la protección de los consumidores vulnerables. Lo anterior, con el objeto de reforzar sus derechos y propiciar que sean protegidos y respetados de manera efectiva, así como facilitar a los consumidores todos los medios necesarios para que puedan tomar las decisiones oportunas en este ámbito. Esto puede requerir de medidas de muy diversa naturaleza y entidad, tanto de apoyo financiero o de otro tipo; de protección dirigidas a los agentes económicos y destinadas a eliminar

31 Cfr. STJUE (Sala Primera), de 3 de octubre de 2019, Petruchová, asunto C208/18, apdos. 64 y ss. (ECLI:EU:C:2019:825).

32 Resolución de 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables (2011/2272(INI)).

prácticas problemáticas; de sensibilización, como campañas de información o de capacitación y asesoramiento específico.

Así pues, en primer lugar, se hace necesario precisar quién puede beneficiarse de esta consideración de persona consumidora vulnerable. No existe una definición única y comúnmente adoptada de la vulnerabilidad, pero sí elementos que pueden contribuir a su delimitación. A estos efectos, la Comisión Europea (2017), en un estudio sobre la vulnerabilidad de los consumidores (European Commission, Consumers, Health, Agriculture and Food Executive Agency, 2017), subraya cómo, en la mayoría de los casos, la vulnerabilidad se sustenta en una evaluación previa de la probabilidad de un posible resultado negativo, en términos de bienestar de los consumidores. Es decir, se trata de una evaluación del riesgo, más que un reflejo de un resultado negativo que se ha materializado o se materializará con toda seguridad. Asimismo, evidencia el papel que juega para la delimitación de la vulnerabilidad, tanto la situación general en que se encuentran los consumidores como las características personales —temporales o permanentes— del consumidor.³³ Por otra parte, la vulnerabilidad no es una condición estática, de modo que los consumidores pueden ser vulnerables en algunas categorías de transacciones, pero no en otras (European Commission, Consumers, Health, Agriculture and Food Executive, 2017, pp. 2-3). En este contexto, define al «consumidor vulnerable» como un consumidor que, como consecuencia de las características sociodemográficas y de comportamiento, de su situación personal o del entorno de mercado, presenta un mayor riesgo de experimentar resultados adversos en el mercado, dispone de capacidad limitada para maximizar su bienestar, tiene dificultades para obtener o asimilar la información, es menos capaz de comprar o elegir productos adecuados, o de acceder a ellos, o es más sensible a determinadas prácticas de comercialización (p. 5).

33 Un ejemplo se puede encontrar en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y el Reglamento (CE) N° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, cuyo art. 5, bajo la rúbrica «prohibición de las prácticas comerciales desleales», fundamenta la situación de vulnerabilidad de un consumidor en «una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad» (apdo. 3). No obstante, este precepto debe ser interpretado de manera amplia, en el sentido de considerar que la vulnerabilidad no se limita a las características enumeradas en dicho precepto, sino también a otras que puedan determinarse dependiendo del contexto, por lo que adquiere un carácter multidimensional.

Esta concepción dinámica³⁴ ha sido trasladada al art. 3.3 de nuestra TRLGDCU, al definir a las personas consumidoras vulnerables como

aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.³⁵

Consecuentemente, establece en el art. 17.3 la necesidad de prestar especial atención, en el cumplimiento del deber de información, a «aquellos sectores que, debido a su complejidad o características propias, cuenten con mayor proporción de personas consumidoras vulnerables entre sus clientes o usuarios, atendiendo de forma precisa a las circunstancias que generan la situación de concreta vulnerabilidad» y, en el art. 8, recoge los derechos que le asisten.³⁶

Precisamente el sector financiero es considerado como uno de los ámbitos más problemáticos y complejos, lo que implica que, en potencia, cualquier consumidor pueda llegar a ser vulnerable, como señala el Parlamento Europeo en la Resolución anteriormente citada. Por ello, insta a los Estados a reforzar la protección, mejorando, por un lado, los deberes de información para proporcionar explicaciones claras y simples sobre la naturaleza de los productos y servicios que ofrece, y elaborando, por otro, programas eficaces de «alfabetización financiera».

Teniendo en cuenta esta recomendación, el PLRSAC llama a las entidades financieras a asegurar a su clientela la disponibilidad de canales presenciales, ya sea permanentes o intermitentes, telefónicos o telemáticos para el servicio de atención al cliente, atendiendo al principio de prestación personalizada. Es decir, aquella que tiene en consideración la edad de la persona que se dirige al servicio de atención al cliente, las características de la zona geográfica en la que reside la persona en términos de población y

34 Alejándose así de la concepción tradicional que pone el punto de atención exclusivamente en las características individuales (*class-based*), como señala Barceló (2022, p. 626).

35 Definición introducida primero por el art. 1.1 del derogado R.D.-Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulneración social y económica; y más recientemente, por el art. 1.1 de la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulneración social y económica.

36 Regulación que es fruto de la modificación del TRLGDCU promovida por el art. 1 de la reciente Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulneración social y económica.

el nivel de competencias digitales de dicha persona, entre otras cuestiones (art. 29.1.VII). Para cumplir con este deber, se requerirá, entre otros, que las personas que atienden estos servicios dispongan de una formación específica previa en atención a personas consumidoras vulnerables. Y, en especial, a personas con discapacidad o de edad avanzada, a cuyo objeto las entidades deberán proporcionar la formación y capacitación continuada que sea necesaria para adaptar sus conocimientos sobre la actividad a las variaciones tecnológicas y necesidades del mercado (art. 29.4.II). En igual sentido, el PAAIDCF se refiere a la necesidad de prestar atención personalizada a determinadas personas en consideración a su edad, situación de discapacidad,³⁷ características de la zona geográfica en la que reside la persona en términos de población o nivel de competencias digitales de dicha persona, entre otros aspectos (art. 2.9).

En definitiva, la determinación de las medidas aplicables a los consumidores de servicios financieros parece ir de la mano de la evolución general del concepto jurídico de consumidor, que tiende a una diferenciación entre el consumidor medio y el consumidor vulnerable. El primero requiere de un modelo jurídico que garantice el acceso al mercado para que pueda beneficiarse de las ventajas de los productos y servicios que se ofrecen en un entorno europeo o mundial ampliado. Se trataría, en palabras de Micklitz, de garantizar la «justicia de acceso». Por el contrario, el consumidor vulnerable es el destinatario de la justicia social *per se*, en el contexto de la UE de la economía social de mercado. Como individuo y como parte más débil en el mercado, necesita la protección reforzada del sistema jurídico (Micklitz, 2012, pp. 66 y ss.; Barceló, 2022, p. 636).

III. MECANISMOS EXTRAJUDICIALES DE PROTECCIÓN DEL CLIENTE FINANCIERO

1. El diseño del sistema institucional de ADR para clientes financieros

Como se ha señalado anteriormente, diversos instrumentos internacionales apelan a la conveniencia de introducir, regular o fortalecer instrumentos de tutela para la protección de los intereses de los consumidores, con especial mención de los medios de solución extrajudicial de conflictos. Se parte de la

37 Sobre estos aspectos, vid. Gálvez, Morales y Martínez (2021).

idea de que la mayoría de los litigios en materia de consumo se caracterizan por una desproporción entre el valor económico del asunto y el coste — económico, pero también en tiempo— de su solución judicial. Más aun teniendo en cuenta la frecuente naturaleza transfronteriza, consecuencia de las operaciones de consumo en un mundo globalizado, circunstancias que pueden disuadir al consumidor de hacer valer efectivamente sus derechos.³⁸ A estos instrumentos se refieren las citadas Directrices sobre protección de consumidores de las Naciones Unidas (apdo. III.5) y, sin perjuicio de otros instrumentos jurídicos precedentes en el contexto de la UE,³⁹ es uno de los cinco ámbitos prioritarios de la Nueva Agenda del Consumidor.

En nuestro ordenamiento, siguiendo los postulados de la UE, que promueve la utilización de este tipo de servicios de resolución de conflictos como forma de mejorar la confianza de los consumidores, se han ido dando diferentes pasos para introducir estos medios extrajudiciales, específicamente en el ámbito financiero.⁴⁰ Entre ellos, la Ley 44/2002⁴¹ estableció en su capítulo V, entre las medidas protectoras de los clientes de servicios financieros, los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios, para la Defensa del Inversor y para la Defensa del Asegurado y del Partícipe en Planes de Pensiones (en adelante, los Comisionados) como adscritos orgánicamente al Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, respectivamente (en adelante, los comisionados), junto con los servicios de atención al cliente. Estos, en su caso, podían ser complementados por un Defensor del Cliente, sin perjuicio de que los usuarios de estos servicios pudieran acudir a otros sistemas de protección previstos en la legislación vigente, en especial la normativa arbitral y de consumo (art. 23).

38 Así se señalaba tempranamente en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo.

39 Entre los instrumentos destacan, sin ánimo de exhaustividad, la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo; 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° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE; o el Reglamento (UE) 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) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

40 Se omiten, por exceder del objetivo de este trabajo, referencias a otros ADR introducidos en sectores específicos, como la denominada «mediación hipotecaria», introducida por el RD-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección del deudor hipotecario o la práctica de la mediación en el ámbito de seguros.

41 Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sector financiero.

De este modo, el sistema institucional de protección del consumidor financiero quedaba originariamente articulado en dos niveles complementarios: el primero, basado en los servicios de atención a la clientela, y el segundo nivel, basado en los Comisionados como órganos adscritos a los supervisores sectoriales. No obstante, la puesta en funcionamiento de estos instrumentos ha ido evidenciando la necesidad de su mejora, con el objetivo de lograr mayor eficacia, sencillez y agilidad. Por ello las medidas legislativas sucesivas se han ido enfocando al fortalecimiento, reestructuración y simplificación del sistema institucional de resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes, que como se señala en el art. 5 del PLAAIDCF, va a pasar a estar integrado, en caso de aprobación de este Proyecto,

por la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero y los servicios de atención a la clientela y defensores de la clientela de las entidades financieras, en los términos previstos en esta ley, en la ley 44/2002, y sus normas de desarrollo.

Con esta norma se pretende acotar, por el momento, el sistema institucional de resolución extrajudicial de los litigios surgidos entre las entidades y los clientes que operan en los sectores financieros, el régimen de recursos ante la jurisdicción ordinaria que de dicho sistema se deriva, así como el impulso de la educación financiera (art. 1), sin perjuicio de que se pueda recurrir, en su caso, a otras vías institucionalizadas —como el arbitraje de consumo o los sistemas establecidos por las entidades en el marco de la ley 7/2017— o no, como se señala en el apartado 2 del citado art. 5.

2. Primer nivel de protección: los servicios de atención al cliente y el defensor del cliente

Como se ha señalado, la Ley 44/2002 estableció en su capítulo V un primer nivel de protección para los clientes de servicios financieros, que giraba en torno a la obligación para todas las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, de atender y resolver las quejas y reclamaciones que sus clientes puedan presentar, relacionados con sus intereses y derechos legalmente reconocidos, en el art. 29. A estos efectos, las entidades financieras deben contar con un departamento o servicio de atención al cliente y también pueden designar un defensor del cliente,⁴²

⁴² Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.

a quien corresponderá atender y resolver los tipos de reclamaciones que determine, en cada caso, su reglamento de funcionamiento, y que habrá de ser una entidad o experto independiente.

Este primer nivel de protección presenta algunos rasgos característicos, como la obligatoriedad en cuanto la creación de estos servicios de atención a la clientela para las entidades supervisadas por el Banco de España y la voluntariedad o el carácter potestativo, para el establecimiento del defensor del cliente financiero. En segundo lugar, confiere el nivel «más próximo» al cliente en la gestión y solución del conflicto, lo que puede resultar un elemento de valor para la entidad financiera, tanto por detectar tempranamente los problemas de funcionamiento o comercialización que puedan surgir —y ponerles solución— como por poder erigirse en una herramienta más en la política de clientela, pues un buen funcionamiento puede contribuir directamente a estrechar el vínculo con el mismo. Constituye, además, la primera instancia ante la que el consumidor puede presentar su queja o reclamación.

Aunque el departamento o servicio de atención al cliente forma parte de la entidad financiera, se establecen cautelas, a objeto de garantizar su independencia en el ejercicio de sus funciones. Así, por un lado, se señala que las personas deben contar con honorabilidad comercial y profesional, y con conocimiento y experiencia adecuados para ejercer sus funciones, si bien serán designadas por el consejo de administración u órgano equivalente de la entidad, o la dirección general de la sucursal, en su caso (art. 5, Orden ECO/734/2004). También con objeto de garantizar la autonomía en la toma de decisiones y evitar conflictos de interés, se establece la previsión de adoptar las medidas necesarias para separar el departamento o servicio de atención al cliente de los restantes servicios comerciales u operativos de la organización (art. 6, Orden ECO/734/2004).

Además, la regulación prevista para el defensor del cliente financiero contribuye a dotarle de una mayor autonomía en el ejercicio de sus funciones y características propias respecto de los servicios de atención al cliente. Así, por un lado, debe ser una persona ajena a la organización de la entidad o entidades a que presta sus servicios, de reconocido prestigio en el ámbito financiero, jurídico o económico, y actuar con independencia respecto de la entidad y con total autonomía en cuanto a los criterios y directrices a aplicar en el ejercicio de sus funciones. Por otro lado, sus decisiones, cuando sean favorables a la reclamación, vincularán a la entidad, sin perjuicio de que esta vinculación no será obstáculo a la plenitud de tutela judicial, al recurso a otros mecanismos de solución de conflictos ni a la protección administrativa (arts. 29.2, Ley 44/2002 y 7 de la Orden ECO/734/2004).

La normativa no concreta las funciones del defensor del cliente, que deriva a la reglamentación de la entidad concernida, lo que, unido al carácter potestativo de la institución, ha llevado a cuestionar la eficacia o razón de ser de esta institución (Blanco, 2015, p. 230).

En este contexto y precisamente para garantizar la máxima protección a la clientela y una elevada seguridad jurídica, el citado Proyecto de Ley por la que se regulan los servicios de atención a la clientela, propone, en su disposición final segunda, una reforma que, asegurando la prevalencia de la normativa sectorial, eleva los requisitos materiales que deben ser alcanzados por los servicios de atención a la clientela en el sector financiero, teniendo en consideración las particularidades del mismo. Con este objeto se amplían los sujetos obligados a disponer de estos servicios de atención a la clientela. Se llama a las entidades financieras a adoptar las medidas oportunas para garantizar que los procedimientos previstos para la transmisión de la información requerida por el departamento o servicio de atención a la clientela, al resto de servicios de la organización, respondan a los principios de rapidez, seguridad, eficacia y coordinación. De igual forma, que respondan al de prestación personalizada de servicios financieros, que debe tener en consideración, entre otras, circunstancias personales de los clientes, como la edad y el nivel de competencias digitales, además de las características de la zona geográfica en la que reside. Asimismo, se consigna la necesidad de que las entidades se aseguren de que sus departamentos o servicios de atención a la clientela estén dotados de los medios humanos, materiales, técnicos y organizativos adecuados para el cumplimiento de sus funciones, adoptando en particular, las acciones necesarias para que el personal al servicio de dichos departamentos cuente con una formación y capacitación especializada (art. 29).

A partir de estos principios básicos de actuación, el proyecto introduce nuevos preceptos para regular el procedimiento para la presentación, tramitación y resolución de las quejas y reclamaciones (art. 29 bis), la forma, contenido y lugar de la presentación de las quejas y reclamaciones (art. 29 ter), así como las condiciones de su admisión a trámite (art. 29 quater) y su tramitación posterior (art. 29 quinquies). Por lo que se refiere a la finalización, por un lado se regulan las especialidades para este ámbito de los actos de disposición, como el allanamiento y el desistimiento (art. 29 sexies); por otro, se establece un plazo general máximo de resolución de un mes —con excepciones—, poniéndose especial énfasis en el deber de motivación de la decisión (art. 29 septies). Si la decisión es favorable a la clientela, se mantiene su carácter vinculante (art. 29.2) y, en caso de ser contraria a las pretensiones de la clientela, la posibilidad de acudir a

servicios de reclamaciones del Banco de España, la CNMV y la DGSFP (art. 29 septies). Se garantiza así, como se señala en la Exposición de Motivos del proyecto,

que la supervisión en materia de atención a la clientela de las entidades del sector financiero se siga ejerciendo por los supervisores sectoriales, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Banco de España y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, manteniendo los altos estándares de cumplimiento que vienen exigiendo los supervisores sectoriales.

Lo anterior, en tanto no se apruebe la creación de la AAIDCF, como se expondrá a continuación.

3. Segundo nivel de protección: de los servicios de reclamaciones de los supervisores sectoriales a la futura Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero

El segundo nivel de protección está estructurado en torno a los organismos de supervisión financiera y, por tanto, tiene un carácter externo a la entidad financiera afectada. Para su configuración, inicialmente la Ley 44/2002 previó la creación de los Comisionados, con caracteres de independencia con respecto de cualquier otro órgano administrativo, incluidos los órganos u organismos a los que estuvieran adscritos, así como en relación con las entidades a que se refirieran sus funciones, y con autonomía en cuanto a los criterios y directrices que debían aplicar en el ejercicio de sus funciones. Sus integrantes debían ser nombrados entre personas de reconocido prestigio en el ámbito económico o financiero, con al menos diez años de experiencia profesional y por un período de cinco años no renovables (art. 2, RD 303/2004, de 20 de febrero).⁴³ A los Comisionados se les atribuía la función genérica de proteger los derechos del usuario de servicios financieros en el ámbito respectivo, lo que, entre otras funciones, suponía la tramitación de quejas y reclamaciones, siempre que previamente se hubieran interpuesto ante el correspondiente servicio de atención al cliente o defensor del cliente, así como el asesoramiento a los usuarios de servicios financieros sobre sus derechos en materia de transparencia y la forma de ejercitarlos.⁴⁴

⁴³ El Reglamento de desarrollo de los comisionados de servicios financieros se aprobó por RD 303/2004, de 20 de febrero.

⁴⁴ Entre otras atribuciones que se les confería en el art. 4 del RD 303/2004.

Se trataba de una figura inspirada en el *Ombudsman* financiero de origen anglosajón, institución de ADR *sui generis* —en expresión de Blanco— que, a diferencia de otros sistemas jurídicos, en el caso español estaba adscrito al órgano regulador (Blanco, 2015, pp. 245 y ss.). En cuanto a la naturaleza de su actuación, a sus decisiones no se les confería el valor de actos administrativos ni eran susceptibles de recurso. Los Comisionados carecían de funciones ejecutivas, la tramitación de las quejas y reclamaciones debía terminar con un informe motivado sobre si la entidad se ha ajustado o no a las buenas prácticas y usos financieros, o si ha habido un quebrantamiento de las normas de transparencia y protección, no teniendo fuerza vinculante para la entidad ni para el consumidor. Tampoco tenía competencia para incluir pronunciamiento alguno sobre los daños y perjuicios que eventualmente hubiera podido ocasionar a los usuarios de los servicios financieros la actuación, incluso sancionable, de las entidades sometidas a supervisión, ni facilitar valoración económica alguna (art. 5).

Estos Comisionados no entraron nunca en funcionamiento, siendo eliminados por la disposición derogatoria a) de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible. De este modo, la resolución de las reclamaciones de los clientes financieros en este segundo estadio ha sido atribuida a los servicios de reclamaciones de los supervisores sectoriales (del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones), debiendo ajustarse su actuación a los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación.⁴⁵ Su utilización presenta ciertas ventajas para los clientes que no han recibido una respuesta satisfactoria de los servicios de atención a la clientela y, en su caso, del defensor de la clientela de las entidades financieras. Esto, al constituir una segunda instancia de carácter gratuito y más flexible y rápida que un proceso judicial, sin que además se requiera la asistencia de abogado ni de procurador, ni tampoco de la de cualquier otro profesional, asesor o representante, si bien, al igual que se establecía para los Comisionados, sus decisiones carecen de eficacia vinculante.

⁴⁵ En virtud de lo previsto en el art. 31 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible. Asimismo, la DF 11^a de la citada ley daba una nueva redacción al art. 30 de la Ley 44/2002, introduciendo los principios de funcionamiento y la descripción básica del procedimiento de tramitación de quejas, desarrollado posteriormente por la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

El PLAIDCF modifica este segundo nivel de protección, unificando en la AAIDCF⁴⁶ la tramitación de las quejas que atienden los servicios de reclamaciones del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (art. 1, PLAIDCF), lo que «redundará en un mejor análisis de los conflictos y rapidez del servicio».⁴⁷ Su regulación parece estar inspirada en el *Ombudsman* financiero y se dota, entre otras importantes novedades, de carácter vinculante y ejecutivo a las decisiones que versen sobre incumplimientos sobre normativa de conducta y en materia de cláusulas abusivas cuando el importe reclamado sea inferior a veinte mil euros o aquellas cuya cuantía se establezca como indeterminada. Esto, sin duda, constituye un aliciente más para acudir a esta institución de solución extrajudicial de conflictos.

La denominación de esta nueva institución, que goza de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, pone el acento en su naturaleza «independiente» y plena autonomía, en cuanto a su funcionamiento (art. 8.2), si bien a efectos puramente organizativos y presupuestarios se adscribirá al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, a través de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa (art. 8.1). Como autoridad administrativa, tiene encomendadas las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, salvo la potestad expropiatoria (art. 8.3). Su función genérica es aumentar la protección de los clientes de las entidades financieras y la seguridad jurídica en el ámbito de las normas de conducta que deben observar las entidades financieras, a través de la resolución independiente e imparcial de las reclamaciones de sus clientes, así como el impulso de la educación financiera, en los términos establecidos en el PLAIDCF y sus normas de desarrollo (art. 9).

Pese a su denominación, la Autoridad Independiente ha sido concebida como un entramado orgánico cuyo órgano de gobierno es el Consejo Rector (art. 10) y, para el ejercicio de sus funciones, se estructura en Vocalías, Secciones y Sección Especial, así como con un órgano de apoyo, el Comité Consultivo. Corresponde a las Vocalías la instrucción de las causas (art. 19) y a las Secciones, la competencia para resolver las reclamaciones (art. 17), lo que redundará en el fortalecimiento de la garantía de imparcialidad. Por otro lado, se atribuye a la Sección Especial dos importantes competencias:

46 Se da así cumplimiento a lo dispuesto en la DA 1ª 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.

47 Como se afirmaba en la nota de prensa del Consejo de Ministros de 22 de noviembre de 2022.

la resolución de las cuestiones previas de unificación de criterios,⁴⁸ así como cualesquiera otras cuestiones novedosas, especialmente complejas o que afecten a diferentes tipos de servicios financieros, que puedan ser elevadas por las Secciones, y la resolución de los incidentes recusación (art. 18). El Comité Consultivo, como indica su denominación, tiene atribuidas funciones consultivas (art. 20).

Por lo que se refiere al funcionamiento, principios de actuación y el procedimiento, se han recogido y regulado los principios introducidos en la Directiva 2013/11/UE.⁴⁹ Consecuentemente se dispone que los vocales actuarán en el ejercicio de sus funciones con independencia, imparcialidad y objetividad (art. 26), deberán poseer los conocimientos y competencia adecuados para el ejercicio de sus funciones (art. 27), estarán sujetos al deber de confidencialidad (art. 28), cooperación en la resolución de litigios transfronterizos (art. 29) y colaboración con otras autoridades (art. 30).

Por su parte el procedimiento debe ajustarse a los principios de imparcialidad, independencia, transparencia, contradicción, legalidad, libertad de prueba,⁵⁰ eficacia y celeridad (art. 35), requiriéndose como requisito para la tramitación de la queja, la reclamación previa ante la entidad financiera (art. 32).

Destaca además la regulación de contenido y alcance de las resoluciones de la autoridad, que presenta sustanciales diferencias respecto a lo previsto

48 Estas cuestiones están reguladas en el art. 44 del proyecto y pueden plantearse, bien en los casos respecto a reclamaciones basadas en hechos, pretensiones y fundamentos sustancialmente iguales en las que se hubiese llegado a resoluciones distintas; o bien en aquellas reclamaciones que afecten a una pluralidad de reclamantes, a distintos tipos de servicios financieros o ámbitos de competencia de las áreas, en las que no exista un criterio previo fijado por la Sección Especial y cuando concurren razones de índole técnica, jurídica o de interés público que lo justifiquen.

49 Algunos de ellos habían sido ya establecidos en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo; ampliados y reforzados, primero por la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, y posteriormente 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, en la que se recogen los principios de conocimientos especializados, independencia e imparcialidad (art. 6), transparencia (art. 7), eficacia (art. 8), equidad (art. 9), libertad (art. 10), legalidad (art. 11), información a los consumidores por parte de los comerciantes (art. 13).

50 En materia probatoria se siguen las reglas previstas en la LEC, de modo que atribuye la carga de la prueba de las obligaciones de información contenida en normas de conducta, a la entidad financiera. En el resto de los supuestos se aplicarían las reglas previstas en la LEC, entre las que se incluye el principio de facilidad probatoria (art. 35.4).

para los Comisionados y al sistema vigente. Así, por lo que se refiere a su contenido, la autoridad decidirá en derecho el asunto, pudiendo, además, cuando la reclamación tenga un contenido económico, acordar la devolución de importes indebidamente cobrados, más los intereses de demora que se hubieran devengado desde la fecha de la admisión de la reclamación por la autoridad. Y, en caso de que la reclamación no tenga un contenido económico, la resolución podrá establecer una compensación resarcitoria a favor del reclamante, con un importe entre los cien y los dos mil euros, atendiendo en todo caso a la naturaleza y circunstancias particulares de la reclamación.

Asimismo, la decisión tiene carácter vinculante y ejecutivo cuando se estime una reclamación que verse sobre incumplimientos sobre normativa de conducta y en materia de cláusulas abusivas, siempre que el importe reclamado sea inferior a veinte mil euros o sean de cuantía indeterminada. Con este fin, la entidad financiera deberá cumplir la resolución vinculante en el plazo de treinta días hábiles a contar desde su notificación y entregar la justificación documental ante la autoridad del cumplimiento de su resolución (art. 42). Además, estas resoluciones ponen fin a la vía administrativa y son susceptibles de recurso contencioso-administrativo (art. 45). No obstante, cuando la decisión sea desfavorable a la entidad, esta deberá comunicar expresamente, en el plazo de treinta días desde la notificación, la aceptación o no de la misma, así como aportar, en su caso, la justificación documental de haber rectificado su situación con el cliente o motivar su decisión de no aceptación. En todo caso, la resolución adoptada por la autoridad tendrá valor de informe pericial si cualquiera de las partes decida acudir a la jurisdicción civil. En ningún caso tienen carácter vinculante las decisiones que se dicten sobre buenas prácticas y usos financieros (art. 43).

Por último, cabe destacar dos aspectos importantes para el cliente financiero. Por un lado, el carácter voluntario de la utilización de esta vía institucional de resolución extrajudicial, pero alternativa al acceso a la jurisdicción civil. Eso sí, una vez que el cliente financiero plantea su reclamación ante la autoridad, es obligatorio para las entidades financieras su sometimiento al procedimiento de resolución alternativa extrajudicial (art. 5). Por otro lado, la posible imposición de una sanción —por cuantía comprendida entre los cincuenta y mil euros— al reclamante en los casos en los que se aprecie mala fe y se hubieran desestimado totalmente las pretensiones formuladas en la reclamación.

Las mejoras en la protección del consumidor que introduce el proyecto con la instauración de la autoridad independiente, como se acaba de hacer

referencia, se complementan con otras importantes medidas referidas al cumplimiento de los deberes de información y transparencia de las entidades financieras, a la educación del consumidor como elemento de capacitación para la toma de decisiones en este ámbito y a la atención individualizada de personas vulnerables, lo que resulta enormemente positivo. No obstante, la puesta en funcionamiento de estas medidas requiere, entre otros factores, de una adecuada dotación de medios personales en un ámbito en el que se requiere una importante especialización y formación continua, y también de medios económicos, aspecto que no está bien resuelto en la propuesta.

IV. Bibliografía

- Barceló, R. (2022). El consumidor especialmente vulnerable: de la protección *class-based* a la protección *state-based*. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16, 626-653.
- Barona, S. (2022). La mediación y su espacio en el hábitat de la justicia integral, global, algorítmica: ¿más o menos protagonismo. En S. Barona (ed.), *Meditaciones sobre mediación (MED+)* (pp. 31-62). Tirant lo Blanch.
- Bercovitz, R. (2003). Marco histórico de la protección al consumidor. De los orígenes al siglo XXI. *Estudios sobre consumo*, 65, 112-125.
- Bergés, A., Manzano, D. & Valero, F. (2011). Sistema bancario y vulnerabilidad financiera. *Información Comercial Española: Revista de Economía*, 863, 35-42.
- Blanco, A. (2022). Un impulso hacia la mediación: ¿un paso más en una nueva relación banco-cliente? En S. Barona (ed.), *Meditaciones sobre mediación (MED +)* (pp. 289-303). Tirant lo Blanch.
- Blanco, A. (2015). *La tutela del cliente bancario y las ADR: la institución del Ombudsman. Una visión comparada entre España, Reino Unido y Australia*. Tirant lo Blanch.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2022). *Informe sobre el Anteproyecto de ley de creación de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero (IPN/CNMC/039/22)*. <https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc03922>
- Department for Business, Energy and Industrial Strategy. (2018). *Resolving consumer disputes. Alternative dispute resolution and the Court System. Final Report*. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/698442/Final_report_-_Resolving_consumer_disputes.pdf
- Espulgues, C. (2019). *Mediación civil y comercial. Regulación internacional e iberoamericana*. Tirant lo Blanch.
- European Commission, Consumers, Health, Agriculture and Food Executive Agency. (2017). *Consumer vulnerability across key markets in the European Union: executive summary*. <https://data.europa.eu/doi/10.2818/165625>

- Gálvez, F., Morales, S. & Martínez, A. (2021). Educación financiera y vulnerabilidad por razones de discapacidad intelectual: estudio del caso del servicio de capacitación CECAP. En L. Callejón, V. Meseguer & G. López (coords.), *Mujer, inclusión social y derechos humanos: reflexiones desde las ciencias sociales y jurídicas*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Gill, C., Williams, J., Brennan, C. & Hirst, C. (2014). Models of Alternative Dispute Resolution (ADR): A report for the Legal Ombudsman. <https://eresearch.qmu.ac.uk/handle/20.500.12289/3584>
- Marín, M. (2007). Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 11, 123-150.
- Micklitz, H. (2012). Do consumers and businesses need a new architecture of consumer law? A Thought-Provoking impulse. *EUI Working Papers LAW*, 2012/23, 1-80.
- Prol, F. (2022). Mediación bancaria y financiera. En F. Ruíz & J. Fernández (coords.), *Mediación civil y mercantil* (pp. 607-622). Tirant lo Blanch.

CAPÍTULO X

LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Dr. Rodrigo Barcia Lehmann

*Profesor de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Chile*

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto impreciso de los daños punitivos: entre la culpa agravada y el daño moral. III. La incorporación de los daños punitivos a la LPC como responsabilidad infraccional agravada. IV. Los argumentos contrarios a la consagración de los daños punitivos (la tesis tradicional). V. La justificación de los daños punitivos. 1. Una visión crítica a la tesis tradicional que niega los daños punitivos. 2. Los casos concretos en que proceden los daños punitivos. 2.1. La función preventiva: la posibilidad de ser capturado e intensidad del castigo. 2.2. La eliminación de la ganancia del infractor. 2.3. Los casos de separación del daño y la potencialidad del daño. 2.4. Consideraciones ético-superiores en cuyo caso el daño punitivo cumple una función ético-moral. VI. Evaluación de los criterios que dan lugar al daño punitivo en la LPC. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Los daños punitivos han sido tradicionalmente desechados del sistema de responsabilidad civil continental, que se basa en el resarcimiento integral del daño. A pesar de que esta tesis está siendo revisada —como se verá—, una de las materias que acepta su aplicación es el derecho del consumo. En el presente trabajo, además de dar un panorama de su regulación en el derecho del consumo chileno, se justificará teóricamente su inclusión como un criterio válido para determinar el *quantum* indemnizatorio en el derecho del consumo y en el derecho privado en casos excepcionales. Así, el presente trabajo aborda los daños punitivos en la Ley de Protección del Consumidor (LPC, Ley N° 19.496 de 1997), justificando teóricamente su aplicación y revisando los criterios para su determinación.

II. CONCEPTO IMPRECISO DE LOS DAÑOS PUNITIVOS: ENTRE LA CULPA AGRAVADA Y EL DAÑO MORAL

El daño punitivo se puede definir como cualquier suma de dinero que excede los daños compensatorios y que van asociados a la gravedad del hecho ilícito (falta grave o dolo), o la afectación de la víctima (daño moral). Pero lo que realmente define jurídicamente a estos daños es que no van a beneficio fiscal, sino que van directamente a satisfacer a la víctima del daño o al consumidor. Nótese que, si el daño punitivo fuese a beneficio fiscal, se trataría de una multa, es decir, estaría en el campo de la responsabilidad infraccional. Además, el daño punitivo excede el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral. Por eso se puede entender como una «multa privada» y también que esta figura se relaciona con el derecho administrativo y el penal. La pregunta relevante, por tanto, es por qué esta pena debe ir en beneficio de la víctima —en el caso del derecho del consumo del consumidor— y no a beneficio fiscal. Los daños punitivos son una figura que se relaciona con la culpa agravada y con el daño moral. Por ello, precisamente para alguna doctrina y jurisprudencia, la función de los daños punitivos puede ser cubierta por la indemnización de perjuicios por culpa agravada o maledicencia, y por el daño moral (Pino, 2021, p. 137). Así, en varios ordenamientos jurídicos la función disuasiva, que cumplen los daños punitivos, se le está otorgando al daño moral.¹

III. LA INCORPORACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS A LA LPC COMO RESPONSABILIDAD INFRAACCIONAL AGRAVADA

El art. 37 del Proyecto de Ley de reforma de la LPC (que dio origen a la Ley N° 21.081 de 2018) introdujo en la referida ley al artículo 53 C, que en su letra c) admite los daños punitivos, en los siguientes términos:

Artículo 53 C.- En la sentencia que acoja la demanda, el juez, además de lo dispuesto en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, deberá: (...) c) Declarar la procedencia de las correspondientes indemnizaciones o reparaciones y el monto de la indemnización o la

¹ Esta es la opinión de Pino (2021), quien señala, respecto de un fallo de la Corte Suprema mexicana, que: «[a] mi entender, la Corte se limita a señalar que la indemnización del daño moral cumple esas funciones, es decir, que el daño moral además de responder al objetivo de compensar o reparar a las víctimas, también desempeña funciones distintas a la sola reparación del daño» (p. 137).

reparación a favor del grupo o de cada uno de los subgrupos, cuando corresponda. En aquellos casos en que concurren las circunstancias a que se refiere el inciso quinto del artículo 24, el tribunal podrá aumentar en el 25% el monto de la indemnización correspondiente.²

Nótese que esta última frase no establece una multa, por cuanto ella no va a beneficio fiscal, sino que genera un aumento de la indemnización. Por ello, la norma precedente establece un daño punitivo y no una multa. Naturalmente que para el juez se trata de una norma facultativa, pero que establece, mediante un reenvío a las circunstancias agravantes de la responsabilidad infraccional, los criterios para su aplicación. Sin embargo, el juez en la determinación del daño punitivo no puede actuar de forma arbitraria, sino que deberá seguir los criterios normativos establecidos en la ley.

Otro aspecto relevante es que el artículo 53 C de la LPC está ubicado en el párrafo 3° del título IV, denominado «Del procedimiento especial para protección del interés colectivo o difuso de los consumidores», o sea, los daños punitivos solo se aplican a la responsabilidad por transgresión de derechos colectivos o difusos. Lo otro que se debe destacar es que el art. 24 se refiere a las «circunstancias agravantes» con relación a una infracción, por lo que cabe señalar que los daños punitivos exigirán una responsabilidad infraccional agravada como presupuesto de aplicación. De esta forma, el artículo 24.5 a 24.9 de la LPC establece los siguientes criterios de determinación del *quantum* del daño punitivo:³

Se considerarán circunstancias agravantes:

- a) Haber sido sancionado con anterioridad por la misma infracción durante los últimos veinticuatro meses contados desde que esté ejecutoriada la resolución o sentencia sancionatoria. En caso de tratarse de una micro o pequeña empresa en los términos del inciso segundo del artículo segundo de la ley N° 20.416, si ha sido sancionada

2 Esta versión del proyecto fue enviada el 9 de mayo de 2018 y despachada en la Sesión N° 20/366 del Senado.

3 El art. 24 tiene su origen en el Proyecto de Ley de reforma de la LPC, que en su artículo 31, establecía: «Agrégase en la letra c) del artículo 53 C, a continuación del punto (.) aparte, que pasa a ser punto (.) seguido, la siguiente frase: “En aquellos casos de reincidencia conforme al inciso tercero del artículo 24, y cuando el tribunal en su sentencia declare que la infracción ha producido un riesgo elevado para los consumidores, podrá aumentar en un 25% la indemnización determinada en la sentencia», y agregaba el artículo 24.3: «El juez, en caso de reincidencia, podrá elevar las multas antes señaladas al doble. Se considerará reincidente al proveedor que sea sancionado por infracciones a esta ley dos veces o más dentro del mismo año calendario».

por la misma infracción durante los últimos doce meses contados de la misma manera.

- b) Haber causado un daño patrimonial grave a los consumidores.
- c) Haber dañado la integridad física o psíquica de los consumidores o, en forma grave, su dignidad.
- d) Haber puesto en riesgo la seguridad de los consumidores o de la comunidad, aun no habiéndose causado daño.

El Servicio o tribunal, según corresponda, deberá ponderar racionalmente cada una de las atenuantes y agravantes a fin de que se aplique al caso concreto una multa proporcional a la intensidad de la afectación provocada en los derechos del consumidor.

Efectuada dicha ponderación y para establecer el monto de la multa, se considerarán prudencialmente los siguientes criterios: la gravedad de la conducta, los parámetros objetivos que definan el deber de profesionalidad del proveedor, el grado de asimetría de información existente entre el infractor y la víctima; el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso de que lo hubiere; la duración de la conducta y la capacidad económica del infractor.

Cuando la circunstancia contemplada en la letra a) del inciso cuarto consista en la reparación efectiva del daño causado al consumidor antes de dictarse la resolución o sentencia, se considerará como una atenuante calificada para efectos de la imposición de la multa que corresponda.

La resolución o sentencia, según corresponda, señalará los fundamentos que sirvan de base para la determinación de la multa.

No está claro en la ley si todos los criterios de ponderación de las multas deben aplicarse a los daños punitivos.^{4,5} La norma de reenvío pareciera solo considerar las circunstancias agravantes como determinantes del *quantum* del daño punitivo. Así, el artículo 53 C, letra c) de la LPC solo se refiere «las circunstancias a que se refiere el inciso quinto del artículo 24», es decir, no se remite a los incisos 6° a 9° precedentemente transcritos.

4 En este sentido, es discutible si operan los límites a las multas para los daños punitivos del artículo 24 A.

5 A este respecto cabe preguntarse si las circunstancias atenuantes (establecidas en el art. 24.4), que cumplen también una función disuasiva o incentivadora, deben considerarse a los efectos de la determinación del *quantum*.

IV. LOS ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA CONSAGRACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS (LA TESIS TRADICIONAL)

La tesis tradicional en el derecho continental consiste en que el derecho de daños, y también el de los efectos de las obligaciones, se rige por el principio del resarcimiento integral del daño (Ruz, 2009, pp. 661-677). Este principio estaría consagrado en el artículo 19, N° 1 y 3 de la Constitución Política de la República (CPR). La falta de distinción entre cuasidelito civil —es decir, culpa y delito civil, o sea, dolo— para los efectos del daño en la responsabilidad extracontractual sería una consecuencia del referido principio, como se desprende de los artículos 2314, 2329 y 1556 del Código Civil (CC). Así, la intensidad con que el sujeto activo genere el daño, conforme a su fuero interno, no tendría ninguna relevancia para la determinación del daño. Esta tesis, que era la prevaleciente algunos años, ya hace algún tiempo se está poniendo en tela de juicio. Por ejemplo, para Barros (2007) la responsabilidad extracontractual tiene una función compensatoria o reparativa, pero esta función en ocasiones no es incompatible con una función distributiva, que considera la gravedad de la falta, la riqueza o pobreza de la víctima o del victimario, etc. (pp. 308-309). Barros, entonces, reconoce que el derecho de daños excepcionalmente cumple una función punitiva. Esta función se hace evidente en el daño moral, por el hecho de considerar los dos factores precedentes, la gravedad y patrimonio del victimario, en la cuantificación del daño moral.⁶ Así, la indemnización tendría una clara función punitiva. En el monto del daño indemnizado influiría la intensidad de la culpa o dolo del ofensor. Entre más negligente o doloso sea la conducta lesiva, mayor será el monto que el agresor deberá desembolsar, por lo que se le condenará al pago de una indemnización ejemplificadora. Pero la función punitiva del derecho de daños va más allá del daño moral. Como el propio Barros reconoce, las penas eran ampliamente aceptadas en el derecho romano, que condenaba por indemnización de perjuicios, por una suma equivalente a la reparación del daño y otra como pena. Fueyo (1992), en su conocido trabajo sobre obligaciones, se ocupa profusamente de las astreintes o penas conminatorias (p. 203). El fundamento de esta figura para Fueyo era «la necesaria conservación del efecto positivo y eficaz que debe producir la sentencia judicial, fuente concreta de derechos y obligaciones de toda especie que ella nacen consustancialmente, sin contar la consabida contribución a la justicia y a la paz social» (pp. 211-212).

6 Esto ya se analizó, a raíz de las funciones semejantes que cumplen ambas instituciones.

Los argumentos de la tesis contraria a los daños punitivos son los siguientes. En primer lugar, el problema de la justificación de esta posición se basa fundamentalmente en dos aspectos que son más que discutibles. La función preventiva en torno a una conducta indeseada estaría reservada para el derecho penal y no para el derecho civil. Así, existiría una supuesta función preventiva exclusiva del derecho penal, que excluiría al derecho civil. En términos dogmáticos, se podría señalar que la máxima de la reserva legal impide las penas privadas.

El segundo argumento contra los daños punitivos lo plantea Weinrib y se sustenta en Aristóteles. Para el estagirita, la indemnización necesariamente cumpliría una función correctiva, en una supuesta correlación matemática entre ganancias y pérdidas por parte del victimario respecto de la víctima (o del productor con relación al consumidor). Este sería un imperativo que debe cumplir normativamente la indemnización de perjuicios. La resistencia a este planteamiento radica en que en muchos casos la correlación no se produce. Ello sucede cuando el victimario obtiene un beneficio superior al daño, como podría suceder con la no adopción de costos de prevención y los casos denominados como precio del botín.⁷ A ello Weinrib ha opuesto una igualdad normativa de las partes, que permitiría excluir de la ecuación la ganancia del victimario, que no parece tener mayor justificación. Papayannis crea una tesis en que compatibiliza lo señalado por Weinrib y también por Coleman. Para el autor, «los daños punitivos» pueden subsumirse dentro de la indemnización de perjuicios, pero solo en la medida que el victimario o productor se apropie de un «beneficio normativo». Esta apropiación normativa iría más allá del daño a la víctima o del consumidor, y en este sentido incluiría el beneficio de no adoptar medidas de prevención que superen al daño.⁸ En torno a lo que interesa, los «daños punitivos», es decir,

7 Estos casos se presentan en los problemas de agencia, como si el agente, es decir, el gerente, mediante fraude se queda con el negocio del principal, o sea el comitente. En estos casos, el principio de la reparación integral del daño podría incentivar a que el agente se comportase de forma oportunista, como si pensara que lo que obtendrá por hacerle trampa al principal será muy superior del daño. Así, «el botín» del agente lo incentivará a engañar al principal.

8 En este punto no es posible seguir a Papayannis, pues naturalmente en caso de que el daño supere el costo de prevención no debe haber responsabilidad. Lo razonable es que el victimario o productor asuma un nivel de cuidado, que equivalga a un costo de prevención que no sea superior al daño probable. Lo contrario supone un mercado ineficiente que termina perjudicando al consumidor. En este sentido, Papayannis (2014) señala: «Veamos algunos de los ejemplos que analizan los críticos. Supongamos que Axileas puede evitar una pérdida de 50 dracmas a Xenofonte tomando medidas preventivas cuyo coste es de 90 dracmas. Digamos que una norma convencional impone a Axileas el deber de tomar estas medidas a fin de evitar daños a terceros, es decir, impone un deber de diligencia. Cuando Axileas causa un daño a Xenofonte se beneficia en las 90 dracmas que dejó

la posibilidad de que la indemnización fuese más allá del daño emergente y lucro cesante y/o del daño moral, se justificaría en hacer recaer en el victimario —o el productor—, la totalidad de los gastos de prevención e incluso cualquier ganancia que pudiese obtener dicho victimario o productor del «ilícito» (entendido como transgresión normativa), que sobrepase la concepción tradicional del daño. En realidad, como se verá, es posible compartir solo la justificación del daño punitivo para impedir que el victimario o consumidor se beneficie de una suma mayor al daño, que se le imputa por responsabilidad civil.

En tercer lugar, el profesor Enrique Barros (2007), en Chile, señala que los daños punitivos, como toda pena, deben ser disciplinados conforme a ciertas garantías propias del debido proceso. En esta lógica, la pena se comporta como una sanción penal o una multa (pp. 306-307). Ambas figuras están sujetas a límites y regulaciones, porque en definitiva restringen la libertad de los individuos. Así, los daños punitivos carecerían de una justificación que los sustente, pues no obedecerían a las reglas del derecho penal ni a un criterio de imputación causal que permita justificarlos, como sucede en la responsabilidad civil.

En cuarto lugar, se indica además que los daños punitivos incentivan las estrategias especulativas o la litigación especulativa (Barros, 2007, p. 307).

Finalmente, una de las críticas más fuertes contra los daños punitivos, desde la perspectiva del derecho civil, fue planteada por Pantaleón (2001), quien rechaza la función preventiva del derecho civil y agrega que nada justifica un enriquecimiento de la víctima a costa del victimario. Para el autor, el dar lugar a daños punitivos no es un disuasivo eficiente contra el daño o la conducta indeseada. De esta forma, el conductor que decide manejar violando el máximo de velocidad permitido por la ley, no se disuadirá de hacerlo porque tenga que enfrentar daños punitivos. *Mutis mutandi* ocurría igual cosa con el productor. Para eso estaría el derecho infraccional, es decir, las leyes del tránsito y el derecho penal. Igual razonamiento se aplica a los delitos de cuello y corbata. Para el autor, el único disuasivo válido es el derecho penal.

de invertir en la diligencia debida. Sin embargo, Xenofonte solo sufre un daño de 50 dracmas y esa cantidad es la que tiene derecho a cobrar de acuerdo con las reglas de la responsabilidad extracontractual. Ello mostraría que las ganancias del agente dañador y las pérdidas sufridas por la víctima no son equivalentes, pero tampoco correlativas, ya que Axileas obtiene el beneficio de 90 dracmas con independencia de que su conducta dañe a Xenofonte» (p. 343). El tema que ignora Papayannis es que no es deseable la responsabilidad de Axileas que indemnice de forma alguna a Xenofonte, si los gastos de prevención son superiores al daño.

V. LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS

1. Una visión crítica a la tesis tradicional que niega los daños punitivos

A las tesis precedentes, como la de Pantaleón, se le pueden hacer varios reparos. El primero es que un conductor irracional no se ve afectado por ningún incentivo normativo, ni penal, ni civil, precisamente porque se comporta de forma irracional. Pero como no todos los conductores son irracionales frente a los incentivos normativos, los daños punitivos sí son un incentivo de comportamiento «ideal» o «deseado». En otras palabras, basta que algunos victimarios o productores sean racionales para justificar los daños punitivos. Por otra parte, respecto del derecho del consumo y de la regulación de mercado, en algunos casos los daños punitivos pueden generar conductas eficientes por parte de los victimarios y productores.

En segundo lugar, no es efectivo que en el derecho contemporáneo la función preventiva esté reservada para el derecho penal. Ello se debe a que la función preventiva obedece a un juicio de probabilidad, que viola las garantías constitucionales que exige el derecho penal. Así, dado el razonable desarrollo de los derechos fundamentales, la función de prevención ya no descansa en el derecho penal o solo en el derecho penal. Ello se debe a dos razones. La primera es que el estándar de prueba que exige el derecho penal es excesivamente alto («más allá de cualquier duda razonable»). Así, una sentencia absolutoria no es hoy en día una prueba de inocencia, sino de imposibilidad de prueba. Y, en segundo lugar, el derecho civil puede asignar riesgos, como el propio Pantaleón reconoce, utilizando los costos de prevención, como ocurre con el reconocimiento de criterios de imputabilidad objetiva, aunque los costos de prevención no pueden ser, en principio, mayores que el daño probable.

En resumen, el tema no es si los daños punitivos se deben admitir o no *prima facie*, sino el determinar cuándo ellos proceden. Esta pregunta admite dos respuestas. Los daños punitivos deben admitirse en los casos en que el principio de la reparación total del daño no cumpla su función propia. Los daños punitivos, aplicando a Polinsky y Shavell (1998), operan cuando el sistema de daños ha fallado, como cuando se han ocultado pruebas, los costos de litigar son altos, hay falta de identificación de los responsables, la

cuantía de los daños es baja o la causa del daño es de difícil determinación.⁹ Naturalmente, el peligro de subvalorar o sobrevalorar los daños, presente en la responsabilidad civil, se reproduce respecto de los daños punitivos (López, 2009, pp. 179-180). La segunda respuesta es que los daños punitivos deben operar cuando la indemnización de perjuicios no opera como un criterio suficiente para generar el comportamiento deseado.¹⁰

2. Los casos concretos en que proceden los daños punitivos

A continuación se analizarán los casos en que, a lo menos teóricamente, proceden los daños punitivos.

2.1. La función preventiva: la posibilidad de ser capturado e intensidad del castigo

La determinación apropiada de daño preventivo ha sido planteada por los afamados economistas Polinsky y Shavell (1998).¹¹ La fórmula propuesta es que el daño punitivo debe ser igual al daño causado, multiplicado por un factor que refleja la posibilidad de evasión de responsabilidad. Esta fórmula lleva al establecimiento de un multiplicador de daños punitivos.¹² Naturalmente, la función del daño punitivo sería disuasiva, dado que lo que busca es incentivar un comportamiento eficiente, o sea, en el cual productor y consumidor maximicen sus funciones de utilidad.¹³ En esta ecuación se debe considerar el error judicial en la ley, los problemas de

9 A este respecto, Polinsky y Shavell (1998) señalan: «The main point that we will develop in this section is that if a defendant can sometimes escape liability for the harm for which he is responsible, the proper magnitude of damages is the harm the defendant has caused, multiplied by a factor reflecting the probability of his escaping liability» (p. 887).

10 Sin perjuicio de lo señalado previamente, la literatura americana ha destacado los peligros de sobredimensionar los daños punitivos. En este sentido Schulkin (1979) señala: «This Note will examine the danger of overusing punitive damages and will propose a system that would preserve their legitimate punitive and deterrent functions while protecting defendants from uncalled-for devastation» (p. 1797).

11 Estas tesis son deudoras de los trabajos de Sunstein, Scade y Kahnemann, que han reconfigurado el AED, conforme al *Behavior Law and Economics*.

12 Se critica a esta posición que hay variables ajenas al modelo, como la inversión de capital de la empresa infractora (Boyd e Ingberman), las que determinan con más fuerza la conducta futura del eventual infractor. A mayor capital invertido, la propensión a transgredir será menor, pero si la empresa no tiene capital con el que responder la pena punitiva no generará incentivo alguno a no ejecutar la conducta no deseada (López, 2009, pp. 188-189).

13 En Latinoamérica, la función disuasiva del daño moral tiene un reconocimiento dogmático desde comienzos de siglo. A modo ejemplar, vid. Kemelmajer (2001).

disuasión marginal en el ámbito civil (la determinación del *quantum* en el daño moral puede generar un incentivo a matar al lesionado, si la indemnización es mayor en caso de lesiones graves que de muerte) y penal (en estos casos los incentivos pueden ser robar y matar, y no solamente robar). En el comportamiento indeseable también influye la probabilidad de ser descubierto.¹⁴

2.2. La eliminación de la ganancia del infractor

La tesis precedentemente señalada ha sido puesta en tela de juicio por Hylton y Miceli (2005), quienes ponen el acento en la eliminación de la ganancia del infractor. Así, el derecho privado no debe centrarse solo en el daño, sino en los incentivos regulatorios que genera la determinación del *quantum* indemnizatorio, en caso de que el infractor estime que va a obtener una ganancia superior al daño. La ganancia superior al daño no debe confundirse con los costes de prevención, sino con la ganancia de una conducta dolosa oportunista o con los incentivos que eventualmente generan los problemas de agencia.

2.3. Los casos de separación del daño y la potencialidad del daño

Para Nallar (2016) esta distinción justifica los daños punitivos, como podría ser un daño menor generado por una actividad que potencialmente puede generar un gran daño. El derecho de daños no solo debe buscar internalizar el daño real, sino también el probable, porque ello es eficiente en la conducta de los futuros infractores. Esta es la tesis que justifica el daño probable o eventual en materia de derecho medioambiental. Nallar pone en evidencia un fallo importante en la tesis tradicional, que solo se centra en el daño generado en la víctima, pero no considera la potencialidad del daño generado en la sociedad. A este respecto, la autora se refiere al caso «Grimshaw v. Ford Motor Company», en el cual se condenó a la empresa Ford por un defecto de fabricación en su modelo Pinto, que se generó por la explosión del tanque. Los daños generados fueron el fallecimiento de una persona y las quemaduras del menor, Richard Grimshaw. En este caso, la autora se

14 Para Posner (2007), «la teoría de la sanción penal (...) es una teoría de la disuasión. El Estado reduce la demanda de delitos fijando un “precio” por el delito bajo la forma de un costo esperado de tener que pagar una multa o ir a prisión por cometer delitos, pero los individuos son efectivamente multados o encarcelados sólo para mantener la credibilidad del instrumento de disuasión. Sin embargo, esta concepción no explica muchas características importantes del sistema de justicia penal» (p. 222).

pregunta si sería lógico que la compañía solo respondiera por el daño del vehículo en caso de que estallara sin generar daños a las personas físicas. A esta solución lleva la aplicación del principio del resarcimiento integral del daño. Y si esto es de esta forma nos encontraríamos con que la compañía no adoptaría las medidas de resguardo, sino hasta un desenlace fatal.

Siguiendo esta tesis se puede analizar otro ejemplo: una fábrica de automóviles vende vehículos que tienen problema de frenos, pero la empresa no sabe la cantidad de autos que están con dicho problema. Dejando de lado los aspectos relacionados con la imagen de la compañía que comercializa vehículos en mal estado, puede ser que la empresa sea demandada por un daño menor. En esta situación, el principio del resarcimiento integral del daño no bastará para generar los incentivos para que la empresa fabricante de autos arregle los frenos de todos los vehículos con problemas. Pues bien, una condena por daño punitivo podría generar los incentivos al buen comportamiento. En resumidas cuentas, los daños punitivos podrían sumar daños eventuales.

2.4. Consideraciones ético-superiores en cuyo caso el daño punitivo cumple una función ético-moral

Los daños punitivos se aplican como una sanción a conductas especialmente indeseables, como aquellas en que el daño se genera con bajeza moral, lascivia, obstinación, ultraje, agravación o con temeraria indiferencia por los derechos de los demás (Franza, 1953, p. 517). Este último criterio es relevante, por cuanto los tres primeros obedecen a consideraciones de beneficio social, entendido como funciones de maximización del consumidor y el productor, pero este último criterio puede basarse en la transgresión de derechos fundamentales.¹⁵ Así, no necesariamente el daño punitivo se basa solo en criterios de eficiencia. En estos casos, la paradoja es que la sanción perjudica o reduce, si se quiere, el beneficio social, pero la sociedad está dispuesta a sufrir la pérdida por consideraciones ético-superiores.¹⁶

VI. EVALUACIÓN DE LOS CRITERIOS QUE DAN LUGAR AL DAÑO PUNITIVO EN LA LPC

Señalado lo anterior, se puede encontrar una coincidencia entre los criterios dogmáticos y los criterios establecidos por la LPC para dar lugar al daño

¹⁵ Esta distinción es desarrollada por Martínez (2021).

¹⁶ Este tema excede el presente trabajo, porque en muchos casos la fundamentación ética coincide con criterios de beneficio social.

punitivo. Sin perjuicio de ello, como se analizó, esta sanción en el derecho chileno se aplica en los casos de responsabilidad por transgresión a derechos colectivos o difusos, y no a cualquier indemnización de perjuicios. Lo otro es que los daños punitivos exigen una condena infraccional, por lo que no procedería necesariamente si hay responsabilidad civil. Se requeriría que el productor sea condenado a una multa, aunque dicha multa no tiene relación directa con el monto del daño punitivo. De este modo, los cuatro criterios dogmáticos analizados previamente pueden servir de fundamento para los casos en que proceden los daños punitivos. A continuación, se analizarán los criterios establecidos por el art. 24.5 de la LPC, conforme a los criterios analizados.

En primer lugar, haber sido sancionado con anterioridad por la misma infracción durante los últimos veinticuatro meses contados desde que esté ejecutoriada la resolución o sentencia sancionatoria. Este caso de daño punitivo tiene una función disuasiva e indirectamente comparte el criterio planteado por Polinsky y Shavell. Ello desde que *ex ante* se busca evitar una conducta oportunista del productor, que frente a la afectación de derechos difusos del consumidor se aproveche de que algunos consumidores afectados no demanden o no sean detectados. Así se elimina el beneficio de la conducta oportunista disciplinaria del comportamiento del productor, impidiendo *ex ante* que se perjudique al consumidor.

En segundo lugar, haber causado un daño patrimonial grave a los consumidores. En este caso parece haber un reproche moral o ético contra el productor. La ley no indica a qué se refiere el daño patrimonial grave. Pareciera que este criterio atiende a que la afectación del patrimonio es de una entidad relevante, es decir, que la transgresión afecta el proyecto de vida del consumidor. Así se puede pensar en razón de aspectos relacionados con derechos fundamentales, como la salud, la vivienda o la educación.

En tercer lugar, haber dañado la integridad física o psíquica de los consumidores o, en forma grave, su dignidad. Este criterio también atiende a un reproche moral o ético contra el productor. Se trata claramente de la afectación de derechos fundamentales, entre los que destaca la dignidad, como la revelación de información sensible, afectación de su familia, etc.

En cuarto lugar, haber puesto en riesgo la seguridad de los consumidores o de la comunidad, aun no habiéndose causado daño. Este criterio tiene un desarrollo dogmático importante y se sostiene en una eventual falla del sistema indemnizatorio que se subsana considerando daños virtuales o futuros. Acá lo que se debe analizar es la potencialidad del daño.

Una cuestión que no analiza el presente trabajo es la graduación del daño punitivo. El juez puede, conforme al artículo 53, C), letra c de la LPC, fijar hasta el 25% de la indemnización correspondiente como daño punitivo, pero la norma no indica cuáles son los criterios de graduación. A este respecto se debe analizar si el sistema de aplicación de las multas — establecido precisamente en los incisos 5° a 9° del artículo 24 de la LPC— es aplicable respecto de los daños punitivos. La falta de criterios para determinar el rango del *quantum* de daño punitivo hace pensar que ello es perfectamente posible ante la falta de norma. A ello se suma que el daño punitivo no es sino una pena privada, es decir, que se pueden aplicar las reglas para determinar la multa aplicable al caso concreto.

VII. Bibliografía

- Barros, E. (2007). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile.
- Fueyo, F. (1992). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile.
- Franza, A. (1953). Factors Affecting Punitive Damages. *Miami Law Quarterly*, 517.
- Hylton, K. & Miceli, T. (2005). Should tort damages be multiplied? *Journal of Law, Economics and Organization*, 21.
- Kemelmajer, A. (2001). Los Dilemas de la Responsabilidad Civil; VII: ¿Sí o no a los Daños Punitivos? ¿La economía entra por la ventana en el campo jurídico? *Revista Chilena de Derecho*, 8(4), 671-679
- López, E. (2009). *Los daños punitivos. naturaleza. Tipos. Jurisprudencia comparada. Análisis económico. Aplicación al Derecho del consumidor (art. 52 bis, ley 24.240)*. Abeledo Perrot.
- Martínez, M. (2021). Daños punitivos: reorientación del debate en los sistemas continentales. En C. De la Rosa (coord.), *Derecho de daños. Ideas para iniciar el diálogo* (pp. 65-96). Corte Suprema de Justicia de la Nación y Centro de Estudios Constitucionales.
- Nallar, F. (2016). *Daños Punitivos. Faceta preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil. La Ley de defensa del consumidor*. Cathedra.
- Pantaleón, Á. (2001). La prevención a través de la indemnización los daños punitivos en derecho norteamericano y el logro de sus objetivos en el derecho español. *Estudios de derecho judicial*, 37, 29-44.
- Papayannis, D. (2014). *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Marcial Pons.
- Pino, A. (2021). El daño moral como remedio expresivo. A propósito del caso Mayan Palace. En C. De la Rosa (coord.), *Derecho de daños. Ideas para iniciar el diálogo* (pp. 127-155). Corte Suprema de Justicia de la Nación y Centro de Estudios Constitucionales.
- Polinsky, A. & Shavell, S. (1998). Punitive Damages: An Economic Analysis. *Harvard Law Review*, 111(4), 869-962.
- Posner, R. (2007). *El análisis económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica.

- Ruz, G. (2009). La reparación integral del daño: ¿mito o realidad? *Estudios de Derecho Civil IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (pp. 661-677). Legal Publishing.
- Schulkin, A. (1979). Mass Liability and Punitive Damages Overkill. *Hastings Law Journal*, 30(6).
- Weinrib, J., *Ernest, The idea of private law*, Harvard University Press, 1995.

CAPÍTULO XI

NUEVOS USUARIOS, NUEVOS DERECHOS, NUEVAS LEGITIMACIONES: LA TITULARIDAD DEL ECOSISTEMA DEL MAR MENOR EN ESPAÑA

Dra. Elena Martínez García

*Profesora de Derecho Procesal
Universitat de Valencia (España)*

SUMARIO: I. Un cambio de paradigma en los conceptos de personalidad jurídica y la legitimación. II. Conceptos clásicos y nuevos de legitimación. 1. Concepto de capacidad y legitimación anudado a la personalidad jurídica del Mar Menor. 1.1. Capacidad. 1.2. Legitimación. 1.2.1. Legitimación ordinaria. 1.2.2. Legitimación extraordinaria. 2. El concepto de interés anudado a la defensa del Mar Menor. 2.1. Intereses que se defienden a través de la legitimación ordinaria. 2.2. Intereses que se defienden por legitimación extraordinaria. 2.2.1. Legitimación extraordinaria por interés privado. 2.2.2. Legitimación extraordinaria por interés social. 2.2.3. Legitimación por interés público. III. La defensa del mar menor a través de todas las legitimaciones posibles, a la luz del art. 11 de la LEC. 1. La defensa del Mar Menor a través de legitimaciones ordinarias. 2. La defensa del Mar Menor a través de las legitimaciones extraordinarias por intereses colectivos. 3. La defensa del Mar Menor a través de las legitimaciones extraordinarias por intereses difusos. IV. Otros aspectos procesales derivados de la legitimación del mar menor. 1. Tipos de pretensión. 2. ¿Cómo se ejecutará la sentencia? 3. La eficacia de cosa juzgada. V. Bibliografía.

I. UN CAMBIO DE PARADIGMA EN LOS CONCEPTOS DE PERSONALIDAD JURÍDICA Y LA LEGITIMACIÓN

El mundo está cambiando mucho y rápidamente. Lo veo en las aulas y en la investigación, en las personas y en las calles, en los Gobiernos y gobernanzas, en las redes y en los libros. Es interesante poder asistir a este momento tan distópico y sorprendente, entre la cruda realidad, la utopía y la esperanza. Permítanme contextualizar esta investigación, explicando el momento de transición en el que vivimos, tal y como yo lo veo.

La disciplina del derecho procesal el que se enmarca este trabajo de investigación no se encuentra ajena a dicho movimiento o inercia transformadora. Asistimos, por ejemplo, a una incipiente y revolucionaria digitalización de la justicia, dando sus primeros giros hacia el uso de la inteligencia artificial como forma de asistencia al juez, a sabiendas que nuestra imaginación de ahora no alcanza a la realidad del mañana. Igualmente, comienza a vislumbrarse por la propia justicia, la falsa neutralidad con la que actúa el tercer Poder del Estado, que hereda y que responde a una sociedad en evolución en sus valores y forma de ver el mundo, donde hasta hace bien poco no se contemplaba la realidad de las mujeres ni como sujeto de tutela, ni como hacedoras del derecho. Esta forma de reinterpretar el derecho procesal —introducida por el Tribunal Supremo 2003/2018, de 24 de mayo (ponente D. Vicente Magro Servet)— sirve para romper toda una perspectiva de poder que, desmaquillada de su aparente neutralidad, libera a la justicia y a la sociedad —a través del poder transformador de las sentencias— de estereotipos que llevan a discriminaciones de la mujer. También sirve para ver la realidad de otros muchos grupos históricamente oprimidos, tales como el colectivo LGTBI+, entre otros.

Este no es el único instrumento de interpretación novedosa para nuestros órganos jurisdiccionales, sino que los cambios de valores llegan incluso al ecocentrismo, al hecho de tomar las decisiones que protejan la vida y el planeta, lo mejor posible. También los derechos de los animales han pasado a un primer plano dentro de este movimiento ecosocial. Es decir, asistimos a la inauguración de la era del Antropoceno, época geológica en que se ha evidenciado que el *homo sapiens* es el *homo destructor* del entorno en el que vive, de la naturaleza. De ahí que la entrada en esta etapa haya venido de la toma de conciencia de las necesidades de cambios epistemológicos desde todas las áreas de conocimiento y todos los aspectos de la vida. En este sentido, recientemente se ha aprobado en España la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de la personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca. Es la primera vez en España —y de las primeras en Europa— que se reconoce personalidad jurídica a un ecosistema medioambiental.

Lo anterior supone dotar de derechos a esta laguna y su ecosistema, reconociendo su diversidad biocultural como titular de acciones para su defensa. Es un cambio en la perspectiva, pasar de ser objeto a ser sujeto, porque quien tiene derecho a pedir es la laguna; solo necesitará una «voz que le represente» para poner palabras —pedir y defender— conforme a sus intereses como laguna del Mar Menor. Esta ley no solo afecta a la legitimación de la laguna, sino que crea todo un régimen de obligaciones

positivas y negativas para la administración pública y un cambio en la forma de observar el planeta y su protección, haciendo responsable a la Comunidad Autónoma o al Estado por daños producidos por falta de diligencia exigible, según las competencias a quien correspondan.

Contamos con incipientes normas de rango internacional que van apuntando en esta dirección, también en materia medioambiental. Encontramos al Tratado de París, la Agenda 2030 de Naciones Unidas y, principalmente, la Resolución de Naciones Unidas de 28 de julio de 2022, que reconoce como derecho humano el disfrutar de un medioambiente sano y de una naturaleza que asegure la vida saludable y sostenible para las generaciones futuras. Ello implica frenar nuestra forma de consumo y de producción, nuestro comportamiento vital y, por tanto, exige de los Estados una transformación de sus políticas, de su economía, de su cultura y educación de hábitos en la ciudadanía y tejido empresarial. De otra forma, habrá responsabilidad para el Estado por los daños de naturaleza sistémica, es decir, por los daños individuales producidos por no generar la administración de esos cambios sistémicos o estructurales, a través de las normas que protegen esa zona, principalmente, pero no exclusivamente.

El ecofeminismo tiene las respuestas a algunas de las dudas que el derecho y su aplicación presentan. Cuidar el medioambiente requiere renunciar a privilegios y estos son los mismos privilegios que han justificado históricamente la opresión de las mujeres para que contribuyeran a un sistema económico creado por el hombre y para el hombre —desde la perspectiva del antropocentrismo y del androcentrismo—, privilegios que explican la pobreza y desigualdad, así como un modelo de producción y de consumo que agota el planeta. Una reelaboración igualitaria de la sociedad pasa por incluir los postulados feministas, es decir, por incluir los cuidados como valor en el ámbito doméstico y público, que son respetuosos con el medioambiente y conllevan necesariamente un reenfoque económico muy diverso al existente, que podría ser capitalista y humanista al mismo tiempo. Así se deduce de una u otra manera en los enfoques holísticos que desarrollan la Ley Europea sobre el Clima, Discapacidad, Convenio de Estambul, la propuesta de recomendación del Consejo de la UE relativa al aprendizaje para la sostenibilidad ambiental, la recién aprobada Resolución de Naciones Unidas sobre derechos de la naturaleza o la recién dotación de personalidad jurídica al Mar Menor, entre otros muchos. Es el momento de lograr un nuevo contrato social que contenga de forma holística las garantías jurídicas que protejan y reconozcan a todas las personas, animales y el planeta. En términos de Ferrajoli (2022), necesitamos una «Constitución para la Tierra». Y este hilo conductor debiera ayudar a reinterpretar el

derecho con el fin de que las próximas generaciones tengan futuro y puedan disfrutar, como mínimo, de los mismos derechos que hemos tenido hasta ahora. Esta novedad solo es el principio de un gran cambio, que esperamos que tenga un efecto expansivo y garantista a nivel global y local.

II. CONCEPTOS CLÁSICOS Y NUEVOS DE LEGITIMACIÓN

Nunca hasta ahora, por lo menos en España, se había dado un fenómeno de este tipo, a saber, que un ente sin personalidad, algo tan abstracto y genérico como es una laguna y su ecosistema, pudiera tener legitimación para pedir en juicio la defensa de sus intereses. De esta forma, a partir de ahora, todas las personas (usuarias o no) del Mar Menor, es decir, del medioambiente y ecosistema ubicado en la región de Murcia, podrán entablar acciones de tutela para, en su nombre, protegerlo. Para ello se le ha dado personalidad jurídica a este ecosistema y a los espacios colindantes que le integran. Esta laguna salada es titular, por tanto, de su derecho a existir y evolucionar naturalmente, a que se le proteja, se le conserve y se le restaure (art. 2, Ley 19/2022) tanto a ella como a las personas que viven en esa zona, afectados por la degradación ecológica. Son los derechos bioculturales (Exposición de Motivos).

Para entender las presentes acciones en defensa de este interés, debemos esbozar unas líneas relativas a la capacidad y legitimación que se deriva de este nuevo reconocimiento de personalidad. Igualmente, debemos tener en consideración la creación de una comisión que dota de voluntad a este ente con personalidad jurídica (art. 3, Ley 19/2022).

1. El concepto de capacidad y legitimación anudado a la personalidad jurídica del Mar Menor

La parte es quien litiga y asume derechos, obligaciones y cargas procesales en su lado activo y pasivo. Para poder actuar en juicio para defender derechos será necesario tener la capacidad para ser parte, la capacidad procesal, la capacidad de postulación y la legitimación. Todo ello, predicado del Mar Menor.

1.1. Capacidad

La «capacidad para ser parte» es un requisito que se identifica, con algún matiz, con la personalidad jurídica. Por su lado, la «capacidad procesal»

—también llamada «capacidad para comparecer juicio»— tiende a asegurar la realización del proceso en condiciones seguras y de eficacia. A ello se une la «capacidad de postulación», algo diferente, que también tiende a garantizar que las partes actúen eficazmente conociendo el derecho, cosa que no tienen por qué saber las partes en pleito (Martínez, 2022, pp. 87 y ss.).

No todas aquellas personas que poseen la capacidad para ser parte en el proceso tienen la capacidad necesaria para actuar o comparecer en él. Para ello es preciso que concurran ciertas cualidades intelectivas y volitivas, y en el caso de que no se cumplan dichos requisitos (como en el de incapaces o menores), las normas procesales disponen la figura de la «representación». Por tanto, la capacidad procesal es más restrictiva que la capacidad para ser parte, ya que existen individuos que pueden ser parte en juicio y, sin embargo, no podrían comparecer por sí mismos en el mismo. En los fenómenos de «representación procesal», destinados a completar la capacidad procesal del litigante o contra quien se litiga, la verdadera parte es la persona representada (menor, persona jurídica, incapaz, etc.).

El Mar Menor, en cuanto titular de derechos al ser dotado de personalidad jurídica, podrá ser parte en el proceso y necesitará suplir su incapacidad de actuar en juicio, mediante el fenómeno de representación procesal, que pueda expresar su voluntad en el proceso o juicio. La nueva ley permite representar al Mar Menor, a cualquier persona física o jurídica, y crea una Comisión que tutela al Mar Menor y decide lo es bueno o malo para esta laguna (como se estipula en el artículo 3). Es voluntad.

1.2. Legitimación

Cuestión diferente es la «legitimación», que es la relación más o menos intensa que tiene un sujeto con la controversia (y su interés en reclamarlo en juicio) que se somete a decisión del tribunal.¹ Procedemos a posicionarnos en torno a este complejo concepto para hacer la propuesta en relación con la novedosa situación del Mar Menor (Martínez, 2022, pp. 107 y ss.).

1 Ello trae como consecuencia que, una vez la relación jurídica procesal está bien constituida, surge el derecho a una sentencia sobre el fondo del asunto. Además, la condición de parte determina *a posteriori* numerosas cuestiones procesales, tales como la competencia territorial (domicilio del demandado o la sumisión expresa de las partes a un tribunal), tipo de procedimiento, eficacia de cosa juzgada, litispendencia, derecho al recurso o a la ejecución de una sentencia, motivos de abstención o recusación, posibilidad de comparecer y ser interrogado como testigo, asistencia jurídica gratuita, determinación de quién debe pagar las costas, etc. Son muchas las repercusiones derivadas de esta condición.

1.2.1. Legitimación ordinaria

Cuando se afirma que alguien tiene legitimación ordinaria para litigar, nos encontramos ante una persona que ejercita el derecho de acción o tutela sobre la base de un derecho subjetivo que se afirma en nombre propio (por ser parte procesal) por quien se considera titular del mismo (por creer ser parte material). Este fenómeno se regula en el artículo 10 de la LEC española.

La autonomía de la voluntad y libre disposición de los bienes (artículos 1 y 15, CE) nos permiten hacer casi cualquier tipo de negocio o tomar una decisión con nuestros bienes —regalarlos con o sin condición, darlos en herencia a un desconocido, etc.—, con el único límite de la ley y la protección de los terceros de buena fe. No obstante, ir a juicio a reivindicar la tutela de un derecho solo se puede hacer por el camino que marca la ley procesal, porque al final del proceso, el Estado ofrece a ese resultado de la función jurisdiccional la denominada «eficacia de cosa juzgada», como vínculo jurídico público. Esta intensa relación basada en la titularidad de un derecho genera la legitimación ordinaria. Aquí ubicamos la situación del Mar Menor, es decir, como fenómeno de legitimación ordinaria. Sin embargo, cualquier otro espacio medioambiental en cualquier otra parte del territorio español deberá ir por la vía de legitimación extraordinaria que se indica a continuación, por la razón de que la titularidad jurídica del bien pertenece a toda la comunidad (justo lo contrario a lo acaecido en el Mar Menor).²

1.2.2. Legitimación extraordinaria

Cuando nos referimos a la legitimación extraordinaria nos encontramos ante la circunstancia procesal de que una parte ejercita un derecho de acción (parte procesal), sin que exista derecho subjetivo material que le dé soporte y del que afirme ser titular (parte material). Ejemplo de ello sería cuando la asociación

2 Al hilo de esta idea, debemos reflexionar sobre la separabilidad del ecosistema y el medioambiente del Mar Menor frente los ecosistemas y medioambiente de la cuenca mediterránea murciana. ¿Son verdaderamente separables? En mi opinión, son elementos conectados y lo que ocurre en uno repercute sobre otro. Pero ahora existe una delimitación territorial con una titularidad jurídica tras él. Habrá, por tanto, confluencias de intereses en la defensa de un territorio y ecosistema. Valga como comparación los daños producidos en un edificio concreto por unas obras mal diseñadas por un ayuntamiento y el perjuicio de intereses generados a todos los comercios de la zona y peatones. Tras el primero existe una legitimación ordinaria, tras el segundo hay un grupo afectado determinado o indeterminado, pero que sufre daños o perjuicio en sus intereses. Son legitimaciones y pretensiones diferentes.

Greenpeace ejerce una acción medioambiental contra una empresa que emite residuos por encima de lo legalmente permitido. Esta asociación no afirma derechos propios de los que sea titular, sino que litiga por el derecho a un medioambiente sano que nos pertenece a toda la ciudadanía (legitimación extraordinaria). Por oposición, si Greenpeace litigara contra una campaña mediática de desprestigio, iniciada por una empresa petrolera contra ella, como persona jurídica, sí podría litigar en nombre propio por sus derechos y los de sus asociados dañados en su imagen (legitimación ordinaria). En el primer caso, Greenpeace afirma derechos que no son suyos (no es la parte material); en el segundo, sí son suyos (es la parte material). Como vemos, esta es la gran diferencia respecto del Mar Menor que protege el medioambiente desde posiciones de titularidad y legitimación ordinaria. Ya el profesor Montero (1994) preconizó este fenómeno, al referirse a la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual, cuando afirmó que, si la defensa de un interés difuso quedaba exclusivamente en manos de una persona física o jurídica, en coherencia, se podía afirmar que eso equivalía tanto como a otorgarle su titularidad. En este caso, el legislador ha realizado eso, sin ningún tipo de ambages o dudas.

Por tanto, en la legitimación extraordinaria es la ley quien determina en qué casos una persona física o jurídica puede actuar en nombre propio (parte procesal) derechos que no son suyos (parte material), pero se le permite o legitima para defenderlos en juicio. A este fenómeno se refieren los artículos 10.2 y 11 de la LEC española. Para entender este fenómeno debemos proceder a distinguir varios tipos de intereses existentes que legitiman para actuar de forma ordinaria y extraordinaria.

2. El concepto de interés anudado a la defensa del Mar Menor

Procedemos a aplicar estos conceptos a la defensa del Mar Menor en función de los diferentes intereses que podemos encontrar confluyentes con esta nueva legitimación ordinaria.

2.1. Intereses que se defiende a través de la legitimación ordinaria

La defensa del interés privado e individual ha sido siempre la razón de ser de la legitimación ordinaria. Con esta novedad encontramos que el Mar Menor va a actuar por legitimación ordinaria, es decir, por derechos que le son propios. No obstante, estos derechos o intereses no pueden ser

catalogados *strictu sensu* como intereses de naturaleza privada individual, como si de una propiedad privada se tratara, sino que su esencia es colectiva, a saber, la defensa del medioambiente y ecosistema biocultural del Mar Menor. Defender el Mar Menor es defender un bien colectivo que atiende al medioambiente, biodiversidad, clima, etc.

A tal fin, como es lógico, encontraremos que, junto a la legitimación del Mar Menor, podrán encontrarse otras legitimaciones posibles, tanto de naturaleza privada (un propietario de la zona afectado en sus intereses privados) como colectiva (asociación de empresas hoteleras del Mar Menor) o difusos (Greenpeace). A tal fenómeno dedicaremos las líneas siguientes.

2.2. Intereses que se defiende por legitimación extraordinaria

Para entender lo ocurrido, debemos de distinguir tipos de interés diferentes que actúan o se defienden por legitimación extraordinaria. Observemos que van a poder concurrir la defensa simultánea de varios intereses y legitimaciones en este proceso donde, por ejemplo, un vertido daña a la vez al Mar Menor, a los hoteles y restaurantes allí situados, y al propio Mar Mediterráneo del que apenas unos metros le separa.

2.2.1. Legitimación extraordinaria por interés privado

En ocasiones la ley permite lo que se denomina la «sustitución procesal», es decir, se legitima a un particular para que ejerza derechos subjetivos particulares o privados que afirma que pertenecen a otra persona, pero lo hace en interés propio (art. 2.1, Ley 19/2022). Valga como ejemplo la denominada «acción subrogatoria» del art. 1111 del Código Civil. Sin embargo, no es lo mismo que el fenómeno que indicábamos antes para esta laguna, pues una cosa es pedir la tutela de un derecho que afirmas propio (legitimación ordinaria) y otra bien diferente es pedir derechos que sabes que son de otro y, simplemente, la ley te legitima para solicitar la tutela (legitimación extraordinaria). En el caso de la laguna del Mar Menor, solo dan voz para representar a quien no la tiene, pero los derechos son del Mar Menor y quien actúe simplemente suple su incapacidad de expresar la voluntad de defender en juicio lo que es exclusivamente de la laguna.

2.2.2. Legitimación extraordinaria por interés social

El tráfico jurídico actual se caracteriza por darse numerosas o masivas relaciones jurídicas particulares, pero que tienen en común a una única

empresa vendedora de un servicio, que ha hecho un abuso concreto en el mercado. La realidad social y el tráfico jurídico está lleno de ejemplos mediáticos y nos sirven para entender este fenómeno.

El artículo 11 de la LEC española alude a diversidad de intereses basados en legitimaciones *ex lege* a asociaciones de consumidores, usuarios y entidades legalmente establecidas para litigar en nombre de estos intereses que exceden la titularidad individual y responden a intereses colectivos y difusos. Ello precisa una primera conceptualización en torno a qué es el interés social para el Estado, sobre el que decide legislar y crear este fenómeno de la legitimación extraordinaria.

a) Interés plural

Este interés plural se trata de un sumatorio de intereses individuales. Lo habitual es encontrar que, en las relaciones jurídico-comerciales, una de las partes es siempre la misma (empresa demandada por un mal servicio) y la otra parte es diferente (consumidor del producto). Estos contratos realmente son idénticos en su objeto y solo cambia el nombre de una de las partes contratantes, la ahora demandante. Realmente el interés plural se traduce en una acumulación de acciones basadas en legitimaciones individuales, a las que se les permite litigar de esta forma. Estamos ante los grupos de afectados del artículo 7.3, LOPJ.

Cualquier grupo de personas damnificadas por un vertido pueden unirse al proceso entablado para la defensa del Mar Menor y la eficacia de cosa juzgada será *inter partes* (art. 222.3, LEC).

b) Interés colectivo

Podría ser que, junto a los derechos individuales del Mar Menor, quedaran afectados derechos particulares de personas físicas o jurídicas menoscabadas en sus intereses por la contaminación de la laguna. En estos casos habría una conjunción de intereses individuales del Mar Menor y también colectivos de las personas afectadas. De este modo, el interés colectivo es el interés que tiene un grupo más o menos amplio de personas que, además, suelen estar siempre determinadas o ser fácilmente determinables, unidas por un vínculo jurídico previo, como es la pertenencia a una asociación o entidad jurídica, a la que la Ley le encomienda defender los derechos de sus afectados colectivamente. De este modo, la asociación o entidad defenderá en juicio intereses plurindividuales que son ajenos — denominados «intereses colectivos» —, pero que los accionará en nombre

propio, dado que tiene encomendada por ley la tutela de los mismos. Aquí podríamos encontrar la defensa de los derechos de los afectados por el mal servicio público o privado que acaba afectando al Mar Menor, lo que puede haber producido muchos perjuicios a las empresas del sector hotelero y de restauración.

A ello se refiere el artículo 11.2, LEC cuando permite a determinados entes litigar por un «interés colectivo», con el fin de que el sujeto abusador cese en su acción y, además, indemnice a las personas afectadas. Por eso, la eficacia de la sentencia que se obtenga afectará *ultra partes*, es decir, a todas las personas que puedan presentar la existencia de ese título jurídico o fáctico que le coloca en esa situación de afectadas.

c) Interés difuso

Por último, existen intereses cuya afectación no pertenece a personas concretas, por tratarse de intereses supraindividuales y, por tanto, los sujetos afectados son indeterminados o de difícil determinación.

Se litiga en defensa de un interés difuso porque el sujeto de tutela y sus intereses carecen de un titular con personalidad jurídica para poder litigar; por eso se recurre a la legitimación extraordinaria. Este es el caso típico de defensa del medioambiente por una ONG. Sin embargo, en el Mar Menor el fenómeno es diferente. El legislador ha ido más allá y ha decidido otorgar la titularidad del interés al propio ente, hasta ahora sin personalidad jurídica. Es decir, lo que antes se defendía por legitimación extraordinaria de intereses difusos, ahora es por legitimación ordinaria por un interés propio (la defensa del medioambiente en la vega del Mar Menor).

En conclusión, si las asociaciones en defensa de estos intereses difusos deciden litigar, lo pueden hacer porque la defensa del medioambiente la tienen encomendada en sus estatutos, como, por ejemplo, Greenpeace. Se trata de las asociaciones que, de conformidad con la ley, sean representativas de dichos intereses para el ejercicio de la acción de cesación (art. 11.4), de conformidad con sus estatutos y bajo la comprobación judicial de dicha misión o finalidad.

Se trataría, por tanto, de otra legitimación que puede confluir simultáneamente en el mismo proceso, donde se defiende por legitimación ordinaria al Mar Menor. Lo que no puede el Mar Menor es defender derechos e intereses colindantes que no son suyos. Es decir, Greenpeace podrá actuar por legitimación ordinaria en defensa del Mar Menor

(fenómeno de representación) y por legitimación extraordinaria por la defensa general del medioambiente y otros intereses más concretos.

2.2.3. Legitimación por interés público

Igualmente, podemos encontrar otras legitimaciones en este proceso, destinadas a litigar por el interés general, como puede ser la legitimación del MF o de la administración pública.

A tenor del artículo 103.1, CE les corresponde a las administraciones públicas velar por los intereses generales. De este modo, en los procesos judiciales puede aparecer como demandante y como demandado el Estado, las comunidades autónomas, las corporaciones locales e instituciones. Lo mismo ocurre con la legitimación del Ministerio Fiscal (art. 124, CE), pues el legislador entiende que no se puede dejar la protección de determinados intereses en manos de sujetos individuales o entidades privadas, lo que les convierte en intereses públicos, tanto para que el MF demande o sea demandado.

III. LA DEFENSA DEL MAR MENOR A TRAVÉS DE TODAS LAS LEGITIMACIONES POSIBLES, A LA LUZ DEL ART. 11 DE LA LEC

Procedemos a esbozar cómo queda la legitimación establecida en el artículo 11, LEC, destinada a regular la legitimación de los consumidores y usuarios.

1. La defensa del Mar Menor a través de legitimaciones ordinarias

El artículo 11.1 reconoce que en un proceso puede haber una confluencia de legitimaciones ordinarias. Así, afirma que

sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

El párrafo primero del art. 11 se refiere a casos de legitimaciones ordinarias, principalmente. Por legitimación ordinaria pueden siempre los perjudicados acudir individualmente ante los tribunales para solicitar la tutela de sus

derechos e intereses legítimos. Estos pueden ser los siguientes sujetos. En primer lugar, el Mar Menor en defensa de los derechos que son propios. Solo necesita completar su capacidad a través del fenómeno de representación. Igualmente, se puede encontrar la defensa de intereses de forma grupal por personas afectadas, por medio de las entidades autorizadas a tal fin, a través de un supuesto de «representación voluntaria» de las voluntades de esas personas afectadas. Pensemos en personas afectadas que se unen mediante una asociación en defensa de los daños causados por vertidos de una lancha motora. Por ejemplo, para ello es necesaria una afiliación o contrato de mandato y pertenencia a la asociación. Esta defiende, por tanto, derechos ajenos (la parte material es el representado) en nombre ajeno (la parte procesal es de nuevo el representado).

En tercer lugar, una asociación puede defender a través del fenómeno de legitimación ordinaria derechos que le son propios como, por ejemplo, la asociación de hoteleros de la región de Murcia, cuyo nombre se ha visto dañado en una campaña de desprestigio contra ella. En este caso, defiende derechos propios (parte material) en nombre propio (parte procesal).

Por último, la asociación de consumidores y usuarios —reza este artículo 11.1— también podrá defender los intereses generales de los consumidores y usuarios. En este caso, encontramos un fenómeno diferente, a saber, la encomienda legal de determinados intereses a estas asociaciones para que los defiendan en exclusividad. Se trata de un fenómeno de legitimación extraordinaria.

2. La defensa del Mar Menor a través de las legitimaciones extraordinarias por intereses colectivos

Podría ser que tras un vertido de lubricantes, emitido por una empresa de embarcaciones de recreo al Mar Menor, se genere un hecho dañoso frente a un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, y que pretendan la tutela de esos intereses colectivos a través de las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de estos, así como a los propios grupos de afectados. Aquí ya no se trata de la defensa de un interés individual de cada afiliado afectado, sino un interés colectivo de una asociación que podrá *a priori* o *a posteriori* proceder a delimitar a las personas que integran ese interés común y a reparar los daños del vertido. Por ejemplo, pensemos en una asociación de hoteleros y la restauración de la vega del Mar Menor. Se

trata de un ejemplo diferente al anterior, porque no se litiga por daños a la propia asociación (por ejemplo, su imagen deteriorada por una campaña), sino intereses de un colectivo determinable.

En este párrafo se otorga legitimación extraordinaria y, por tanto, *ex lege*, para la defensa de un «interés colectivo» a determinadas entidades. La ley en estos casos exige, en primer lugar, que se organice a estos colectivos afectados de la mejor forma posible para que una misma solución de tutela llegue al mayor número de personas afectadas posible y se asegure la coherencia en la resolución. Y, en segundo lugar, que puedan ser identificadas dichas personas a efectos de reclamaciones resarcitorias y posibles indemnizaciones.

En última instancia, estas demandas por intereses colectivos buscan de forma inmediata la tutela de los derechos de las personas afectadas y, solo de forma indirecta, tienen una finalidad tuitiva frente a la sociedad. Nada obsta a una acumulación de objetos procesales y legitimaciones a la ejercida por el Mar Menor, es decir, que una misma asociación actúe por legitimación ordinaria en defensa del Mar Menor (representación procesal) y una legitimación colectiva (en defensa de los daños causados a la colectividad de hoteles de la zona), o incluso en defensa de intereses difusos (por los daños derivados al Mar Mediterráneo).

3. La defensa del Mar Menor a través de las legitimaciones extraordinarias por intereses difusos

El párrafo tercero del artículo 11, LEC afirma:

Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

En este artículo lo transcendental es el tipo de interés, el difuso, que no requiere en última instancia de determinación, porque lo relevante es que a dichas asociaciones les pertenece en exclusiva la encomienda de ese derecho a defender la salud, al comercio seguro, al clima sano o a la igualdad, etc., derechos cuya titularidad es de toda la ciudadanía, presente y futura. Hay una clara finalidad tuitiva en la norma de forma inmediata; es su razón de ser. Por eso aquí solo caben acciones de cesación, restauración de los efectos del daño, pero no acciones resarcitorias o indemnizatorias, por la

razón de que tras esta legitimación estamos todas y todos sin posibilidad de determinación.

Estarán legitimadas para tales fines exclusivamente las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas. Las legitimaciones son restrictivas y hay pocas entidades avaladas por la ley para la defensa de dichos intereses difusos. En este caso, tal y como afirmábamos con anterioridad, estas entidades actuarían por legitimación extraordinaria fijada legalmente, porque defiende en nombre propio derechos que no son de nadie más o son de todos, y que la ley le ha atribuido su tutela con exclusividad. Al ser un supuesto de legitimación extraordinaria, tal «exclusividad» en la defensa de intereses acaba pareciendo un fenómeno de legitimación ordinaria, por la razón que individualmente las personas no pueden ejercer esta tutela de intereses difusos, como señala Montero (1994). Dicho autor de alguna forma predecía lo que ha ocurrido en el Mar Menor, que es convertir en interés digno de tutela algo que hasta ahora era difuso, que no pertenecía a nadie. Pues ahora ya hay un titular: el Mar Menor y en su nombre puede accionar cualquiera.

Por último, el artículo 11.5 afirma que «el Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios». Es una decisión política el convertir determinados intereses en públicos y legitimar para su defensa la participación del Estado a través del MF.

IV. OTROS ASPECTOS PROCESALES DERIVADOS DE LA LEGITIMACIÓN DEL MAR MENOR

El reconocimiento de personalidad jurídica al Mar Menor para poder litigar por derechos que le son propios conlleva también aproximarse a temas tales como el tipo de tutela y pretensión posible, la eficacia *ultra partes* o no de la sentencia, entre otros aspectos.

1. Tipos de pretensión

La pretensión es lo que se pide en juicio y las razones que justifican la petición. En este caso que estudiamos, se podrá ejercer todo tipo de pretensión, a saber, declarativa, constitutiva y condenatoria. Especial relevancia tienen las pretensiones condenatorias a hacer o no hacer, porque serán condenas a reparar el medioambiente en esa zona, repercutiendo

—qué duda cabe— en toda la comunidad (nos referimos a toda la cuenca mediterránea).

Igualmente, lo normal será encontrar —junto a la pretensión ejercida de forma individual en defensa del Mar Menor— otras pretensiones adicionales interpuestas por todas esas asociaciones legitimadas o grupos de personas, o incluso la Administración del Estado, que actúan por otros tipos de intereses, con especial relevancia, por la defensa de un interés colectivo (asociación de usuarios del Mar Menor damnificados por vertidos), e incluso podría darse el difuso (Greenpeace).

La conformación de lo que es interés del Mar Menor y del tipo de tutela y pretensión deberá hacerse de conformidad con la Comisión de seguimiento, según lo visto *supra* en art. 3, aunque la ley no prohíbe que se actúe sin su consentimiento y que se delimite *a posteriori*.

2. ¿Cómo se ejecutará la sentencia?

Remitimos a las normas sobre ejecución (arts. 548 y ss., LEC). La ejecución dineraria irá destinada a reparar el Mar Menor de la forma y condiciones que establezca su Comisión de seguimiento (art. 3).

En muchas ocasiones, junto a una ejecución dineraria encontraremos ejecuciones no dinerarias, destinadas a la realización de una determinada conducta, por ejemplo, que se dé una condena a una obligación de hacer o no hacer. En segundo lugar, a una obligación de entregar una cosa distinta a dinero y, por último, una condena a emitir una declaración de voluntad.

Puede haber legitimaciones concurrentes, como hemos visto, con diferentes pretensiones y condenas. Cada condena tendrá su propia ejecución y eficacia de cosa juzgada.

3. La eficacia de cosa juzgada

La sentencia conlleva efectos materiales y procesales. Los primeros afectarán la relación jurídica material derivada del proceso. Como efectos procesales, encontramos la litispendencia, la invariabilidad de la resolución una vez firmes y, por último, la eficacia de cosa juzgada, que es la institución de naturaleza pública cuya finalidad es proteger las situaciones resultantes del ejercicio de la función jurisdiccional. Esta última tiene especial importancia en este caso.

La litigación de los intereses del Mar Menor tendrá eficacia entre este y la otra parte demandada en juicio. Se trata de la extensión de la cosa juzgada entre las partes (art. 222.3, LEC). Junto a esto, el propio art. 222.3 contempla la posibilidad de que terceras personas queden afectadas por la eficacia de la sentencia. Se trata de esas otras legitimaciones que son por intereses colectivos y difusos, fruto de legitimaciones extraordinarias, según lo visto. Son personas que, no habiendo litigado, podrán verse afectadas por esta sentencia estimatoria o desestimatoria de la pretensión. A saber, consumidores y usuarios que no fueron parte directa y legitimada, sino que actuaron a través de las entidades del art. 11.2 y 11.3, LEC.

V. BIBLIOGRAFÍA

Ferrajoli, L. (2022). *La Constitución de la Tierra*. Trotta.

Martínez, E. (2022). *Proceso civil*. Tirant lo Blanch.

Montero, J. (1994). *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más difuso cuanto más se escribe sobre él)*. Thomson Reuters-Civitas.

CAPÍTULO XII

PROBLEMAS DE LOS ADR DE CONSUMO ESPAÑOL EN LA SOCIEDAD DIGITAL DEL SIGLO XXI¹

Dr. José Antonio Colmenero Guerra

*Profesor de Derecho Procesal
Universidad Pablo de Olavide*

SUMARIO: I. Introducción. II. ADR de Consumo. 1. La necesidad de una norma general de ADR de consumo. 2. Aproximación legal, nacional y comunitaria a los ADR de consumo. 3. La gratuidad del ADR de consumo. 4. Mediación de consumo. 4.1. Consideraciones generales. 4.2. Mediaciones de consumo autonómicas. 4.3. Mediación al hilo de las Juntas Arbitrales de Consumo. 5. Arbitraje de consumo. III. Acotaciones en materia de ADR de transporte aéreo. IV. Problemas del ADR de telecomunicaciones. V. Puntualizaciones al ADR Financiero. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Si el final del siglo XX fue una época de numerosos cambios, el comienzo del siglo XXI se está caracterizando por ser una continuación de lo anteriormente acaecido y también por la irrupción de nuevos problemas y sus correspondientes cambios. La primera parte de siglo XX no fue precisamente un dechado de virtudes, caracterizándose, más bien, por ser un período de guerras y de regímenes totalitarios. Pero se vio compensando por la segunda parte del siglo, en la que los movimientos a favor de los derechos humanos dieron lugar a diferentes textos internacionales sobre la materia, que fueron un acicate para las posteriores Constituciones que

¹ Este trabajo forma parte de las investigaciones para el proyecto «El acceso a la Justicia de las personas vulnerables» (JUSVUL; PID2021-123493OB-I00), dentro de los proyectos de I+D de Generación del Conocimiento, del Programa Estatal para impulsar la investigación Científica-Técnica y su Transferencia, Plan Estatal 2021-2023.

se aprobaron durante la segunda mitad de dicho siglo. Desde luego, este período supuso la consolidación, en grandes territorios del globo, de una buena parte de los derechos humanos, y en la parte que a nosotros nos interesa: el derecho de acceso a los tribunales (art. 24, CE). Sin embargo, por diferentes factores, ese acceso a los tribunales no ha resultado todo lo eficaz y eficiente que se esperaba, sobre todo en los últimos años del siglo y en los comienzos del siglo XXI. El fenómeno de la globalización, los nuevos modelos económicos y de consumo, las nuevas tecnologías y los nuevos modelos sociales y culturales, han multiplicado el número de conflictos, lo que ha dado lugar a que el Sistema Judicial —que no era precisamente una virtud— haya sido superado por el volumen de asuntos a resolver. Estas razones y otras han dado lugar a que la imagen que percibe el ciudadano sobre la administración de justicia sea desfavorable. Se han achacado problemas de gestión, de organización y de lentitud, bien en la tramitación, como consecuencia de las normas procesales, bien en el tiempo de duración de los procedimientos, fruto del volumen de asuntos a resolver y de las normas procesales ya citadas. Todo ello teniendo en cuenta el dicho popular «el tiempo es oro», que en el ámbito que nos movemos, como se sabe, «es justicia» (COUTURE), y que, en muchos casos, «brilla por su ausencia».

Hemos asistido durante el final del siglo XX y comienzos del siglo XXI a numerosos cambios en el Sistema de Justicia español. Así, desde el plano organizativo, no olvidemos que la Ley Orgánica del Poder Judicial es de 1985. Y desde entonces ha sido objeto de numerosísimas modificaciones, tanto en la organización como en la gestión, así como consecuencia de la irrupción de los cambios tecnológicos. Pero ello no ha supuesto, en realidad, grandes avances en el sistema que, cuando se produjo el tránsito de la dictadura a la democracia (1978), ya se encontraba colapsado y sigue estándolo. En cuestión de medios personales y materiales, quien se sitúe en dicho momento y lo contraste con el presente, puede advenir que se han producido cambios. Ha acrecido el personal y también los medios, pero siguen siendo insuficientes, máxime si los comparamos con el volumen de asuntos a resolver (que también han acrecido exponencialmente, lo cual era lógico) y con los medios que tienen el resto de los países de la Unión Europea, que es el nuevo «rasero» de medir las mejoras conseguidas. Lo cual ya pone de manifiesto un dato fácil de comprobar: el grado de inversión pública en el sector justicia, con carácter general, ha sido escaso, casi vegetativo, y con ello es difícil conseguir que el tercer Poder del Estado se encuentre a la altura de las circunstancias.

Del mismo modo, durante ese período se han producido numerosas reformas procesales, incluyendo una nueva ley de justicia administrativa

(Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 1998), una nueva ley de justicia civil (Ley de Enjuiciamiento Civil, de 2000), diferentes leyes de justicia laboral (Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, de 2011) y numerosas reformas del proceso penal (cuya norma es de 1882). No obstante, todavía no hay una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, para un texto ubicado aún en el siglo XIX, aunque completamente parcheado para adaptarlo a las circunstancias actuales (aunque se han realizado tres borradores de proyectos de reforma general). Y tras aquellas reformas conviene decir, dado los datos actuales, que no se han producido mejoras sustanciales, pues seguimos teniendo problemas de tramitación y seguimos teniendo unos procedimientos cuya tramitación sigue siendo lenta, ineficaz e ineficiente, posiblemente debido a la mezcla con los defectos en materia de medios personales y materiales. Junto a dichas reformas, también se han producido otras que han tratado de subvenir las necesidades reales de colectivos específicos, de bienes concretos, que se han sumado a las anteriores, pero que no han supuesto una verdadera mejora en la tutela demandada ni obtenida.

A tiempo presente, el ciudadano demanda para que de esa manera se cumplan la protección de sus derechos y libertades fundamentales, que la tutela de justicia sea realmente plena. Para ello demanda cambios, entre ellos la existencia de una pluralidad de medios que garantice su libertad para gestionar sus propios conflictos.² Esa nueva tutela va a suponer, como se ha puesto de manifiesto, cambios en las estructuras, los principios y los protagonistas, con pluralidad de instrumentos para obtención de esa tutela³ y con espacios supranacionales e internacionales desde los que construir la nueva visión de justicia.

Se han ido realizando reformas, pero, a tiempo presente, se encuentran pendientes en el Parlamento otras que inciden en la organización de la justicia, sus procedimientos y en el uso de medios tecnológicos en el sistema de justicia. Esas y otras reformas acacidas, así como otras que vendrán — como ha puesto de relieve Barona Vilar —, supondrán que, en el Sistema de Justicia español, además de las instituciones tradicionales del sistema procesal y de la organización judicial, adquirirán valor otras cuestiones que supondrán una mejora del acceso a la justicia, ya no entendida como el derecho a acudir a los tribunales, sino como sistema de solución de conflictos o controversias. Así, la autora pone de relieve, con razón, que habrá que tener en cuenta, bien como resultado de la evolución de las instituciones,

² Sobre estas cuestiones, vid. Valiño (2019).

³ En relación con ello, abogando por la integración de los ADR en el acceso, vid. Barona (2014).

bien como producto final de las nuevas reivindicaciones (Barona, 2022): la globalización, supranacionalidad e internacionalización,⁴ la aparición de las ADR,⁵ el enfoque de género y la irrupción de las tecnologías y algoritmización de la justicia.⁶

Desde luego, en este trabajo no vamos a abordar todas esas cuestiones, pues tiene una configuración mucho más modesta. Nos interesan algunas cuestiones del derecho del consumo que, a tiempo presente, han adquirido enorme importancia tanto desde el plano nacional como de la Unión Europea. No voy a entrar ahora en su configuración como parte del orden público comunitario y lo que ello ha supuesto, por ejemplo, en el ordenamiento español, precisamente al hilo de la justicia civil. Me interesan las ADR previstas en materia de consumo, que han sido objeto de reforma, bien en sus instituciones principales, bien en normas sectoriales. Y me interesan, dado que la normativa de la Unión Europea quiere que dichos ADR tengan una configuración concreta y unas garantías que, creo, a tiempo presente no se cumplen. También me interesan algunas cuestiones que están pendientes de reforma y cuyo posible resultado no comparto, o creo que podría vulnerar normas del ordenamiento, incluida la Constitución y las normas de la Unión Europea.

Por ello, vamos a señalar algunos problemas que suscitan los nuevos cambios en materia de ADR de consumo, bien con carácter general, en relación con la mediación y arbitraje de consumo, bien con carácter sectorial, referido a los posibles ADR en materia de transporte aéreo, ADR de telecomunicaciones y ADR financiero.

II. ADR DE CONSUMO

1. La necesidad de una norma general de ADR de consumo

A tiempo presente, nos encontramos con una gran reforma en materia de ADR. El Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (en adelante PLMEPSPJ), en tramitación parlamentaria,

4 Sobre los aspectos regionales e internacionales, vid. Palao (2019).

5 Esta idea ya está presente en Barona (2011). Una mezcla de ADR y tecnología son las ODR. Sobre ellas, vid. Armenta (2022).

6 Con profundidad, vid. Barona (2021). En materia de consumo, vid. Moreno (2022), Guzmán (2022) y Llorente (2022).

contempla la necesidad de tener que realizar «una actividad negociadora», que debe encontrarse tipificada en el propio proyecto o en otra ley, a través de la cual las partes de un conflicto pretenden encontrar una solución extrajudicial al mismo, bien por sí mismas, bien con la intervención de un tercero neutral.⁷ Con ello se está recuperando en el ordenamiento español algo ya presente hasta el año 1984 (aunque no con la misma extensión en cuanto a instrumentos de solución), como es la carga para el futuro demandante de acreditar que se ha realizado o se ha intentado un ADR previamente a la interposición de la demanda. Para ello, contempla la posibilidad de usar diferentes ADR, algunas ya existentes y otras de nueva concreción (que no creación, ya que su existencia y utilización no estaban prohibidas por el ordenamiento, pese a su insignificancia práctica).

Con ello, el legislador asume que, para ejercitar las acciones en el campo del derecho privado, en aquellas cuestiones de libre disposición de las partes será necesario que no obligatorio,⁸ realizar negociaciones antes del acceso a los tribunales. Ello, como se comprenderá, tendrá enorme relevancia en el campo del consumo, sector en el que desde hace tiempo se contemplan diferentes alternativas al margen del proceso, sobre todo en materia de mediación y arbitraje.

Claro que dicho cambio de paradigma supone también poder determinar, con cierta precisión, qué, cómo, cuándo y por qué debemos acudir a esos instrumentos de solución de conflictos. La norma fija algunos parámetros y diferentes canales para ello, pero se limita en otros casos a remitir a otras leyes que contemplen dichos instrumentos de solución de conflictos. Y ahí es donde podemos encontrar problemas. ¿Sabemos cuáles son, dónde se encuentran? ¿Se trata de información de fácil acceso para los consumidores? Por otro lado, esa existencia de diferentes normas puede ser indicativo, que lo es, de que las reglas de funcionamiento, sus principios y otras cuestiones puedan ser diferentes, pese a que se refieran a la misma institución. Un claro ejemplo sería la conciliación, cuyo concepto varía entre la conciliación de carácter público, ya prevista en el ordenamiento, y la conciliación privada prevista en el proyecto de ley. Otro tanto podría acontecer con las mediaciones, todo ello sin entrar ahora en los matices y diferencias entre mediación y conciliación, debido al cruce entre las versiones tradicionales españolas y las nuevas versiones, fruto del «movimiento de ADR».

7 Sobre las reformas del proyecto, vid. Marcos (2022), Bellido (2022) y López (2022). Recientemente, Amérgo (2022) y Díaz (2022).

8 Sobre la necesidad de la conciliación o de los ADR, que no obligación, antes de demandar, vid. Montero (1985a, pp. 317-319).

Por ello soy partidario de la necesidad de una ley general que fije las pautas en materia de ADR y mucho más en materia de consumo. En realidad, no es la primera vez que expreso este pensamiento. Ya lo dije y lo mantengo: en materia laboral (Colmenero, 2008) fijar el cuadro de ADRs laborales, legales y convencionales no es nada fácil, y explicarlo, menos. Hace poco lo he expresado para los ADRs en materia privada (y el consumo es parte de ella) y sigo reafirmandome en la necesidad de fijar pautas generales en esta materia (Colmenero, 2022a). No es suficiente con una ley de mediación civil y mercantil que, además, no cubre todos los espectros del sector. Aunque haya sido objeto de reformas y se prevean nuevos cambios, siguen quedando fuera muchos aspectos y posibles mediaciones, en muchos casos huérfanas de regulación, así como de garantías. Por ejemplo, la mediación de consumo (y luego volveremos sobre ella). Tampoco es suficiente con una ley de arbitraje privado. Y aquí es fácil el muestreo: el arbitraje de consumo, que sigue siendo el arbitraje cuantitativamente más relevante en España,⁹ se remite a ella, pero tiene reglas propias, al hilo de un reglamento que, como luego veremos, no está puesto al día, aunque debiera ser así desde hace bastante tiempo. Pero la crítica es bien simple, dicha ley no contempla los supuestos en que los árbitros los elige o selecciona la administración pública, y este sector cada vez es más importante, como abordaremos en las páginas siguientes. A este arbitraje de consumo hay que sumar el previsto en materia de transporte terrestre, que también está previsto para los consumidores, aunque se trate de un arbitraje no ajustado a la normativa de la Unión Europea de referencia.¹⁰

El Consejo de Estado, en sesión celebrada el 10 de marzo de 2022, emitió el Dictamen N° 1112/2021, relativo al Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. En las páginas 80 a 82, el Consejo de Estado se ocupa de los «Litigios en materia de consumo», terminando el apartado expresando:

El Consejo de Estado considera oportuno reiterar la recomendación que se formuló en un dictamen de 28 de enero de 2016, referido al expediente número 926/2015, relativo a un anteproyecto de ley de resolución alternativa de conflictos de consumo. En concreto, se reitera ahora lo que se señaló entonces: «Este Consejo de Estado considera que debería hacerse un esfuerzo por elaborar una Ley que establezca un nuevo y único marco de resolución alternativa de

9 Y para ello basta con consultar las estadísticas de la actividad de las Juntas Arbitrales de Consumo, publicadas por el Ministerio de Consumo.

10 Sobre la materia de transporte terrestre, recientemente, vid. Colomer (2022).

conflictos en materia de consumo, con diferente alcance al que resulta del anteproyecto y que deje fuera o establezca las especialidades que sean del caso respecto de sectores en los que esté justificado».

Suscribimos la recomendación, pero estableciendo las especialidades (no dejándolas fuera). Si se hiciera dicha ley, posiblemente no sería necesaria la reforma en materia de MASC que postula el Anteproyecto (ahora PLMEPSPJ) objeto de informe. Solo habría que atender, desde otro ángulo, los ADR en materia de familia y quedarían cubiertas las principales necesidades. Alguien podría objetar que quedan otros sectores en el ámbito privado. Bueno, en esos casos, siguen teniendo la ley de arbitraje privado y la de mediación civil y mercantil (que se pueden aquilatar).

El resto de las figuras que aparecen en el PLMEPSPJ no están necesitadas de regulación, así que la autonomía de la voluntad fija sus criterios. Basta con fijar en la LEC las relaciones y efectos de las figuras con el proceso. Por lo demás, el único elemento atípico podría ser la conciliación. La pública ya se encuentra sometida a regulación, y la privada, para lo que se dice, sigo sin ver la necesidad. Desde el plano práctico (y basta para ello con observar la Ley Modelo de mediación/conciliación de UNCITRAL¹¹), distinguir entre facilitar y proponer carece de sentido, en mi opinión (y ello debe quedar en manos del profesional), aunque conceptualmente se puedan establecer otras matizaciones, que no siempre están previstas en la ley.¹² En materia laboral, al menos en los supuestos convencionales, se habla de mediación-conciliación, dado que el sujeto o sujetos que participan como tales, pueden hacer uso de ambas opciones o simplemente facilitar, o bien proponer, quedando a su criterio. El nombre es lo de menos, el más es que ayude a componer conflictos eficazmente.

11 Cuestiones que pueden verse en Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018) (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2022).

12 Soy consciente de que, por influencia de los «movimientos de ADR» norteamericanos, a la conciliación y mediación se les atribuyen un contenido y unas funciones intercambiadas. No obstante, dado que, en mi docencia en Derecho Procesal Laboral, a partir del año 1991, ya se incluían dichas cuestiones, soy deudor de la doctrina española existente sobre la materia. En concreto, en materia civil, por ejemplo, Montero (1985b, pp. 305-315) señala que las conciliaciones tienen su origen en los textos reguladores del proceso mercantil, en las ordenanzas que desarrollaron el proceso ante los consulados, apareciendo en las ordenanzas de Burgos y Sevilla del siglo XVI, y en posteriores ordenanzas en las que se consolida como una carga. Sobre los problemas de conceptualización de la mediación y conciliación, abogando por otros contenidos para las funciones de mediador y conciliador, vid. Fernández (2022, p. 74).

2. Aproximación legal, nacional y comunitaria a los ADR de consumo¹³

El Preámbulo de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre (BOE del 4) (en adelante, Ley RAL), por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (en adelante, Directiva RAL), señala que la protección jurídica del consumidor, tanto desde el plano nacional como comunitario, ha sufrido dos etapas. Inicialmente la preocupación estuvo volcada en el reconocimiento de principios y derechos a favor de los consumidores. Posteriormente, la actividad se volcó en establecer cauces adecuados para hacer valer los principios y derechos reconocidos.¹⁴

El art. 51.1, CE establece la obligación de los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios mediante procedimientos eficaces, así como su seguridad, salud y los legítimos intereses económicos. En su apartado segundo se reconocen a las organizaciones en materia de consumo. El legislador procede al cumplimiento de dicho mandato, a través de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), de 19 de julio de 1984, que, además, pone de manifiesto que sigue «los principios y directrices vigentes en la materia en la CEE» (Exposición de Motivos). A esta norma, y para adaptarse a la normativa comunitaria dictada durante el período, le sucederá el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE del 30), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Respecto a los cauces adecuados para hacer valer los nuevos derechos, si dejamos en un segundo plano a la LEC del año 2000, que regulará de forma difusa un procedimiento para la protección de los intereses colectivos y difusos en materia de consumo, los mayores avances se han producido en el campo de los ADR. Antes de la LGDCU, el consumidor solo contaba con los tribunales, y dicho proceso, aplicado a los litigios entre consumidores y empresarios, se mostraba contrario a los intereses de los primeros. Los obstáculos técnicos, económicos y psicológicos jugaban en su contra, de ahí que el consumidor prefería abstenerse de litigar o llegar a una solución amistosa, generalmente desventajosa para sus intereses (Bonet, 1997, pp. 49-51).

¹³ Sobre diseño general, recientemente, vid. Romero (2022).

¹⁴ Un análisis de desarrollo seguido puede verse en Catalán (2018).

La LGDCU, además de suponer un correctivo en el campo de la contratación en masa y una mejor protección de las relaciones jurídicas de los consumidores, previó «un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atiende y resuelve con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas de los consumidores y usuarios», mediante un sistema de carácter voluntario (art. 31). Fue la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, la que desarrolló el art. 31, LGDCU, a través de la Disposición adicional primera y segunda, fruto de los cuales fue el Real Decreto 636/1993 por el que se reguló el sistema arbitral de consumo, que como experiencia piloto había comenzado a funcionar en 1986.¹⁵ A esta norma, debido a cambios normativos, le sucedió el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se reguló el Sistema arbitral de consumo (en adelante, RDAC).

Desde el plano comunitario no han sido ajenos a esta cuestión. La Resolución del Consejo de la CEE, de 25 de junio de 1987, sobre el acceso de los consumidores a la justicia, invitaba a la Comisión a ampliar el horizonte de protección de los consumidores, en su vertiente de acceso a la justicia (cuyos contornos se veían ampliados, dado que no solo se refería a los tribunales, sino también a mecanismos de ADR), teniendo en cuenta que había que mejorar tres aspectos: tiempo empleado, coste económico soportado y eficacia del sistema. Tras los análisis realizados, la Comunidad Europea presentó el Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único (16 de noviembre de 1993).

Pese a la producción normativa y la creación de diferentes sistemas de ADRs, la percepción de la Comunidad Económica era que los mecanismos de resolución alternativa no se habían establecido correctamente ni funcionaban satisfactoriamente en todas las áreas geográficas y sectores empresariales. A ello se suma que los ADRs constituidos eran de calidad variada y no siempre se tramitaban con eficacia los litigios transfronterizos. Ello no quita que en aquel período se aprobó la Directiva 2008/52/CE del Parlamento y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la Mediación en asuntos civiles y mercantiles, que en el caso español dio lugar a la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (Ley 5/2012, de 6 de julio —BOE del 7—; en adelante, LCMCM).

La Comunicación de 13 de abril de 2011 («Acta del Mercado único» —Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza— «juntos por un nuevo crecimiento») identificó, como una de ellas, la

¹⁵ Apuntando dichos datos, vid. Badenas (1993) y Escalona (2022, p. 122).

legislación sobre Resolución Alternativa de Litigios. Durante dicho período se produjeron otras conclusiones que abonaban esa idea y, además, hacían petición de normas sobre la materia de resolución alternativa de litigios. Ello tuvo lugar con la Directiva 2013/11/UE sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo y el Reglamento (UE) N° 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo,¹⁶ que fue la razón de la Ley 7/2017 ya citada.

Sobre dicha Ley RAL vamos a hacer pivotar la mayoría de las reflexiones de este trabajo, entre otras razones, porque nos encontramos en 2022 y pensamos que, en el caso español, todavía no se cumple. El Preámbulo de la Ley RAL (III) señalaba que los consumidores residentes en España o en cualquier Estado miembro de la UE «tendrán la posibilidad de resolver sus litigios de consumo con empresarios establecidos en España acudiendo a entidades de resolución alternativa de calidad que hayan sido acreditadas por la autoridad competente e incluidas en un listado nacional de entidades acreditadas». Pues bien, a la fecha actual, y dada la lista facilitada a la Comisión Europea, esto no es posible. La razón para ello es que las principales entidades acreditadas son las Juntas Arbitrales de Consumo y no están todas. Y con un condicionante básico, el sistema arbitral es voluntario, lo que exige que las empresas se encuentren adheridas, y esto todavía, a tiempo presente, sigue siendo uno de los grandes déficits del sistema (que, recordemos, empezó oficialmente en 1993). Claro que el sistema arbitral de consumo no es el único sistema de resolución alternativa de litigios, hay más, pero acreditados del sector público no hay mucho más, y del privado, pocos casos y en sectores específicos.

3. La gratuidad del ADR de consumo

Existe cierta contradicción entre la Ley RAL y el PLMEPSPJ. El proyecto parte de la necesidad del ADR antes de demandar en los asuntos dispositivos y asume que ese presupuesto es ineludible. Asimismo, nos dice que solo será gratuito siguiendo los parámetros de la Ley 1/1996, de 10 de enero (BOE del 12) de Asistencia Jurídica Gratuita, es decir, carencia de recursos económicos. Luego, el ADR no es gratuito para todos, pues quienes superen los umbrales económicos carecerán del derecho. Sin embargo, el art. 11 de

¹⁶ Sobre la plataforma europea de ODR, vid. Catalán (2022), y sobre la formación necesaria para operar con dichos instrumentos, vid. Valiño (2022).

la Ley RAL establece que los procedimientos deben ser gratuitos para los consumidores, asumiendo que la Directiva permitía que fueran gratuitos o se prestasen a cambio de un precio simbólico para los consumidores, habiéndose quedado la transposición solo con el primer apartado.

Esta extraña solución será válida para todos los supuestos a los que se hace referencia en el título I del PLMEPSPJ. No obstante, podría variarse la cuestión si las controversias de consumo se encauzan por lo previsto en la Disposición adicional quinta del PLMEPSPJ, aunque las soluciones tampoco son satisfactorias y tampoco está claro que se cumplan los requisitos que prevé la Ley RAL, que son los que requiere la UE, a no ser que se quiera incumplir con ellos. Dicha Disposición adicional quinta PLMEPSPJ establece que:

En los litigios en que se ejerciten acciones individuales promovidas por consumidores o usuarios, se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad por la reclamación extrajudicial previa a la empresa o profesional con el que hubieran contratado, sin haber obtenido una respuesta en el plazo establecido por la legislación especial aplicable, o cuando la misma no sea satisfactoria, y sin perjuicio de que puedan acudir a cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias, tanto los previstos en legislación especial en materia de consumo, como los generales previstos en la presente ley.

Se entenderá también cumplido el requisito de procedibilidad con la resolución de las reclamaciones presentadas por los usuarios de los servicios financieros ante el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en los términos establecidos por el artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, o ante la entidad que se cree en virtud de lo establecido en la disposición adicional primera, apartado 1, de 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.

O sea, si la legislación especial establece dicho trámite (reclamación extrajudicial a la empresa) se podrá utilizar y ese será el requisito para cumplir. Por ejemplo, en temas financieros o en transporte aéreo. En el resto como no lo hay, tocan los sistemas generales y habrá que pagarlos (salvo que se goce del beneficio de justicia gratuita), con lo que no serán gratuitos. Desde luego, estas cábalas dan la razón al Consejo de Estado.

Hace falta, ante todo, claridad, que se consigue tramitando una ley general. Y ello sin entrar en las reflexiones del Consejo de Estado sobre si el pago de aquellos servicios, por parte de los consumidores, realmente superan el test de constitucionalidad en cuanto a la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

4. Mediación de consumo¹⁷

4.1. Consideraciones generales

Una vez aprobada la Ley RAL en materia de consumo, las opciones sobre los posibles instrumentos de solución de conflictos eran variadas. Por un lado, y dado que muchos de los conflictos son disponibles y las cuestiones se encuentran sometidas a la autonomía de la voluntad, las partes podían hacer uso de los mecanismos de ADR privados que considerasen convenientes.

La Ley RAL modifica la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, para incluir en su seno la mediación de consumo, inicialmente excluida. Conviene realizar algunas puntualizaciones para este momento y apartados posteriores. La Ley RAL tiene como una de sus misiones garantizar la existencia de entidades de resolución alternativa de conflictos establecidos en España que cumplan los requisitos, garantías y obligaciones previstas en la Directiva RAL. Por ello, se pueden distinguir dos bloques: ADR ajustados a la Ley RAL (y, por tanto, a la Directiva RAL) y otros que pueden estar ajustados a otras normas (estatales o autonómicas, que tienen competencias en la materia), pero que no se ajustan a la Ley RAL. Los que no se ajusten a dichos parámetros pueden subsistir, dado que la ley no los prohíbe, pero no serán de los que informen las entidades de acreditación en materia de consumo, como ajustados a los requerimientos comunitarios. Ello podría considerarse un desvalor para la regulación que se prevé en el PLMEPSPJ, dado que, entre los mecanismos que contempla, hay supuestos que no cumplen esos requisitos marcados por la Directiva RAL (fundamentalmente, el de la gratuidad para los consumidores), y eso que ahora, con independencia de su resultado vinculante, van a ser trámites necesarios.

Como la Ley RAL ya es objeto de desarrollo, dentro de ella trasciende la obligación de publicitar aquellas entidades que han obtenido la

¹⁷ En esta materia somos deudores del trabajo de Pillado (2018 y 2022).

acreditación y por ello pueden operar en el Estado español para litigios nacionales o transfronterizos. En la lista de entidades acreditadas (European Commission, s. f.), en cuanto al sector privado, hay pocas opciones. Hay algunas con limitación de sectores, caso de la Asociación para el Autocuidado de la Salud (ANEF), que solo cubre las controversias relativas a los productos cosméticos e instrumentos de tocador para el cuidado personal; la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL), en materia de publicidad; y el Comité de Mediación de la Asociación Confianza Online, que solo cubre cuestiones relativas a productos y servicios en Internet. Que cubra todo el espectro de los consumidores en todo el territorio nacional solo se encuentra la asociación de mediación Mediation Quality, con sede en Barcelona. Su hándicap: solo puede operar si no te encuentras cerca de su sede, de forma *online*, lo que, desde luego, a tiempo presente sigue siendo un problema con los consumidores. Con ello, puede comprobarse que, pese a la fecha de la Ley RAL, el resultado sigue siendo bastante escaso.

En el sector público, las entidades acreditadas son las Juntas Arbitrales de Consumo autonómicas (salvo la Comunidad Autónoma Valenciana y la de la Ciudad Autónoma de Melilla), la Junta Nacional de Consumo y alguna sectorial (Junta Arbitral de Consumo de la zona noroeste de la Comunidad de Madrid) o municipal (ayuntamientos de Alcobendas, Madrid, Zaragoza y de León). A ello hay que sumar la Sección de Consumo Europeo de la Agencia Catalana de Consumo y el Servicio de Mediación de la Agencia Catalana de Consumo. Como puede comprobarse, la lista de Juntas Arbitrales no es completa ni siquiera a nivel autonómico, y la acreditación se ha realizado para el arbitraje de consumo (se especifica que el ADR es vinculante para consumidor y empresario), salvo los dos servicios catalanes, que serán de mediación.

4.2. Mediaciones de consumo autonómicas

No obstante lo anterior, es posible la mediación en consumo, en el sistema público (no vamos a referirnos al sector privado), puesto que el sistema arbitral de consumo, en sus trámites iniciales, admite dicho método de solución de conflictos. Además, y esto dependerá de cada comunidad autónoma, es posible que, en trámites anteriores al arbitraje, los servicios públicos de consumo admitan la mediación.

Así, por ejemplo, y teniendo en cuenta que las comunidades autónomas tienen asumidas competencias en materia de mediación, el art. 38 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y protección de los consumidores

y usuarios de Andalucía (BOJA del 31), prevé que los Consejos Provinciales de Consumo y el Consejo Andaluz de Consumo, entre otras funciones, puedan realizar actividades de mediación. No es el único supuesto, puesto que las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC) y las Delegaciones territoriales o provinciales de la Consejería competente, como órganos encargados de la tramitación de las quejas y las reclamaciones, tienen encomendadas, durante la tramitación del expediente (relativo a la queja o reclamación del consumidor contra el empresario), intentar encontrar una solución que pueda satisfacer a ambas partes, donde también informarán la posibilidad de resolver la controversia a través del arbitraje de consumo (art. 19 del Decreto 82/2022, de 17 de mayo —BOJA del 20—, por el que se regulan las hojas de quejas y reclamaciones de las personas consumidoras y usuarias en la Comunidad Autónoma de Andalucía).

En esta línea habría que situar las posibles mediaciones que lleven a cabo los servicios de consumo (en concreto, la Sección de Consumo Europeo de la Agencia Catalana de Consumo y el Servicio de Mediación de la Agencia Catalana de Consumo) en la Comunidad Autónoma de Cataluña, al hilo del Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo (DOGC de 10/07/2014).

La diferencia entre los supuestos andaluces y el catalán es que los segundos tienen procedimiento reglado (y ajustado la Directiva RAL) y los servicios andaluces no, con lo que a tiempo presente sería de aplicación la LMCM (o no, pues nada se dice). Hay más diferencias. Los servicios catalanes están acreditados y la Junta de Andalucía no ha acreditado a sus servicios, con lo que no cumple los criterios previstos en la Ley RAL. No obstante, el Decreto de mediación de consumo de Cataluña dice estar adaptado la Directiva RAL (en una materia de su competencia), pero no tenemos claro que se haya adaptado a la Ley RAL. El punto de inflexión más claro es que el decreto catalán prevé el cobro de honorarios (art. 31) y la Ley RAL establece que los procedimientos son gratuitos para las partes. No obstante, en las fichas de acreditación las dos instituciones citadas señalan que la mediación es gratuita para el consumidor.

4.3. Mediación al hilo de las Juntas Arbitrales de Consumo

Tiene mayor interés el supuesto de mediación que van a realizar las Juntas Arbitrales de Consumo, al comienzo del arbitraje de consumo. Así, el art. 38, RDAC propone al comienzo del arbitraje que se realice mediación, trámite que debe regirse por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo al secretario de la Junta Arbitral de Consumo

dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de esta. Llegados a este punto, y salvo en los casos en que las comunidades autónomas tengan legislación sobre la materia (caso de Cataluña), en los demás supuestos pensamos que ahora debe ser objeto de aplicación la mediación en asuntos civiles y mercantiles, con el agravante que dicho procedimiento no se ajuste a la Ley RAL (debiera tener sus reglas propias). Sí llama la atención que las Juntas Arbitrales acreditadas solo han acreditado los arbitrajes de consumo, pues en las fichas que constan en la página web de la UE se indica que el procedimiento, aunque es voluntario, es vinculante para las partes, y eso es posible con el arbitraje. Otro problema adicional más.

Si en cuanto a la acreditación de los organismos damos por buena la solicitada y concedida (que es para arbitraje de consumo) en cuanto al procedimiento, y dado que no hay trámite previsto, le aplicamos la LMCM, puesto que el art. 2.2.d) ha sido modificado por la Ley RAL para admitir mediación de consumo.

Respecto a la LMCM, en cuanto a los mediadores, cumplir las exigencias de la Ley RAL se antoja fácil, dado que el art. 22 de la Ley RAL marca unas exigencias que se pueden cumplir con los arts. 11.2, LMCM y los arts. 3 a 7, RDAC. No obstante, sí será un obstáculo que el mediador pueda cumplir los requerimientos previstos en el art. 23.1 de la Ley RAL, entre ellos, el nombramiento por un mandato no inferior a dos años (con remoción tasada), el cumplimiento estricto de la imparcialidad respecto de las partes y el conflicto, y que haya una remuneración que no guarde relación con el resultado del procedimiento.

No será obstáculo para la mediación de consumo, tanto si se aplica la LMCM (arts. 8 y 13) como la Ley RAL (art. 21), que el mediador adopte no solo una actitud facilitativa, sino también propositiva, con lo que diferimos de aquella parte de la doctrina que entiende que la LMCM no lo permite, por cuanto que no interpretamos bajo dicho signo los arts. 8 y 13, LMCM. No obstante, en el ámbito del consumo, al menos desde el plano práctico, siempre el mediador o mediadores han tenido una actitud activa, que incluye la proposición de acuerdos.¹⁸ Otra cosa será si, como se pone de relieve la doctrina (con razón), se cumple la preparación y cualificación para ser mediador, cuestión que, a tiempo presente, puede ser una cuestión discutible. Esto, sobre todo cuando una buena parte de los árbitros que representan a la administración ocupan su puesto por el

18 En contra de este criterio, por ejemplo, vid. Pillado (2018, p. 36).

solo hecho de ser funcionarios (con buenos conocimientos en derecho), no por ser mediadores, pero que también se podría dudar de los otros posibles mediadores. Asumamos que las funciones las realizan los árbitros, y la cualidades y calidades para ser árbitro no son las mismas que para ser mediador. Luego, la idea de la Ley RAL no se cumple plenamente.

Otro elemento relevante —y de contraste— que debe tenerse en cuenta es que la mediación de consumo será gratuita (además para ambas partes), puesto que así se ha celebrado siempre, con lo que en esto no será de aplicación las reglas de la LMCM (art. 15.1), que sí permite la Ley RAL (art. 11).

Lo que sí debería aplicarse, cosa que no siempre ocurre (dado que, desde el plano práctico, siempre ha discurrido de manera libre o informal), es el procedimiento previsto en la LMCM.¹⁹ Generalmente la mediación, en el ámbito del consumo, que suele anteceder al arbitraje, suele ser breve. No obstante, deberán aplicarse los plazos previstos en el art. 20 de la Ley RAL y no superar los noventa días naturales.

Con lo señalado, aunque se podría hacer muchas más observaciones, simplemente reflejamos los problemas aplicativos que se generan cuando el sistema no se encuentra plenamente implementado, como así acontece en la mayoría del territorio.

5. Arbitraje de consumo

Si nos adentramos en el arbitraje de consumo, y ello con independencia de los cambios operados en el RDAC por la Ley RAL, también hay que hacer referencia a problemas aplicativos, aunque, todo hay que decirlo, también contiene elementos comunes con la Ley RAL. Ya hemos puesto de relieve que las Juntas Arbitrales Autonómicas (la mayoría) y la Junta Nacional, así como algunas municipales, ya se han acreditado. No obstante, estamos en 2022 y no se comprende la razón por la cual el Sistema Arbitral de Consumo no se ha acreditado completamente (y eso que ha habido ayudas previstas en la Disposición adicional tercera de la Ley RAL).

La Ley RAL parte de unas premisas y buena parte de ellas están presentes en el arbitraje de consumo. Así, el art. 9 de la Ley RAL asume que deberán tratarse de ADRs voluntarios, y el arbitraje de consumo cumple con dicha

19 Sesión informativa (art. 17), sesión constitutiva (art. 19), fase de negociación (art. 21) y terminación del procedimiento (art. 22).

característica. Pese a este carácter voluntario no debemos desconocer que el sometimiento a arbitraje de consumo normalmente será fruto de una cláusula incorporada al contrato principal, de un acuerdo independiente de las partes o de la adhesión pública del empresario (art. 24, RDAC). A este postulado hay que unir, ahora, lo previsto en el art. 15 de la Ley RAL, pues tal precepto priva del carácter vinculante (para el consumidor, no para el empresario) del convenio arbitral cuando este se perfeccione con carácter previo al surgimiento del conflicto. Por ello, y al margen de la forma del convenio arbitral, el consumidor, tras la presentación de su solicitud, debe prestar su consentimiento informado (en que debe dejar constancia expresa de haber sido informado sobre el carácter vinculante del laudo arbitral y la imposibilidad de acudir posteriormente a la vía judicial, art. 15.3, Ley RAL), con anterioridad a la admisión del arbitraje.

Problemas diferentes puede plantear que los ADRs, tras la Ley RAL, deben ser gratuitos. Es cierto que la regulación del RDAC asume dicho postulado, con carácter general, pero lo modula o matiza en materia de prueba, dado que deben ser sufragadas por quienes las hayan propuesto. Ahora, con la nueva ley (y esto no ha sido objeto de modificación) el consumidor no debe sufragar las pruebas y deberá asumirlas, de oficio, la Junta Arbitral, que no deberá hacer lo mismo con los empresarios. Sin embargo, consideramos que no debe ser objeto de aplicación el art. 43, RDAC en cuanto a la posibilidad de reconvencción, puesto que el art. 3 de la Ley RAL excluye de su ámbito «los procedimientos de resolución alternativa de litigios iniciados por los empresarios contra los consumidores». Aquel precepto no fue objeto de modificación, pero consideramos que no es posible su aplicación al infringir lo previsto en la Ley RAL.

Otro elemento que no conviene olvidar es que la Directiva RAL y la Ley RAL (art. 20) establecen que el plazo para resolver, dictar laudo y notificarlo, será de noventa días naturales, a contar desde el inicio del procedimiento, y en caso de complejidad se puede prorrogar otros noventa días naturales (art. 49.1, RDAC). Luego no admite suspensiones, bien que las prevea el RDAC (por ejemplo, el art. 22 en materia de recusaciones), bien que se pretenda supletoriamente aplicar las normas del procedimiento administrativo general, al hilo de la ley 39/2015, de 1 de octubre (BOE del 2), del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Estos plazos, a quien conozca desde el plano práctico el funcionamiento de las Juntas Arbitrales de Consumo, serán de difícil cumplimiento.

Para finalizar, simplemente quisiéramos reflejar una cuestión. El RDAC se remite a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003) en materia de impugnación del laudo arbitral. Esta norma contempla, entre otras, como posible

impugnación la utilización de la acción de anulación, cuyos motivos son tasados fundamentalmente para verificar o controlar que el procedimiento arbitral previsto en la norma se ha cumplido. Pues bien, recientemente hemos asistido a diferente jurisprudencia tanto del TJUE como del TC, sobre los ADRs obligatorios. No voy a desgarnar ahora estas cuestiones, pero sí quisiera apostillar un par de ideas al hilo de dicha jurisprudencia.²⁰

Por un lado, en cuanto a lo que se refiere a la decisión o laudo, teniendo en cuenta que en materia de consumo es habitual el arbitraje de «equidad», ¿se puede prescindir de las normas de orden público en materia de consumo? Por ejemplo, ¿se puede prescindir del orden público constitucional o del comunitario?²¹ Bueno, la jurisprudencia del TJUE, en materia de cláusulas abusivas (por ejemplo, «cláusulas suelo») y otras cuestiones vinculadas con las «hipotecas» nos exigen de mayores consideraciones. No es posible, pues si los órganos jurisdiccionales no pueden prescindir de ellas (y deben controlarlas de oficio), lo mismo deben hacer los árbitros, aunque la decisión del arbitraje fuera en «equidad». Nada nuevo, en mi opinión, que ya había reflejado dicho criterio hace algún tiempo (Colmenero, 2000, pp. 1-65), pues la decisión en equidad debe respetar, como mínimo, los derechos y libertades fundamentales, y también el orden público (ahora nacional o comunitario). A ello debe sumarse, ahora, lo previsto en el art. 16 de la Ley RAL. Este precepto nos indica que, en los procedimientos con resultado vinculante (arbitrajes, todos, sin distinción), al consumidor no se le puede privar de la protección que le proporcionan las normas imperativas o que no pueden excluirse mediante acuerdo.

Por otro, queda la duda de si el acceso al sistema judicial, a la jurisdicción (art. 24.1, CE y art. 47, Carta de Derechos Fundamentales de la UE), solo debe ser pleno en el caso de los ADRs obligatorios, pues en los otros casos, como en los arbitrajes voluntarios, caso del de consumo, nos basta con la acción de anulación, cuyo acceso no es pleno (y reflexiones parecidas se podrían hacer con la mediación y conciliación, dado que solo se pueden impugnar a través de la acción de nulidad, por las causas que invalidan los contratos).

Así, la Directiva RAL en su considerando 49 nos indica que, cuando las normas nacionales hagan obligatorio un ADR para los comerciantes, estas no

20 Al margen de haberme ocupado ya de ello, al hilo del ADR de transporte aéreo (Colmenero, 2022b, pp. 473 y ss.), debe verse Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia. Al mismo, también pueden verse las reflexiones de Pérez (2019, pp. 6-9), Nadal (2021) y Peiteado (2018, pp. 303 y ss.).

21 Sobre el orden público que citamos, vid. Pérez (2022) y Schumann (2022).

deben impedir «a las partes ejercer su derecho a acceder al sistema judicial, tal como establece el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea». Pero previamente en su considerando 45 y con carácter general, nos indica que el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un juez imparcial forman parte de los derechos fundamentales establecidos en el art. 47, CDFUE y ello implica que

los procedimientos de resolución alternativa [todos] no deben concebirse como sustitutivos de los procedimientos judiciales y no deben privar a consumidores o comerciantes de su derecho a recurso ante los órganos jurisdiccionales. La presente Directiva no debe impedir a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial.

Si no pueden ser privados de su derecho de acceso al sistema judicial, en los términos del art. 47, CDFUE, ¿la acción de nulidad cumple con dicho requisito? Posiblemente no lo cumple. La Directiva no quiere acceso restringido a la jurisdicción, cuando previamente se ha ejercitado un ADR, con lo que, respecto de los conflictos entre consumidores y empresarios, las reglas de juego han variado y no pueden aplicarse los criterios hasta ahora utilizados.

III. ACOTACIONES EN MATERIA DE ADR DE TRANSPORTE AÉREO

La Directiva RAL permitía a los Estados que en sus disposiciones internas establecieran excepciones al sistema general diseñado, es decir, ADRs que, para el empresario, fueran obligatorios y vinculantes. Y el ordenamiento español no ha sido ajeno a ello. La Ley 7/2017 en su Disposición adicional primera contemplaba en el ámbito de la actividad financiera aquella posibilidad, y luego volveremos sobre ella al hilo del Anteproyecto de Ley del Gobierno actual. Pero, además, en su Disposición adicional segunda se hacía referencia a las entidades de resolución alternativa en el ámbito de protección de los usuarios del transporte aéreo. En este segundo caso, nos estamos refiriendo a una materia que, a tiempo presente, tiene enorme trascendencia y que genera un volumen relevante de conflictos e incluso de litigios jurisdiccionales. Recientemente me he ocupado de esta materia, por lo que no voy a poner de manifiesto los problemas que afronta. Además, todavía no ha visto su final, puesto que el sistema diseñado todavía no ha entrado en vigor (Colmenero, 2022b).

Dicha Disposición adicional segunda contempla que la Agencia Española de Seguridad Aérea (AESA) asumirá las competencias en materia de

ADR en el transporte aéreo. Para ello debe acreditarse, cosa que todavía no ha acontecido. Esta acreditación podría tener problemas, pues la AESA, además de asumir tales funciones, también tiene asignadas las correspondientes al régimen sancionador en la materia, lo que hace que sea una entidad de ADR con un problema interno. Lo anterior, dado que se dedica indistintamente a sancionar a las compañías aéreas y a resolver algunos de los conflictos que sobre estas se plantean (no todos, como reconocen actualmente sus servicios de reclamación, función que también tiene asumida a tiempo presente).

Lo cierto es que la AESA, como entidad a acreditar, ya aparecía en la primera versión de la Disposición adicional segunda. Incluso hubo un borrador de Orden Ministerial que así lo contemplaba. No obstante, la primera redacción fue objeto de modificación por la Ley 3/2020, que volvió a ajustar el contenido de la Disposición adicional segunda, limando algunas aristas que traslucieron en el Proyecto de Orden Ministerial, entre ellas que la impugnación del laudo (decisión) de la AESA fuera al orden contencioso-administrativo, para que permaneciera en su lugar correcto, el orden civil. Tras dicha nueva redacción, y como desarrollo de tal ADR, la Orden TMA/201/2022, de 14 de marzo, procede a regular su procedimiento, quedando pendiente la acreditación de la entidad y la aprobación de su estatuto (que deberá producirse por ley o reglamento). En este trámite nos encontrábamos, pese a que lo ya enseñado tenía más sombras que luces.

No voy a desarrollarlo plenamente, me remito a lo que ya he escrito sobre la materia. No obstante, debo indicar alguna cuestión más, aunque parezca extraño el resultado. El ADR diseñado, que no recibe nombre, siguiendo la estela de la Directiva RAL, es un arbitraje administrado por un organismo público (con lo que ello conlleva) y que ahora dejamos aparcado. Es un arbitraje, dado que se dictan decisiones o resoluciones, o como siempre se ha dicho, laudos. El órgano no facilita ni propone, sino que impone soluciones. Para ello se declara que el arbitraje será obligatorio para las compañías aéreas, pero será voluntario para el pasajero/consumidor, y también, lo que resulta bastante extraño (por no utilizar ahora otro calificativo), para el otro posible reclamado, las entidades gestoras aeroportuarias. Claro, al declarar el arbitraje obligatorio para las compañías aéreas, pero voluntario para los otros posibles sujetos del arbitraje, el legislador se ha visto obligado a indicar que todas las partes pueden impugnar la decisión (laudo), pero con diferente contenido. Así, el pasajero/consumidor puede dirigirse a los tribunales para ejercitar todas las pretensiones que crea conveniente, sin limitaciones, e incluso podría incluir nuevas pretensiones, bien aquellas que no quiso ejercitar en el arbitraje, bien otras que corresponda a otros

reglamentos o normativas aéreas que no permite el ADR de la AESA, que tiene limitado su conocimiento. Extrañamente, pese a ser un arbitraje, se dice que el resultado no le es vinculante.

En cuanto a las entidades gestoras aeroportuarias, también se dice que el resultado no les es vinculante, pero nada se dice en cuanto a los derechos que puede ejercitar en los tribunales; de ahí que le apliquemos los previstos para las compañías aéreas. Y para las compañías aéreas se dice, además de estar obligadas al arbitraje, que el resultado es vinculante y que deben cumplirlo, pero que pueden impugnarlo ante los tribunales cuando consideren que no es conforme a derecho. Por tanto, no se ejercita una acción de nulidad, como ocurre en el arbitraje de derecho privado, sino que impugnará el laudo por no ser conforme a derecho y, por tanto, podrá revisar completamente la decisión, aunque, a diferencia del pasajero/consumidor, no puede añadir nuevas cuestiones o pretensiones.

Ahí nos quedamos, hasta que llegó el Real Decreto Ley 14/2022, de 1 de agosto (BOE del 2), de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural. Dicha norma procede a nueva modificación de la Disposición adicional segunda. Para esta modificación el Preámbulo de la norma indica:

La disposición final cuarta de este real decreto-ley modifica la disposición adicional segunda de 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 (ADR) en materia de consumo, que en la redacción dada por la disposición final sexta de la Ley 3/2020, dispone que «... la decisión adoptada por la entidad acreditada podrá ser impugnada por parte de la compañía aérea, ante el juzgado de lo mercantil competente, cuando considere que la misma no es conforme a Derecho. Puesto que la decisión de la entidad acreditada no será vinculante para el pasajero, en todo caso se entenderá sin perjuicio de las acciones civiles que el pasajero tenga frente a la compañía aérea».

Se considera conveniente clarificar el régimen jurídico de este ADR para evitar un aspecto que podría resultar claramente perjudicial tanto para el funcionamiento de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA) como para su papel como entidad acreditada: la ratificación de la decisión impugnada en el juicio.

En efecto, la redacción actual de la disposición adicional segunda de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, no aclara si en los casos en que la compañía aérea transportista impugne la decisión emitida por la entidad acreditada —AESA—, será parte demandada únicamente el pasajero o si AESA será demandada, exclusiva o conjuntamente, con el pasajero.

La actual redacción de la disposición adicional segunda de la Ley 7/2017 no aclara quiénes son las partes en el proceso, por lo que es posible que se pueda considerar a AESA como demandada en cuanto que autora de la decisión. En este caso, su comparecencia en el proceso supondrá una carga procesal adicional tanto para la Agencia como para la Abogacía del Estado.

Adicionalmente, dado el elevado número de estos procesos que puede haber inicialmente, también resultaría muy gravoso para la Agencia el que alguno de sus empleados tenga que ratificar la decisión en cada uno de los juicios que pudieran tener lugar.

Por ello, se considera conveniente modificar el apartado 3 de esta disposición para equiparar la posición de AESA a la del pasajero no obligando a su comparecencia.

Y la Disposición final cuarta procede a la modificación de la Disposición adicional segunda, punto tercero, de Ley 7/2017, que queda con la siguiente redacción:

3. La entidad acreditada pondrá fin al procedimiento anterior mediante decisión motivada. Transcurrido el plazo previsto en el artículo 20 de esta Ley sin que se haya notificado la decisión, se entenderá que la decisión es desestimatoria de la reclamación formulada por el pasajero.

El pasajero podrá retirarse en cualquier momento del procedimiento si no está satisfecho con su funcionamiento o tramitación, debiendo ser informado por la entidad acreditada de este extremo al inicio del procedimiento.

La decisión adoptada por la entidad acreditada **podrá ser impugnada por parte de la compañía aérea, ante el juzgado de lo mercantil competente**, cuando considere que la misma no es conforme a Derecho. Puesto que la decisión de la entidad acreditada no será vinculante para el pasajero, en todo caso se entenderá sin perjuicio de las acciones civiles que el pasajero tenga frente a la compañía aérea.

La impugnación de la decisión, mediante la formulación de la correspondiente demanda por la compañía, habrá de efectuarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección o aclaración, desde la notificación de la respuesta a esta solicitud, o desde la expiración del plazo de diez días desde que esta se efectuó sin que se haya notificado respuesta expresa. La demanda se tramitará por los cauces del juicio verbal.

El pasajero **y la entidad acreditada** podrán no comparecer en el procedimiento judicial, entendiéndose que se remiten a la decisión de la entidad acreditada. En este procedimiento nunca se impondrán las costas al pasajero.²²

La nueva redacción produce ciertas perplejidades. La primera, indicada en negrita, no es una cuestión baladí, puesto que ahora no van a ser los juzgados de lo mercantil los órganos competentes para dichas materias, en exclusiva, ni siquiera van a ocuparse de las materias principales, que han pasado a los juzgados de primera instancia e instrucción (o de primera instancia, según la demarcación territorial). Y no como consecuencia de los proyectos de leyes pendientes en el Parlamento, sino por aplicación de la Ley Orgánica 7/2022, de 27 de julio (BOE del 28), de modificación de la LOPJ en materia de Juzgados de lo Mercantil. El nuevo art. 86 bis, LOPJ establece, en su apartado primero, en la parte que ahora nos interesa:

Por excepción a lo establecido en el párrafo anterior, los Juzgados de lo Mercantil no serán competentes para conocer de las cuestiones en materia de daños derivadas de la destrucción, pérdida o avería del equipaje facturado previstas en el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999; **ni de las cuestiones previstas en el Reglamento (CE) n.º 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos**, y se deroga el Reglamento (CEE) n.º 295/91; en el Reglamento (CE) n.º 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril; en el Reglamento (UE) n.º 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros

²² Las negritas son nuestras. Lo mismo para la siguiente cita en bloque.

de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004; y en el Reglamento (UE) n.º 1177/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre los derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables y por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2006/2004.

La Disposición adicional segunda se refería a la resolución alternativa de litigios en que resulten de aplicación los reglamentos de la UE en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo. Repárese que incluye a todos los reglamentos. Sin embargo, inexplicablemente, la orden establece que solo puede tratarse de conflictos relativos a la aplicación del Reglamento (CE) N° 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos; y del Reglamento (CE) N° 1107/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo. Como puede observarse, el nuevo art. 86 bis, LOPJ excluye el Reglamento 261/2004 (que es el más relevante) de sus atribuciones, que pasan al juzgado de primera instancia e instrucción. Ya de por sí la reforma sorprende, pues ello implica que unos asuntos relativos al transporte irán al juzgado mercantil y otros al juzgado de primera instancia e instrucción, lo que se traduce en un simple «reparto de cromos», a efectos de trabajo (y eso que estábamos especializando asuntos...). Pero hecha la reforma, no se comprende que no se haya modificado la Disposición adicional segunda de la ley 7/2017, para adaptarla a los preceptos legales. Pero, bueno, no deja de ser una cuestión menor, fácilmente solucionable.

Ahora bien, la otra reforma carece de justificación e interpretación. La inminente acreditación de la AESA no justifica la reforma, dado que no es urgente ni necesaria. El resultado que se persigue (si fuera necesario, que no lo es, aunque ahora lo abordamos) ya existe en el ordenamiento jurídico, con lo que, si se entendiera correcto lo que se dice, no hacía falta dicha modificación para obtenerlo. Ya está previsto con carácter general en la Ley de Enjuiciamiento Civil, por ello no es necesario ni urgente. La LEC ya establece con carácter general que el demandado es parte contingente en el proceso civil, dado que su ausencia no paraliza el proceso. Es una de las posibles actitudes del demandado la de no comparecer en el proceso (por cierto, desde el plano práctico, poco aconsejable). Y tal actitud con carácter general (admite excepciones) no supone que no sea demandado, que lo es, pero sí supone que se opone a la demanda, es decir, que se opone a la pretensión del demandante. No estoy descubriendo nada nuevo. Por

ello, que el pasajero/consumidor, cuando la compañía aérea impugna en el juzgado, no quiera estar presente, es algo facultativo, una carga suya que no quiere remover, y las expectativas que tal situación le genere no las soluciona solo y exclusivamente la resolución o laudo que se impugna, que es lo que dice la norma. Mejor haría estando presente y defendiéndose, que es la actitud activa habitual.

Ahora bien, hemos señalado que estamos en un arbitraje y que lo que se impugna es la decisión, resolución o laudo. Ello implica que el árbitro no es parte en dicha impugnación, con lo que, reiteramos, no entendemos qué hace la AESA en el procedimiento o afirmando que es parte demandada en el proceso, cuando no lo es. El conflicto planteado afecta al pasajero/consumidor y al empresario, y es resuelto (e impuesto) por el árbitro que, de momento, de las normas publicadas, solo es una persona la que ostente la Dirección de la Agencia. Si se impugna, el conflicto sigue siendo entre la compañía aérea como parte demandante y el pasajero/consumidor como parte demandada, y dentro de dicho proceso, el elemento relevante será la decisión, que se dice no ajustada a derecho. Pero el árbitro no es parte en la impugnación, puesto que tampoco fue parte en el arbitraje o ADR. Ojo, ello no ocurre solo en el arbitraje, también ocurre en la conciliación y la mediación, donde el conciliador o mediador no es parte cuando se ejercitan las acciones para invalidar los acuerdos por las causas que invalidan los contratos. Desde luego, la AESA no necesita ir a ratificar la decisión impugnada, dado que al tratarse de una entidad de derecho público, le basta con certificar el expediente administrativo y aportarlo cuando se le requiera para ello. Ella no va a ser demanda, ni sola, ni con el pasajero/consumidor, puesto que no tiene ningún conflicto con la compañía (carece legitimación para ello).

Finalmente, se dice que ello es una carga adicional para la AESA o para la Abogacía del Estado. Es de imaginar que la carga que supone ser parte demandada en un proceso —lo que siempre acontece en el orden contencioso-administrativo y que exquisitamente atiende la Abogacía del Estado, dado que ese es uno de sus trabajos principales—, será una cuestión que algún desarrollo posterior nos indicará, pues a lo que se refiere deja mucho que desear. Además, lo remata con la obligación para los empleados de ratificar la decisión en cada uno de los juicios que pudieran tener lugar. Con ello quiere ponerse de relieve que los empleados deben ir a ratificar cosas en el juzgado, de las que desconocen quién las dictó o solo han visto el documento. A ratificarse va quien se encuentre facultado para ello o quien la ha dictado, que ya hemos indicado que es la persona que ostenta la Dirección de la AESA. Si con ello se quiere poner de relieve que los asuntos

los deciden los empleados y los firma la Dirección (por eso van a ratificar sus documentos), por mal camino vamos, dado que eso no es un arbitraje y no cumple la equidad o el proceso debido y justo que exige la Directiva RAL y la Ley 7/2017. No estamos en un expediente administrativo, estamos en un arbitraje y requiere otras cuestiones, las que pide la Directiva RAL y la Ley 7/2017. Simplemente, para cerrar, difícil interpretación y comprensión para una reforma calificada urgente.

IV. PROBLEMAS DEL ADR DE TELECOMUNICACIONES

La Ley 7/2017 permite excepciones en cuanto a la regulación general de los ADRs en materia de consumo. Acabamos de hacer referencia al ADR de transporte aéreo y hemos dejado señalado el ADR financiero. Sin embargo, existen otras posibilidades, surgidas con anterioridad y ya puestas en marcha, que deberán acomodarse, con sus peculiaridades, a lo previsto en dicha Ley 7/2017 y, por tanto, a la Directiva RAL. A nadie se le escapa que uno de los sectores que más ha crecido es el de las comunicaciones electrónicas. Sector con mucha especialización (tanto técnica como normativa), que, dado el volumen de asuntos que mueve, genera bastantes controversias, tanto de usuarios/consumidores como entre empresarios, cuestión a la que no ha sido ajena ni la UE, ni el Gobierno español. Por ello, la Directiva de Servicio Universal²³ (art. 34) previó que, aunque el consumidor pudiera reclamar ante los tribunales, se debería garantizar, cuanto menos, a los usuarios finales que tuvieran la condición de consumidores, el acceso a un procedimiento extrajudicial, transparente, equitativo, sencillo, rápido y poco oneroso de resolución de los conflictos surgidos en torno a las materias reguladas respecto de los servicios de telecomunicaciones.

El art. 38.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (norma que transpone la Directiva citada) será quien contemple dicho procedimiento de ADR. No obstante, el precepto permite al consumidor, bien optar por los servicios generales de arbitraje de consumo (Juntas Arbitrales de Consumo), bien por el servicio especializado, destinado a los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones, personas físicas, aunque no sean consumidores, cuyo conocimiento se reservaba al Ministerio de Industria, Energía y Turismo (art. 38.1). Para ello

²³ Directiva de Servicio Universal 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

se creó la Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones,²⁴ unidad integrada en la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, con competencias específicas para el conocimiento, análisis y propuesta de resolución de los conflictos planteados por los usuarios en materia de telecomunicaciones.²⁵

Este ADR fue objeto de concreción por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril (BOE del 29), por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (art. 104.4), cuyo contenido fue derogado al incluirse en la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas (Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo —BOE del 30—; art. 27). El servicio se puso en marcha el 25 de abril de 2005, sin procedimiento aprobado para ello, pues fue la Orden ITC/1030/2007, de 12 de abril (BOE del 20), la que reguló el procedimiento de resolución de las reclamaciones por controversias entre usuarios finales y operadores de servicios de comunicaciones electrónicas y la atención al cliente por los operadores.

Pero lo dicho no fue la última versión. En la Ley 9/2014, de 9 de mayo (BOE del 10), General de Telecomunicaciones, el legislador, fruto —de nuevo— de la transposición al ordenamiento español de la normativa comunitaria, mejoró el régimen de derechos de los usuarios de telecomunicaciones y retocó la regulación de acceso a sistemas de ADR para la resolución de las controversias referidas a los derechos específicos reconocidos a los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas. Fue su art. 55 el que estableció las condiciones generales del ADR, en unas condiciones parecidas a las ya señaladas. Pero las condiciones no variaron, puesto que se mantuvo el procedimiento previsto en la Orden del sistema anterior.

En una materia tan cambiante, ahí no terminaba la cosa. Así, la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11

²⁴ Sobre dicho servicio, vid. Montoro (2022).

²⁵ Se trata de una Unidad creada dentro de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información del Ministerio de Economía y Empresa. Está prevista en el artículo 8.3 del Real Decreto 1554/2004, de 25 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Ahora dicha Unidad depende de la Subdirección General de Atención al Usuario de Telecomunicaciones y Servicios Digitales, dentro de la Dirección General de Telecomunicaciones y Ordenación de los Servicios de Comunicación Audiovisual, que forma parte de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales, en el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Al respecto, vid. Real Decreto 403/2020, de 25 de febrero (BOE del 27), por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

de diciembre de 2018 (DOUE de 17/12/2018, L 321/36), por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, procedió a modificar las reglas de juego, incluyendo una nueva versión del ADR en la materia, en el art. 25. Y como no podía ser de otra manera, ello ha dado lugar a su transposición, mediante la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (BOE del 29), acompañada de una LO para aquellos aspectos necesitados de tal regulación formal. En dicha norma se regula, en el art. 78 («Resolución de controversias»), el nuevo ADR, estableciendo que:

1. Los usuarios finales que sean personas físicas, incluidos los autónomos o trabajadores por cuenta propia, y las microempresas tendrán derecho a disponer de un procedimiento extrajudicial, transparente, no discriminatorio, sencillo y gratuito para resolver sus controversias con los operadores que suministren redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y otros agentes que intervienen el mercado de las telecomunicaciones, como los prestadores de servicios de tarificación adicional, cuando tales controversias se refieran a sus derechos específicos como usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas reconocidos en esta ley y su normativa de desarrollo y de acuerdo con lo recogido en la normativa europea.

A tal fin, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital establecerá mediante orden un procedimiento conforme al cual, los usuarios finales podrán someterle dichas controversias, con arreglo a los principios establecidos en el apartado anterior. Los operadores y otros agentes que intervienen el mercado de las telecomunicaciones estarán obligados a someterse al procedimiento, así como a cumplir la resolución que le ponga fin. En cualquier caso, el procedimiento que se adopte establecerá el plazo máximo en el que deberá notificarse la resolución expresa, transcurrido el cual se podrá entender desestimada la reclamación por silencio administrativo, sin perjuicio de que el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital tenga la obligación de resolver la reclamación de forma expresa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La resolución que se dicte podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Mediante real decreto se podrá prever que los usuarios finales que sean pequeñas y medianas empresas y organizaciones sin ánimo de lucro puedan también acceder a este procedimiento de resolución de

controversias en defensa de sus derechos específicos de comunicaciones electrónicas.

2. Lo establecido en el apartado anterior se entiende sin perjuicio del derecho de los usuarios finales a someter las controversias al conocimiento de las Juntas arbitrales de consumo, de acuerdo con la legislación vigente en la materia. Si las Juntas arbitrales de consumo hubieran acordado el inicio de un procedimiento, no será posible acudir al procedimiento del apartado anterior a no ser que la solicitud haya sido archivada sin entrar en el fondo del asunto o las partes hayan desistido del procedimiento arbitral.

Tras la lectura del precepto, y dado el recorrido seguido, pudiera parecer que basta, de alguna de las maneras, con retocar el procedimiento previsto en la Orden y continuar con el sistema implantado. Pero realmente la Directiva no pide eso, dado que lo que dice el art. 25 de la Directiva no se ha recogido, de forma expresa, en la ley. La Directiva, es decir, el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas exige adaptación a la Directiva RAL, y, por tanto, a la Ley 7/2017, y desde luego, lo señalado en el art. 78 de la Ley de Telecomunicaciones no cumple dichos requerimientos, y lo previsto, desde hace años, en la Orden sobre el procedimiento de ADR, tampoco. Basta con una lectura de ambas normas para llegar a tal conclusión. No negamos la eficacia y efectividad de la Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones, pero la Directiva RAL y la Ley 7/2017 exigen otras cualidades y calidades que dicho servicio, a tiempo presente, no cumple. Y empiezo por lo más simple: ¿somos conscientes todos los consumidores de ese servicio? Creo que la respuesta es fácil, dado que no somos conscientes, luego primer incumplimiento, y eso que tal criterio se debería cumplir desde el año 2017 y estamos a 2022. No hacía falta para ello esperar al Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas para los cambios, pues debían, por razones internas y cumplimiento de la Ley 7/2017, haberse ya implementado, dado que se están incumpliendo normas comunitarias y nacionales. De hecho, estábamos en la creencia que dichas cuestiones se dilucidaban en el arbitraje de consumo, y descubrimos ahora que hay otro ADR complementario.

No voy a referenciar todas las cuestiones que puede suscitar este ADR, muchas de las cuales son semejantes a las que se plantean con el ADR de transporte aéreo. Lo que sí reafirman es la necesidad de una ley general de ADR en materia de consumo, pues el grado de información que tienen los consumidores en la materia hace «aguas», y uno piensa que, además, ya son profundas. Otra pregunta retórica: ¿el robot que nos atiende en materia de atención al cliente en la mayoría de las operadoras de telefonía, nos indica

la existencia del Servicio de Atención al Usuario, para poder reclamar? La respuesta es no, y si lo cambiamos por la página web de las empresas, mejor lo dejamos; suerte al que encuentre una explicación para poder reclamar (en la mayoría de los casos nos remiten a un WhatsApp para resolvernos las dudas).

No obstante, no me resisto a apuntar algunas cuestiones (y habrá que esperar al desarrollo para ver el resultado final, aunque cabe, como en casos anteriores, que el sistema siga siendo el mismo, aunque hubiera modificaciones y exigencias nuevas). Así en cuanto a la acreditación. El Servicio de Atención al Usuario debe acreditarse para cumplir con las previsiones de la Directiva RAL y la Ley 7/2017, aunque el art. 78 de la Ley de Telecomunicaciones guarde silencio, pues se lo exige el Código Europeo de Telecomunicaciones (no podía ser de otra manera). Nada se dice, lo cual, si la norma es del año 2017, deja mucho que desear. De hecho, debería haber aparecido la cuestión de forma expresa en la ley. Dicha entidad debe tener un estatuto que debe aprobarse por ley o por reglamento, cuando el resultado del ADR (estamos en un arbitraje, aunque ahora volveremos sobre ello) sea vinculante para el consumidor.

El art. 78 de la Ley de Telecomunicaciones nos indica que el acceso al ADR para el consumidor es facultativo (de hecho, puede optar por el arbitraje de consumo) y obligatorio para la empresa, pero una vez admitido el ADR, el resultado es vinculante para ambas partes, que pueden impugnarlo ante el orden contencioso-administrativo (cuestión con la que no estamos de acuerdo y en un momento abordaremos), impugnación que será obligatoria para consumidor y empresario. Pero hay más problemas, al margen de la información que debe suministrarse a los consumidores para poder acreditarse. La orden actual prevé un procedimiento que es administrativo, pero no el procedimiento de un arbitraje (tampoco es el de una conciliación o mediación). En él se nos indica que habrá una persona de apoyo, y tal como se estructura, será quien lleve el peso del procedimiento, haciendo una propuesta de resolución al órgano encargado de resolver, que no se indica. Por ello no sabemos exactamente cuál será la entidad para acreditar, pero de la orden actual se puede intuir que será la persona que ostente la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales. Si ello fuera así, hay más problemas. El primero, el personal debe ser cualificado y cumplir los requerimientos de la Directiva RAL y de la Ley 7/2017 (sobre todo en materia jurídica). Además, buena parte de tales requisitos deben concurrir en la persona que ostente la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones e Infraestructuras Digitales, dado que será el árbitro. Y ello acrecienta otros problemas, dado que dicho

órgano posiblemente lleve aparejadas funciones sancionadoras frente a las empresas, y ello, desde el plano de la imparcialidad exigible a un árbitro, deja mucho que desear.

El art. 78 de la Ley de Telecomunicaciones tampoco es claro en cuanto a la voluntariedad del arbitraje para el consumidor, puesto que da por sobreentendido ese criterio, cuando lo correcto es que lo dijera de forma expresa. Solo se dice respecto de las empresas, para las que el ADR es obligatorio, si lo solicita el consumidor. Además, dictada la resolución es ejecutiva. Sorprende que, en las versiones actuales, nada se diga de la posibilidad de autoejecución por parte de la administración, dado que la orden señala que se trata de un procedimiento administrativo (que no lo es). E incluso se prevén sanciones por el incumplimiento. No obstante, al ser obligatorio para el empresario, como ya hemos indicado anteriormente, y por aplicación de la doctrina del TC y del TJUE, debe permitírsele que pueda impugnar la decisión, y así se hace, ante el orden contencioso-administrativo, aunque pensamos que ello vulnera derechos fundamentales, y en un momento lo vamos a plantear.

Poco o nada sabemos del procedimiento, dado que la orden es parca en la materia. Desde luego, lo que contempla es irrisorio (posiblemente al pensar que se trata de un procedimiento administrativo y remitirse a las leyes de procedimiento administrativo generales). En cuanto al principio de equidad o de proceso justo, exigible en la materia, aunque el procedimiento sea contradictorio no cumple con los requerimientos básicos que exige la UE. Ya veremos los plazos que fija, que ahora deben ser noventa días naturales máximo para resolver y notificar, y sin suspensiones que no permite la Directiva RAL.

Dejamos para el final un par de cuestiones, a saber, los efectos que son importantes y el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, que también lo es. Nada se dice de la interrupción o suspensión de plazos, de prescripción o de caducidad (estamos en una controversia de derecho privado y se aplican las normas de derecho privado, no las de derecho administrativo), si luego queremos reclamar en vía judicial, y la Directiva RAL y la Ley 7/2017 así lo exigen. Pero tampoco es que nos diga gran cosa sobre el carácter vinculante de la decisión que, como en otros supuestos, hay que extraer del precepto. La decisión (o laudo) es vinculante para las partes, pues nos encontramos ante un ADR en el que el tercero impone la solución. No es facilitativo ni tampoco propositivo, es impositivo, y eso es un método heterocompositivo de solución de conflictos (el que tiene el consumidor con el empresario), y dado que no estamos en el Poder Judicial, solo puede ser un arbitraje administrado por el Estado.

Con ello llegamos al último punto que voy a señalar. La Directiva RAL para este tipo de arbitraje, que es obligatorio para el empresario, exige que quede abierta la vía judicial para impugnar la decisión. Y así se hace, aunque genere muchas dudas. En el caso del empresario, dada la formulación, pocas, puesto que podría ir al contencioso-administrativo (no entramos a qué órgano jurisdiccional, pues no sabemos exactamente cuál será la entidad acreditada para fijar dicho criterio de competencia) a revisar la decisión. Pero, en el caso del consumidor, ¿solo tendrá efectos revisores de lo resuelto o debería tener más facultades, como ocurre en el ADR de transporte aéreo? Nada sabemos, habrá que esperar al desarrollo. Aunque, antes de negar que el tema sea una atribución del orden contencioso-administrativo, quisiéramos reflejar una cuestión que lleva suscitándose desde 2005, cuando entró en vigor el sistema de ADR de telecomunicaciones. Resulta que, si nos vamos al arbitraje de consumo, la pretensión del consumidor, al resolver el arbitraje, si le es desfavorable y la quiere impugnar, tiene lugar ante el orden civil. Si el consumidor pone en marcha el ADR de telecomunicaciones y lo abandona, reclamará en vía civil y no en vía contencioso-administrativa, puesto que el conflicto lo tiene con la empresa y es de carácter privado. Sin embargo, si se somete al ADR de telecomunicaciones y se dicta decisión, no sabemos cómo, el conflicto privado se transforma en público y automáticamente tiene que ir al orden contencioso-administrativo. Desde luego dicha cuestión ni la entendemos, ni la compartimos, puesto que la pretensión ejercitada sigue siendo la misma. Que se le reconozcan sus derechos frente al empresario, luego no tiene carácter revisor en sentido estricto, dado que la administración dicta el laudo, pero no tiene el conflicto con el consumidor.

Y ello nos lleva al último punto a tratar. El art. 78 de la Ley de Telecomunicaciones (y lo mismo habría que decir de las anteriores versiones, en anteriores leyes) no se ajusta a la Constitución, pues vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2, CE y art. 122.1, CE), que establece que solo la Ley Orgánica del Poder Judicial puede fijar las atribuciones de los órganos jurisdiccionales en dicha norma, de forma expresa. Esto además contradice la regulación básica de atribuciones previstas en el art. 9, LOPJ, amén de los preceptos relativos a las atribuciones de los diferentes órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo que guardan silencio sobre la materia.²⁶ La Ley Orgánica 5/2022, de 28 de junio (BOE del 29), complementaria a la Ley

²⁶ En parecidos términos, para el Proyecto de Orden de ADR de transporte aéreo, vid. Pérez (2019, p. 34).

General de Telecomunicaciones y de modificación de la LOPJ, nada dice sobre la materia, dado que la modificación afecta a otras cuestiones de la Ley de Telecomunicaciones. Y como ya hemos señalado, nos encontramos ante un conflicto de consumo, de derecho privado, entre el consumidor y su compañía de telecomunicaciones, que es resuelto por la administración, a través de un ADR, en la que actúa como órgano que resuelve el conflicto, pero no como parte. Ello es parte de las atribuciones previstas en el art. 9.2, LOPJ para el orden civil, pero no de las atribuciones previstas en el art. 9.5, LOPJ para el orden contencioso-administrativo. Así, en apoyo de dicha reflexión podemos tomar como referencia la STC 128/2018, de 29 de noviembre (Fund. Jco. 3º):

3. La primera de las dudas constitucionales que plantea el órgano judicial y la que, en un orden lógico, precede a las demás, por afectar a la correcta formación del sistema de fuentes, es la relativa al rango de la norma cuestionada. El órgano judicial afirma que tiene rango de ley ordinaria en lugar del rango de ley orgánica que, a su juicio, le vendría exigido en virtud del artículo 122.1 CE. La Fiscal General del Estado comparte esa tacha de inconstitucionalidad, mientras que el Abogado del Estado la rechaza.

La doctrina constitucional sobre el alcance de la específica reserva de Ley Orgánica que instituye el artículo 122.1 CE se encuentra recogida en las SSTC 224/1993, de 1 de julio, FJ 3; 54/1994, de 21 de septiembre, FJ 4, y 121/2011, de 7 de julio, FJ 3, como han coincidido los intervinientes en el trámite de audiencia y el propio promotor de la cuestión. Ahora bien, esos intervinientes y la Sala promotora de la cuestión difieren en cuanto a la forma de interpretar esas resoluciones.

La STC 224/1993 (FJ 3) definió así el canon que debe aplicarse para resolver esta duda de constitucionalidad:

«Aunque no existe, en la doctrina, una construcción acabada y pacíficamente aceptada sobre las materias incluidas en el término “constitución” de los Juzgados y Tribunales que el art. 122.1 C.E. reserva a la Ley Orgánica del Poder Judicial, resulta indudable que ese vocablo debe comprender, como mínimo, en lo que aquí interesa, la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso.»

«[S]in perjuicio de la definición de cada uno de los órdenes jurisdiccionales efectuada in abstracto por el Legislador orgánico, cabe que el Legislador ordinario concrete las materias específicas

objeto del conocimiento de tales órdenes, produciéndose, de este modo, una colaboración entre ambas formas normativas – Ley Orgánica y Ley ordinaria– que no obsta a la reserva establecida en el artículo 122.1 C.E. y que, por tanto, resulta constitucionalmente lícita (cfr., sobre la admisibilidad de semejante colaboración dispuesta en las leyes orgánicas, la STC 137/1986, fundamento jurídico 3). Por consiguiente, siendo en principio correcto en términos constitucionales que una Ley ordinaria atribuya a determinado orden jurisdiccional el conocimiento de tales o cuales asuntos, integrando los genéricos enunciados de la LOPJ, la cuestión ha de radicar en la verificación del grado de acomodo de aquélla a las previsiones de ésta, que, como propias de la reserva reforzada instituida por la Constitución, resultan indisponibles para el Legislador ordinario y gozan frente al mismo de la fuerza pasiva característica de las Leyes Orgánicas (art. 81.2 C.E.), de modo que la Ley ordinaria no pueda excepcionar frontalmente o contradecir el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la Ley Orgánica.»

Esto último es lo que ocurría en el concreto caso resuelto por la STC 224/1993. El Tribunal Constitucional no vio, en principio, un problema de constitucionalidad en que el legislador ordinario especificara las competencias definidas genéricamente por el legislador orgánico, pero sí en el hecho de que esa atribución específica no se ajustara a la definición genérica de las competencias de los órdenes jurisdiccionales diseñada en la ley orgánica:

«El art. 9.4 de la LOPJ atribuye a los órganos de la jurisdicción contencioso- administrativa el conocimiento de la impugnación de los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo. Consecuentemente, al Legislador ordinario le está vedado, so pena de infringir el art. 81.2 C.E., detraer del conocimiento de esos órganos el recurso instituido para reaccionar contra actos que son típicamente administrativos en razón de su naturaleza y origen [se trataba de los actos adoptados por el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario]. Tal sucede en el presente caso, de modo que la disposición legal cuestionada, al adscribir al orden jurisdiccional civil el conocimiento de dichos actos, que son el sustrato que origina la presente cuestión, modifica en un aspecto particular el diseño previsto en el art. 9.4 de la LOPJ sin revestir la forma de Ley Orgánica, contraviniendo así lo dispuesto en la Constitución (art. 81.2), por lo que ha de declararse inconstitucional y nula (FJ 4).»

(...)

De nuevo, la STC 121/2011, de 7 de julio, FJ 3, recapitulando el canon aplicable en este ámbito, recordó que el contenido preciso de las materias sujetas a una reserva de ley orgánica debe recibir una interpretación restrictiva; afirmó que «no toda la materia competencial debe estar reservada en la Ley Orgánica del Poder Judicial»; y señaló que del diseño de dicha Ley resultaba “un sistema en el que la Ley Orgánica del Poder Judicial establece los criterios generales de atribución y las leyes ordinarias concretan esos criterios en cada ámbito específico”, “función de concreción de los enunciados del art. 9 LOPJ que es cumplida primordialmente por las normas procesales de cabecera de los diferentes órdenes jurisdiccionales (Ley de enjuiciamiento civil, Ley de enjuiciamiento criminal, Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa y Ley de procedimiento laboral), sin perjuicio de que pueda también llevarse a cabo en otras normas procesales”».

V. PUNTUALIZACIONES AL ADR FINANCIERO²⁷

Señalábamos que la Ley 7/2017 contemplaba dos excepciones al sistema general de ADR de consumo. Ya hemos hablado del ADR de transporte aéreo y hemos intercalado el ADR de telecomunicaciones, también relevante. Ahora toca hablar de las entidades de resolución alternativa en el ámbito de la actividad financiera, previstas en la Disposición adicional primera de la Ley 7/2017. Y dicha norma establece:

1. Para la resolución, con carácter vinculante o no, de litigios de consumo en el sector financiero, será creada por ley, y comunicada a la Comisión Europea, tras su acreditación por la autoridad competente, una única entidad, con competencias en este ámbito. Esta ley obligará a las entidades financieras a participar en los procedimientos ante dicha entidad de resolución alternativa de litigios para el ámbito de su actividad. El resto de entidades acreditadas que den cobertura a reclamaciones de consumo de todos los sectores económicos, podrán conocer igualmente de este tipo de litigios, siempre que ambas partes se hayan sometido voluntariamente al procedimiento.

2. A estos efectos, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales, en el plazo de ocho meses desde la entrada en vigor de esta ley, un proyecto

²⁷ Con carácter general sobre la defensa del consumidor de productos financieros, vid. Blanco (2022). Sobre la entidad de resolución alternativa, al hilo de la Ley RAL, vid. Sánchez (2018).

de ley que regule el sistema institucional de protección del cliente financiero, así como su organización y funciones.

3. Hasta que entre en vigor la ley prevista en el apartado anterior, los servicios de reclamaciones regulados en el artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, acomodarán su funcionamiento y procedimiento a lo previsto en la presente ley y, en especial, se garantizará su independencia organizativa y funcional en el seno del organismo donde están incardinados con el fin de poder ser acreditados como entidad de resolución alternativa de litigios financieros.

Es obvio que no se ha cumplido el mandato al legislador ni dicho proyecto de ley que regule el sistema institucional de protección del cliente financiero, así como su organización y funciones. De momento no ha sido posible y eso que, en medio, hemos asistido a un ingente volumen de pleitos civiles sobre entidades financieras, en el que los reclamantes han sido los consumidores, pero se ve que no era ni urgente, ni conveniente. Piénsese simplemente en las diferentes controversias sobre «hipotecas» y lo que han supuesto para la administración de justicia, y el tiempo que han tenido que esperar aquellas personas que demandaban tutela judicial efectiva. Pero no tocaba. No obstante, por fin, el Consejo de Ministros, del 5 de abril de 2022, ha aprobado en primera vuelta el Anteproyecto de Ley de creación de la Autoridad Independiente de Defensa del Cliente Financiero, con el doble objetivo de reforzar el sistema de resolución extrajudicial de reclamaciones entre las entidades y los clientes de productos bancarios, valores y seguros, e impulsar la educación e inclusión financiera. Este Anteproyecto puede ser consultado en la página web del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

Nos encontramos ante un Anteproyecto ambicioso que, en una primera consulta, parece que rezuma buena parte de los requerimientos exigidos por la Ley 7/2017 y por la Directiva RAL. El sistema trata de subvenir las necesidades, no solo de los consumidores, sino de los clientes financieros, es decir, todas las personas físicas o jurídicas, y las entidades sin personalidad jurídica, españolas o extranjeras, que estén debidamente identificadas y que sean usuarias de los servicios financieros prestados por entidades financieras, siendo estas, entre otras, las que están sometidas a la supervisión del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores o de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (art. 2, Anteproyecto).

El sistema institucional de resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes tiene encomendada la resolución de

las reclamaciones de los clientes financieros de forma sencilla, ágil, eficaz, gratuita para los clientes e imparcial. Dicho sistema se articula a través de la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero y los servicios de atención a la clientela y defensores de la clientela de las entidades financieras (art. 5, Anteproyecto). La autoridad administrativa independiente se adscribe al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, a través de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa. Los servicios de atención a la clientela dependen de las diferentes entidades reclamadas.

Como en otros casos —y debiera decirse—, se omite toda referencia a qué tipo de ADR se articula, lo que resuelve inconvenientes. El sistema no es una conciliación ni tampoco una mediación, ni en la parte de los servicios de atención al cliente, ni en la parte relativa a la autoridad independiente. La reclamación ante los servicios de atención al cliente se tratará de una negociación que puede llegar a buen puerto o no. Si no hay acuerdo se puede reclamar ante la autoridad independiente, con lo que su puesta en marcha es voluntaria, facultativa para los clientes financieros, que si no lo creen conveniente pueden dirigirse a los tribunales. Con el PLMEPSPJ, este trámite ante los servicios de atención al cliente será obligatorio para poder demandar —lógicamente, al tratarse de cuestiones de derecho privado— ante el orden civil. Sin embargo, en cuanto a las entidades financieras, pese a que la Ley 7/2017 así lo señala y también lo hace la Exposición de Motivos del Anteproyecto, nada se dice, de forma expresa, sobre el carácter obligatorio del ADR ante la autoridad independiente, salvo error u omisión mía. Dicha cuestión es relevante, y así lo indican la Directiva RAL y la Ley 7/2017, sobre todo por los efectos que esta vinculación produce, al fijar un sistema de ADR obligatorio para las entidades financieras, como ya hemos visto en otros ADR anteriores.

Recordemos, no es un conflicto contra la administración pública, sino contra la entidad financiera; la administración solo gestiona y resuelve el ADR. Por ello, como no se trata de un ADR cuyo resultado es facilitar la solución ni proponer la solución, la regla general es que la autoridad independiente resuelve, luego impone una solución, y ello se trata de un arbitraje, como en otros casos, administrado por esta autoridad independiente pública. Ahora bien, si miramos los efectos que produce la resolución, podemos ver que las cosas se complican. Así, el art. 41 del Anteproyecto nos indica que la resolución que pone fin al procedimiento se decide en derecho. Pero en el apartado segundo de dicho precepto se indica que, si el importe reclamado es inferior a veinte mil euros, la resolución será vinculante para la entidad financiera (y para el cliente financiero, añadimos nosotros). Con

ello simplemente nos señala que hasta esa cuantía el ADR es un arbitraje, facultativo para el cliente financiero, obligatorio para la entidad financiera y ejecutivo para la entidad financiera que, además, deberá cumplir la resolución en el plazo de treinta días hábiles a contar desde la notificación de la resolución.

Pero si la cuantía fuera igual o superior a veinte mil euros (apartado 3 del art. 41 del Anteproyecto), las resoluciones no serán vinculantes para ninguna de las partes. Esta expresión nos deja en una indefinición que debiera solventarse. ¿Con ello se quiere decir que las partes pueden hacer lo que crean conveniente? Pues en tal caso no hay una verdadera resolución, sino que se trata de una mera propuesta de resolución y no de un arbitraje; es una «pseudo mediación». Además, deja abierto que no será ejecutiva, puesto que, al tratarse de un arbitraje obligatorio, las partes tienen derecho a acudir a los tribunales, y la expresión «no vinculante» simplemente denota «no ejecutiva». Pero ¿cómo la hacemos ejecutiva? El Anteproyecto guarda silencio sobre ello (y la hipótesis se puede colmar de diferentes formas). Esta cuestión debiera arreglarse.

No vamos a ocuparnos de todas las cuestiones, solo tres. La primera, en materia de prueba (art. 35, Anteproyecto) la regulación es escasa para tratarse de un procedimiento de arbitraje, al menos hasta los veinte mil euros. La segunda, se ha instaurado un sistema de tramitación y decisión peculiar, apoyado en la vertiente administrativa y no la de solución de conflictos, parecida a la prevista en materia de «régimen sancionador», lo cual no es precisamente lo más conveniente (arts. 17-19, Anteproyecto). Así, el procedimiento es «instruido» por una persona, que son los vocales, asignados conforme a las reglas de reparto, que elevarán el expediente junto con la propuesta de resolución a la sección correspondiente, que será quien lo decida. Dicha sección es un órgano colegiado, compuesto por un número impar de tres o más vocales. El vocal que instruye no decide, pero puede asistir a las reuniones en calidad de ponente, con voz, pero sin voto. Con ello es de imaginar que se quiere salvar la idea de posible oralidad e inmediatez en la gestión del conflicto, pues el colegio arbitral que decide, carece por completo de ella, y eso es algo que está claro en el Anteproyecto, pero deja mucho que desear desde el ángulo del procedimiento equitativo que exige la Ley 7/2017.

Por último, vuelvo sobre el tema del acceso a la jurisdicción. El art. 43 del Anteproyecto nos indica que las resoluciones vinculantes de la autoridad administrativa independiente pondrán fin a la vía administrativa y no serán susceptibles de recurso de reposición. Cualquiera de las partes podrá recurrir estas resoluciones vinculantes ante la jurisdicción contencioso-

administrativa. Tal como está redactado, ello significa que solo los asuntos inferiores a veinte mil euros admiten esa opción. Eso deja la duda de los asuntos iguales o superiores a veinte mil euros; ¿admiten reposición? Y en el ángulo más importante, si no se recurre ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la razón debe ser que no se trata de una resolución, sino de una propuesta de resolución que, si no se acepta por ambas partes, harán uso de su derecho como mejor convenga. Claro que en este caso hacer uso de ese derecho supone que, si se van a los tribunales, son del orden civil. ¿Se asume dicha contradicción? Que además se apoya en el art. 44 del Anteproyecto en materia de costas procesales, precepto, tampoco bastante afortunado.

Finalmente, reitero en esta materia respecto de lo dicho para el ADR de Telecomunicaciones. El art. 43 del Anteproyecto no se ajusta al art. 24.2, CE ni al art. 122.1, CE. Para que las cuestiones que son parte del ADR que se prevé, dejen de ser una atribución del orden civil, habrá que modificar la LOPJ y retocar su art. 9, y el precepto relativo a las atribuciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Esto, puesto que se trata de asuntos civiles, conforme al art. 9.2, LOPJ, y no basta con la modificación del art. 11 de la LJCA, como se propone en la Disposición final segunda del Anteproyecto.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Américo, J. (2022). Virtualidad y caracteres de la justicia alternativa. En F. Ruiz & J. Fernández (coords.), *Mediación Civil y Mercantil* (tomo I, pp. 43-52). Tirant lo Blanch.
- Armenta, T. (2022). ODR: otra mirada sobre la eficacia, los ADR y la tecnología disruptiva. En M. Romero (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (pp. 533-564). Tirant lo Blanch.
- Badenas, J. (1993). *El sistema arbitral de Reclamaciones de Consumo*. Generalitat Valenciana.
- Barona, S. (2022). Fundamento, evolución y contenido de la disciplina en el Siglo XXI. En J. Gómez & S. Barona (coords.), *Introducción al Derecho Procesal* (pp. 35-44). Tirant lo Blanch.
- Barona, S. (2021). *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la «Smart Justice»*. Tirant lo Blanch.
- Barona, S. (2014). «Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces to Justice». Luces y sombras en Europa. *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 4, 1-29.
- Barona, S. (2011). Las ADR en la justicia del Siglo XXI, en especial la mediación. *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte*, 18(1), 185-211.
- Bellido, R. (2022). Nuevos impulsos a la mediación y a otros MASC para la resolución de controversias de derecho privado en derecho español (a propósito del Anteproyecto de Ley de Medidas de eficiencia procesal). En S. Barona (ed.), *Meditación sobre Mediación (MED+)* (pp. 97-125). Tirant lo Blanch.

- Blanco, A. (2022). La defensa del consumidor de productos financieros ¿una nueva realidad en la era digital? En M. Romero (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (pp. 506-531). Tirant lo Blanch.
- Bonet, A. (1997). Fuentes y caracteres del arbitraje de consumo. En I. Quintana & A. Bonet (dirs.), *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo* (pp. 49-51). Aranzadi.
- Catalán, M. (2022). La plataforma europea de ODR de consumo: balance, aciertos y desaciertos. En M. Romero (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (pp. 565-591). Tirant lo Blanch.
- Catalán, M. (2018). El derecho fundamental de acceso a la justicia de los consumidores. *Estudios de Deusto*, 66(2), 323-346. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp323-346](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp323-346).
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2022). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación con la Guía para su incorporación al derecho interno y utilización (2018)*. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/22-01366_mediation_guide_s_ebook.pdf
- Colmenero, J. (2022a). Algunas consideraciones sobre la reforma de los MASC en el Anteproyecto de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. *Revista La Ley Mediación y Arbitraje*, 10, 1-32.
- Colmenero, J. (2022b). Los procedimientos de resolución alternativa de litigios en que resultan de aplicación los reglamentos de la unión europea en materia de protección de los usuarios del transporte aéreo. En M. Romero (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (pp. 445-506). Tirant lo Blanch.
- Colmenero, J. (2008). La Mediación-Conciliación en el ámbito laboral. *Revista electrónica del Ilustre Colegio Nacional de Secretario Judiciales*. <https://letradosdejusticia.es/la-mediacion-conciliacion-en-el-ambito-laboral/>
- Colmenero, J. (2000). *La resolución del arbitraje en equidad*. Consejería de Trabajo e Industria.
- Colomer, I. (2022). Límites y requisitos para la sumisión de los consumidores a métodos alternativos de solución de conflictos. En M. Romero (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (pp. 409-444). Tirant lo Blanch.
- Díaz, J. (2022). Sistemas alternativos de resolución de conflictos y jurisdicción estatal. En F. Ruiz & J. Fernández (coords.), *Mediación Civil y Mercantil* (tomo I, pp. 53-66). Tirant lo Blanch.
- Escalona, D. (2022). Mecanismos de resolución de conflictos en un mundo telemático. Una visión práctica desde la Junta de Andalucía. En M. Romero (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (pp. 109-127), Tirant lo Blanch.
- European Commission. (s. f.). *Online Dispute Resolution*. <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.adr.show2>
- Fernández, J. (2022). Mediación y Sistemas alternativos de resolución de conflictos. En F. Ruiz & J. Fernández (coords.), *Mediación Civil y Mercantil* (tomo I, pp. 67-108). Tirant lo Blanch.

- Guzmán, V. (2022). Acceso a la justicia de los consumidores revisitado en el auge de la inteligencia artificial. En M. Romero (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (pp. 863-885). Tirant lo Blanch.
- Llorente, M. (2022). Inteligencia Artificial aplicada a la tutela de los derechos de consumidores y usuarios. En M. Romero (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (pp. 887-909). Tirant lo Blanch.
- López, V. (2022). Mediación y otros MASC. ¿Hacia la ampliación y mejora del acceso a la justicia o la sola consecución de eficiencia procesal? En S. Barona (ed.), *Meditación sobre Mediación (MED+)* (pp. 127-157). Tirant lo Blanch.
- Marcos, D. (2022). Reflexiones en torno a los MASC en el Anteproyecto de Ley de Medidas de eficiencia procesal. En S. Barona (ed.), *Meditación sobre Mediación (MED+)* (pp. 63-96). Tirant lo Blanch.
- Montero, J. (1985a). Comentario al art. 460. En V. Cortés (coord.), *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 34/1984 de 6 de agosto de 1984* (pp. 317-319). Tecnos.
- Montero, J. (1985b). Comentarios al Título Primero —De los actos de conciliación— del Libro Segundo —De la Jurisdicción Contenciosa—. En V. Cortés (coord.), *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 34/1984 de 6 de agosto de 1984* (pp. 305-315). Tecnos.
- Montoro, J. (2022). La oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones como ADR para los usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas. En M. Romero (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (pp. 631-645). Tirant lo Blanch.
- Moreno, V. (2022). Inteligencia artificial y resolución de conflictos de consumo. En M. Romero (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (pp. 841-862). Tirant lo Blanch.
- Nadal, I. (2021). Presente y futuro de las reclamaciones de los pasajeros de transporte aéreo. Análisis de las reformas procesales pendientes. *Revista Justicia*, 2, 178-194.
- Palao, G. (2019). Acceso de los consumidores a la Justicia en la Unión Europea y Mercado Globalizado. *Revista da Faculdade de DIREITO da Universidade Federal de Uberlândia*, 77(1v), 61-91.
- Peiteado, P. (2018). Consideraciones sobre la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la mediación obligatoria. *Estudios de Deusto*, 66, 283-322.
- Pérez, V. (2022). El orden público comunitario y las facultades del juez. En M. Romero (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (pp. 187-206). Tirant lo Blanch.
- Pérez, V. (2019). La imposición de los ADR ope legis y el derecho a la tutela judicial efectiva. *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2, 1-40.
- Pillado, E. (2022). Mediación de consumo: situación actual y perspectiva de futuro. En M. Romero (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (pp. 367-408). Tirant lo Blanch.
- Pillado, E. (2018). Incidencia de 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, sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo. En M. Ariza & M. Fernández-Figares (dirs.), *La Resolución Alternativa de Litigios en Materia de Consumo* (pp. 15-41). Thomson Reuters Aranzadi.

- Romero, M. (2022). El acceso de los consumidores a la justicia y la solución de los conflictos de consumo. En M. Romero (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (pp. 33-76). Tirant lo Blanch.
- Sánchez, L. (2018). La nueva entidad de resolución alternativa en el ámbito de la actividad financiera. En M. Ariza & M. Fernández-Figares (dirs.), *La Resolución Alternativa de Litigios en Materia de Consumo* (pp. 207-223). Thomson Reuters Aranzadi.
- Schumann, G. (2022). Derecho europeo de consumo y tutela judicial efectiva. La tutela de los consumidores y usuarios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En M. Romero (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (pp. 249-264). Tirant lo Blanch.
- Valiño, A. (2022). Resolución de litigios en línea en los procedimientos judiciales: algunas consideraciones acerca de la importancia de contar con una formación adecuada. En M. Romero (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (pp. 675-689). Tirant lo Blanch.
- Valiño, A. (2019). Más allá de los métodos alternativos clásicos al proceso judicial: otras formas de resolución de conflictos. *Cadernos de Dereito Actual*, 11, 201-224.

NUEVAS TENDENCIAS EN LA TUTELA DE LOS CONSUMIDORES: ARBITRAJE ELECTRÓNICO Y ARBITRAJE COLECTIVO

Dra. Ana Montesinos García*

*Profesora de Derecho Procesal
Universitat de València*

SUMARIO: I. Introducción: los consumidores en la era digital. II. El arbitraje electrónico de consumo. 1. ¿En qué consiste el arbitraje electrónico de consumo? 1.1. Principales rasgos. 1.2. Ventajas y obstáculos. 2. El proceso arbitral electrónico. 2.1. El convenio arbitral electrónico. 2.2. Desarrollo del procedimiento. 3. El arbitraje de consumo electrónico español. III. El arbitraje colectivo de consumo. 1. La interposición de acciones colectivas de consumo en el arbitraje. 1.1. Principales desafíos 1.2. El arbitraje como medio capaz de resolver conflictos masivos de consumidores. 1.3. Propuestas para su puesta en marcha. 2. Dos experiencias paradigmáticas. 2.1. El arbitraje de clase en Estados Unidos. 2.1.1. Nacimiento y evolución del arbitraje de clase. 2.1.2. El procedimiento arbitral de clase. 2.2. El arbitraje de consumo colectivo español. 2.2.1. Características y procedimiento. 2.2.2. ¿Se tutelan verdaderamente derechos e intereses colectivos? IV. Reflexiones finales. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: LOS CONSUMIDORES EN LA ERA DIGITAL

Hemos sido testigos en las últimas décadas de un cambio profundo en las relaciones de consumo, provocado principalmente por el desarrollo de los medios tecnológicos y la internacionalización de los mercados. Por un lado, el comercio electrónico crece a un ritmo galopante y la pandemia provocada por el COVID-19 no ha hecho sino potenciar su difusión. Por otro lado, asistimos a un aumento de la litigiosidad masiva, a la que no tenemos más remedio que hacer frente.

* Miembro del grupo de investigación I+D Mediación y Arbitraje (MedArb) de la Universitat de València.

Este escenario nos permite hablar de dos nuevas tendencias en la tutela de los consumidores. En primer lugar, con la aparición de los mercados virtuales, la dinámica transnacional entre consumidores y comerciantes ha variado de manera drástica y son muchos los cambios que se han producido con respecto al comercio tradicional. Para el consumidor, el comercio electrónico ofrece múltiples ventajas, entre las que destaca la posibilidad de contratar con los comerciantes de todo el planeta sin restricción de horarios o territorios. Sin embargo, cuando surge un conflicto, son numerosas las aristas que se ven implicadas (deslocalización de las partes, carácter internacional de la controversia, dificultades en la determinación del foro competente, diferencias de lengua y cultura, etc.), por lo que el recurso a los tribunales estáticos no parece la solución más deseable. Si a todo ello añadimos la escasa importancia económica del litigio que pudiera nacer de un incumplimiento contractual, en contraposición con la duración y costes de entablar una acción por vía judicial, el recurso a los mecanismos de resolución de litigios alternativos a la justicia (ADR), especialmente cuando se desarrollan *online* (ODR), se presenta cada vez más necesario y evidente.¹ Las disputas que nacen en o a través de la Red necesitan procedimientos de resolución de conflictos accesibles y ágiles, con capacidad de respuesta rápida para afrontar litigios con alto grado de internacionalización que exigen ser resueltos por el mismo medio por el que fueron originados, es decir, electrónicamente.² De ahí que hayamos decidido centrar la primera parte de este trabajo en el arbitraje de consumo electrónico, como medio de resolución de conflictos altamente eficaz para resolver las controversias de los consumidores en la era digital.

En segundo lugar, debemos ser conscientes de que los mercados de consumo crecen cada vez más, a la vez que adquieren un carácter transfronterizo, por lo que un número elevado de consumidores puede verse perjudicado por la misma infracción, convirtiéndose cada uno de ellos en víctima de prácticas idénticas por parte de un mismo empresario o comerciante. Si bien los consumidores tienen la opción de recurrir individualmente a la justicia para obtener una compensación de forma individual, la práctica ha demostrado que en muchas ocasiones suelen ser reacios a emprender acciones particulares

1 Estudio redactado en el marco del Proyecto de investigación «Claves para una justicia digital y algorítmica con perspectiva de género» (PID2021-123170OB-I00 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033).

Esta desproporción entre el valor del bien adquirido y el del coste de la reclamación se acentúa cuando la adquisición se ha realizado de un prestador de servicios que se encuentra en otro país.

2 El entorno del ciberespacio necesita una ciberjusticia o, dicho de otro modo, los conflictos que surgen *online* deben solucionarse *online* (Girsberger & Schramm, 2002, pp. 605-622).

contra tales prácticas ilegales, principalmente cuando la pérdida individual es relativamente escasa en comparación con los costes a los que puede ascender el litigio. Por tales razones, se ha previsto en diferentes ordenamientos jurídicos la posibilidad de interponer las demandas de forma colectiva. En este contexto de litigiosidad masiva, consideramos que el arbitraje podría convertirse en una poderosa herramienta para los consumidores a la hora de obtener una reparación en caso de daños masivos. Surge así la siguiente cuestión sobre la que queremos reflexionar en la segunda parte de este trabajo: ¿pueden combinarse las acciones colectivas y el arbitraje? Es decir, ¿consideramos viable la existencia del arbitraje colectivo?

Ambas tendencias se reflejan en el seno de la Unión Europea, donde se apuesta firmemente por el establecimiento de sistemas ADR (*Alternative Dispute Resolution*), ya sea el arbitraje, la mediación o cualquier otro método extrajudicial de resolución de disputas.³ Basta echar un vistazo a la regulación prevista en esta materia, entre la que destaca la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles;⁴ la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo⁵ y el Reglamento N° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.⁶ Desde las instituciones europeas se insta a que los Estados miembros dispongan de sistemas de resolución de litigios en línea fiables y eficientes (para ello, crea una plataforma europea de resolución de litigios en línea). Además, se les anima a que garanticen que los mecanismos judiciales de las acciones colectivas incluyan la posibilidad de que las partes, antes y durante el litigio, puedan acceder a las modalidades alternativas de solución colectiva de conflictos.⁷

3 Sobre un análisis en profundidad de las ADR, vid. Barona (2018).

4 DOUE de 24.5.2008, L 136/3.

5 DOUE de 18.6.2013, L 165/63.

6 DOUE de 18.6.2013, L 165/1.

7 En la Recomendación 2013/396/UE, de 11 de junio de 2013, de la Comisión sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (considerando 16), se manifiesta claramente que «los procedimientos alternativos de solución de conflictos pueden ser un medio eficaz para obtener reparación en caso de daños masivos» e insta a los Estados a que aseguren que se anime a las partes de los litigios surgidos en supuestos de daños masivos a resolver la cuestión indemnizatoria de forma consensuada o extrajudicial, tanto en la fase previa al juicio como durante el mismo. En una línea similar, la Directiva 2020/1828, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, señala que deben fomentarse los acuerdos colectivos destinados a resarcir a los consumidores que hayan sufrido un daño o perjuicio. Sin embargo, exige

II. EL ARBITRAJE ELECTRÓNICO DE CONSUMO

El arbitraje electrónico es una realidad en numerosos países, entre los que se encuentra España. Prácticamente todas las instituciones arbitrales del panorama internacional utilizan o tienen previsto utilizar medios electrónicos para el desarrollo de sus procedimientos arbitrales (Catalán, 2020, p. 3). Además, han ido proliferando plataformas *online* arbitrales (Barona, 2021).⁸ Veamos a continuación de qué hablamos cuando nos referimos a este tipo de arbitraje, cuáles son sus virtudes y a qué obstáculos tiene que enfrentarse, así como sus especialidades procedimentales.

1. ¿En qué consiste el arbitraje electrónico de consumo?

El arbitraje de consumo electrónico, a través del cual se dirimen los conflictos entre los consumidores, usuarios y empresarios, se caracteriza por sustanciarse íntegramente por medios electrónicos, lo que no obsta a que alguna actuación arbitral se practique por medios tradicionales. Este tipo de arbitraje se distingue, por tanto, por la organización a distancia del proceso arbitral, gracias a la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación.⁹

1.1. Principales rasgos

Los rasgos especiales que caracterizan al arbitraje *online* y que lo diferencian de un arbitraje tradicional son, siguiendo en parte las consideraciones de Merino (2002, pp. 529-545), los siguientes. En primer lugar, se trata de un arbitraje especial por el singular medio empleado, es decir, por medios electrónicos y por la organización a distancia del proceso arbitral. En segundo lugar, las partes suelen ser nacionales de distintos países y tal distancia se supera mediante el desarrollo del arbitraje de manera virtual. Este arbitraje suele versar sobre controversias con elementos transnacionales. En tercer lugar, se hace aconsejable el uso del arbitraje administrado o institucional, por los problemas que, en determinadas ocasiones, se originan con la

que todo acuerdo alcanzado sea homologado por el órgano jurisdiccional o autoridad administrativa competente.

- 8 Como recuerda Barona (2021), interesante al respecto es el grupo de trabajo Working Group on LegalTech Adoption in International Arbitration, compuesto por diversos despachos de abogados, que han venido a preparar el «Protocol for Online Case Management in International Arbitration». Vid. <https://protocol.techinarbitration.com>
- 9 Existen diferentes denominaciones del mismo, como son, entre otras: arbitraje en línea, arbitraje *online*, arbitraje telemático, arbitraje virtual, arbitraje electrónico, etc.

utilización de las tecnologías y que requieren de una institución capacitada y dotada de los medios necesarios para su correcto desarrollo. En cuarto lugar, el consentimiento se perfecciona por medios electrónicos, lo que exige la adopción de determinadas cautelas en aras a proteger tal consentimiento y demostrar su autenticidad y otorgamiento en condiciones de igualdad respecto de los medios tradicionales. De hecho, existe la posibilidad de sometimiento al mismo en los contratos electrónicos que circulan en la Red. Finalmente, se trata de un arbitraje promovido institucionalmente.

Nótese que el campo de litigios susceptibles de someterse a un arbitraje de consumo completamente a distancia es muy amplio y excede el de los conflictos contractuales derivados del comercio electrónico. *A sensu contrario*, los conflictos surgidos del comercio electrónico no tienen por qué solucionarse únicamente a través de procedimientos en línea. A pesar de ello, debemos reconocer que el arbitraje es un medio idóneo para resolver las disputas que se producen en este ámbito.¹⁰

1.2. Ventajas y obstáculos

Además de las virtudes que presenta el arbitraje como medio alternativo a la justicia para resolver los conflictos de los consumidores, son otras muchas las ventajas adicionales que ofrece el arbitraje que se desarrolla a través de la Red, principalmente por las especificidades del medio por el que se lleva a cabo. Entre ellas, cabe destacar las siguientes: solventa muchas de las incertidumbres que se plantean sobre ley y jurisdicción aplicable a los negocios jurídicos a distancia, evita el desplazamiento de las partes, que suelen encontrarse en lugares geográficos distintos; elimina horarios, dado que es accesible veinticuatro horas al día, siete días por semana, lo que contribuye a evitar los problemas derivados de las diferencias horarias de los diversos países; reduce su coste, pues las facilidades de comunicación ofertadas por Internet repercuten en el bajo costo de los procedimientos

¹⁰ Las razones de los lazos que unen el arbitraje telemático y el comercio electrónico se encuentran en las características que rigen este tipo de comercio, ya que los conflictos nacidos en el mercado electrónico presentan rasgos originales tales como: normalmente se identifican por el bajo coste de las transacciones comerciales llevadas a cabo (el montante medio de las operaciones de consumo es pequeño y los medios de resolución extrajudicial de litigios tienen una vocación natural de conocer los litigios de pequeñas cantidades en juego), la instantánea naturaleza de las comunicaciones, la apertura y transparencia en la Red (excepto determinados datos considerados restringidos), la sustitución del papel por medios electrónicos, la urgente necesidad de un igual tratamiento de los mensajes electrónicos y, por último y no por ello menos importante, la transnacionalidad de las actuaciones (Montesinos, 2007, pp. 81-82).

(además, la innecesidad de desplazarse redundaría, obviamente, en dicho ahorro);¹¹ promueve la trazabilidad y seguimiento del arbitraje al permitir verificar, controlar y tutelar en línea y tiempo real el estado de las actuaciones, lo que implica una posición de las partes más activa en la solución del litigio; se protegen y resuelven las reclamaciones que, por su pequeña cuantía, no se presentarían ante los tribunales judiciales, primordialmente en el ámbito objeto de este estudio —el consumo—; y, por último, se agiliza notoriamente ciertas fases del procedimiento, tales como la presentación de los escritos iniciales, la práctica de determinados medios de prueba o los actos de comunicación procesal.

Sin embargo, no todo son bondades. No podemos obviar la existencia de determinados óbices provocados precisamente por llevar a cabo el arbitraje por medios telemáticos.¹² El principal desafío con el que durante mucho tiempo se ha encontrado, se hallaba en las obligaciones específicas reguladas en las normativas nacionales que exigían al arbitraje determinados requisitos formales que dificultaban su desarrollo *online*. Ejemplo de cuanto decimos es la exigencia del artículo II del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, realizado en Nueva York, el 10 de junio de 1958, que requiere la forma escrita para la validez del acuerdo de arbitraje, así como para solicitar a un juez o a una autoridad competente el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero. Este condicionante, sin embargo, hoy en día admite los convenios electrónicos gracias a la posterior Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII del Convenio.¹³ Sobre esta cuestión incidiremos en el epígrafe siguiente, pero adelantamos que la práctica internacional arbitral, liderada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), ha llevado a cabo los ajustes normativos necesarios para suplir este obstáculo, recurriendo a los principios de «neutralidad tecnológica» y «equivalencia funcional» (Palao, 2020, p. 453).¹⁴

11 El único coste adicional viene dado por la tecnología empleada, que puede llegar a resultar muy costosa, pero una vez se ha amortizado su gasto, no puede dudarse que implicará numerosos beneficios.

12 Debe partirse, en todo caso, de que tiene que haber acceso al medio *online* y cierta familiaridad con su uso para poder garantizar la igualdad de las partes en el proceso.

13 Aprobada por Resolución de la Asamblea General de la ONU, de 4 de diciembre de 2006 (A/RES/61/33).

14 Como señala Palao (2020), en el contexto de este esfuerzo regulador destacan los trabajos desarrollados en el seno del Grupo III de la CNUDMI, que han culminado en la publicación de las «Notas técnicas de la CNUDMI para la solución de controversias en línea» del año 2017.

En segundo término, debemos hacer referencia a la complejidad que provoca en algunos litigios la determinación del lugar del arbitraje —y del que depende, entre otras, la ley aplicable—, al encontrarnos ante un espacio virtual como es Internet. Sin embargo, esta dificultad también se ha venido superando con la evolución de los tiempos, al alcanzarse soluciones ficticias que han acabado por determinar un lugar concreto convenido por las partes (o, en su defecto, por el árbitro), a pesar de que el desarrollo del arbitraje se lleve a cabo enteramente en un entorno *online*.¹⁵ En todo caso, el arbitraje virtual no debe inducir a una pérdida de territorialidad en el sentido de desamparo ante un arbitraje deslocalizado en la Red.¹⁶ A ello debemos añadir la imposibilidad de practicar determinados medios de prueba a través de su digitalización, por lo que debe recurrirse a los medios tradicionales, dejando de realizarse el arbitraje en su totalidad por medios electrónicos.

Por último, no debemos olvidar otros problemas que pueden surgir, tales como *e-mails* perdidos, que los sistemas de comunicación decaigan, interrupciones en las conexiones, actos de piratería, virus informáticos, etc. En suma, todos aquellos problemas de seguridad técnica de la Red.

2. El proceso arbitral electrónico

Tal y como hemos adelantado, el procedimiento en un arbitraje *online* se lleva a cabo, si no enteramente, al menos en su gran mayoría de manera electrónica. Veamos a continuación algunas de las fases más importantes del mismo.

2.1. El convenio arbitral electrónico

El convenio arbitral electrónico es aquel en el que se hace constar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de su controversia al arbitraje y se celebra por medios de dispositivos electrónicos, informáticos

15 Algunos ordenamientos han tratado de solucionar el problema adoptando la teoría suiza de «la silla del arbitraje», que conecta el arbitraje a un sistema legal concreto, independientemente del lugar físico donde se desarrollan los procedimientos. En ella, la sede del arbitraje es una ficción jurídica que debe ser determinada por las partes o, en su defecto, por la institución arbitral. Véanse como ejemplo los arbitrajes telemáticos llevados a cabo virtualmente a través de la web de la OMPI, que han fijado su sede en Ginebra.

16 Debe determinarse la sede física del arbitraje, pero cuando los procedimientos se desarrollan *online* pueden surgir dificultades adicionales si la normativa aplicable depende de la localización física, lo que podría conducir a lo que la doctrina ha denominado «*laudo flotante*» (*floating award*).

o telemáticos. En el mismo, las partes gozan de un amplio margen de libertad a la hora de pactar el empleo o exclusión de tales medios de comunicación para la tramitación del procedimiento. En caso de que dicho pacto no exista, su utilización solo será posible si se garantiza que no se menoscaba el acceso a la información de ninguna de las partes y resulta admisible conforme a las normas procedimentales que deban ser aplicables (De Miguel, 2000, p. 427).

Es preciso detenernos en el análisis de las condiciones que deben cumplirse para que el convenio pueda expresarse por medios electrónicos.¹⁷ En algunos ordenamientos jurídicos, como el español,¹⁸ se contempla la exigencia de que el convenio arbitral se formalice por escrito, lo que, sin embargo, no supone ningún tipo de obstáculo al convenio arbitral *online*. Pues, aunque se mantenga este requerimiento, se amplía el cumplimiento de este requisito a los convenios arbitrales que consten y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo (sin establecer restricciones a los medios de telecomunicación utilizables). De modo que será posible acudir al arbitraje mediante un convenio arbitral celebrado por medio del intercambio de mensajes de correo electrónico, sistemas SMS o MMS de mensajes a móviles, e incluso a través de una relación interactiva con una página web.¹⁹

En todo caso, debemos reconocer que tal exigencia (forma escrita del convenio arbitral) ya no es acorde con la práctica internacional, pues en gran número de países ya no se prevé que el acuerdo arbitral conste por escrito²⁰ y en otros la definición es tan amplia que prácticamente el

17 No hay motivos suficientes en razón de los cuales se deban aplicar diferentes normas o reglas más restrictivas a los convenios arbitrales celebrados por vía electrónica que a aquellos convenios arbitrales formulados por medios tradicionales. En esta línea, el artículo 5 bis de la Ley Modelo CNUDMI sobre comercio electrónico trata de facilitar la incorporación de la aplicabilidad de reglas tradicionales al entorno electrónico.

18 En virtud del artículo 9 de la Ley arbitral española, «el convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicaciones que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo».

19 Se da, por tanto, cabida a la validez del uso de las tecnologías de la comunicación e información a la hora de concluir el convenio arbitral cuando haya prueba documental bastante de las declaraciones de voluntad de las partes, siendo el dato fundamental para satisfacer esta exigencia formal que el medio empleado posibilite un registro duradero.

20 Entre otros países, en Francia, Bélgica, Suecia, Suiza, los Países Bajos e Italia se ha eliminado el requisito de la forma escrita al no haberse establecido ninguna exigencia formal para el acuerdo arbitral. Además, los reglamentos de arbitraje de numerosas instituciones arbitrales (como los de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI o de la

requisito ya no se plantea.²¹ Precisamente la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, si bien señala en su artículo 7 que el acuerdo de arbitraje debe constar por escrito, manifiesta a continuación que el requisito de que un acuerdo arbitral conste por escrito, se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta.²²

En suma, parece que existe fundamentación jurídica suficiente para aceptar la validez del convenio arbitral en soporte digital (Moreno, 2018, p. 138). Pero como señala Garberí (2004), es la posibilidad de recuperación a efectos de prueba lo que le dota de su equivalencia al convenio plasmado en soportes tradicionales. Ello demuestra que el requisito de la forma escrita lo es *ad probationem* y no *ad substantiam* (p. 186).

Con todo, se pueden plantear dificultades a la hora de acreditar la autoría de los manifestantes, la integridad del texto o la autenticidad del documento electrónico cuando se produzca la sumisión a arbitraje de forma telemática. Estas exigencias se verán cumplidas gracias a la utilización de la firma electrónica.²³

2.2. Desarrollo del procedimiento

El procedimiento arbitral electrónico de consumo, que como su propio nombre indica, se lleva a cabo por medios electrónicos, presenta no pocas particularidades que permiten calificarlo de ágil, eficaz y práctico.

Las comunicaciones en el arbitraje *online* se realizan mediante medios electrónicos, telemáticos o de otra clase semejante que permiten el envío y la recepción de escritos y documentos, dejando constancia de su remisión y

Cámara de Comercio de Estocolmo) no exigen ya como condición para su aplicabilidad ningún acuerdo por escrito.

21 Por ejemplo, en Inglaterra, el concepto «por escrito» abarca los acuerdos verbales (*English Arbitration Act 1996, section 5*).

22 En este sentido, el art. 6 de la Ley Modelo CNUDMI sobre comercio electrónico, manifiesta que «cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que contiene es accesible para su ulterior consulta».

23 En realidad, la exigencia legal de que la voluntad inequívoca de las partes conste por escrito, no conlleva la necesidad de que dicha declaración sea suscrita mediante firma. Por lo que, si esta no concurriera, será simplemente necesaria la prueba de que quien suscribe asume lo escrito, sin comportar su ausencia la nulidad del convenio. En todo caso, resulta altamente recomendable que la formalización del convenio incluya la utilización de la firma electrónica.

recepción.²⁴ En adecuada coherencia con la tónica flexible y antiformalista del arbitraje, no se exige ninguna forma determinada a los actos de comunicación del procedimiento.²⁵ Simplemente, y no en vano, lo único que se debe tratar de asegurar es que dichos actos sean debidamente cumplidos, es decir, se proceda efectivamente a su notificación. En este sentido, el artículo 2 del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI manifiesta que toda notificación podrá transmitirse por cualquier medio de comunicación que prevea o que permita que quede constancia de su transmisión. Al respecto, recordamos que hoy en día la totalidad de las instituciones arbitrales que de mayor éxito han gozado en la práctica internacional contemplan en sus reglamentos la utilización de dichos medios de comunicación.

Sin perjuicio de que se pueda desarrollar un proceso de manera eminentemente escrita, en el supuesto en el que se lleven a cabo audiencias en el arbitraje electrónico, estas se realizarán a través de videoconferencia en un foro electrónico. En este cada una de las partes actuará como si en presencia del resto de las partes se encontrara, lo que posibilita que actos procesales que habrían de realizarse con comparecencia personal ante el tribunal arbitral se lleven por este medio.

Aunque la mayoría de las actuaciones se lleven a cabo en línea, puede suceder que algunas pruebas exijan la presencia física de las partes. No por ello dejaremos de estar ante un arbitraje electrónico. En todo caso, cada vez son menos las ocasiones en las que dicha presencia es necesaria, bien sea porque las pruebas pueden presentarse en soportes informáticos, bien porque pueden practicarse por medio de videoconferencia.

En suma, la originalidad del arbitraje electrónico reside principalmente en que gran parte del mismo, incluso su práctica totalidad, se desarrolla por

24 Varios son los requisitos esenciales para que estos actos de comunicación telemática se puedan llevar a cabo, resultando necesario que se garantice: la autenticidad, es decir, saber que con quien te estás comunicando es realmente quien dice ser; la integridad o no alteración del documento, el no repudio y la fecha cierta de su recepción y emisión. Estos presupuestos se encuentran garantizados con la utilización de la firma electrónica. Tengamos en cuenta que podría ser motivo de anulación del laudo que una de las partes alegue y pruebe que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales (art. V.1.b CNY).

25 La Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, adoptada por la Asamblea General el 23 de noviembre de 2005, proporciona, en su art. 8.1, un reconocimiento jurídico a las comunicaciones electrónicas, equiparable a las producidas en soporte papel, sin que pueda haber disparidad en el trato de unas y otras por la forma en que se presente la información. De manera que establece que no se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación por la sola razón de que esté en forma de comunicación electrónica.

medios electrónicos sin necesidad de celebrar encuentros presenciales de las partes y entre estas y los árbitros. Las dificultades o lagunas que surjan a la hora de llevarse a cabo podrán ser suplementadas por acuerdos entre las partes, creando sus propias reglas de procedimiento para acomodar así los procedimientos en línea y contribuir a la eficacia del arbitraje.

Las actuaciones arbitrales finalizan normalmente con el laudo final, que debe ser escrito, lo que no impide que conste en soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo, siempre que sean accesibles para su posterior consulta y quede constancia de su contenido y firma. Los árbitros podrán firmar el laudo con firma electrónica. Al respecto, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional exige en su artículo 31 que el laudo se dicte por escrito y sea firmado por el árbitro. La constancia escrita y firmada a la que hace referencia debe interpretarse de acuerdo con el principio de equivalencia funcional del documento y la firma electrónica, previstos en las Leyes Modelos sobre comercio electrónico (art. 6) y firmas electrónicas (art. 6).

3. El arbitraje de consumo electrónico español

Con la aprobación de la Ley arbitral española 60/2003, de 23 de diciembre, se produjo una clara apuesta del legislador por la utilización de las tecnologías en el proceso arbitral. Ello se puso de manifiesto en la regulación de los actos de comunicación (art. 5), en la conformación del convenio arbitral (art. 37.3) y en la posibilidad de dictar el laudo por medios electrónicos (art. 9.3). Posteriormente y ya específicamente en materia de consumo, el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, RDSAC), introdujo como novedad en el ordenamiento jurídico español el arbitraje de consumo electrónico, ubicado en su capítulo V, titulado «Disposiciones especiales», junto al arbitraje colectivo que veremos en el epígrafe siguiente.

Antes de adentrarnos en el análisis del arbitraje de consumo electrónico español, conviene hacer mención, aunque sean unas breves pinceladas, al arbitraje de consumo en este país, que sirve para dirimir las controversias que puedan surgir entre empresarios o profesionales y consumidores o usuarios, y que ha alcanzado un éxito considerable. Este arbitraje se distingue, además de por las características propias de todo arbitraje (voluntariedad, agilidad, rapidez, antiformalismo, confidencialidad y carácter vinculante del laudo), por cuatro notas esenciales: gratuidad, dado que el procedimiento arbitral de consumo es gratuito para ambas partes; unidireccionalidad, pues solo los consumidores o usuarios pueden

instar la puesta en marcha del arbitraje de consumo, lo que no impide, sin embargo, que el empresario demandado pueda formular una reconvencción; equidad, sin perjuicio de que las partes opten expresamente por resolver la controversia según derecho; y, por último, institucionalidad, ya que se trata de un arbitraje institucional o administrado (frente a los arbitrajes *ad hoc*) gestionado por las Juntas Arbitrales de Consumo.

Uno de los principales rasgos característicos del sistema arbitral de consumo español reside, además, en la existencia de las llamadas «ofertas públicas de adhesión al sistema arbitral de consumo» por parte de los empresarios. A través de las mismas, las empresas se adhieren voluntariamente al sistema arbitral de consumo, utilizando un distintivo que muestra su adhesión. A partir de entonces, todas las reclamaciones que se presenten por parte de los consumidores y usuarios frente a la empresa adherida podrán resolverse mediante este sistema.

Dicho esto, el arbitraje de consumo electrónico se sustancia a través de la aplicación electrónica habilitada por el Ministerio de Sanidad y Consumo para el Sistema Arbitral de Consumo. La regulación contenida en el RD 231/2008 es parca y se limita a señalar cuanto exponemos a continuación.

La competencia para conocer de las solicitudes de arbitraje se determinará conforme a las reglas generales entre las Juntas Arbitrales adscritas al arbitraje de consumo electrónico. Dado que el procedimiento se desarrolla enteramente en línea, se promueve, sin perjuicio de la utilización de otras técnicas que aseguren la autenticidad de la comunicación y la identidad del remitente, el uso de la firma electrónica para garantizar la autenticidad de las comunicaciones y la identidad de las partes y del órgano arbitral. Las notificaciones deben realizarse en la sede electrónica designada por las partes a tales efectos, entendiéndose realizadas a todos los efectos legales el día siguiente a aquel en que conste el acceso al contenido de la actuación arbitral objeto de notificación. No obstante, si el notificado no hubiera accedido al contenido de la actuación arbitral, transcurridos diez días desde la fecha y hora en que se produjo su puesta a disposición, la notificación se considera que se ha intentado sin efecto, procediéndose a la publicación edictal en las sedes electrónicas de las Juntas Arbitrales de Consumo adscritas al arbitraje de consumo electrónico (art. 54).

Por último, el lugar de celebración del arbitraje de consumo electrónico es aquel en el que tenga su sede la Junta Arbitral de Consumo o la delegación territorial de la Junta Arbitral competente para conocer el procedimiento, salvo que en el laudo dictado figure un lugar distinto, en cuyo caso se

entenderá como lugar de celebración del arbitraje aquel en el que se hubiera dictado el laudo (art. 55).

III. EL ARBITRAJE COLECTIVO DE CONSUMO

Hablar de arbitraje colectivo resulta, cuanto menos, llamativo. Los principales rasgos que caracterizan al arbitraje, tales como su rapidez, antiformalismo, voluntariedad, confidencialidad y flexibilidad, chocan a primera vista frontalmente con las acciones colectivas. Sin embargo, como vamos a ver a continuación, el arbitraje colectivo es ya una realidad en algunos países, concretamente en Estados Unidos, que está arrojando resultados positivos, lo que nos invita a reflexionar acerca de su viabilidad en otros sistemas jurídicos.

1. La interposición de acciones colectivas de consumo en el arbitraje

Partimos de una premisa básica: el arbitraje es un medio de solución de conflictos considerablemente flexible, que se encuentra en permanente evolución, adaptándose a las circunstancias de las nuevas realidades. ¿Quién nos iba a decir hace no tantos años que los árbitros iban a poder adoptar medidas cautelares? Tampoco pensábamos que se iba a permitir la intervención de terceros o que determinadas materias, tales como las disputas administrativas, iban a ser arbitrables; desconocíamos la figura del árbitro de emergencia, etc. Todo ello ha demostrado que el arbitraje tiene una enorme capacidad para asombrarnos, por lo que no debería extrañarnos que en un futuro próximo esta institución nos depare una nueva sorpresa, como es la posibilidad de interponer acciones colectivas en sede arbitral.

1.1. Principales desafíos

Son múltiples las trabas u obstáculos con los que nos tropezamos a la hora de valorar la posibilidad de que a través del arbitraje puedan tutelarse intereses o derechos colectivos de los consumidores. En primer lugar, la naturaleza voluntaria del arbitraje. Es sabido por todos que únicamente las partes que convienen acudir al arbitraje pueden someterse al mismo. Esta es una de las razones por las que consideramos que, en caso de que se llegue a aceptar el arbitraje colectivo, la participación en el mismo sea según el modelo *opt-in*, de modo que no se pueda ver afectado por el mismo

nadie que de manera voluntaria no haya decidido resolver su conflicto por este medio.

En segundo lugar y en estrecha sintonía con lo anterior, debemos tener en cuenta la cosa juzgada del laudo. El laudo produce efectos *inter partes*, lo que no casa con los efectos *erga omnes* de las resoluciones judiciales que ponen término a los procesos colectivos y que despliegan cosa juzgada en relación con todos los perjudicados, se hayan personado o no en el procedimiento.

Un tercer aspecto a tener en cuenta es el de la confidencialidad, uno de los rasgos más característicos del arbitraje y una de las principales razones por las cuales se acude a este medio de resolución de controversias. Nos preguntamos cómo puede darse publicidad para atraer a las partes perjudicadas al arbitraje colectivo sin contravenir la confidencialidad propia de esta institución. Tememos, por tanto, que, para lograr su efectividad, esta será una de las características del arbitraje que tendría que ceder.²⁶

Son otros muchos los interrogantes que se plantean, como la arbitrabilidad de la controversia, la validez de una cláusula arbitral colectiva, el reconocimiento y ejecución del laudo dictado en un proceso colectivo en otro país que no regula las acciones colectivas, etc. (Montesinos, 2019).

1.2. El arbitraje como medio capaz de resolver conflictos masivos de consumidores

A pesar de conocer las dificultades mencionadas en el epígrafe anterior, no podemos negar el potencial del arbitraje para resolver conflictos que afectan a una colectividad de consumidores. Entre otras ventajas, conviene recordar que las partes ostentan la capacidad de seleccionar al árbitro que va a dirimir el conflicto, por lo que pueden escoger a expertos en la materia en cuestión. Esta especialización inevitablemente garantiza una resolución más adecuada a las expectativas de las partes, además de aportar un mayor pragmatismo a la decisión final. El contenido del laudo colectivo puede llegar a resultar complejo, requiriéndose, por ejemplo, conocimientos que permitan determinar las prestaciones que corresponden a cada sujeto en función del perjuicio sufrido. Este dominio de la materia también redundará en la premura en la resolución del conflicto, porque, aunque es cierto que el arbitraje colectivo puede desvirtuar la rapidez que caracteriza al arbitraje,

26 A título de ejemplo, una de las instituciones arbitrales que mayores arbitrajes colectivos ha administrado, la American Arbitration Association, al regular el *class action arbitration*, dejó de proteger la confidencialidad de los procedimientos. Prueba de ello es que la gran mayoría de laudos que ha emitido se encuentran disponibles en su web.

consideramos que la «cuestión colectiva» se resolverá con mayor celeridad en sede arbitral que en sede judicial.

En el marco de un arbitraje pueden llegar a solventarse gran parte de las dificultades que se plantean a la hora de resolver conflictos en los que se ven involucrados un número elevado de consumidores, como puede ser la determinación del tribunal competente, pues las partes podrán seleccionarlo de acuerdo con sus necesidades. Este poder de libre disposición se refleja, asimismo, en la autonomía que ostentan para decidir otras cuestiones tales como el lugar, el idioma, las reglas procesales e incluso la ley aplicable. En suma, la flexibilidad propia del arbitraje permite que puedan atemperarse los obstáculos que dificultan la viabilidad práctica de las acciones colectivas en sede judicial.

Las ventajas se incrementan cuando ante disputas colectivas internacionales nos encontramos, respecto de las cuales, a diferencia de los procesos judiciales, el arbitraje ofrece beneficios considerables, fundamentalmente en lo que se refiere al reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros, que cuentan con un instrumento internacional eficaz como es el Convenio de Nueva York.

A todas estas ventajas no podemos dejar de añadir la relativa a la propia naturaleza de la institución arbitral que lleva inherente —en la mayoría de las ocasiones— la voluntad y actitud proclive de las partes de lograr un acuerdo.

1.3. Propuestas para su puesta en marcha

Para la puesta en marcha del arbitraje colectivo, resulta esencial en primer lugar contar con una política favorable al arbitraje, así como con una cultura proarbitral que confíe en este medio de resolución de conflictos. Sin este paso previo, difícilmente podremos otorgar a los árbitros una misión de tal calibre.

En segundo término, los ordenamientos deben contemplar las acciones colectivas en sede judicial. En lo que a la Unión Europea se refiere, si bien en un primer momento los diferentes Estados miembros han permanecido escépticos frente a las acciones de clase estadounidenses, finalmente el incremento de la contratación masiva en las últimas décadas ha provocado que tales países reconsideren su resistencia frente a esta poderosa herramienta y poco a poco han ido admitiendo este tipo de acciones, aunque adaptadas a los postulados propios europeos. Muestra de ello es la Directiva 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 2020,

relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores.²⁷

Dicho esto, resulta fundamental esclarecer si los derechos e intereses que afectan a una colectividad de consumidores pueden ser arbitrables. La cuestión no está exenta de polémica. Al respecto, entendemos que el hecho de que los derechos o intereses que son disponibles se enjuicien colectivamente no convierte la materia automáticamente en indisponible. Por el contrario, como señala Gascón (2010), la regla general de la disponibilidad de los derechos de naturaleza privada justifica plenamente plantearse la posibilidad de que existan acuerdos o transacciones en el terreno de las acciones colectivas. En principio puede predicarse el carácter disponible de la materia —consumo—, que se rige por el derecho privado, sin perjuicio de que la naturaleza *stricto sensu* de ciertos bienes, derechos o intereses pueda excluir o limitar en alguna medida su disponibilidad (Gascón, 2010, pp. 93 y 143).

Cuestión distinta será la eficacia que va a surtir el laudo que dirima la controversia. Consideramos que, bajo los parámetros europeos, si admitiéramos los arbitrajes colectivos, la eficacia del laudo únicamente podría extenderse a aquellos sujetos que voluntariamente hubieran decidido participar en el mismo bajo la fórmula del *opt-in*. Partiendo de tales premisas, entendemos que si se otorga legitimación (extraordinaria) a unas entidades para la defensa de los consumidores y usuarios, nada impide que estas puedan acudir al arbitraje para resolver la controversia, siempre que ambas partes, esto es, tanto la demandada como los sujetos implicados que componen la parte demandante, estén de acuerdo y así lo reflejen en un convenio arbitral.

2. Dos experiencias paradigmáticas

Exponemos a continuación dos experiencias paradigmáticas y únicas en esta materia, como son el arbitraje de clase estadounidense y el arbitraje colectivo español.

2.1. El arbitraje de clase en Estados Unidos

El arbitraje de clase o *class arbitration*, como es denominado en Estados Unidos, consiste básicamente en que una parte representante interpone una reclamación arbitral en nombre de un grupo de demandantes, que

27 DOUE de 4. 12. 2020, L 409/1.

pueden estar o no identificados, y que tienen idénticos convenios arbitrales con el demandado. Este arbitraje, que básicamente lo que ha hecho ha sido exportar las acciones de clase al marco de la institución arbitral, ha suscitado todo tipo de respuestas por parte de la doctrina. Mientras algunos ensalzan su eficaz papel alternativo frente a las incómodas acciones judiciales de clase, otros se oponen seriamente a su desarrollo, sobre la base de que despoja a los consumidores de los derechos procesales de un proceso judicial.

Ni la Ley Federal de Arbitraje (*Federal Arbitration Act*), ni la Ley Modelo de Arbitraje (*Uniform Arbitration Act*) regulan el arbitraje de clase en este país. Tampoco lo hace ninguna ley estatal. De modo que este tipo de arbitraje ha quedado relegado a la determinación *ad hoc* del árbitro o de la institución arbitral.

2.1.1. Nacimiento y evolución del arbitraje de clase

El nacimiento del arbitraje de clase se debió en gran medida a la reticencia mostrada por parte de los empresarios frente a las acciones de clase judiciales. A finales de los años ochenta un número elevado de empresas, ante el temor de ser demandadas colectivamente ante los tribunales (generalmente por consumidores), comenzaron a incluir cláusulas arbitrales en sus contratos, bajo la creencia de que el arbitraje impediría la posibilidad de ejercer acciones de clase, forzando así a los demandantes a resolver sus disputas —a través del arbitraje— de manera individual. Al interponerse acciones de clase, a pesar de la existencia de una cláusula arbitral, a los tribunales judiciales se les planteó el dilema acerca de estas dos alternativas: otorgar preferencia a una de las dos vías de solución del conflicto, es decir, al arbitraje —individual— o a la acción de clase en sede judicial; o aunar estas dos vías en un solo proceso, por considerar que no son mutuamente excluyentes. A medida que fue pasando el tiempo, cada vez un mayor número de jueces se decantaron por la segunda opción y comenzaron a admitir las acciones de clase en sede arbitral, surgiendo así el denominado arbitraje de clase (Strong, 2011, p. 936).

Marcó un verdadero hito la sentencia *Green Tree Financial Corp. V Bazzle* del año 2003,²⁸ en la que el Tribunal Supremo manifestó que son los árbitros y no los jueces quienes deben decidir si las acciones de clase pueden resolverse por medio del arbitraje. Con ello, implícitamente se reconoció

²⁸ *Green Tree Financial Corp. V Bazzle*, 539, U.S.444 (2003). Aunque se considera que ha sido el caso *Keating v Superior Court* el origen del arbitraje de clase, 31 Cal. 3d 584 (1982).

que este tipo de arbitraje era posible. A partir de dicho pronunciamiento, instituciones arbitrales como la American Arbitration Association (AAA) y la Judicial Arbitration and Mediation Services (JAMS) promulgaron sendos Reglamentos Suplementarios sobre el arbitraje de clase, multiplicándose a un ritmo vertiginoso el número de arbitrajes de clase en este país. A título de ejemplo, la AAA en pocos años llegó a administrar más de trescientos arbitrajes de clase.

La situación cambió una década después, fundamentalmente tras los pronunciamientos del Tribunal Supremo: *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeed Internation Corp* (2010),²⁹ *AT&T Mobility v. Conception* (2011)³⁰ y *American Express v. Italian Colors* (2013),³¹ que cuestionaron la viabilidad del arbitraje de clase en aquellos supuestos en los que las cláusulas arbitrales no contemplaran expresamente esta posibilidad (lo que ocurre en la mayoría de ocasiones) y dieron por válidas cláusulas arbitrales que de manera expresa excluían este tipo de arbitraje (técnica adoptada por un número elevado de empresas). Así, se frenó la expansión del arbitraje de clase en este país.³²

2.1.2. El procedimiento arbitral de clase

Son principalmente dos las instituciones arbitrales que han regulado el arbitraje de clase: la American Arbitration Association y la Judicial Arbitration and Mediation Services. Ambas han emitido unas reglas especiales para este tipo de arbitraje, las *Supplementary Rules for Class Arbitration* de la AAA de 2003 y las *Class Actions Procedures* de la JAMS de 2005, que son muy similares y siguen las pautas de la Regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure* que regula las acciones de clase en sede judicial. Siguiendo estos reglamentos, vamos a ver en qué consiste el procedimiento arbitral de clase, que se desarrolla principalmente en tres fases: la construcción de la clase (*clause construction*), la certificación de la clase (*class certification o clause determination*) y el laudo final (*final award*).

La primera fase es la de la construcción de la clase y consiste en la emisión por parte del árbitro de un laudo parcial motivado (*clause construction award*), en el que se determina, como punto de partida, si la cláusula arbitral en

29 130 S. Ct. 1758 (2010).

30 131 Ct. 1740 (2011).

31 133 S. Ct. 2304 (2013).

32 En las últimas décadas, el Tribunal Supremo de EE. UU. se ha pronunciado de una manera ambigua y confusa sobre el arbitraje clase. Este tortuoso camino para interpretar sus decisiones ha causado gran incertidumbre en los litigantes, abogados, instituciones arbitrales y tribunales.

cuestión permite que el arbitraje sea de clase (art. 3, Reglas AAA y art. 2, Reglas JAMS). Tras la emisión de dicho laudo, en el arbitraje administrado por la AAA se debe suspender el proceso durante treinta días para permitir a las partes solicitar al tribunal judicial competente que confirme o anule dicho laudo. Si ninguna de las partes solicita dicha revisión o si los tribunales confirman la procedencia del arbitraje de clase, el árbitro pasará a la segunda fase del proceso que es aquella en la que el árbitro decide en otro laudo parcial (*class determination award*) si los hechos permiten que el arbitraje se desarrolle como un arbitraje de clase.

Para ello, ambas instituciones prevén un doble análisis. Se examina, en primer lugar, si se cumplen los prerequisites del arbitraje de clase y, a continuación, los aspectos necesarios para que el arbitraje de clase pueda sostenerse. Para que se certifique la clase deben cumplirse los mismos requisitos que los descritos en la Regla 23 (a) FRCP, es decir: numerosidad (*numerosity*), existencia de elementos comunes (*communality*), relación típica entre las reclamaciones (*typicality*) y adecuación de la representación (*representativeness*).³³ Comprobada su concurrencia, el tribunal pasará a pronunciarse acerca de la sostenibilidad del arbitraje de clase. Se exige que las cuestiones de hecho o de derecho comunes a las partes prevalezcan sobre las cuestiones que afectan de manera individual a los miembros de la clase y que el arbitraje de clase se presente como un método más favorable, justo y adecuado que la tramitación de manera separada. Este segundo laudo parcial debe incluir la definición de la clase, la identidad del representante de la clase y la de su abogado, así como las pretensiones o defensas que se hayan planteado. También debe indicar cuándo y cómo los miembros de la clase pueden ejercer su derecho de *opt-out* y adjuntar la propuesta de notificación de la clase. De nuevo y únicamente en el caso de la AAA, el árbitro debe suspender el proceso otros treinta días para que las partes puedan someter a la valoración de los tribunales judiciales este laudo parcial, que podrán aprobarlo o anularlo.

La última fase es la del laudo final, en la que se debe definir la clase, especificando quiénes han sido notificados, quiénes comprenden la clase y quiénes se han excluido de la misma. Este laudo producirá los mismos efectos de cosa juzgada que una sentencia judicial que resuelve una acción de clase y podrá ser impugnado ante los tribunales judiciales.

33 Además, las reglas de la AAA añaden que el abogado de la clase escogido para representar a los miembros de la clase debe proteger de manera justa y adecuada los intereses de las partes, y que cada miembro de la clase debe haber convenido una cláusula arbitral que sea sustancialmente similar a la del representante de la clase y a la del resto de los miembros.

Para finalizar, una de las reglas más genuinas de la AAA es la prevista en su artículo 9, que elimina la confidencialidad del arbitraje, convirtiendo los procesos arbitrales de clase, las audiencias y las decisiones que se adopten en públicas. Por el contrario, la JAMS ha optado por mantener la confidencialidad.

2.2. El arbitraje de consumo colectivo español

La Ley de Arbitraje 60/2003 española nada dice respecto de la posibilidad de interponer acciones colectivas en el arbitraje. No lo permite, pero tampoco lo prohíbe expresamente, aunque de su articulado se desprende que no se ampara esta propuesta. Sin embargo, el Real Decreto 231/2008 regulador del Sistema Arbitral de Consumo ha instaurado lo que llama el «arbitraje de consumo colectivo». Veamos en qué consiste.

2.2.1. Características y procedimiento

El arbitraje de consumo colectivo español es un arbitraje especial que se inserta dentro del sistema arbitral de consumo. Viene regulado en los artículos 56 a 62 del Real Decreto 231/2008, aunque de una manera bastante parca y deficitaria, que deja numerosas cuestiones sin resolver.

El artículo 56 del RDSAC define este arbitraje como aquel que «tiene por objeto resolver en un único procedimiento arbitral de consumo los conflictos que, en base al mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, afectando a un número determinado o determinable de éstos». Se prevé, por tanto, como vía de tutela de los intereses colectivos cuando los sujetos perjudicados por el hecho dañoso sean un grupo de consumidores y usuarios determinado o de fácil determinación. Se deja bien claro, entonces, que no cabe el arbitraje de consumo para tutelar intereses difusos. Adviértase, sin embargo, como veremos a continuación, que incluso cuando se tutelen intereses colectivos, el laudo arbitral que se dicte únicamente afectará a aquellos consumidores que se personen en el procedimiento arbitral.

Conviene aclarar que no se concede a los consumidores o usuarios afectados la facultad de instar el procedimiento, sino que para ello habrán de acudir a las asociaciones de consumidores que les representen. Ello no significa, sin embargo, que tales asociaciones ostenten una legitimación extraordinaria para interponer la acción colectiva, pues su intervención se limita a ejercitar esta posibilidad, es decir, a solicitar la apertura del

arbitraje de consumo colectivo, en el que necesariamente se personarán los consumidores afectados.

El proceso se inicia cuando el presidente de la Junta Arbitral competente así lo acuerda, lo que puede hacer de oficio (entendemos, al recibir diversas solicitudes individuales contra un mismo empresario sobre semejante petición) o a iniciativa de las asociaciones de consumidores representativas en el ámbito territorial en el que se haya producido la afectación a los intereses colectivos de los consumidores o de las Juntas Arbitrales de inferior ámbito territorial.

Adoptado el acuerdo de iniciación, la Junta requerirá a la empresa o profesional responsable de los hechos para que manifieste, en el plazo de quince días, si acepta someterse al arbitraje de consumo colectivo y, en su caso, para que proponga un acuerdo conciliatorio. Si el empresario manifiesta su deseo de someterse al mismo, se procederá al llamamiento de los consumidores afectados para que, si así lo consideran, se personen y hagan valer sus derechos, mediante la publicación de un anuncio en el Diario Oficial del ámbito territorial que corresponda, aunque el presidente también podrá acordar otros medios adicionales (art. 59, RDSAC).

El llamamiento se realiza por un plazo de dos meses, transcurrido el cual, el presidente designará al órgano arbitral. Dentro de ese período los consumidores deberán presentar su solicitud. Finalizado dicho plazo, solo se admitirán las solicitudes que se insten antes de la audiencia, supuesto en el cual no se retrotraerán las actuaciones, pudiendo los consumidores, sin embargo, participar en las actuaciones posteriores.

Con el objetivo de dar preferencia a la tramitación del arbitraje colectivo frente a las reclamaciones arbitrales individuales, se ha previsto que la aceptación por parte de la empresa del arbitraje colectivo produzca el efecto de suspender la tramitación de las solicitudes individuales de arbitraje que tengan su causa en los mismos hechos. Además, también se regula la posibilidad de que el reclamado, en cualquier momento del procedimiento, oponga la excepción de estar tramitándose un arbitraje colectivo, para que se inhiban de su conocimiento y se trasladen las actuaciones a la Junta Arbitral competente para conocerlo.

El laudo debe dictarse en el plazo de seis meses desde la publicación del llamamiento a los afectados en el Diario Oficial correspondiente y podrá ser prorrogado por otros dos. Este laudo, aunque no lo diga expresamente el RDSAC, únicamente afectará a los consumidores que participaron en el procedimiento arbitral, ya sea porque presentaron su solicitud de arbitraje tras el llamamiento o bien porque su solicitud se estaba tramitando de

forma separada y fue traída al arbitraje colectivo. De ese laudo, por tanto, no podrán beneficiarse otros consumidores afectados por esos mismos hechos, pero que no acudieron al llamamiento, pues el laudo no constituye para ellos cosa juzgada ni tiene efectos *ultra partes*.

2.2.2. ¿Se tutelan verdaderamente derechos e intereses colectivos?

El arbitraje de consumo colectivo regulado en el RDSAC debe entenderse como un mero mecanismo para resolver en un mismo procedimiento arbitral, las reclamaciones individuales de varios consumidores. De manera que estamos, más bien, ante una suerte de acumulación de acciones individuales que se tramitan a través de un proceso especial dentro del sistema arbitral de consumo, que ante una demanda de tutela colectiva.³⁴

Entendemos que se denomina arbitraje de consumo «colectivo» porque efectivamente existe un colectivo de consumidores, pero que individualmente presentan sus solicitudes conforme a un trámite especial regulado a tal efecto. No se trata, en modo alguno, de un verdadero proceso colectivo en los términos empleados en la vía judicial, sino más bien una suerte de acumulación subjetiva de solicitudes arbitrales contra un mismo empresario por una similar *causa petendi*. Tengamos en cuenta que, aunque estamos hablando de intereses colectivos, únicamente están en juego los derechos e intereses de los consumidores pertenecientes a dicha colectividad, que se han personado en el proceso arbitral. De modo que aquellos otros consumidores que también han sido perjudicados por el mismo hecho dañoso, pero no se han personado en el arbitraje, no se verán afectados por el laudo que finalmente se dicte, por lo que nada les impedirá iniciar otro procedimiento (arbitral o judicial) para reclamar sus derechos individuales, en el que no estarán vinculados ni el árbitro, ni el juez a lo resuelto en el procedimiento arbitral colectivo.³⁵

IV. REFLEXIONES FINALES

El consumidor del siglo XXI reclama que sus conflictos sean resueltos de una manera efectiva, ágil y accesible. A tal efecto, los medios de resolución

³⁴ No se tutelan ni los derechos e intereses colectivos, ni los difusos de los consumidores, ni siquiera cuando los posibles afectados están determinados o son fácilmente determinables, pues resulta imprescindible que el consumidor individual presente su solicitud arbitral, de modo que únicamente aquel que se persone en el arbitraje podrá ver resarcido su interés si el laudo es favorable (Marín, 2005, p. 19).

³⁵ Al respecto, vid. Bonachera (2008).

de conflictos alternativos a la justicia, entre los que destaca el arbitraje, han demostrado ser una opción satisfactoria e incluso la única opción viable en aquellos supuestos en los que la reducida cuantía económica objeto del litigio —propia de los conflictos de consumo— se erige como una barrera para los consumidores a la hora de acudir a los tribunales judiciales.

La incorporación de las tecnologías de la comunicación e información en el arbitraje ha comportado enormes beneficios en términos de celeridad, reducción de costes, eficiencia y eficacia. Además, responde a la petición de los consumidores digitales que desean que sus disputas sean resueltas por el mismo medio por el que se adquirieron los bienes o servicios. De ahí que el arbitraje electrónico lleve ya unas décadas en constante expansión.

No podemos decir lo mismo del arbitraje colectivo, que por el momento parece circunscribirse a Estados Unidos. Sin embargo, a la vista del éxito que han ido adquiriendo en los últimos años las acciones colectivas junto con la arraigada tradición del arbitraje en gran número de países —sin dejar de ser conscientes de las trabas con las que contamos—, consideramos que la posibilidad de arbitrar acciones colectivas es una cuestión de tiempo. Para ello, tendrá que haber una regulación que contemple la posibilidad de interponer acciones colectivas en un arbitraje. Hasta que no sea así, difícilmente podremos hablar de arbitraje colectivo. Nada impide, sin embargo, que se vaya desarrollando alguna suerte de arbitraje colectivo —como es el caso del arbitraje colectivo de consumo español— que, sin ser propiamente un arbitraje que tutela derechos e intereses colectivos, tal y como se entienden en sede judicial, pueda de algún modo dirimir controversias que afectan a una colectividad de consumidores. Las instituciones arbitrales pueden jugar un papel clave en dicha misión, como ha sucedido en Estados Unidos, donde las instituciones arbitrales más importantes han sido quienes han regulado los primeros arbitrajes de clase en sus Reglamentos.

Finalizamos este trabajo conectando las dos tendencias en la tutela de los consumidores que hemos analizado en este trabajo. Entendemos que la apuesta por el arbitraje colectivo puede venir reforzada por el desarrollo de los ODR. El medio *online* puede convertirse en un foro óptimo para la resolución de disputas masivas con afectados que se encuentran en distintos países, lo que resulta cada vez más común como consecuencia del incremento de las transacciones comerciales de consumo a través de Internet. Para ello, las redes europeas existentes, como la plataforma de litigios en línea, que ya ayudan a los consumidores de forma individual a acceder a los ADR en otro país, también podrían auxiliar a los consumidores con denuncias

similares a ponerse en contacto, a tomar conciencia del «daño masivo» producido y, con ello, a acceder a los ADR en otro Estado.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Barona, S. (2021). Una justicia «digital» y «algorítmica» para una sociedad en estado de mudanza. En S. Barona (ed.), *Justicia Algorítmica y Neuroderecho. Una mirada multidisciplinar* (pp. 21-63). Tirant Lo Blanch.
- Barona, S. (2018). *Nociones y principio de las ADR (Solución extrajudicial de conflictos)*. Tirant Lo Blanch.
- Bonachera, R. (2008, 30 de octubre). El Real Decreto 231/2008, la anhelada modificación del sistema arbitral de consumo. *Diario La Ley*.
- Catalán, M. (2020). El salto definitivo del arbitraje electrónico a través de la inteligencia artificial. En S. Barona (ed.), *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de Justicia* (pp. 429-448). Tirant Lo Blanch.
- De Miguel, P. (2000). *Derecho privado en Internet*. Thomson Reuters-Civitas.
- Gascón, F. (2010). *Tutela colectiva de los consumidores y Transacciones colectivas*. Thomson Reuters-Civitas.
- Garberi, J. (2004). *Comentarios a la ley 60/2003 de 23 de diciembre, de arbitraje*. Bosch.
- Girsberger, D. & Schramm, D. (2002). Cyber-arbitration. *European Business Organization Law Review*, 3.
- Marín, M. (2005). Objeto y límites del arbitraje de consumo. *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, 39.
- Merino, J. (2002). El pacto de arbitraje telemático. En J. Cremades (coord.), Régimen jurídico de Internet (pp. 529-548). La Ley.
- Moreno, L. (2018). Arbitraje online. En J. Collantes (dir.), *Enciclopedia del Arbitraje Nacional e Internacional* (pp. 137-140). Estudio Mario Castillo Freyre.
- Montesinos, A. (2019). *Las acciones colectivas en el marco de un arbitraje*. Tirant Lo Blanch.
- Montesinos, A. (2007). *Arbitraje y nuevas tecnologías*. Thomson Reuters-Civitas.
- Palao, G. (2020). El arbitraje comercial en línea en la era de la inteligencia artificial. En S. Barona (ed.), *Psicoanálisis del arbitraje: solución o problema en el actual paradigma de Justicia* (pp. 449-470). Tirant Lo Blanch.
- Strong, S. (2012). Resolving mass legal disputes through class arbitration: the United States and Canada Compared. *North Carolina Journal Of International Law & Commercial Regulation* 921, 37(4), 920-980.

MEDIDAS INTERNACIONALES DE ACCESO A UNA JUSTICIA ALTERNATIVA Y DIGITAL EN MATERIA DE CONSUMO: PRESENTE Y FUTURO¹

Dra. Diana Marcos Francisco

Profesora de Derecho Procesal

Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir

SUMARIO: I. Introducción. II. Impulso y fomento de los ADR/ODR en materia de consumo. 1. En el ámbito de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). 1.1. Introducción. 1.2. Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea. 2. En el ámbito de la Unión Europea. 2.1. Introducción. 2.2. La Directiva 2013/11/UE, el Reglamento (UE) N° 524/2013 y el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1051. 2.2.1. Consideraciones previas. 2.2.2. Calidad de las entidades de resolución alternativa y autoridades competentes. 2.2.3. Plataforma de resolución de litigios en línea. III. Breves consideraciones de futuro: ¿Hacia dónde vamos? IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Por todos es sabido que el origen de los Alternative Dispute Resolution —en los últimos tiempos, desde ya hace más de un cuarto de siglo, hay quien, sustituyendo el término «alternativos» por el de «adecuados», prefiere hablar de Adequated Dispute Resolution (en adelante, ADR)— como movimiento se encuentra en los Estados Unidos, en la década de los setenta del pasado siglo XX. Nace como consecuencia del movimiento

¹ Este capítulo ha sido escrito en el marco del proyecto de investigación «Claves para una justicia digital y algorítmica con perspectiva de género» (expediente: PID2021-123170OB-I00) del Ministerio de Ciencia e Innovación.

de libre acceso a la justicia (Barona, 1993, p. 49),² entre otras causas o motivos, por el incremento de causas judiciales —con el consiguiente retraso en su resolución— y por el enorme coste de los procedimientos judiciales. Pues bien, si comparamos estos ADR con los procedimientos judiciales, el ahorro de tiempo o rapidez, y los costes menores son dos ventajas de aquellos. Estamos ante ventajas que, como ahora veremos, son mayores si dejamos de lado los ADR «tradicionales» y nos adentramos en los «novedosos» ADR, tecnológicamente hablando. Y es que el enorme desarrollo experimentado en los últimos tiempos de las tecnologías de la información y de la comunicación (conocidas como TIC), incluyendo la inteligencia artificial (IA), ha supuesto una revolución en muchos campos, siendo uno de ellos el de los ADR, haciéndolos mucho más efectivos, y entrando en el campo de los Online Dispute Resolution (sucesivamente, ODR). Las aludidas ventajas mayores son, entre otras, la de eliminar desplazamientos y barreras lingüísticas, geográficas y diferencias horarias en conflictos transfronterizos, como lo han puesto de manifiesto numerosos autores, entre los últimos, Montesinos (2021, pp. 507-508).

No obstante, no hay que perder nunca de vista que constituye la esencia de los ADR/ODR —y es su gran bondad— que, más allá de ser medios extrajudiciales de resolución de conflictos, son medios de gestión de estos, «en aras de una pacificación personal y social» (Barona, 2021b, p. 34). Esta idea también subyace en las últimas tendencias normativas, pudiendo citarse a modo de ejemplo el reciente Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, aprobado en Consejo de Ministros de España el 22 de abril de 2022, que apuesta decididamente por la implantación de los ADR (MASC —medios adecuados de solución de controversias—, en terminología de dichas normas). Se le justifica en su Exposición de Motivos, entre otras razones, en la conveniencia —e inclusive, en determinados casos, la necesidad— de «buscar soluciones pactadas que garanticen, en lo posible, la paz social y la convivencia», permitiendo a los ciudadanos sentirse protagonistas de sus propios problemas y asumir responsablemente las soluciones más adecuadas de los mismos. Se trata de introducir «mecanismos que rompan la dinámica de la confrontación y la crispación que invade en nuestros tiempos las relaciones sociales» (vid. apartados I y II).³

2 Como advierte Barona (1993), el cambio de denominación se debe a que dichos medios extrajudiciales no siempre son alternativos (p. 69) a la vía judicial, sino también complementarios.

3 Para más detalles sobre el Anteproyecto y Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio pública de Justicia, vid. Marcos (2022a, 2022b).

Tampoco podemos perder de vista la importancia de acudir a los ADR/ODR como medida de sustentabilidad o sostenibilidad de la justicia, entendida esta como sostenibilidad de la vida de todas las personas y del planeta (Martínez, 2022, p. 197). El impacto que la administración de justicia genera en el medioambiente⁴ es menor si se emplean los ADR y aún es más pequeño con el empleo de ODR, tendente al papel-cero y con una disminución enorme de toneladas de CO2 debido al ahorro de desplazamientos al desarrollarse aquellos telemáticamente.

Así las cosas, el objeto del presente trabajo es exponer y explicar cómo existe una tendencia a la irrupción e introducción de los MASC/ADR/ODR en general en el ámbito del derecho privado y, en particular, en el ámbito del derecho del consumo (ámbito en el que fundamentalmente han irrumpido las tecnologías de la información y la comunicación), a nivel internacional. ADR que integran nuestro actual modelo de justicia, siendo este un «modelo poliédrico, que incorpora medios de tutela estatales, con personal y medios públicos, con otros medios de tutela de naturaleza privada o incluso cuasi-privada» (Barona, 2021b, p. 35), bien lejos de la tradicional justicia del pasado siglo, concebida en torno a los conceptos de jurisdicción, acción y proceso. Estamos ante un nuevo paradigma de justicia en el siglo XXI.

Para acabar con la introducción, y como antesala para delimitar y entender correctamente el objeto de estudio de la presente obra, nos referiremos mínimamente a las siguientes aclaraciones:

- 1) MASC y ADR son sinónimos. También lo son medios o mecanismos extrajudiciales o complementarios de resolución de conflictos.
- 2) Con respecto a los MASC/ADR que existen, cabe destacar los siguientes: arbitraje, negociación, mediación y conciliación, siendo el primero un método heterocompositivo de resolución de conflictos y los otros, autocompositivos. Pues bien, dejemos ya apuntada la tendencia internacional a favor de la mediación, que por ello podríamos considerar como la «fórmula estrella»,⁵ pero no es el único medio adecuado de solución de controversias no jurisdiccional.

⁴ Sobre el particular, vid. Del Val (2021).

⁵ Por lo menos, desde un punto de vista teórico, en el ámbito del comercio internacional la mediación se presenta como un ADR de enorme potencial, dadas sus ventajas, frente al tradicionalmente —más empleado— arbitraje, figura debatida a día de hoy cada vez más. Cuestión distinta es lo que sucede desde un punto de vista práctico: en dicho ámbito transfronterizo, el recurso a mediación es muy escaso, siendo uno de los motivos la inexistencia de un marco jurídico, similar al Convenio de Nueva York de 1958 sobre el

3) ODR hace referencia a los ADR, pero desarrollados a través de medios informáticos, electrónicos o, si se prefiere, haciendo uso de las tecnologías de la información y comunicación. Al hablar de TIC no nos estamos refiriendo únicamente a *e-mails* o correos electrónicos, instrumento propio de los originarios ODR a distancia, sino también a muchos otros medios como los teléfonos y teleconferencias (estas son comunicaciones telefónicas en las que participan simultáneamente más de dos personas), chats y, cómo no, videoconferencias (esto es, conferencias llevadas a cabo por imágenes y sonidos transmitidos por una red de comunicaciones), e inclusive *softwares* y plataformas web. Las videoconferencias son las comunicaciones telemáticas más «personales», pues permiten poner en un contacto directo, visual y auditivo, a las propias partes con el tercero neutral, facultando a este hacer uso tanto del lenguaje verbal como del no verbal, imprescindibles en el correcto desarrollo de la labor mediadora y del *feedback*, donde los gestos tienen especial relevancia.

En definitiva, cabe definir los medios electrónicos en sentido amplio como aquellos mecanismos, instalaciones, equipos o sistemas que permiten «producir, almacenar o transmitir documentos, datos e informaciones; incluyendo cualesquiera redes de comunicación abiertas o restringidas como Internet, telefonía fija y móvil u otras» (Anexo de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia).

En este sentido, ya hace años aludíamos en una de nuestras obras a la existencia de arbitrajes tramitados íntegramente *online*, como el de la pionera Corte de Arbitraje de la Cámara de Madrid, que realizaba una gran apuesta por las nuevas tecnologías, desarrollando un innovador sistema de tramitación de arbitrajes *online* (TAO-OAM), disponible desde julio de 2010 (Marcos, 2012, pp. 256-257).

4) Existen no pocas discrepancias en la doctrina acerca de cómo definir la mediación *online* o, si se prefiere, virtual, a distancia, telemática o digital. Ello se debe fundamentalmente a los distintos entendimientos que se tiene de la negociación, conciliación y mediación (dada la diversidad de concepciones normativas en materia de mediación y conciliación, lo más

reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, que permita la eficacia extraterritorial de los acuerdos alcanzados en aquella. Aunque es cierto que existe la Convención de las Naciones Unidas sobre los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación (la conocida «Convención de Singapur»), aprobada el 20 de diciembre de 2018, no lo es menos que dicha regulación, que supone un paso adelante, nada tiene que ver con el claro y más eficaz régimen jurídico establecido en dicho Convenio de Nueva York de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Para más información al respecto, vid. Esplugues (2022).

conveniente es estar atento a las normas en cuestión dictadas en los diversos ámbitos para saber y conocer su sentido y alcance). Dichas discrepancias se proyectan, a su vez, sobre los trámites que es necesario observar de forma electrónica para poder calificar la mediación de virtual; e inclusive derivan de la propia confusión normativa.

¿En qué se diferencia la mediación de la conciliación? Si bien no existe unanimidad acerca de las diferencias existentes entre ambas figuras, la mediación puede definirse como aquella forma extrajudicial de solución de conflictos, en virtud de la cual un tercero neutral e imparcial —el mediador— intenta aproximar activamente las posiciones de ambas partes para poner fin al conflicto. Incluso propone un acuerdo, pero, en ningún caso, la solución al conflicto es decidida e impuesta a las partes por aquel (Barona, 1993, p. 188; Marín, 2007, pp. 141-142).⁶ Este acuerdo, de llegar a alcanzarse, a diferencia del laudo, en nuestro Estado solo tendrá efectos de cosa juzgada y será título ejecutivo cuando las partes decidan elevarlo a escritura pública (así se ha decidido finalmente al trasponer la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles). Pero estimamos que lo esencial a la hora de distinguir la mediación y la conciliación es el grado de intensidad con que en las mismas interviene el tercero, con independencia de que dicho tercero llegue o no a proponer acuerdos. Así, mientras

en la conciliación el tercero pretende que las partes alcancen el acuerdo entre ellas pero no se adoptan medidas persuasivas, integradoras e incluso disuasorias que tiendan a concretar y, en su caso, posibilitar una solución de consenso entre ellas; por su parte, la mediación implica la utilización de estas técnicas expuestas y la facultad de persuasión con el fin de proyectar en un procedimiento en muchos casos más lento la participación activa de las partes en la búsqueda de la solución que, desde la cesión de intereses contrapuestos, lleve a una posición común que, en todo caso, implique una desaparición, o cuanto menos suavización, de la crispación existente. (Barona, 1993, p. 81)⁷

6 Por otro lado, hay quien aboga por un concepto de mediación que englobe en el mismo incluso una posible propuesta de acuerdo por el propio tercero mediador «si la cuerda se tensa demasiado» (Capdevila, 2004, p. 129). Asimismo, hay quienes parecen entender que la mediación en todo caso engloba una solución propuesta por el tercero, de forma que la función del tercero «consiste en buscar el acuerdo de las partes mediante la propuesta de una solución». Ello en contraposición con la conciliación, en que el conciliador se limita a aproximar a las partes acabando ahí su función, «sin implicarse en la búsqueda o propuesta de una solución pactada» (Orozco & Pérez-Serrabona, 2007, p. 1942).

7 En similar sentido, vid. Barona (2018, p. 50).

La negociación, figura que carece de regulación, es algo bien diferente a la mediación o, por lo menos, así lo es a la luz del concepto proporcionado y de normas de la Unión Europea, como la precitada Directiva 2008/52/CE. En esta, la mediación es

un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. (art. 3, letra a, 1º)

Fíjese en que, según este precepto y también de la propia definición de «mediador» (art. 3, b) y del art. 4 de la Directiva sobre «calidad de la mediación»⁸, se desprende que lo determinante o esencial de la mediación es la existencia de un tercero imparcial, persona física que, con la formación adecuada para actuar como mediador, asesore a las partes para alcanzar un acuerdo y así solucionar el conflicto (por tanto, a efectos de la Directiva, la intervención más o menos activa del tercero mediador, su implicación mayor o menor, no parece ser muy relevante; lo fundamental es garantizar una intervención imparcial de calidad).

Por su parte, la negociación —la tradicional— es el método autocompositivo de ADR mediante el que dos o más partes en conflicto comunican sus diferencias e intentan de forma voluntaria buscar pacíficamente, por ellas mismas o con la ayuda de uno o varios terceros parciales (no neutrales o imparciales), una solución común (Nauss, 2011, p. 21). La negociación electrónica o en el ciberespacio —la moderna— consistiría, pues, en la negociación desarrollada en la Red, debiendo advertir que cabe distinguir dos versiones de negociación electrónica, a saber, automatizada y asistida. En virtud de la automatizada, las partes se sirven de la ayuda de un ordenador (aplicaciones informáticas o *softwares*) que les va orientando o asesorando para que alcancen un acuerdo sobre el concreto pago o cantidad económica debida en un procedimiento —es lo que sucede en la mayoría de las negociaciones automatizadas— *blind bidding* («a ciegas»). En este cada parte

8 El tenor de este precepto es el siguiente: «1. Los Estados miembros fomentarán, de la forma que consideren conveniente, la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, así como otros mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación. 2. Los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes».

indica lo que estaría dispuesta a pagar y a sacrificar —siendo desconocido por la contraparte—, y el *software* inteligente propone la solución al conflicto (acuerdo) mediante algoritmos que buscan valores intermedios entre las propuestas ofertadas. Este ODR se utiliza considerablemente en EE. UU., cuyo principal campo de aplicación es resolver conflictos en materia de seguros.

En virtud de la negociación asistida, de mayor complejidad, aunque también de gran éxito, se permite a las partes dar distintos pasos hasta alcanzar un acuerdo (que no necesariamente versa sobre cierto pago), haciendo uso de una plataforma o sitio web (Kaufmann-Kohler & Schultz, 2004, pp. 11-21; Montesinos, 2007, pp. 58-59). Podríamos incluso hablar de una tercera modalidad de negociación electrónica, más simple, cuando las partes se comunican en ella a través de Internet de forma asincrónica (haciendo uso de correos electrónicos, chats o videoconferencias), aunque hay autores reticentes a calificarla como tal, porque «no es distinta a la realizada por teléfono o por correo postal» (Alzate & Vázquez, 2014, p. 142).

No faltan autores en hablar de mediación para referirse a la negociación.⁹ Y lo cierto es que, aunque debemos insistir en que no hay que confundir ambas figuras, a la luz de normas como la Ley española 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, parece ser posible incluir en el concepto de mediación electrónica ciertos sistemas de negociación asistida o automatizada, cuando se observen requisitos como respetar los principios de la mediación civil y mercantil, y permitir la intervención de un tercero (persona natural) mediador para llevar a cabo ciertas funciones.¹⁰

Podría definirse la mediación *online* como aquella mediación (no negociación ni conciliación) que se tramita íntegra o mayoritariamente por medios electrónicos, de manera similar a como se define el arbitraje de consumo electrónico (art. 51.1.1º del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del Sistema Arbitral de Consumo¹¹), con independencia de la

9 Por ejemplo, Femenia (s. f.), quien afirma que «hoy existen mediaciones automatizadas, sin mediador humano, capaces de retener y aplicar los mismos criterios que validan y legitimizan a la mediación cara a cara, a la solución de disputas online. Estos métodos son mediaciones automatizadas, que serán el tema de otro estudio futuro».

10 En este sentido, aunque con respecto al Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, vid. Vázquez (2011, pp. 26, 30 y 33).

11 No obstante, adviértase que el arbitraje de consumo electrónico se define como «aquel que se sustancia íntegramente, desde la solicitud de arbitraje hasta la terminación del procedimiento, incluidas las notificaciones, por medios electrónicos, sin perjuicio de que alguna actuación arbitral deba practicarse por medios tradicionales». Quizá habría sido más conveniente hablar de «mayoritariamente» o «en principio», pues es una *contradictio in terminis* que un arbitraje se considere íntegro o totalmente celebrado por medios electrónicos si cabe utilizar, aunque sea excepcionalmente, medios tradicionales.

forma (tradicional o electrónica) en que haya sido acordado el sometimiento a la misma.¹² En este orden de consideraciones, cabría hablar de mediación *on-off line* o mixta para aludir a la tramitada o desarrollada tanto con medios tradicionales como con TIC. Lo cierto es que, aunque cada vez son más los procedimientos de ADR que se desarrollan exclusivamente en Internet, son todavía pocos, siendo también cierto que los procedimientos de ADR tradicionales, aún mayoritarios, suelen hacer uso de ciertas o algunas TIC. De ahí que se haya afirmado y defendido que, más que hablar de un único concepto de ODR, conviene usar un concepto plural y aludir a técnicas de ODR (Hörnle, 2003) que se utilizarán en mayor o menor medida atendiendo a las circunstancias del caso y su conveniencia (Kaufmann-Kohler & Schultz, 2004, p. 7; Montesinos, 2008, p. 4; Alzate, 2010, p. 177).

Aunque también reciente normativa acoge de forma clara y decidida la introducción de las nuevas tecnologías y la digitalización documental en los procesos judiciales, la vía judicial queda al margen de nuestro estudio.

II. IMPULSO Y FOMENTO DE LOS ADR/ODR EN MATERIA DE CONSUMO

Los ADR/ODR en general en el ámbito del derecho privado y, en particular, en materia de consumo, se han impulsado desde distintas instancias internacionales, destacando la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y la Unión Europea (UE).¹³

1. En el ámbito de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

1.1. Introducción

Ante el enorme crecimiento del comercio electrónico y, por ende, de disputas de él derivadas y de muy diversas plataformas de ODR,¹⁴ era de esperar

12 Para García-Rostán (2010), «la mediación implica la perfección de uno o, eventualmente, dos acuerdos de voluntades», a saber, el «convenio trilateral entre las partes confrontadas y el mediador; que se aproxima a la noción de arrendamiento de servicios», y el posible «contrato en las hipótesis en las que efectivamente las partes encuentren una solución de consenso a su conflicto» (pp. 402-403).

13 En inglés: *United Nations Commission On International Trade Law* (UNICITRAL) y *European Union* (EU), respectivamente.

14 Al respecto, puede verse Bozzo (2022, pp. 313-330).

la actuación e intervención de la CNUDMI, principal órgano jurídico de la Organización de Naciones Unidas (ONU) en el ámbito del derecho mercantil internacional, cuya función es modernizar y armonizar reglas del comercio internacional, siendo 193 los Estados miembros actuales de la citada organización. Era necesario contar con un marco normativo que transmitiera confianza y seguridad a los —cada vez mayores— operadores jurídicos que participan de forma electrónica en el ámbito comercial realizando transacciones u operaciones comerciales transfronterizas.

Estamos ante un órgano —la CNUDMI— que ha dedicado enormes esfuerzos a establecer un marco normativo —fundamentalmente de *soft law*¹⁵— tanto de derecho sustantivo —ámbito en el que originariamente se centraron los esfuerzos— como procesal o de solución de disputas en sede de comercio electrónico.

Si nos centramos en las normas de *soft law*, adoptadas a modo de recomendación o propuesta para los Estados (no vinculantes para ellos), y dejando de lado la ya veterana Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (con enmiendas adoptadas en 2006), resulta reseñable¹⁶ la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional, adoptada en el año 2002. Se parte de que los métodos autocompositivos de solución de controversias en que interviene un tercero neutral se usaban cada vez más en la práctica mercantil nacional e internacional, en sustitución de los litigios judiciales, y considerando que el uso de esos métodos de solución de controversias produce beneficios importantes. Esta ley se modificó en 2018, al agregarse una nueva sección sobre los acuerdos de transacción internacionales y su ejecución. Pasó a llamarse Ley Modelo sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, pero el cambio de denominación no tenía ninguna trascendencia de fondo o conceptual; era meramente formal para adaptarse a la terminología que se suele utilizar en la práctica. Si citamos a esta Ley Modelo sobre Mediación, mediación es

15 Pero también de *hard law*, destacando la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, aprobado el 23 de noviembre de 2005, y la Convención de las Naciones Unidas sobre los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación (la conocida «Convención de Singapur»), aprobado el 20 de diciembre de 2018.

16 Igualmente destacables en el ámbito del comercio electrónico son la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, adoptada el 12 de junio de 1996 (el artículo 5 bis suplementario fue adoptado en 1998), la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas, adoptada el 5 de julio de 2001 o la Ley Modelo sobre documentos transmisibles electrónicos, aprobado el 13 de julio de 2017.

todo procedimiento, ya sea que se designe con el término mediación, conciliación u otro de sentido equivalente, en que las partes soliciten a un tercero o terceros («el mediador») que les presten asistencia en su intento de llegar a un arreglo amistoso de una controversia derivada de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o vinculada a ellas. El mediador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.

No obstante, dicho mediador sí podría proponer soluciones, como se desprende de varios preceptos de la Ley Modelo (arts. 7.4 y 11.1.d).

1.2. Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea

Centrándonos ahora en el impulso y fomento de los ADR/ODR en el particular ámbito del consumo, hay que decir que la UNCITRAL en su 43º período de sesiones (Nueva York, 21 de junio a 9 de julio de 2010) acordó que se estableciera un Grupo de Trabajo que se ocupara de la solución de controversias por vía informática surgidas a raíz de operaciones transfronterizas de comercio electrónico, incluidas las operaciones entre empresas y entre empresas y consumidores; se trata del Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias por Vía Informática).

Han sido muchas las sesiones celebradas por dicho Grupo de Trabajo (desde 2010 a 2016), al que se le encomendó la elaboración de un reglamento para la solución por vía informática de las controversias de esta índole, lo que acabó dando lugar al documento de *soft law* «Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea», aprobado por Resolución de la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 2016, que lamentablemente no ha ido mucho más allá de lo que podía haber ido,¹⁷ siendo de poco calado. Esperemos que los trabajos que en la actualidad se están realizando sobre cuestiones jurídicas relacionadas con la economía digital, incluyendo la solución de controversias, acaben dando frutos mucho más maduros en la CNUDMI.¹⁸

En dicho documento (Notas), que parte de que «con el rápido aumento de las operaciones transfronterizas en línea, ha surgido la necesidad de contar con mecanismos que permitan resolver las controversias derivadas de esas

¹⁷ Coincidimos en este punto con Palao (2022, p. 300).

¹⁸ Sobre el particular, puede verse especialmente el documento A/CN.9/1064, manejado dentro de su 54º período de sesiones (de 28 de junio a 16 de julio de 2021, en Viena).

operaciones», subyace la idea de que «la solución de controversias en línea puede ayudar a las partes a resolver la controversia de manera sencilla, rápida, flexible y segura, sin necesidad de estar presente». El propósito es que las Notas se utilicen para resolver controversias emanadas de contratos transfronterizos de compraventa o de servicios de poca cuantía celebrados por medios de comunicación electrónicos.

Cabe destacar dos aspectos fundamentales recogidos en dichas Notas, en materia de principios y de procedimiento respectivamente. Las Notas — así lo indica su sección I— parten de que los ODR abarcan también los procesos híbridos, esto es, realizados en parte en línea y en parte de forma tradicional. Por lo que atañe a los principios, las Notas hacen referencia a la importancia de que rijan principios esenciales de los ADR, como son la confidencialidad, independencia, neutralidad e imparcialidad, especialización y consentimiento. *A priori* puede resultar curioso que la sección II, que versa sobre los «principios», se centre y refiera únicamente a la transparencia en sus puntos 10 a 12 —dando a conocer posibles relaciones entre el administrador ODR y un cierto proveedor, y datos estadísticos anonimizados sobre los resultados alcanzados, así como toda una serie de información pertinente en el sitio web del administrador ODR de forma sencilla y accesible—, independencia en sus puntos 13 y 14 —siendo conveniente que el administrador ODR cuente con un código ético para los terceros neutrales, para evitar conflictos de intereses e indique cómo afrontar estos casos, de existir—, especialización en sus puntos 15 y 16 —capacitación de los terceros neutrales, para cuyo control de calidad puede ayudar al administrador ODR un mecanismo de supervisión interna— y consentimiento en su punto 17 —voluntariedad expresa e informadamente prestada—, y no establezca el alcance del resto de principios. Pero ello obedece a que las propias Notas en su sección XII se remiten a lo que sobre los mismos establecen las normas de los ADR «tradicionales». En efecto, en su punto 53 señalan que

es conveniente que el proceso ODR se rija por las mismas normas relativas a la confidencialidad y las garantías procesales que se aplican a los procesos de solución de controversias en un contexto fuera de línea, en particular en lo que respecta a la independencia, la neutralidad y la imparcialidad.

Con respecto al procedimiento, es tratado por las Notas en diversas secciones, especialmente las secciones III, puntos 18-21; VI, puntos 33-36; VII, puntos 37-39; VIII, puntos 40-44; y IX, punto 45. Cabe diferenciar tres etapas en sede de ODR. En primer lugar, «de negociación» entre las propias partes a través de una plataforma de comunicación (plataforma

ODR), a la que se le envía la demanda y contestación, que el administrador ODR se encarga de poner a disposición de la contraparte. En segundo lugar, si no se llega a un acuerdo en la etapa anterior, se pasa a esta etapa de «arreglo facilitado», en que el administrador ODR nombra a un tercero que va a ayudar a las partes a alcanzar un acuerdo, comunicándose entre ellas por la plataforma. Finalmente, si en la etapa anterior tampoco se llega a un acuerdo, ya sea el administrador ODR o el tercero neutral informará a las partes de la naturaleza de esta tercera fase o «etapa final».

2. En el ámbito de la Unión Europea

2.1. Introducción

En sede de ADR en general en derecho privado (en materia civil y mercantil), la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, indica en su considerando 9 que «la presente Directiva no debe impedir en modo alguno la utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación». Sin embargo, lamentablemente, nada desarrolla al respecto del fomento y la implantación de las TIC en su propio articulado, limitándose a pergeñar en su art. 1 que su objetivo «es facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial».

Dicha Directiva excluye en su art. 1.2 de su ámbito de aplicación toda una serie de materias, entre las que curiosamente no mencionan las controversias derivadas de relaciones de consumo ni otras materias que también se encuentran excluidas, según indica el considerando 11 de la Directiva.

Por la importancia que últimamente está teniendo la aplicación de las TIC para resolver conflictos de consumo, nos referiremos seguidamente a destacada normativa de la Unión Europea que fomenta su implementación. Ya en el año 2009 reflexionábamos sobre la conveniencia de instaurar en la Unión Europea un modelo de ADR a los efectos de acabar con las discrepancias o divergencias existentes sobre la materia en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros que perjudican u obstaculizan el correcto funcionamiento del mercado único y su desarrollo. Ya entonces hablábamos de que no nos parecía descabellada la idea de que en un futuro

se propusiera y dictara una directiva o inclusive un reglamento que articulara un sistema comunitario de ADR que, por sus ventajas y conveniencia, tuviese en cuenta la posibilidad de su tramitación vía *online*. Pues bien, ese momento ha llegado, aunque —hay que decirlo— no exactamente en los términos en que nos aventurábamos a indicar.¹⁹ En efecto, estudios llevados a cabo por la UE han puesto de manifiesto la necesidad de contar con medios extrajudiciales de resolución de los conflictos de consumo transfronterizos que sean de acceso fácil, baratos, rápidos y eficaces, pues muchos de estos conflictos —por cierto, *in crescendo*— han quedado sin resolver.

Si contar con ADR de consumo eficaces resulta importante para resolver estos conflictos transfronterizos (pues el tiempo, dinero y esfuerzo de acudir a los tribunales no suele compensar, lo que hace que los consumidores resulten bastante reacios o reticentes a la hora de efectuar transacciones transfronterizas), especialmente lo es para resolver conflictos de este tipo que tengan su origen en la Red, esto es, en el comercio electrónico («e-disputas»). Y ello porque las indudables ventajas que ofrece Internet podrían permitir un «e-mercado» único muy desarrollado, tanto porque a los consumidores les resulta fácil comprar vía *online* (sea mediante sus ordenadores, teléfonos móviles con acceso a Internet, etc.) y en las propias tiendas —lo que harían mayormente en el ámbito transfronterizo, si existiera una auténtica confianza en los sistemas de resolución extrajudicial de eventuales conflictos—, como porque a las empresas Internet también les ofrece la posibilidad de abrirse a los mercados de otros Estados miembros. La posibilidad de un enorme desarrollo y expansión en el seno de la UE, lo que no sucede por la preocupación de dichas empresas —especialmente, las pequeñas y medianas (PYME)— por el riesgo de tener que enfrentarse a sistemas jurídicos y judiciales desconocidos (European Commission, 2008).

2.2. La Directiva 2013/11/UE, el Reglamento (UE) N° 524/2013 y el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1051

2.2.1. Consideraciones previas

Partiendo del aludido escenario y de que sin duda han sido insuficientes las recomendaciones adoptadas por la Comisión en 1998 (Recomendación de la Comisión 98/257/CE, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia

¹⁹ Para más detalles sobre el particular, vid. Marcos (2010, pp. 63-68).

de consumo²⁰) y 2001 (Recomendación de la Comisión 2001/310/CE, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo²¹), la UE llevó a cabo otra serie de trabajos e intervenciones encaminados a potenciar realmente y en una gran medida los sistemas de ADR y ODR. Entre ellos, cabe destacar las cruciales dos normas complementarias para regular los ADR y los ODR, que no cabe concebir de forma aislada por su íntima conexión. Se trata de dos iniciativas interconectadas, como ahora se verá: 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 modifican el Reglamento (CE) N° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (sucesivamente, Directiva); y el Reglamento (UE) N° 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 modifican el Reglamento (CE) N° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (en adelante, Reglamento).

Ambas (la Directiva y el Reglamento) son dos normas de la Unión Europea que, respetando los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, tienen como objetivo contribuir al buen funcionamiento del mercado interior «digital» y lograr un alto nivel de protección de los consumidores, garantizando la resolución de litigios de consumo (derivados de relaciones contractuales sobre venta de mercancías y prestación de servicios por comerciantes) mediante vías extrajudiciales que respeten los principios de imparcialidad, transparencia, efectividad y justicia (art. 1 de ambas normas).

20 Diario Oficial L 115, de 17.4.1998. Los siete principios contemplados por la misma son el de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación; principios aplicables —como dice la propia Recomendación— «a los procedimientos que, con independencia de su denominación, conducen a una solución del litigio por intervención activa de una tercera persona que propone o impone una solución; que, por lo tanto, no se refiere a los procedimientos que se limitan a un simple intento de aproximar a las partes para convencerlas de encontrar una solución de común acuerdo». Por tanto, se trata de principios no aplicables a la negociación ni, incluso, a la conciliación en los términos vistos; sí a la mediación.

21 Diario Oficial L 109 de 19.4.2001. Como se desprende del propio nombre, esta Recomendación no se aplica al arbitraje, sino a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo que pretenden acercar a las partes para convencerlas de que busquen una solución de común acuerdo (tales como la conciliación); órganos que deberán respetar los principios de imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad del procedimiento. Por tanto, como explicita la propia Recomendación en su considerando noveno, tampoco estos principios (o la Recomendación) son de aplicación a sistemas de negociación ofrecidos en atención al cliente, hayan sido gestionados por la misma empresa o en los que interviene un tercero en nombre de la misma (Vázquez, 2011, pp. 19-20).

A ello hay que añadir el especial hincapié que hace tal Reglamento en conseguir dichos objetivos, como indica el citado precepto, haciendo uso de una plataforma digital para los litigios derivados o nacidos en la Red.

Como ya hemos adelantado, no cabe concebir ambas normas de forma independiente. Y ello porque, siendo la función del Reglamento permitir a consumidores y comerciantes que residan en un país de la Unión Europea acceder de forma directa a una plataforma *online* que ayude a resolver sus conflictos (pero no cualquier conflicto, sino solo los derivados de comercio electrónico con comerciantes o empresas establecidos en la Unión), dicha colaboración se presta por las entidades u organismos de ADR de calidad a los que se refiere la Directiva. Esta señala en su considerando 7 que, para que los consumidores tengan confianza y aprovechen

plenamente el potencial del mercado interior, es necesario que la resolución alternativa pueda aplicarse a todos los tipos de litigios, nacionales y transfronterizos (...) que los procedimientos de resolución alternativa cumplan unos requisitos de calidad coherentes aplicables en toda la Unión, y que los consumidores y los comerciantes conozcan la existencia de dichos procedimientos. Debido al incremento del comercio y la circulación de personas con carácter transfronterizo, también es importante que las entidades de resolución alternativa tramiten los litigios transfronterizos de manera eficaz.

Por lo que se refiere a la estructura de la Directiva, se integra por 62 considerandos, un capítulo I sobre «disposiciones generales», que a su vez engloba los arts. 1 (relativo al «objeto»), 2 («ámbito de aplicación»), 3 («relación con otros actos jurídicos de la Unión») y 4 («definiciones»); un capítulo II sobre «acceso y requisitos aplicables a las entidades y los procedimientos de resolución alternativa», que a su vez abarca los arts. 5 (sobre «acceso a entidades y procedimientos de resolución alternativa»), 6 («conocimientos especializados, independencia e imparcialidad»), 7 («principio de transparencia»), 8 («eficacia»), 9 («equidad»), 10 («principio de libertad»), 11 («principio de legalidad») y 12 («efecto de los procedimientos de resolución alternativa en los plazos de caducidad y prescripción»); un capítulo III relativo a la «información y cooperación», integrado por los artículos 13 («información a los consumidores por parte de los comerciantes»), 14 («asistencia a los consumidores»), 15 («información general»), 16 («cooperación e intercambios de experiencias entre entidades de resolución alternativa») y 17 («cooperación entre las entidades de resolución alternativa y las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de los actos jurídicos de la Unión en materia de protección de los consumidores»); un capítulo IV sobre «función de las autoridades

competentes y de la Comisión», que a su vez engloba los arts. 18 («designación de las autoridades competentes»), 19 («información que deben notificar las entidades de resolución de litigios a las autoridades competentes») y 20 (relativo al «papel de las autoridades competentes y de la Comisión»); y un capítulo V sobre «disposiciones finales», que trata las «sanciones» (art. 21), la «modificación del Reglamento (CE) N° 2006/2004» (art. 22), la «modificación de la Directiva 2009/22/CE» (art. 23), la «comunicación» (art. 24), «incorporación al Derecho nacional» (art. 25), «informes» (art. 26), «entrada en vigor» (art. 27) y «destinatarios» (art. 28).

Por lo que respecta a la estructura del Reglamento, se integra por 36 considerandos, un capítulo I sobre «disposiciones generales», que a su vez engloba los arts. 1 (relativo al «objeto»), 2 («ámbito de aplicación»), 3 («relación con otros actos jurídicos de la Unión») y 4 («definiciones»); un capítulo II relativo a la «plataforma de resolución de litigios en línea», que incluye los arts. 5 («establecimiento de la plataforma de resolución de litigios en línea»), 6 («ensayo de la plataforma de resolución de litigios en línea»), 7 («Red de puntos de contacto de resolución de litigios en línea»), 8 («presentación de reclamaciones»), 9 («tramitación y transmisión de reclamaciones»), 10 («resolución del litigio»), 11 («base de datos»), 12 («tratamiento de datos personales»), 13 («confidencialidad y seguridad de los datos»), 14 («información a los consumidores») y 15 («función de las autoridades competentes»); y un capítulo III sobre «disposiciones finales», que se integra por los arts. 16 («procedimiento de comité»), 17 («ejercicio de la delegación»), 18 («sanciones»), 19 («modificación del Reglamento (CE) N° 2006/2004»), 20 («modificación de la Directiva 2009/22/CE»), 21 («Informes») y 22 («entrada en vigor»).

En lo que respecta al ámbito de aplicación de la Directiva, esta se aplica a los métodos de ADR en que interviene una entidad «que propone o impone una solución o que reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa» (art. 2.1). Por tanto, abarcaría procedimientos de ADR tales como la mediación, arbitraje y conciliación, pero no (así se declara *ex art.* 2.2) se aplica «a los procedimientos ante entidades de resolución de litigios en que las personas físicas encargadas de resolver el litigio estén empleadas o sean retribuidas exclusivamente por el comerciante en cuestión»²², a «los procedimientos ante sistemas de tramitación de reclamaciones

²² Continúa indicando la norma: «a menos que los Estados miembros decidan autorizar dichos procedimientos como procedimientos de resolución alternativa en el marco de la presente Directiva y se cumplan los requisitos establecidos en el capítulo II, incluidos los requisitos específicos de independencia y transparencia a que se refiere el artículo 6, apartado 3».

de los consumidores gestionados por el comerciante», a «los servicios no económicos de interés general», a «los litigios entre comerciantes», a «la negociación directa entre el consumidor y el comerciante», a «los intentos realizados por un juez para resolver un litigio en el marco de un procedimiento judicial relativo a dicho litigio», a «los procedimientos iniciados por un comerciante contra un consumidor», a «los servicios relacionados con la salud prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, como la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios», ni a «los prestadores públicos de enseñanza complementaria o superior».

Por lo que atañe al Reglamento, puede inferirse que su ámbito de aplicación, en principio, viene a coincidir con el de la Directiva, aunque este limita su aplicación a la resolución extrajudicial de litigios sobre obligaciones contractuales que deriven «de contratos de compraventa o de prestación de servicios *celebrados en línea* entre un consumidor residente en la Unión Europea y un comerciante establecido en la Unión» (la cursiva es nuestra) y conlleva el uso de una «plataforma de resolución de litigios en línea» (art. 2.1).

Dicho todo lo anterior, lo más relevante es que el sistema de ADR/ODR introducido por la Directiva y el Reglamento gira en torno a tres ejes clave: la calidad de los ADR o, si se prefiere, de las entidades de resolución alternativa de litigios —RAL, en terminología de las normas ahora comentadas— en materia de consumo; las autoridades competentes y la plataforma de resolución de litigios en línea, a los que seguidamente nos referiremos.

2.2.2. Calidad de las entidades de resolución alternativa y autoridades competentes

Con respecto al citado primer eje, como ya indicamos en otra obra (Marcos, 2013, pp. 29-33), la Directiva fija un conjunto de requisitos de calidad aplicables a todo procedimiento de ADR (a ellos se refiere el capítulo II): «conocimientos especializados, independencia e imparcialidad» (art. 6), «principio de transparencia» (art. 7), «eficacia» (art. 8), «equidad» (art. 9),²³ «principio de libertad» (art. 10), «principio de legalidad» (art. 11) y «efecto

23 Estos cuatro principios, que son los únicos que recogía la originaria Propuesta de Directiva, vienen a coincidir con los recogidos en la citada Recomendación de 2001 (ya hemos visto que la Recomendación de 1998 contiene más principios). Sin embargo, hay que decir que, tras la modificación operada por el Parlamento Europeo (en virtud de Resolución legislativa de 12 de marzo de 2013), se añadían e introducían el principio de independencia —junto con el de imparcialidad—, el de libertad y el de legalidad, así como una norma

de los procedimientos de resolución alternativa en los plazos de caducidad y prescripción» (art. 12).

En primer lugar, resulta crucial que los Estados garanticen que el órgano (persona/s física/s) que resuelva el litigio posea conocimientos jurídicos generales suficientes y conocimientos especializados necesarios en el ámbito o materia del conflicto y sea independiente e imparcial (art. 6.1). De igual manera, que cuando la entidad de RAL o ADR sea un órgano colegiado, la misma se integre paritariamente por representantes de las asociaciones de consumidores y de empresarios o comerciantes (art. 6.5).²⁴ Este precepto de la Directiva añade una serie de normas encaminadas fundamentalmente a garantizar la independencia de las personas que integran las entidades de ADR —necesaria duración mínima de su mandato y no relevación de sus tareas sin causa justificada, la no recepción de instrucciones de ninguna de las partes ni de sus representantes, su retribución con independencia del resultado del litigio y, en su caso, con cargo en un presupuesto independiente, etc. (apartados 1º, 3º y 4º)— y a indicar el modo de proceder cuando pueda quedar en entredicho la independencia o imparcialidad (apartado 2º).

Por lo que atañe al «principio de transparencia» (art. 7), este se pretende conseguir velando los Estados miembros porque las entidades de ADR pongan a disposición del público, «cuando así se solicite» (tanto «en su sitio web, en un soporte duradero o por cualquier otro medio que consideren adecuado») toda una serie de información básica sobre el propio mecanismo de ADR y sobre su actividad (los concretos extremos se indican en las letras a) a o) del art. 7.1 de la Directiva), incluyendo informes anuales, en que figurará toda la información —relacionada con litigios nacionales y transfronterizos— indicada en las letras a) a h) del art. 7.2 de la Directiva.

sobre el «efecto de los procedimientos de resolución alternativa en los plazos de caducidad y prescripción»; modificaciones acogidas por la Directiva definitivamente aprobada.

²⁴ Frente a la originaria Propuesta de Directiva, que nada decía de forma explícita sobre la necesaria independencia (solo aludía a la imparcialidad, a pesar de que posteriormente también recogía garantías de la independencia), la Directiva finalmente aprobada se refiere pertinentemente a ambas notas del estatuto personal de las personas físicas a cargo de la resolución extrajudicial de conflictos. Fijese en que la originaria Propuesta se refería en el mismo art. 6 a la necesaria garantía por parte de los Estados de que las personas integrantes de los órganos de ADR a quienes correspondiera resolver los litigios, no pudieran ser apartadas de sus funciones, salvo por causas justificadas. Es esta una garantía de la independencia y no propiamente de la imparcialidad, a pesar de que la rúbrica del precepto nada dijera sobre la independencia. De ahí que nos pareciera más correcta la postura del Parlamento Europeo, que pretendía rubricar el art. 6 bajo los términos «conocimientos especializados, *independencia* e imparcialidad» (Resolución legislativa de 12 de marzo de 2013), tal y como ha hecho la Directiva finalmente aprobada.

Por otro lado, los Estados miembros deben velar por que los ADR sean eficaces (art. 8), lo que se traduce en que sean fácilmente accesibles, puedan intervenir por sí mismas las propias partes en dichos procedimientos, sean gratuitas o poco costosas para los consumidores, «la entidad de resolución alternativa que haya recibido una reclamación notifique de inmediato a las partes litigantes la recepción de todos los documentos con la información pertinente en relación con la reclamación»²⁵ y los procedimientos se resuelvan en principio en el plazo máximo de noventa días (contados desde la fecha en que la entidad de ADR haya recibido el expediente completo de la reclamación), salvo cuando la complejidad del caso justifique un plazo mayor.²⁶

En otro orden de consideraciones, se pretende conseguir ADR equitativos (art. 9), velando los Estados por garantizar a las partes su contradicción y audiencia, porque «se informe a las partes de que no están obligadas a ser asistidas por letrado o asesor jurídico, pero pueden solicitar asesoramiento independiente o estar representadas o asistidas por terceros en cualquier fase del procedimiento»²⁷ y por poner a disposición de las partes la decisión del conflicto y las razones de su sentido. La Directiva, asimismo, indica, al tratar la equidad, que los Estados deben velar por que en los procedimientos de ADR resueltos proponiendo una solución, se informe mínimamente a las partes (consumidor y comerciante) de diferentes extremos, tanto antes de iniciar el procedimiento como antes de tomar una decisión sobre la solución propuesta. Antes de iniciar el procedimiento, se les debe

25 Esta previsión, recogida en la letra d) del art. 8 de la Directiva, ha sido introducida en la Directiva finalmente aprobada tras las modificaciones operadas a la Propuesta originaria (que nada decía al respecto) por el Parlamento Europeo, acogiendo literalmente la redacción propuesta por este órgano en su Resolución legislativa de 12 de marzo de 2013.

26 Este último punto (el de los noventa días) ya no plantea problemas con respecto al sistema arbitral de consumo español (regulado por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero), pues esta norma reglamentaria fue modificada por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, fijando un plazo para dictar y notificar laudo de noventa días naturales «contados desde que se acuerde el inicio del procedimiento por haber recibido el órgano arbitral la documentación completa necesaria para su tramitación, según lo dispuesto en el artículo 37.3»; plazo que podrá ser ampliado motivadamente por el órgano arbitral en casos especialmente complejos por un máximo de otros noventa días (art. 49.1 del citado RD 231/2008). Anteriormente cabía en principio resolver los conflictos en seis meses (contados desde el día siguiente al inicio del procedimiento arbitral), pudiendo prorrogarse motivadamente por el órgano arbitral, por un período no superior a dos meses, salvo acuerdo de las partes (art. 49.1). Sobre el sistema arbitral de consumo, vid. Marcos (2010).

27 Esta previsión, recogida en la letra b) del art. 9 de la Directiva, ha sido introducida en la Directiva finalmente aprobada tras las modificaciones operadas a la Propuesta originaria (que nada decía al respecto) por el Parlamento Europeo, acogiendo literalmente la redacción propuesta por este órgano en su Resolución legislativa de 12 de marzo de 2013.

informar de su derecho de «retirarse del procedimiento en cualquier momento si no están satisfechas con el funcionamiento o la tramitación del procedimiento». Aunque esta previsión solo será aplicable al consumidor cuando exista legislación nacional que obligue al comerciante a intervenir en tal procedimiento de ADR.²⁸ Por otro lado, antes de aceptar o rechazar dicha solución propuesta, se les debe informar que pueden aceptarla o rechazarla, que la intervención en el procedimiento de ADR no impide plantear igual conflicto ante los tribunales, que la solución propuesta puede ser diferente al resultado alcanzado por un órgano jurisdiccional al resolver el caso y del efecto jurídico de aceptar la propuesta (para lo cual deben tener un plazo de reflexión suficiente). Igualmente, esta previsión solo será aplicable al consumidor cuando exista legislación nacional que establezca que el resultado es vinculante para el comerciante.

Como adelantábamos, también la Directiva finalmente aprobada ha decidido introducir los principios de libertad y de legalidad (en similares términos a los de la Recomendación 98/257/CE). En virtud del primero (art. 10), se trata de que los Estados velen por que los convenios de sometimiento a un ADR que hayan sido pactados con anterioridad al surgimiento del litigio y que impidan acudir a los tribunales para resolver el mismo asunto (por ejemplo, un convenio arbitral), no sean obligatorios para los consumidores. De igual forma, que en los ADR heterocompositivos en que se impone la solución, esta solo sea obligatoria para las partes cuando hayan sido previamente informadas de dicho carácter vinculante y lo hayan aceptado expresamente (salvo cuando las soluciones vinculen al comerciante por así establecerlo la legislación del Estado miembro, en cuyo caso no se requiere su aceptación). Y, con respecto al segundo, se trata de que los órganos de ADR, cuando resuelvan imponiendo una decisión, lo hagan siempre protegiéndolo en los términos impuestos por las normas imperativas protectoras de los consumidores, que resultan de preceptiva aplicación (por ser, en los conflictos nacionales, la ley del Estado miembro en que el consumidor y el comerciante tengan su residencia habitual; o, en caso de conflictos transfronterizos, la que corresponda de conformidad con lo establecido en el art. 6.1 y 2 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 y en el art. 5.1 a 3 del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, no pudiendo eludirse mediante pacto de las partes).

²⁸ Sobre este punto no decía nada la originaria Propuesta de Directiva, acogiendo la Directiva aprobada el tenor literal de la modificación operada por el Parlamento Europeo en su Resolución legislativa de 12 de marzo de 2013.

Por último, con respecto al «efecto de los procedimientos de resolución alternativa en los plazos de caducidad y prescripción» (art. 12), se trata de no perjudicar a quienes acuden a un ADR, adoptando medidas como la suspensión e interrupción de los plazos de caducidad y prescripción, respectivamente, de las acciones.

Pues bien, todos estos principios aplicables a las entidades y procedimientos de resolución alternativa de conflictos de consumo deben igualmente observarse cuando se resuelvan en línea, haciendo uso de la plataforma *online* tratada en el siguiente epígrafe, por más que el art. 1 del Reglamento se haya limitado a referirse expresamente a la independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad, dejando de lado los «conocimientos especializados» (art. 6), el «principio de libertad» (art. 10), el «principio de legalidad» (art. 11) y el «efecto de los procedimientos de resolución alternativa en los plazos de caducidad y prescripción» (art. 12).

Por lo que atañe al citado segundo eje —las autoridades competentes—, resta exponer que cada Estado miembro ha de nombrar una autoridad competente (art. 18.1 de la Directiva),²⁹ que ha de encargarse de verificar si las entidades u organismos de ADR de su territorio cumplen los requisitos y exigencias de calidad previstas en la Directiva (art. 20.1 de la Directiva), y, si los cumplen, incluirlos en una lista elaborada al efecto, que ha de remitir a la Comisión Europea (art. 20.2 de la Directiva), incluso con las actualizaciones pertinentes sin demora, la que a su vez se encarga de elaborar una lista con todas las entidades de RAL notificadas (art. 20.4 de la Directiva). Repárese en que la autoridad competente únicamente verificará el cumplimiento de los indicados requisitos de calidad respecto de aquellas entidades de RAL que deseen ser admitidas o acreditadas a

29 El mismo precepto posibilita que cada Estado nombre a más de una autoridad, pero, en caso de hacerlo, dicho Estado deberá indicar qué autoridad, de entre las designadas, es el punto de contacto para o con la Comisión. Dicho punto de contacto es el encargado de notificar a la Comisión la lista y sus actualizaciones (art. 20.3 de la Directiva). En el caso de España, han sido varias las autoridades competentes designadas. En concreto, lo han sido a nivel estatal en virtud de 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, en principio para todo sector económico, la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición. Para el sector financiero, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Y para el sector del transporte aéreo, la persona titular del Ministerio de Fomento (art. 26, apartados 1, 3 y 4, respectivamente). El Estado español decidió que fuese la presidencia de dicha Agencia Española de Consumo —AECOSAN, que ahora se denomina AESAN al haberse suprimido la referencia «de Consumo»— el punto de contacto (art. 27 de dicha ley).

efectos de la Directiva y, por ende, ser incluidas en la correspondiente lista (art. 19.1 de la Directiva).

2.2.3. Plataforma de resolución de litigios en línea

Su ejecución o puesta en marcha, desde el 15 de febrero de 2016, ha sido posible en virtud del Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1051 de la Comisión, de 1 de julio de 2015, sobre las modalidades para el ejercicio de las funciones de la plataforma de resolución de litigios en línea, sobre las modalidades del impreso electrónico de reclamación y sobre las modalidades de cooperación entre los puntos de contacto previstos en el Reglamento (UE) N° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (en lo sucesivo, Reglamento de Ejecución).

El procedimiento es muy sencillo, pudiendo encontrarse toda la información al respecto en la web de la Comisión Europea. Una vez se accede, la plataforma va guiando al reclamante (en principio, el consumidor³⁰), indicándole los pasos a seguir hasta cumplimentar el formulario o impreso electrónico de reclamación —disponible «en todas las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión» (art. 2 del Reglamento de Ejecución)—, al que se pueden adjuntar documentos en apoyo de dicha reclamación.

El formulario, una vez presentado, lo envía la plataforma a la empresa reclamada, transmitiendo para ello la plataforma «un mensaje electrónico normalizado a la dirección electrónica de la parte reclamada indicada por la parte reclamante en el impreso electrónico de reclamación, informándole de que se ha presentado una reclamación contra ella y facilitando acceso a la información» (art. 3 del Reglamento de Ejecución).

Una vez la empresa reciba la reclamación, lo crucial será acordar con el consumidor la entidad de resolución de litigios que va a tramitarla (art. 4 del Reglamento de Ejecución), lo cual será más fácil si el consumidor ya indicó una en su formulario (en todo momento la plataforma ofrece a las partes una herramienta de búsqueda). En cualquier caso, las partes dispondrán de un plazo de treinta días para alcanzar el aludido acuerdo.

30 Decimos «en principio», porque el Reglamento posibilita excepcionalmente que la empresa o comerciante sea la parte reclamante cuando la legislación del Estado miembro donde habitualmente reside el consumidor así lo admita (art. 2.2 del Reglamento), debiendo al efecto dichos Estados informar a la Comisión de las entidades de RAL competentes para conocer de estos litigios (art. 2.3 del Reglamento). Los Estados que lo han permitido han sido Alemania, Bélgica, Luxemburgo y Polonia.

En el caso de que lo alcancen, la plataforma se encargará de transmitir «la reclamación automáticamente y sin demora a la entidad» elegida (art. 9.6 del Reglamento). En caso contrario,³¹ «se pondrá fin a la tramitación de la reclamación» (art. 9.8 del Reglamento).

Si la entidad acepta tramitar el litigio, deberá comunicar a la plataforma inmediatamente «la fecha de recepción del expediente completo de reclamación y el objeto del litigio» (art. 5.1 del Reglamento de Ejecución), fecha que marca el *dies a quo* del plazo de noventa días de que dispone la entidad para resolver o ayudar a las partes a resolver la controversia (art. 5.2 del Reglamento de Ejecución en relación con el art. 10, letra c), i) y ii), del Reglamento *ex* art. 8, letra e), de la Directiva).³²

Cuando haya finalizado el procedimiento de ADR, la entidad de RAL deberá comunicar a la plataforma, «sin demora», la fecha de conclusión y su resultado, «incluidas las situaciones en que ambas partes, o una de ellas, se retiren del procedimiento, de conformidad con el artículo 9, apartado 2, letra a), de la Directiva 2013/11/UE» (art. 5.4 del Reglamento de Ejecución en relación con el art. 10, letra c), iii) y iv), del Reglamento). Por último, repárese en que la resolución será vinculante o no para las partes, dependiendo de la legislación del Estado miembro en cuestión (Domínguez, 2017, p. 421).

Pues bien, hay que decir que la estudiada plataforma no ha sido lo eficaz que podría haber sido, siendo su uso muy limitado. Si tomamos el último informe que la Comisión ha presentado al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el funcionamiento de la plataforma de diciembre de 2021 (correspondiente al año 2020),³³ del mismo se desprende que solo un pequeño porcentaje de quienes visitan la plataforma acaba presentando una reclamación. El 89% de reclamaciones acaban cerrándose automáticamente en la plataforma y solo el 1% de las reclamaciones acabaron con sometimiento a una entidad de RAL.³⁴ Aunque al final de dicho escueto informe la

31 O en caso de que, habiendo acordado la entidad de resolución alternativa, esta se negara a conocer del litigio por las causas indicadas en el art. 5.4 de la Directiva.

32 Como pergeña tal precepto *in fine* hay que tener en cuenta que «en caso de litigios de índole particularmente compleja, la entidad de resolución alternativa responsable podrá, si lo considera oportuno, ampliar el plazo de noventa días naturales. Se informará a las partes de toda ampliación de dicho plazo, así como del plazo de tiempo que se estime necesario para la resolución del litigio».

33 Dichos informes tienen su amparo en el art. 21.1 del Reglamento (UE) N° 524/2013.

34 Este informe se encuentra en la línea de los anteriores. Para más detalles sobre los cinco informes existentes, puede verse Catalán (2022 y 2019).

Comisión se complazca de que un 20% de los encuestados³⁵ indiquen que su reclamación ha sido resuelta en la plataforma o fuera de ella, lo cierto es que la finalidad fundamental de la plataforma (conseguir que el litigio acabe resolviéndose por un ADR de calidad) queda en papel mojado: para simplemente conseguir un contacto directo entre empresa o comerciante y consumidor no hace falta un gran proyecto como la comentada plataforma. Y ello dejando de lado los problemas que pueden derivarse de acuerdos alcanzados por empresas y consumidores, que finalmente sean incumplidos ante la ausencia de un marco jurídico que permita la eficacia extraterritorial de dichos acuerdos.³⁶

En este orden de consideraciones resultan muy interesantes los defectos que presenta la plataforma, advertidos por Catalán (2022), que podrían corregirse para mejorarla y conseguir mejores resultados, sobre su propia denominación —para que la plataforma fuese ella misma «entidad ODR de base»—, sobre la posibilidad de que las entidades de RAL exijan la presencia física de las partes en la tramitación del procedimiento en algunos casos, sobre las limitaciones lingüísticas, sobre la exclusión de las compras físicas, sobre la información de la zona de exclusión, sobre la brecha digital³⁷ y sobre las reclamaciones en contratos de doble finalidad (Catalán, 2022, pp. 585-591).

III. BREVES CONSIDERACIONES DE FUTURO: ¿HACIA DÓNDE VAMOS?

Como ha visto el lector, las normas existentes que refieren a los ODR de consumo emanadas desde distintas instancias o instituciones internacionales, sean de *soft law* o sean normas vinculantes, son normas sobre «ODR de primera generación». Pero no podemos perder de vista que ya es una realidad la incorporación de inteligencia artificial a la resolución —tanto judicial como extrajudicial— de conflictos³⁸ (nos encontramos, pues, ante las llamadas «ODR de segunda generación» o «Smart ODR»³⁹). Ya es una realidad la llamada Cuarta Revolución Industrial (4.0) y que, por tanto, requerirá en un futuro próximo de una base normativa.

35 Las encuestas tienen su amparo en los arts. 5.4, g) del Reglamento y 8 del Reglamento de Ejecución.

36 Vid. *supra*, nota 9.

37 Sobre la misma, vid. Blanco (2022).

38 Entre las obras más recientes que tratan la inteligencia artificial en el ámbito de la justicia, vid. Barona (2021a).

39 Al respecto, vid. Martín (2022).

A modo de destacados ejemplos, en que incluso la IA llega a tener un papel decisorio, podemos citar, en primer lugar, los tribunales de Internet chinos —puestos en marcha en el año 2017 y localizados en distintas ciudades, como Hangzhou, Beijing y Guangzhou— que gestionan, principalmente en línea, y resuelven disputas de transacciones comerciales, en materia de propiedad intelectual o nombres de dominio —entre muchos otros asuntos—, permitiendo con ello reducir a un promedio de treinta y ocho días la resolución de un caso, «estudiando» anteriores casos y verificando rápidamente la jurisprudencia.

En segundo lugar, los «jueces robots» de Estonia que, adoptando el rol de jueces que conocen de procesos civiles, resuelven las controversias contractuales que no superan los siete mil euros, pudiéndose recurrir su decisión ante un juez humano (Barona, 2021b, pp. 41-42).

En tercer lugar, en el ámbito del arbitraje, tenemos la Corte privada de Países Bajos (*E-Court*), puesta en marcha en enero de 2010, que garantiza la adopción de una decisión por una inteligencia artificial dentro del plazo de ocho semanas en procedimientos totalmente digitalizados y poco costosos para resolver conflictos que, en principio, no son complejos (Ulenaers, 2020, pp. 12-13).

Finalmente, en sede de negociación, están las herramientas de inteligencia artificial de Reino Unido que facilitan la negociación entre las partes en temas —entre otros— hereditarios o divorcios (Barona, 2021b, p. 41), o la plataforma holandesa *Rechtwijzer* (Zeleznikow, 2021), diseñada para que parejas con hijos que se están separando puedan resolver sus problemas por ellos mismos o, si fuera necesario, con la ayuda de un mediador e inclusive con el posible recurso a la decisión vinculante de un tercero o *adjudicator* (Esteban & Zeleznikow, 2021, p. 196).

De la misma forma que actualmente⁴⁰ en la CNUDMI ya se está trabajando la incorporación de la IA en el ámbito de la economía digital y la contratación electrónica, en el seno de otras organizaciones como la Unión Europea también se está trabajando en materia de IA, con iniciativas destacadas como la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de IA (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, de 21 de abril de 2021 (SEC(2021) 167 final, SWD(2021) 84 final y SWD(2021) 85 final).

40 El presente trabajo ha sido finalizado a fecha 17/06/22.

Centrándonos en los medios «alternativos» de resolución de conflictos —objeto de estudio del presente trabajo—, es cierto que la introducción de IA como herramienta instrumental que asiste a los seres humanos que intervienen o van a intervenir en el procedimiento de ADR (a las propias partes de la controversia o al tercero neutral; pensemos en el árbitro, mediador o conciliador) no presenta apenas problemas. No obstante, no sucede lo mismo cuando hablamos de emplear IA como herramienta principal que, más allá de simplemente ayudar a las aludidas personas en la preparación o desarrollo del procedimiento extrajudicial, pasa a adquirir un papel protagonista, llegando incluso a sustituir al tercero neutral y a tomar las decisiones que le son propias, dado que son muchos e importantes los obstáculos existentes.⁴¹

Ante tales escollos —y centrándonos en el ámbito del consumo—, nos parecería razonable que la introducción de las aludidas herramientas inteligentes se produjera en España para resolver *small claims* —conflictos o reclamaciones de escasa cuantía— y de poca complejidad en el ámbito del Sistema Arbitral de Consumo (partimos de que, por lo menos en el ámbito del comercio electrónico, resulta fácil condicionar la adquisición de bienes o servicios a la cesión de determinados datos con ciertos fines predictivos). En dicho sistema podría incluirse una negociación automatizada como posible paso previo al arbitraje electrónico para resolver casos idénticos a otros previamente resueltos (pensemos en la reclamación de la devolución de cantidades indebidamente cobradas en aplicación de cláusulas que judicialmente ya han sido declaradas nulas de pleno derecho por su carácter abusivo), casos en los que igualmente podría contemplarse la actuación de un e-árbitro con la supervisión humana de su decisión. En este sentido, podría ser interesante su introducción en el Sistema Arbitral de Consumo, regulado por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, modificando al efecto esta norma y atribuyendo la supervisión a los presidentes de las Juntas Arbitrales de Consumo.

Habrà que esperar a ver lo que nos depara el «e-futuro», pero —y dejando de lado la propuesta que acabamos de efectuar— conviene no esperar demasiado en la fijación de un marco normativo mínimo que ampare las aludidas *smart* prácticas, que ya son una realidad, y proporcione seguridad y confianza.

41 Para más detalles al respecto, vid. Marcos (2023).

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Alzate, R. (2010). La resolución alternativa de disputas en línea. En L. García, J. Tomillo & E. Vázquez (dirs.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* (vol. 2, pp.169-182). Reus.
- Alzate, R. & Vázquez, E. (2014). *Resolución de disputas en línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*. Reus.
- Barona, S. (2021a). *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*. Tirant lo Blanch.
- Barona, S. (2021b). Claves vertebradoras del modelo de Justicia en el siglo XXI. *Revista Boliviana de Derecho*, 32.
- Barona, S. (2018). *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajudicial de conflictos)*. Tirant lo Blanch.
- Barona, S. (1993). *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch.
- Blanco, A. (2022). Brecha digital y vulnerabilidad del consumidor financiero. El refuerzo de su protección. En J. Herrero & J. López (dirs.), *Los vulnerables ante el proceso civil* (pp. 133-156). Atelier.
- Bozzo, S. (2022). Plataformas, algoritmos y su rol en la resolución de conflictos en el ámbito de consumo. En S. Barona (ed.), *Justicia poliédrica en periodo de mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)* (pp. 313-330). Tirant lo Blanch.
- Capdevila, M. (2004). Mediación en materia de consumo. En C. Florensa (ed.), *El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de Derecho Privado* (pp. 121-132). Tirant lo Blanch.
- Catalán, M. (2019). *El acceso a la justicia de los consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y ODR de consumo*. Tirant Lo Blanch.
- Catalán, M. (2022). La plataforma europea de ODR de consumo: balance, aciertos y desaciertos. En M. Romero (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (pp. 576-585). Tirant lo Blanch.
- Del Val, P. (2021, 22 de noviembre). Justicia sostenible. *Diario responsable*. <https://diarioresponsable.com/opinion/32229-justicia-sostenible>
- Domínguez, L. (2017). La plataforma europea para la resolución de litigios en materia de consumo. En R. Cabrera (dir.), *La mediación como método para la resolución de conflictos* (pp. 413-427). Dykinson.
- Esplugues, C. (2022). La hora de la mediación... ¿también en el plano transfronterizo? En S. Barona (ed.), *Meditaciones sobre Mediación (MED+)* (pp. 175-200). Tirant lo Blanch.
- Esteban, F. & Zeleznikow, J. (2021). Making intelligent online dispute resolution tools available to self-represented litigants in the public justice system: towards and ethical use of the AI technology in the administration of justice. *Proceedings of ICAIL 2021 – The Eighteenth International Conference for Artificial Intelligence and Law*, 195-199. <https://doi.org/10.1145/3462757.3466077>

- European Commission. (2008). *Flash Eurobarometer 224 (Business Attitudes Towards Cross-border Sales and Consumer Protection)*. https://www.da-ra.de/dara/study/web_show?res_id=5504&lang=en&mclang=en&detail=true
- Femenia, N. (s. f.). La mediación a través de Internet: posibilidades y desafíos. http://www.geocities.ws/fundacioncives/papers/mediacion_Internet.html
- García-Rostán, G. (2010). Mediación online. En C. Senés (coord.), *Presente y futuro de la e-Justicia en España y en la Unión Europea* (pp. 395-413). Thomson Reuters Aranzadi.
- Hörnle, J. (2003). Online Dispute Resolution - the Emperor's New Clothes. *International Review of Law, Computers and Technology*, 17, 27-37.
- Kaufmann-Kohler, G. & Schultz, T. (2004). *Online Dispute Resolution. Challenges for Contemporary Justice*. Kluwer Law International.
- Marcos, D. (2023). Smart ODR y su puesta en práctica: el salto a la inteligencia artificial. *Revista General de Derecho Procesal*, 59.
- Marcos, D. (2022a). La incidencia de los MASC en las costas procesales en la proyectada Ley de medidas de eficiencia procesal. *Revista General de Derecho Procesal*, 57, 1-39.
- Marcos, D. (2022b). Reflexiones en torno a los MASC en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal. En S. Barona (ed.), *Meditaciones sobre Mediación (MED+)* (pp. 63-96). Tirant lo Blanch.
- Marcos, D. (2013). Las Online Dispute Resolution en materia de consumo en la Unión Europea. En Vázquez, E. (dir.), *Estudios sobre Justicia online* (pp. 23-42). Comares.
- Marcos, D. (2012). La mediación y las nuevas tecnologías. En J. Etxeberria (dir.), *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?* (pp. 255-297). Thomson Reuters Aranzadi.
- Marcos, D. (2010). *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*. Tirant lo Blanch.
- Marín, M. (2007). Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 11.
- Martín, F. (2022). Smart ODR: I-Arbitraje e I-Mediación. Integración de medios extrajudiciales de resolución de litigios e inteligencia artificial. En S. Barona (ed.), *Justicia poliédrica en periodo de mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)* (pp. 381-402). Tirant lo Blanch.
- Martínez, E. (2022). La sostenibilidad de la justicia y la sostenibilización curricular del derecho procesal. En S. Barona (ed.), *Justicia poliédrica en periodo de mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)* (pp. 193-208). Tirant lo Blanch.
- Montesinos, A. (2021). Inteligencia artificial y ODR. En S. Barona (ed.), *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinaria* (pp. 507-531). Tirant lo Blanch.
- Montesinos, A. (2008). Mediación online. *Revista de la Contratación Electrónica*, 94.
- Montesinos, A. (2007). *Arbitraje y nuevas tecnologías*. Thomson Reuters-Civitas.

- Nauss, S. (2011). The next generation of Online Dispute Resolution: The significance of holography to enhance and transform dispute resolution. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 19.
- Orozco, G. & Pérez-Serrabona, J. (2007). Estudio crítico y propuestas de reforma del Arbitraje de Consumo. *Aranzadi Civil*, 1.
- Palao, G. (2022). De la contratación comercial electrónica a la incorporación de lo «electrónico» en la mediación en los trabajos de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL). En S. Barona (ed.), *Justicia poliédrica en periodo de mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)* (pp. 291-312). Tirant lo Blanch.
- Ulenaers, J. (2020). The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge? *Asian Journal of Law and Economics*, 11.
- Vázquez, E. (2011). Mediación electrónica y solución extrajudicial de disputas en línea (O.D.R.). *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 27.
- Zelevnikov, J. (2021). Using artificial intelligence to provide Intelligent Dispute Resolution Support. *Group Decision and Negotiation*, 30. <https://doi.org/10.1007/s10726-021-09734-1>

LA IMPORTANCIA DE LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS PARA LAS CONTROVERSIAS DE CONSUMO EN MATERIA TURÍSTICA Y SU IMPULSO INTERNACIONAL

Dr. Guillermo Palao Moreno*
*Profesor de Derecho Internacional Privado
Universitat de València*

SUMARIO: I. La importancia de la tutela de los derechos del consumidor-turista en un contexto global y crecientemente digitalizado. 1. La relevancia de la actividad turística y su internacionalización. 2. La prestación de servicios turísticos con carácter transfronterizo y la necesidad de tutelar los derechos del consumidor-turista en estos supuestos. II. La relevancia que se le otorga a la resolución extrajudicial de los conflictos en materia turística en las recientes iniciativas de codificación internacional en la materia. 1. Iniciativas generales en materia de consumo aplicables al turista. 1.1. Las Directrices para la Protección del Consumidor de la UNCTAD (2015). 1.2. Las Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea (2017). 2. Iniciativas especializadas diseñadas para tutelar al turista. 2.1. El Código Internacional para la Protección de los Turistas de la OMT (2020). 2.2. La Guía Práctica de Acceso a la Justicia para Turistas y Visitantes Internacionales de la Conferencia de La Haya (2021). III. A modo de conclusión. IV. Bibliografía.

* Miembro del grupo de investigación I+D Mediación y Arbitraje (MedArb) de la Universitat de València. Estudio redactado en el marco del proyecto de investigación «Claves para una justicia digital y algorítmica con perspectiva de género» (PID2021-123170OB-I00 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033).

I. LA IMPORTANCIA DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR-TURISTA EN UN CONTEXTO GLOBAL Y CRECIENTEMENTE DIGITALIZADO

Entre los resultados directos del final de la crisis del COVID-19, estamos reviviendo una auténtica explosión del turismo a nivel global. Se ha recuperado paulatinamente el nivel de actividad y el impacto que posee este sector en la economía de los países y de las regiones, habiéndose alcanzado ya un 60% de incremento al respecto de la situación prepandemia (United Nations World Tourism Organization [UNWTO], 2022, p. 1). No obstante, este relanzamiento se produce en un medio de cambio, ciertamente complejo e incierto desde las dimensiones social, geoestratégica, legal, económica y tecnológica (Wahab & Cooper, 2001, p. 19). Una realidad que —al margen del reto global que supone la implantación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2015, que establecen la conocida Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Resolución A/RES/70/1)— es susceptible de generar un indeseable nivel de incertidumbre legal en el turista, que resulta imprescindible corregir, si se apuesta seriamente por la expansión de la actividad turística.

Este complejo panorama y la consecuente falta de certeza afecta directamente, entre otros y desde una perspectiva jurídica, a la necesidad de garantizar la tutela de los derechos que corresponden al turista —en sí mismos concebidos y en tanto que consumidor¹— en situaciones de naturaleza internacional. Ello, en consonancia con lo consagrado en los ODS 12 («Garantizar modalidades de consumo y producción sostenible») y 16 («Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas»)².

En este sentido, el presente estudio tiene por objeto analizar la respuesta regulatoria diseñada para favorecer el cumplimiento de estos objetivos, aunque exclusivamente desde la perspectiva de los más relevantes centros de codificación internacional —sin desdeñar los avances realizados en los niveles estatal o regional—, para así garantizar el acceso a la justicia al turista en su actuación transfronteriza. Esto, poniendo el acento, de forma singular, en el decidido apoyo que estaría recibiendo el recurso a

1 Sobre la conceptualización del «consumidor turista» y los requisitos necesarios para su identificación, vid. Klein & Cardoso (2022, pp. 5-8).

2 Al respecto, vid. Michaels, Ruiz & Van Loon (2021, pp. 383-408 y 505-540).

los mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias en el ámbito de la actividad turística, tal y como se observa, con carácter general, al respecto de las reclamaciones de consumo.

1. La relevancia de la actividad turística y su internacionalización

Como se ha señalado anteriormente, el turismo posee una destacada importancia en el PIB y en el desarrollo económico de los países y de las regiones (Molina, 2021, pp. 299-309). Una relevancia que, a su vez, se advierte de forma creciente, no ya solo al respecto de aquellos países económicamente más desarrollados y que constituyen un destino turístico más tradicional —en Europa y América—, sino igualmente en relación con las economías de países emergentes, destacando la respuesta del sector en Oriente medio y en la zona Asia-Pacífico (Lima & Cardoso, 2020b, pp. 371-372). Así las cosas y desde una perspectiva global, tomando como referencia los datos de 2019 —en que el impacto directo del turismo en el PIB ascendió al 4%—, nos encontramos en un momento de claro relanzamiento, superando los malos datos de 2020 (2%) con una clara tendencia hacia una subida pausada, pero decidida en 2021 (del 2,2%) (UNWTO, 2022, p. 9)³, siendo muy positivas las expectativas para su recuperación en 2023 y 2024 (pp. 10-11).

Una relevancia económica y buenas expectativas de crecimiento, que se encuentra unida a la destacada internacionalización de la actividad turística (Fayos-Sola & Pedro, 2001, pp. 61-62), como se advierte en los llamativos datos relativos a las llegadas de turistas internacionales a escala global, que llegaron a casi mil quinientos millones en 2019, habiéndose recuperado más de la mitad de esa magnitud en 2022 (UNWTO, 2022, Anexo 4). Esta cifra, a su vez, está llamada a verse incrementada, a medida que ciertos retos globales se vayan disipando —como ha sucedido con la crisis del COVID-19—, al igual que con la ayuda del paulatino proceso de digitalización de las economías, que despliega un positivo efecto directo en la prestación de los servicios turísticos con un carácter internacional.

3 No obstante, algunos autores afirman que esta cifra puede llegar a alcanzar el 10%, si se tienen en cuenta todas las variables que rodean a la actividad turística (Lima & Cardoso, 2020a, p. 201).

2. La prestación de servicios turísticos con carácter transfronterizo y la necesidad de tutelar los derechos del consumidor-turista en estos supuestos

De la mano del incremento e importancia global de la actividad turística —relanzados en el actual período post-COVID-19—, y de la creciente digitalización de los servicios turísticos, no solo se ha producido su expansión cuantitativa, sino un incremento en su complejidad y problematismo, incidiendo igualmente en el aumento de las controversias transfronterizas que se generan en este singular ámbito. En este sentido, por lo que respecta a su complejidad, junto a los actores tradicionales que operan en este sector, interviniendo en los contratos internacionales de servicios y productos turísticos (consumidores-turistas, empresarios turísticos, hoteleros, transportistas o agencias de viaje y otros intermediarios turísticos) (Sabido, 2020, pp. 65-90), se multiplican actualmente los modelos colaborativos y las plataformas digitales que prestan servicios turísticos en línea de forma global (Feliu, 2018; Font, 2021).

A su vez, por lo que hace a los contratos turísticos, no solo se han incorporado las herramientas propias del comercio electrónico en este ámbito, sino que al lado de los más tradicionales —generalmente de compraventa o de prestación de servicios, como los contratos hoteleros, de alquiler turístico o vacacional, alquiler de vehículos, de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, de transporte o viajes combinados— (Sabido, 2020, pp. 99-113)— surgen nuevas fórmulas contractuales en este ámbito (como serían los servicios de viajes vinculados).⁴ Una mayor complicación en el ámbito turístico que, a su vez, incide negativamente en que aumente la —ya de por sí y consabida— posición de una singular vulnerabilidad del consumidor-turista en su actuación transfronteriza (Klein & Cardoso, 2022, pp. 8-9; Lima & Cardoso, 2020b, p. 372). De esta forma, junto al riesgo propio vinculado a la habitual internacionalidad de las operaciones de turismo, en la actualidad se añade la incertidumbre que en ocasiones se asocia al comercio electrónico *Business to Consumers* (B2C) en el desarrollo de la actividad turística global.

Pues bien, en este confuso panorama se incrementa el nivel de incertidumbre legal y, en consecuencia, la importancia que posee el garantizar un mínimo nivel de seguridad jurídica —sobre todo en relación con la información que debe recibir en la fase precontractual— y el acceso del turista a mecanismos

4 Sobre los mismos, así como sus distinciones con respecto a los viajes combinados, vid. Carrizo (2018, pp. 72-98).

apropiados para la resolución de las eventuales controversias en las que se pudiera ver involucrado. En definitiva, resulta imperativo facilitar su acceso a la justicia y a la posibilidad de un resarcimiento adecuado en este panorama. Una justicia que, si de forma tradicional se limitaba a la tutela administrativa y judicial, hoy en día cuenta con un firme aliado en los mecanismos de resolución alternativa de litigios (RAL) y de resolución de litigios en línea (RLL), los cuales van adquiriendo una mayor importancia y expansión global.

A este respecto, hay que llamar la atención a los obstáculos con los que tradicional y actualmente se va a encontrar el turista en busca de un resarcimiento ante los tribunales ordinarios estatales o ante la administración pública, comenzando por la ausencia de un marco normativo internacional que regule esta materia y la pluralidad normativa y complejidad legal con la que se va a encontrar el consumidor-turista (Feliu, 2006, pp. 221-222). Así, por un lado, el recurso a la vía jurisdiccional entraña evidentes dificultades legales al turista, que limitan su empleo en supuestos transfronterizos, al margen de los costes que podría entrañar (Lima & Cardoso, 2020b pp. 374-376). Y ello, para empezar, debido a la ausencia de un instrumento convencional que ofrezca un marco uniforme a nivel global, relativo a la determinación de la jurisdicción competente en estos supuestos,⁵ al igual que por las limitaciones presentes en los sistemas estatales y regionales de competencia judicial internacional en esta materia.⁶

Asimismo, no hay que desdeñar las dificultades que el turista —en tanto que consumidor comúnmente «activo»— podría encontrar para poder litigar de forma individual ante unos tribunales cercanos a su medio social —los de su domicilio o residencia habitual—, pudiendo verse forzado a presentar su demanda ante unos tribunales foráneos, como los del domicilio del demandado o del lugar de prestación del servicio turístico. Algo que implicaría la dificultad de tener que desenvolverse en un sistema jurisdiccional desconocido, con sensibles diferencias de un país a otro, al respecto de aspectos como la posibilidad (o no) de entablar acciones individuales o colectivas, con un diferente (o inexistente) sistema de acceso a la asistencia legal e incluso donde se le podría llegar a imponer una caución económica al presentar su demanda (por ejemplo, *cautio iudicatum solvi*) (Lima & Cardoso, 2020b, pp.

5 Ni siquiera en la sede de la HCCH, donde los instrumentos actualmente existentes no les ofrecen soluciones jurisdiccionales aplicables (Lima & Cardoso, 2020a, pp. 213-219).

6 Y ello, incluso al respecto de regiones con un sistema de competencia judicial internacional unificado como la Unión Europea (Palao, 2019).

378-380). Una realidad que, como resultado, convierte a la vía judicial en una auténtica *ultima ratio* en este ámbito (Carrizo, 2018, p. 36).

Pues bien, por otro lado, no son menores los obstáculos que igualmente podría hallar en caso de estar interesado en obtener asistencia o presentar una reclamación administrativa ante una entidad pública especializada en materia de consumo o turismo, por las diferencias existentes en su configuración en cada país y las dificultades que presenta hoy por hoy la cooperación de naturaleza internacional entre las administraciones nacionales en este ámbito (Lima & Cardoso, 2020b, pp. 376-377).

En consecuencia y en atención a las dificultades y los obstáculos que encuentra el turista de cara a la resolución de los litigios derivados de la actividad turística transfronteriza —tanto ante la jurisdicción ordinaria estatal como ante la administración pública—, y con el objetivo de favorecer el acceso a la justicia de los turistas, se han ido sucediendo diversas iniciativas públicas —principalmente a nivel nacional y regional— y privadas tendentes a proporcionar el acceso a los turistas a mecanismos de resolución alternativa a la justicia estatal para enfrentarse a tales controversias.

II. LA RELEVANCIA QUE SE LE OTORGA A LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS CONFLICTOS EN MATERIA TURÍSTICA EN LAS RECIENTES INICIATIVAS DE CODIFICACIÓN INTERNACIONAL EN LA MATERIA

En la actualidad, esta tendencia de alcance global se manifiesta de forma dispar entre países y regiones, por lo que respecta a su implantación efectiva y su puesta en práctica. Sin embargo, la implantación de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos en este ámbito usualmente coincide, en atención a la intervención de terceros en el procedimiento, en prever sistemas autocompositivos (como la negociación, la conciliación y la mediación) o heterocompositivos (como el arbitraje), vinculados generalmente a las relaciones de consumo (incluyendo al turista) o, en menor medida, de forma específica diseñado para los litigios derivados de la prestación de servicios turísticos (Barona, 2018, pp. 40-43). De igual modo, debido al creciente proceso de digitalización de la justicia, los mecanismos RAL han dado paso a un cada vez mayor recurso a procedimientos de RLL (Barona, 2018, pp. 27-28), incorporando como un novedoso componente

del sistema a las plataformas de resolución de controversias (Feliu, 2016, pp. 1-16; Sabido, 2020, pp. 173-183).⁷

De esta realidad han hecho eco los legisladores estatales y regionales desde hace décadas, con la finalidad de ofrecer un marco normativo adecuado a los mecanismos RAL y RLL, así como para promover su empleo por los beneficios que lleva aparejados —en términos de celeridad y de costes— para el consumidor-turista. Sin embargo, ha sido en los últimos años cuando se han sucedido las iniciativas generadas en diversos centros de codificación internacional, por medio de las que se ha pretendido ofrecer ese marco normativo global que promueva su empleo. Unas iniciativas que, en ocasiones previstas con carácter general para las reclamaciones de consumo y en otras de forma particular para la actividad turística, resultan plenamente aplicables a las controversias de naturaleza internacional en las que se viera involucrado un turista.

Así las cosas, seguidamente se dará cuenta de estas iniciativas regulatorias que, desde un plano internacional, han buscado establecer un marco apropiado para el desarrollo de estos mecanismos RAL y RLL. Para ello, siguiendo una exposición cronológica (coincidente con el tipo de aproximación material que hacen), se expondrán tanto aquellas propuestas más generales en materia de consumo como las más especializadas en el ámbito del turismo, haciendo hincapié en el fomento que todas ellas realizan del recurso a los mecanismos RAL y RLL al respecto de las controversias analizadas.

1. Iniciativas generales en materia de consumo aplicables al turista

En línea con lo expuesto, se comenzará por exponer las iniciativas propias de la codificación internacional, diseñadas para proteger los derechos de los consumidores en general, aunque plenamente aplicables al consumidor-turista, desde las que se ha fomentado el recurso a los mecanismos RAL y RLL. Las cuales, asimismo, coinciden por surgir en un período pre-COVID-19. De este modo, se hará referencia a los trabajos elaborados en el marco de dos significativas sedes codificadoras globales en esta materia, destacando aquellos resultados encaminados a promover el empleo de este tipo de mecanismos y su incidencia en la actividad turística.

7 Con carácter general, vid. Catalán (2019, pp. 260-320).

1.1. Las Directrices para la Protección del Consumidor de la UNCTAD (2015)

Desde hace años se ha manifestado un constante y comprometido interés en la protección de los derechos de los consumidores, desde la Organización de Naciones Unidas (ONU). Una atención que, cubriendo igualmente a los supuestos en los que el turista se equipara con un consumidor, ha dado lugar a una labor reguladora (en forma de *soft law*) llevada a cabo desde la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), que ha derivado en la publicación de las Directrices para la Protección del Consumidor, cuya última versión fue aprobada en diciembre de 2015 (Resolución 70/186). Un significativo documento, a pesar de su carácter de *soft law*, que ha seguido la estela de los previamente publicados en 1985 y 1999, y que —como se dispone en su Prefacio— cuenta con el objetivo doble de «ayudar a los Estados Miembros interesados a formular y aplicar leyes, normas y reglamentos nacionales y regionales adaptados a sus circunstancias económicas, sociales y ambientales», así como contribuir «a promover la cooperación internacional entre los Estados Miembros en el ámbito de la aplicación y alientan a que se compartan las experiencias en materia de protección de los consumidores» (Catalán, 2019, pp. 58-60).

Con esta función promotora y de guía, las Directrices de la UNCTAD se refieren, en términos generales, a diversos aspectos de gran relevancia, relacionados con la materia consumerista. Por lo que respecta a nuestro análisis en particular, este texto igualmente hace referencia puntual tanto a la actividad turística como al comercio electrónico B2C, poniendo su acento en la materia de solución de controversias en este ámbito. A estas cuestiones se hará referencia breve a continuación.

Así, para empezar, en la directriz F se aborda la «solución de controversias y compensación» (desarrollada en los puntos 37-41), fijando su atención precisamente en la importancia que poseen los procedimientos extrajudiciales de resolución de controversias en este ámbito, en supuestos transfronterizos, igualmente para atender a la tutela de los derechos de los consumidores-turistas. En este sentido, en el punto 37 se subraya la necesidad de establecer

mecanismos justos, efectivos, transparentes e imparciales para atender las reclamaciones de los consumidores, por medios administrativos, judiciales y alternativos de solución de controversias, incluidos los casos transfronterizos (...) para permitir que los consumidores (...) obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que

sean rápidos, justos, transparentes, poco costosos y accesibles. (...) [Estos] deben tener especialmente en cuenta las necesidades de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja.

De tal modo que, en estos supuestos, se les facilite «el acceso a vías de recurso que no supongan costos o demoras ni impongan cargas excesivas para el valor económico en juego y que, al mismo tiempo, no impongan cargas excesivas o indebidas a la sociedad y las empresas». Por lo que respecta a sus características, en su punto 38 se hace mención de que los mismos atiendan tales reclamaciones «de forma rápida, justa, transparente, poco costosa, accesible y exenta de formalidades y a crear mecanismos voluntarios (...) que puedan servir de ayuda a los consumidores». Al igual que, como se prevé en el 39, «facilitar a los consumidores información sobre los procedimientos vigentes para obtener compensación y solucionar controversias», mejorando así el acceso a los mecanismos de solución de controversias, «incluidos los medios alternativos de solución de controversias, en particular en las controversias transfronterizas», como son usualmente las propias de la actividad turística.

Junto con lo anterior, la directriz I se refiere al «comercio electrónico», exigiendo a los Estados miembros que se esfuercen «por fomentar la confianza» (punto 63), al igual que por establecer políticas específicas que permitan que los consumidores «estén informados y sean conscientes de sus derechos y obligaciones en el mercado digital» (punto 64). Para lo cual, como se recuerda en su punto 65, los Estados miembros podrían examinar las directrices y normas internacionales oportunas sobre el comercio electrónico, como serían las Directrices para la Protección de los Consumidores en el Contexto del Comercio Electrónico, de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), de 2003.

Por último, cuando en su directriz K se mencionan las «medidas relativas a ámbitos específicos», se contempla en su punto 69 que «los Estados Miembros deben, cuando proceda, dar prioridad a los ámbitos de interés esencial para la salud del consumidor (...), así como abordar los aspectos específicos de turismo». Asimismo, en su punto 78 («Turismo») se contempla, de forma específica, el que se vele porque las «políticas de protección del consumidor sean adecuadas para abordar la comercialización y la provisión de bienes y servicios relacionados con el turismo, en particular los viajes, el alojamiento y los sistemas de tiempo compartido». Por lo que, a tenor de ello, los Estados miembros tienen que, en particular, «abordar los problemas transfronterizos que plantea esa actividad, como la cooperación con miras al cumplimiento y el intercambio de información con otros Estados Miembros, y también deben cooperar con las partes interesadas pertinentes en el sector del

turismo». Entre los que se sitúa el empleo de los mecanismos RAL y RLL, en consonancia con las Directrices antes expuestas.

1.2. Las Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea (2017)

En otro orden de ideas, y directamente relacionadas con la creciente digitalización de los mecanismos extrajurisdiccionales de resolución de litigios, destacan las Notas técnicas sobre la solución de las controversias en línea, publicadas en 2017,⁸ las cuales se elaboraron en el seno del Grupo III de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), no sin haber encontrado serios obstáculos en su tramitación. Una circunstancia que derivó finalmente en que el legislador internacional se limitara a desarrollar un instrumento no obligatorio y puramente descriptivo, en que únicamente se incorporan los elementos que habría de incluir un sistema de resolución extrajudicial de controversias en línea (del tipo RLL).⁹

A pesar de las limitaciones que se derivan de su carácter incompleto y voluntario, las Notas poseen una cierta relevancia en el ámbito estudiado, ya que también afectan a la gestión de los conflictos relacionados con el consumidor-turista, que pudieran surgir en el ámbito de la actividad turística internacional. Y ello fundamentalmente debido a que ofrecen unas recomendaciones por medio de las que se persigue fomentar el recurso a los mecanismos de resolución de litigios en línea que deriven de la contratación transfronteriza de bienes y de servicios.

Para empezar, destaca la amplitud de sus objetivos y de su cobertura sustantiva, como se aprecia de una simple lectura de su Introducción, y por lo que respecta a los eventuales mecanismos de RLL cubiertos, a los que se refiere en sus distintas etapas como «negociación», «arreglo facilitado» e «intervención de un tercero neutral». De igual forma, en lo que respecta al tipo de relaciones a las que se refiere su sección IV, se observa que incluye aquellas operaciones de poca cuantía relacionadas con las controversias que pudieran surgir entre empresarios, al igual que entre estos y los consumidores (como serían los turistas).

8 Al respecto, vid. Brand (2019, pp. 12-13), Catalán (2019, pp. 60-61 y 275-276) y Cortés (2017, pp. 179-205).

9 Sobre su discusión en el seno del Grupo de Trabajo III y los documentos producidos en este marco, vid. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (s. f.). En relación con este expediente, vid. Cortés y Esteban (2013, pp. 407-440) y Hörnle (2013, pp. 188-194).

Con esta finalidad en mente, la sección II de las Notas comienza por hacer referencia a los principios que deberían regir a los procedimientos cubiertos, como son los de equidad, transparencia, respeto de las garantías procesales y rendición de cuentas, a los que se suman los de independencia, neutralidad e imparcialidad, como se refleja en la sección XII. En su sección III dispone de modo flexible las posibles etapas en las que podrían desarrollarse los mismos.

Tras las oportunas aclaraciones presentes en su sección V y una vez que se inicie el procedimiento en línea, como platea la sección VI, las Notas se refieren a la posibilidad de acudir a la negociación y a someterse a un arreglo facilitado (mecanismos a los que se enfrenta en sus secciones VII y VIII de forma sucesiva), de forma previa a la posibilidad de acudir (en caso de no alcanzar una solución en las ya mencionadas, como subraya en la sección IX) a un tercero neutral, como recoge la sección X. En este caso, al tratarse de un conflicto de carácter transfronterizo, la cuestión lingüística adquiere una singular importancia práctica (como se desarrolla en la sección XI).

2. Iniciativas especializadas diseñadas para tutelar al turista

Las propuestas analizadas en el apartado anterior coinciden en dos extremos significativos, como se ha podido observar. Por un lado, no se encuentran diseñadas específicamente para el turista, sino que poseen un ámbito más amplio y general relacionado con los consumidores, aunque resulten plenamente aplicables a la actividad turística transfronteriza y la tutela extrajudicial a la que puede acudir el consumidor-turista. Por otro lado, ambos responden a un escenario pre-COVID-19, siendo que la pandemia puso de manifiesto la problemática singular que este nuevo escenario suscitaba, no ya solo al respecto de la gestión las operaciones de consumo transfronterizo y su creciente digitalización, sino de forma singular al respecto de la figura del turista (Palao, 2020, pp. 624-633). Dos elementos que, sin embargo, varían sensiblemente al respecto de los instrumentos que se estudiarán a continuación.

2.1. El Código Internacional para la Protección de los Turistas de la OMT (2020)

La Organización Mundial del Turismo (OMT) ha mostrado, desde su constitución y en todo momento, un reseñable interés en la sostenibilidad

(UNWTO, s. f.), así como en la dimensión ética de la actividad turística y en la tutela de los derechos de los turistas, como ya se puso de manifiesto en un primer momento con la elaboración del Código Ético Mundial para el Turismo (1999),¹⁰ al que siguió la Convención Marco sobre Ética del Turismo (2019).¹¹ Esta preocupación se ha visto intensificada, a su vez, tras la crisis del COVID-19 y la necesidad de reestablecer la confianza en los viajes internacionales, así como enfrentar los desafíos que presenta actualmente el sector turístico, como los que implica la incesante digitalización de los servicios turísticos. Ante esta tesitura y con esta finalidad responde la elaboración del Código Internacional para la Protección de los Turistas (CIPT) de la OMT (2020),¹² constituyendo una destacable guía práctica que contempla su adhesión por parte de los Estados y el sector privado — ya sea parcial o plena— de forma voluntaria.¹³

En un rápido repaso de su articulado, el CIPT inicia con un capítulo 1, consagrado a las «definiciones y aclaraciones», seguido por un capítulo 2, dedicado a «la asistencia a los turistas internacionales en situaciones de emergencia» que, a su vez, se encuentra dividido en dos partes, consagradas, sucesivamente, a establecer una serie de «principios» y «recomendaciones».¹⁴ El capítulo 3, por su parte, se ocupa de «la protección de los turistas en los contratos» y está fraccionado en tres partes: «Normas mínimas sobre la protección de los turistas», «Aspectos contractuales relativos a las situaciones de emergencia» y «Principios sobre la protección de los turistas en los servicios turísticos digitales». En el capítulo 4 se apuesta decididamente por la «solución internacional de controversias relativas a viajes y turismo a través de vías alternativas de resolución de controversias» y el capítulo 5 tiene por objeto ordenar los «mecanismos de adhesión y aplicación de las recomendaciones del Código Internacional para la protección de los Turistas».

10 Aprobado por medio de la Resolución de su Asamblea General A/RES/406(XII), en Santiago de Chile en 1999. Al respecto, vid. Faure y Budi (2015, pp. 375-415).

11 Un instrumento, todavía no en vigor, que fue aprobado por medio de la Resolución de su Asamblea General A/RES/722(XXIII), celebrada en San Petersburgo, de 2019.

12 Aprobado por medio de la Resolución 732(XXIV) de su Asamblea General, en su reunión de Madrid del 30 de noviembre al 3 de diciembre de 2021.

13 En el momento de elaborar este trabajo, son siete los Estados miembros que se han adherido al CIPT: Ecuador, Guinea Bissau, Moldavia, Myanmar (parcial), Paraguay, Portugal y Uruguay. Sobre su génesis y evolución, vid. Lima y Cardoso (2020b, pp. 383-386).

14 Ténganse en cuenta, a su vez, las Recomendaciones para la asistencia a los turistas internacionales en situaciones de emergencia, elaboradas por la Secretaría de la OMT (decisión CE/DEC/4(CXII), adoptada por el Consejo Ejecutivo en su 112a reunión en Tiflis (Georgia) en septiembre de 2020.

Sin ánimo de llevar un análisis exhaustivo de su contenido, de entre los diversos y destacados elementos que conforman este Código, sobresale la apuesta que realiza la OMT por el empleo de las vías alternativas de resolución de controversias en el ámbito de la prestación internacional de servicios turísticos. Un mecanismo al que se refiere ampliamente su capítulo 1, en su punto B.1, como «la solución de una reclamación de viajeros o turistas fuera de los tribunales con la asistencia de un órgano imparcial de resolución de controversias, ya sea público o privado», y que, por lo tanto, puede incluir, entre otras posibilidades, «un defensor del consumidor, comités de reclamaciones para la negociación directa o asistida, la conciliación, la mediación, y el arbitraje vinculante o no vinculante para consumidores».

Sin lugar a dudas, la posibilidad de acudir a mecanismos alternativos a la justicia estatal cuenta con una gran importancia en el CIPT.¹⁵ Esta relevancia se destaca en la recomendación F de la parte I de su capítulo 3, al abordar el «derecho de acceso a la justicia», cuando dispone en su punto 3 la necesidad de «garantizar que los turistas puedan beneficiarse del marco jurídico regional/internacional existente para la resolución de controversias transfronterizas». Asimismo, en el principio 9 de la parte III del mismo capítulo, al regular los servicios turísticos digitales, se hace mención —además de su tutela colectiva— a

la necesidad de garantizar que los turistas tengan derecho a solicitar la necesaria protección de sus derechos e intereses a través de los sistemas jurídicos pertinentes, entre ellos la vía judicial o los mecanismos extrajudiciales y gratuitos disponibles de resolución de controversias extrajudiciales y gratuito.

No obstante, es en el capítulo 4 donde se establece de forma más particular el marco jurídico relativo al recurso a las vías alternativas de resolución de controversias en el ámbito turístico. Una ordenación que, como se subraya en su Introducción, toma como punto de arranque las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, respondiendo tanto a los retos que suponen la carencia de un marco internacional que prevea la cooperación judicial para la solución de controversias relativas a los viajes y al turismo, como a las diferencias nacionales existentes respecto al acceso a la justicia en este ámbito.

15 En relación con ello, téngase en cuenta, como recuerda la Recomendación A. 2, i, de la parte I del capítulo 3, que se ha de garantizar que el prestador de servicios turísticos informe al turista en el período precontractual de «las leyes y jurisdicciones aplicables para la solución de controversias, en la medida en que haya varias leyes o jurisdicciones».

Así las cosas, con el objetivo de incrementar la confianza de los turistas internacionales en la época post-COVID-19, se persigue favorecer el empleo de este tipo de mecanismos, priorizando una solución negociada y amistosa de este tipo de controversias. Para ello, por un lado, en su sección A se disponen los principios que deben informar los procedimientos RAL o RLL en esta materia, tales y como son los de imparcialidad, transparencia, efectividad, justicia y consentimiento, así como acceso a la compensación. Por otro lado, en la sección B se consignan una serie de recomendaciones dirigidas a los Estados miembros, para que adopten medidas de acuerdo con los principios mencionados, con el fin de que posibiliten la resolución efectiva de la controversia y la obtención de compensación, garanticen la participación voluntaria en los procedimientos RAL o RLL, fomenten la implantación de respuestas justas, transparentes y rápidas; proporcionen a los turistas internacionales —en tanto que consumidores— una información *ex ante* adecuada, promuevan la tutela de los derechos humanos, libertades fundamentales y los derechos de los consumidores; garanticen la igualdad de tales turistas sin que se produzcan discriminaciones, promuevan soluciones de tipo consensual, así como especializadas para este tipo de controversias; garanticen el cumplimiento de la normativa internacional en la materia, al igual que fomenten la cooperación y la coordinación a escala internacional. Por último, en la sección C se contemplan recomendaciones similares para los supuestos de emergencia, aunque adaptados a tales situaciones y a sus circunstancias.

2.2. La Guía Práctica de Acceso a la Justicia para Turistas y Visitantes Internacionales de la Conferencia de La Haya (2021)

Desde una perspectiva especializada destaca igualmente la reciente iniciativa llevada a cabo en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), en relación con el conocido como *Tourists and Visitors (ODR) Project*. Una iniciativa que, arrancando de la propuesta brasileña lanzada en 2013 —tras años de negociaciones en el marco de su Consejo de Asuntos Generales y Política (CGAP), así como la emisión de diversos estudios elaborados por expertos en la materia (en 2015 y 2018)—, ha resultado en la elaboración de la Guía Práctica de Acceso a la Justicia para Turistas y Visitantes Internacionales (2021).

Consecuentemente, de momento se ha aparcado la propuesta relativa a elaborar un instrumento normativo específico en esta materia, concluyendo con la Guía como principal resultado palpable de los trabajos desarrollados por la Conferencia. No obstante, y como consecuencia positiva de este

proceso, sobresale la importante sinergia colaborativa generada entre la HCCH y la OMT. Lo anterior, tanto por actuar ambos como observadores en los trabajos desarrollados en cada sede como por reconocerse desde la Conferencia, la importante contribución que constituye el CIPT en este ámbito, evitando así el solapamiento de los trabajos llevados a cabo en cada sede (Lima & Cardoso, 2020b, p. 386). Una colaboración institucional que, además de tener que valorarse de forma positiva —debido a la conveniencia de combinar las áreas de *expertise* de ambas organizaciones internacionales en este punto—, se encuentra en línea con el mandato del ODS 17 que prevé la necesidad de generar alianzas para lograr tales objetivos.

Como se subraya en su Introducción, la Guía de la HCCH busca asistir a los turistas y visitantes que se encuentren en un país extranjero, en la búsqueda de información sobre los mecanismos de resolución de controversias en línea que estuvieran disponibles, así como destacar los instrumentos de la HCCH relevantes. De ahí su formato, que pretende ser accesible, así como el lenguaje claro y no particularmente especializado que utiliza. Por lo que respecta a su contenido, se compone de dos partes relativas a las plataformas RLL y a ofrecer ejemplos de reclamaciones comunes presentadas por los turistas y visitantes.¹⁶

Por lo que respecta a la Introducción, después de señalar la finalidad asistencial que la orienta, se centra en destacar los problemas esenciales a los que se enfrentan los turistas y visitantes internacionales, en su propósito de que se tutelen sus derechos. En este sentido, para empezar, se critica las dificultades que encuentran en el acceso a la asistencia jurídica y los problemas lingüísticos que pueden encontrar. Junto a ello, se hace referencia a los costes económicos aparejados a estos procedimientos, a los que se les puede sumar el trato discriminatorio que pueden encontrar en algunos países donde al demandante extranjero se le puede imponer una caución para iniciar el proceso (la tradicional *cautio iudicatum solvi*), al igual que pudiera resultar necesaria su presencia para iniciar o continuar en el proceso. A estos se suman los costes de información asociados a averiguar los derechos y las posibilidades de recurso que tienen a su disposición. La ausencia de tribunales de escasa cuantía adaptados a las controversias turísticas igualmente supone un desincentivo, al igual que la disparidad

16 En la Introducción se especifica qué se entiende por «visitante» y por «turista». Así, mientras el primero será «a traveller taking a trip to a main destination outside their usual environment, for less than a year, for any main purpose (business, leisure, or other personal purpose) other than to be employed by a resident entity in the country or place visited», el segundo se concibe como «a visitor (domestic, inbound, or outbound) is classified as a “tourist” if their trip includes an overnight stay».

de los órganos administrativos en materia de protección del consumidor-turista, unida al escaso nivel de cooperación internacional existente entre este tipo de organismos.

Por su parte, la parte uno de la Guía contiene tanto una lista ilustrativa y no exhaustiva de las plataformas de RLL —públicas y privadas disponibles para atender las reclamaciones internacionales de los turistas y visitantes— como un breve y accesible resumen de cada plataforma. A su vez, incorpora información de gran utilidad al respecto de aspectos como el tipo de reclamaciones que cubre, los idiomas en los que opera, los costes que entraña, la duración prevista del procedimiento, la normativa reguladora y los medios de ejecución de la decisión o del acuerdo que pudiera alcanzarse. En este sentido, y por mencionar las más habituales, analiza las plataformas de RLL que utilizan entidades como Airbnb, Concilianet de PROFECO, Consumidor.gov.br, eBRAM, EndisputeÓ, JUSPRO, PreSolv360, Reclame AQUÍ, Turismo de Portugal o incluso la Plataforma UE de RLL.¹⁷

Por último, en la parte dos se ofrecen diversos ejemplos de las reclamaciones realizadas por los turistas y visitantes, de forma más habitual, exponiendo sucintamente los hechos y las respuestas legales que pueden encontrar según los países involucrados, así como su acomodo en los instrumentos convencionales existentes de entre los elaborados por la HCCH. Un material de un alto nivel didáctico y clarificador, relativo a disputas tan frecuentes en este ámbito como pueden ser, entre otros, los accidentes personales y daños a la propiedad en los hoteles o la pérdida de equipajes (Lima & Cardoso, 2020a, p. 203).

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

La actividad turística internacional posee actualmente una renovada importancia en la economía global, siendo un elemento de desarrollo para muchos países y regiones. Uno de los elementos clave de su crecimiento se relaciona con la necesidad de generar un marco normativo que ofrezca un adecuado nivel de seguridad legal al consumidor-turista en situaciones internacionales. Una certeza que se ha de promocionar normativamente tanto de forma previa a la formalización de los contratos turísticos como a la hora de garantizarle el acceso a la justicia en caso de sufrir perjuicios, también cuando la contratación se realiza de forma digital.

17 Sobre la misma, vid. Palao (2016).

A este respecto, frente a las dificultades que supone acudir a la vía judicial en estas situaciones —en detrimento de la sostenibilidad y confianza en este ámbito—, se observa una destacada tendencia hacia el recurso a los mecanismos RAL y RLL en relación con la resolución de este tipo de controversias, contando esta alternativa con un destacado impulso desde las sedes de codificación internacional más importantes. De entre tales iniciativas sobresale la reciente aprobación del Código Internacional para la Protección de los Turistas (CIPT), elaborado en el marco de la OMT. A este respecto, cabe subrayar la gran oportunidad que supone la incorporación en el mismo, por vez primera en un instrumento internacional relacionado con la actividad turística, de un capítulo 4 relativo a estas cuestiones. Un acierto que hace pronosticar su éxito, resultando recomendable la adhesión al mismo, más aún al respecto de aquellos países y regiones que no cuentan con un sistema que garantice su empleo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- Barona, S. (2018). *Nociones y principios de las ADR (solución extrajudicial de conflictos)*. Tirant lo Blanch.
- Brand, R. (2019). Online Dispute Resolution. *U. of Pittsburgh Legal Studies Research Paper*, 31.
- Carrizo, D. (2018). *Régimen jurídico de las operaciones internacionales de consumo en los servicios turísticos digitales*. Dykinson.
- Catalán, M. (2019). *El acceso a la justicia de consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y ODR de consumo*. Tirant lo Blanch.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (s. f.). *2010-2016: Solución de Controversias en Línea*. https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/online_dispute
- Cortés, P. (2017). *The Law of Consumer Redress in an evolving Digital Market. Upgrading from Alternative to Online Dispute Resolution*. Cambridge University Press.
- Cortés, P. & Esteban, F. (2013). Building a global redress system for low-value cross-border disputes. *I.C.L.Q.*, 62, 407-440.
- Faure, M. & Budi, I. (2015). Settling Disputes in the Tourism Industry: The Global Code of Ethics for Tourism and the World Committee on Tourism Ethics. *Santa Clara Journal of International Law*, 13, 375-415.
- Fayos-Sola, E. & Pedro, A. (2001). Globalization, national tourism policy and international organizations. In *Tourism in the Age of Globalisation* (pp. 60-65). Routledge.
- Feliu, S. (2018). Modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales: nuevo reto para los negocios internacionales y para el derecho internacional privado. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 18, 399-424.
- Feliu, S. (2016). La resolución de litigios en línea aplicada a la comercialización de servicios turísticos. *La Ley Unión Europea*, 42, 1-16.

- Feliu, S. (2006). *La contratación internacional por vía electrónica con participación de consumidores. La elección entre la vía judicial y extrajudicial para la resolución de conflictos*. Comares.
- Font, M. (2021). Normas imperativas españolas en los contratos internacionales de alojamiento de vivienda de uso turístico en la economía «colaborativa» de plataformas digitales. En P. Jiménez & Á. Espiniella (dirs.), *Nuevos escenarios del derecho internacional privado de la contratación* (pp. 498-528). Tirant lo Blanch.
- Hörnle, J. (2013). Encouraging Online Alternative Dispute Resolution in the EU and Beyond. *E.L.Rev.*, 38, 187-208.
- Klein, L. & Cardoso, T. (2022). A proteção internacional do consumidor turista na agenda da Conferencia de Haia de Direito Internacional Privado e do MERCOSUL: avanços e retrocessos. *Revista de Direito do Consumidor*, 130, 1-30.
- Lima, C. & Cardoso, T. (2020a). A proteção do consumidor-turista perante a Conferencia de Haia: entre a cooperação e a governança. En *El estado cooperativo constitucional y la gobernanza global. Actualidad y desafíos* (pp. 197-231). Librant.
- Lima, C. & Cardoso, T. (2020b). Global governance and cooperation on tourist-consumer matters: arguments in favour of a legal instrument to protect international tourist at the HCCH. In *The Elgar Companion to The Hague Conference on Private International Law* (pp. 371-387). Edward Elgar.
- Michaels, R., Ruiz, V. & Van Loon, H. (2021). *The Private Side of Transforming our World – UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law*. Intersentia.
- Molina, C. (2021). *Derecho del turismo en la Unión Europea*. Tirant lo Blanch.
- Palao, G. (2020). Protección del consumidor internacional en tiempos de COVID-19. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 bis, 624-633.
- Palao, G. (2019). Acceso de los Consumidores a la Justicia en la Unión Europea y Mercado Globalizado. *Revista da Faculdade de Direito de Universidade Federal de Uberlândia*, 47(1), 59-117.
- Sabido, M. (2020). *Régimen jurídico de los contratos turísticos internacionales: la protección del turista consumidor*. Aranzadi.
- United Nations World Tourism Organization. (2022). *World Tourism Barometer*, 20(5).
- United Nations World Tourism Organization. (s. f.). *Desarrollo sostenible*. <https://www.unwto.org/es/desarrollo-sostenible>
- Wahab, S. & Cooper, C. (2001). Tourism, globalisation and the competitive advantage of nations. In *Tourism in the Age of Globalisation* (pp. 3-22). Routledge.

CAPÍTULO XVI

ONLINE DISPUTE RESOLUTION Y LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE¹

Dra. Betty Martínez-Cárdenas

*Profesora investigadora
Universidad Autónoma de Chile*

SUMARIO: I. Introducción. II. La influencia de los ODR en los ODS. 1. Evolución de los ODR como nuevas modalidades de métodos alternativos de solución de conflictos. 1.1. ODR y ODS 8 («Trabajo decente y crecimiento económico»). 1.2. ODR y ODS 10 («Reducir la desigualdad en y entre los países»). 1.3. ODR y ODS 16 («Paz, Justicia e Instituciones Sólidas»). 2. Principales limitantes de los ODR frente a los ODS. III. La influencia de los ODS en los ODR. 1. Principales limitantes de los ODR que afectan el logro de algunas de las metas de los ODS. 2. Evolución de los ODR hacia la consecución de algunas de las metas de los ODS. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Los Online Dispute Resoluiton (ODR) son sistemas de mediación *online*, originalmente extrajudiciales, que hacen parte de los métodos alternativos de solución de conflictos que consideran el uso de la inteligencia artificial. Los ODR han sido definidos como

Procesos de resolución de controversias que se desarrollan en el ámbito extrajudicial y/o parajudicial y que incorporan el uso de internet o cualquier otro tipo de tecnología de la información y/o comunicación (TIC) similar; para la prevención o resolución de controversias, las cuales

¹ Este es un trabajo resultado del proyecto de investigación denominado «Estudio y propuesta sobre la mediación online en derecho de consumo como forma de acceso a la justicia en Chile», FONDECYT Iniciación No. 11220494.

puede haberse generado on-line u off-line. La comunicación puede ser parcial o completamente en línea. (Katsh & Rule, 2016, p. 329)

Recordemos que desde la Conferencia Pound de 1976 se reconoció la existencia de una brecha entre el proceso judicial y las necesidades de justicia de las personas en la práctica (Rhode, 2004). La brecha constituye una limitante importante para ambos actores del mercado, ya que, por un lado, contribuye muy poco a que los consumidores puedan acceder a la justicia y, por otro, promueve la incertidumbre en relación con la seguridad jurídica de los proveedores.

La manera como los Estados dirigen sus políticas públicas para reducir esta brecha es medida actualmente a nivel transnacional. El World Justice Project (2020) ha establecido las variables a través de las cuales se entiende que un país contribuye a reducir esta brecha entre la jurisdicción y las necesidades de justicia por parte de los particulares. En efecto, uno de los subfactores evaluados en el factor justicia civil es «accesibilidad, imparcialidad, y eficacia de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos», el cual, como su nombre lo indica «mide si los mecanismos alternativos de solución de controversias son accesibles, eficientes, ejecutables, y si están libres de corrupción» (p. 14).

Uno de los propósitos principales apoyados por las agencias internacionales para mostrar en qué país es más confiable hacer negocios, índice conocido como *doing business*, es justamente la relación entre mediación extrajudicial e índice de Estado de derecho. En efecto, una relación sólida entre esas dos variables contribuye a la percepción de confianza de un inversionista sobre la estabilidad y solidez del Estado de derecho. Por ello, los métodos alternativos de solución de conflictos, como los ODR, gozan de alta reputación para lograr el desarrollo empresarial. Ahora bien, desde la perspectiva de un consumidor, los ODR hacen posible acercarlo al productor/proveedor de manera directa, sin importar en qué lugar se encuentre, lo cual contribuye a la percepción de lograr el acceso a la justicia por parte de los consumidores (Katsh & Rule, 2016).

Por lo anterior, a nivel transnacional, los ODR extrajudiciales parecen contribuir a los intereses de todos los actores del mercado, con el ánimo de servir al desarrollo de un comercio más seguro para ellos. La estandarización del uso de MASC en el comercio electrónico ha sido una tendencia constante desde 1999. Así, encontramos los trabajos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que elaboró la Ley Uniforme de Operaciones Electrónicas de los Estados Unidos de América, propuesta por la Conferencia Nacional

de Comisionados de Derecho Estatal Uniforme, así como los lineamientos para incorporación a la legislación interna de la conciliación internacional (Guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional), y rendir informes sobre los ODR (Report of Working Group III (Online Dispute Resolution) resultantes de mediación (Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales resultantes de la Mediación).

Porsu parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) recomendó los MASC en los lineamientos para la protección al consumidor en el contexto del comercio electrónico (Recomendación del Consejo de la OCDE relativa a los lineamientos para la protección al consumidor en el contexto del comercio) y, en particular, recomendó los ODR en los lineamientos del año 2016 (Protección al Consumidor en el Comercio Electrónico). La influencia de la OCDE a través de este tipo de recomendaciones en el diseño de las políticas internas de los países miembros es crucial. Desde que ellas han sido emitidas, un nuevo marco normativo multidisciplinario fue creado por legisladores contemporáneos, quienes ya no acuden en esta materia al derecho comparado, sino que han preferido revisar los avances de las políticas internas en foros internacionales, tales como el Foro Internacional sobre Protección al Consumidor, que se celebra bajo el auspicio del Programa COMPAL de la UNCTAD desde el año 2011, y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: Protección de los Consumidores en el Comercio Electrónico. En estos foros, las políticas son reagrupadas en una misma agenda internacional, conocida como los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

Ahora bien, recientes estudios en otras disciplinas como Educación, sugieren que de manera reiterada los Objetivos de Desarrollo Sostenible no son alcanzados (Rose, 2015) y que los datos que permiten determinar el índice de un país en alcanzar alguno de los estándares propuestos para la determinación de la confianza en el mercado, pudieron haber sido manipulados, haciendo imposible en los países miembros que se alcancen niveles de confianza, al menos medianos, en el uso del comercio electrónico (Tikly & Bond, 2013). Aún más, estudios de derecho comparado en derecho de consumo, realizados en países en vía de desarrollo, muestran que las directrices de la OCDE pueden convertirse en fuente de la ineficacia misma de algunas de las reglas de protección al consumidor creadas con base en ellas (Holmes & Crossley, 2004). Todos estos resultados justifican reevaluar la actual teoría de los Objetivos de Desarrollo Sostenible como

instrumentos transnacionales de medición de la confianza en los mercados, con el fin de enriquecer el debate con mecanismos de derecho comparado.

El propósito de este estudio es analizar la relación entre los ODR y ODS, y saber cómo influyen los unos sobre los otros. Utilizando el método dogmático jurídico, este estudio aborda, en la primera parte, el lugar que han venido ocupando los sistemas de mediación *online* extrajudiciales (ODR) dentro del campo de los métodos alternativos de solución de conflictos, a partir del uso de la inteligencia artificial, y las principales limitantes que podrían llevar a alejarlos de cumplir con los ODS. En la segunda parte, el artículo buscará redefinir los ODS para el contexto chileno y establecer las bases para una eventual regulación en el territorio.

II. LA INFLUENCIA DE LOS ODR EN LOS ODS

Los ODR han venido cambiando la noción de acceso a la justicia. De comprenderse originalmente que acceder a la justicia era permitir a las personas reivindicar sus derechos o resolver sus conflictos bajo el auspicio del Estado, «primero, el sistema debe ser igualmente accesible para todos; segundo, él debe conducir a resultados que sean individual y socialmente justos» (Cappelletti & Garth, 1978, p. 183). En la actualidad asistimos a un modelo de justicia en el que son las mismas partes las que deciden resolver sus conflictos, apoyadas por sistemas de IA que funcionan sin necesidad de un abogado, a muy bajo costo y a nivel transnacional (Martínez-Cárdenas, 2022). Sin embargo, los ODR, como una especie de MASC, también han evolucionado. Por ello, en esta primera parte abordaremos distintas fases de esta evolución, para luego determinar qué limitantes actuales se presentan frente al cumplimiento de los ODS.

1. Evolución de los ODR como nuevas modalidades de métodos alternativos de solución de conflictos

La evolución de los ODR, si bien comenzó mucho antes de la creación de las agendas internacionales, ha contribuido a algunos de los objetivos modernos de estas agendas, en particular —pero no exclusivos— a los objetivos 8 («Trabajo decente y crecimiento económico»), 10 (relativo a la reducción de la desigualdad en y entre los países) y 16 («Paz, Justicia e Instituciones Sólidas»).

1.1. ODR y ODS 8 («Trabajo decente y crecimiento económico»)

Dado que las relaciones de mercado requieren mecanismos institucionales para resolver los conflictos, los ODR contribuyen, sin duda, al logro de la meta 8.2 de los ODS, consistente en «lograr niveles más elevados de productividad económica mediante la diversificación, la modernización tecnológica y la innovación, entre otras cosas centrándose en los sectores con gran valor añadido y un uso intensivo de la mano de obra». En efecto, desde 1990 se ha considerado que los ODR son compatibles con la realidad económica a la que deben hacer frente, y el uso de la tecnología fue recomendado para crear con ellos una nueva área de resolución de disputas en línea, en la búsqueda de llenar el «vacío de justicia digital»² (Ast & Deffains, 2021, p. 2).

1.2. ODR y ODS 10 («Reducir la desigualdad en y entre los países»)

Los ODR contribuyen a que un consumidor pueda comunicarse con un proveedor, sin importar el domicilio, el idioma o el sistema jurídico al que pertenezca. De igual manera, se proponen lograr:

10.2 De aquí a 2030, potenciar y promover la inclusión social, económica y política de todas las personas, independientemente de su edad, sexo, discapacidad, raza, etnia, origen, religión o situación económica u otra condición.

10.3 Garantizar la igualdad de oportunidades y reducir la desigualdad de resultados, incluso eliminando las leyes, políticas y prácticas discriminatorias y promoviendo legislaciones, políticas y medidas adecuadas a ese respecto.

1.3. ODR y ODS 16 («Paz, Justicia e Instituciones Sólidas»)

Los ODR contribuyen, también, al logro de las siguientes metas:

16.1 Reducir significativamente todas las formas de violencia y las correspondientes tasas de mortalidad en todo el mundo.

16.3 Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos.

2 Traducción libre de la expresión “digital justice gap”.

16.5 Reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas.

En efecto, la teoría que originalmente soportó el desarrollo de los MASC (San Cristóbal, 2013; Valiño, 2020) fue la que promovía el espacio para que las partes pudieran dialogar con el fin de resolver sus conflictos, lo cual con el tiempo fue reconocido también en materias de derechos humanos (Mendoza, 2021). El diálogo contribuye a la paz, en la medida en que las partes están dispuestas a comprender los argumentos de la otra parte, «puesto que es a ella a quien compete la tarea de reconstruir las presuposiciones y condiciones pragmático-formales del comportamiento explícitamente racional» (Habermas & Jiménez, 1992, p. 16).

Durante muchos años, la lógica de los argumentos ha demostrado que, en lugar de la fuerza, es por convicción que la posición de una parte logra ser aceptada por la otra. Con los ODR, «el diálogo comienza cuando uno de los negociadores introduce una proposición que quiere justificar. El diálogo termina si el oponente acepta la propuesta (justificada) o si la propuesta es descartada (por no estar justificada)» (Lodder & Zelznikow, 2005, p. 305). Todas las técnicas de diálogo más importantes han sido analizadas por distintos centros de investigación en el mundo para establecer modelos de negociación (Habermas, 1992, pp. 54 y ss.) que son lo que, en un principio, soportaron los sistemas de ODR más importantes (Lodder & Zelznikow, 2005).

2. Principales limitantes de los ODR frente a los ODS

En esta sección, determinaremos cuáles han sido las principales limitantes de los ODR tradicionales. En Latinoamérica, tenemos el caso de Brasil, que desde el año 2015 promueve con fuerza el que los proveedores ofrezcan ODRs en sus plataformas, e introdujo una reforma judicial para incluirlos como MASC autorizados tanto en materia judicial como extrajudicial. En efecto, las leyes 13, 105/2015 y 13, 140/2015, y, en particular el parágrafo 46° de la Ley 13, 140/2015 otorgan expresamente dicha autorización (Vieira de Carvalho *et al.*, 2018). En consecuencia, para el año 2018 el país tenía las plataformas de ODR conocidas como Reclame Aquí, Sem Processo y Vamos Conciliar. Sin embargo, toda vez que las leyes mencionadas no lograron otorgar a los ODR de efectos vinculantes, una parte de la doctrina brasilera advierte sobre la falta de efectividad de estas

plataformas. Esta falta de efectividad es más importante cuando se usan de manera extrajudicial (Vieira de Carvalho *et al.*, 2018)³.

En Chile, al evaluar los resultados de la mediación prejudicial en asuntos de familia, con la novedosa metodología ECAME 2.0 —aplicada por el Sistema Nacional de Mediación licitado de la Unidad de Mediación del Ministerio de Justicia—, se obtuvieron importantes resultados que «ubican a Chile en el tramo de calidad alta y sobre el corte porcentual de aprobación del mismo identificado en 61 puntos de logro» (Fuentelba-Martínez, 2018, p. 84). Se lograron acuerdos prejudiciales que

contribuyen en la obtención de acuerdos para los conflictos jurídicos en materia de familia que reflejen las necesidades de la familia y de cada una de sus partes, teniendo como centro el interés superior del niño, niña o adolescente, con un enfoque de corresponsabilidad parental, con características tales como el equilibrio de poder entre las partes y la sustentabilidad en el tiempo. (González, 2018, p. 387)

Sin embargo, la consolidación de la mediación, en particular de la mediación *online*, vino por vía de la reciente Ley Pro Consumidor. Esta autorizó la utilización de la mediación y el arbitraje *online* con consumidores, con el fin de abrir espacios de diálogo entre consumidores y proveedores, a través del uso de plataformas. Ahora bien, el país ya había avanzado con una plataforma auspiciada por la Cámara de Comercio de Santiago, conocida como Resolución en Línea. En materia de mediación extrajudicial, esta plataforma presenta las ventajas de contar con la aplicación de un reglamento para el proceso de mediación, tener mediadores cualificados para la labor, la posibilidad de hacer tránsito de la mediación a un proceso de arbitraje y la experiencia y trayectoria de la CAM en la gestión de procesos dentro de este campo de los MASC.

Resolución en Línea ha permitido entender que el derecho al acceso a la justicia siempre está abierto, que no es un derecho que comporte algún tipo de inmediatez para ser ejercido y que permite la «cooperación activa y leal de las partes en la búsqueda de su propia solución» (Jequier, 2018, p. 559). No obstante, es también evidente que para acceder al procedimiento es necesario que una de las partes asuma los costos del proceso, usualmente el proveedor, así como es necesario solicitar expresamente el inicio del trámite. Esto podría restarle efectividad a la mediación extrajudicial y, eventualmente, en caso de que la cláusula de mediación extrajudicial recomendada por la CAM se introdujera en los contratos de adhesión,

³ En el mismo sentido, pero a nivel de derecho internacional, vid. Nava (2020).

constituir un obstáculo para acceder a jurisdicción, en la medida en que las partes no pueden acudir al juez de policía local sin antes haber agotado este procedimiento (Avendaño, 2020).

Finalmente, ya en trabajos previos habíamos advertido sobre la limitante cultural que hace que, en particular en Latinoamérica, sea difícil acudir en masa a los mecanismos de mediación extrajudicial. Se trata de no poder comprender que cada persona puede gestionar sus conflictos sin necesidad de acudir a un juez (Martínez-Cárdenas, 2022). En efecto, la falta de efecto vinculante de los acuerdos logrados a través del sistema de ODR es una limitante importante que se sustenta en esta concepción cultural de requerir a un tercero autorizado por el Estado para solucionar un conflicto. Según los profesores Lodder y Zelznikov (2005), «the principal institution of the law in action is not trial; it is settlement out of court» (p. 296). En consecuencia, toda vez que la decisión final que da lugar a poner fin al conflicto no la toma un juez como órgano del Estado —esto es, en función de un *imperium* que se le otorga—, sino un particular, es imposible imponer el cumplimiento por vía coactiva de dicha decisión al otro particular que participó en el acuerdo (Avendaño, 2020). Esta limitante, de origen cultural, nos conduce a la misma que se presenta en Brasil, pero de naturaleza judicial (Vieira de Carvalho *et al.*, 2018).

En consecuencia, estas limitantes dadas por el contexto en que van a ser usados los ODR indican que la efectividad de los ODR puede ser relativa. ¿Qué tanto estas limitantes podrían afectar la consecución de algunas de las metas de los ODS y cómo estos influyen, a su vez, la evolución de los ODR? Estas son las preguntas que abordaremos en la segunda parte de este artículo.

III. LA INFLUENCIA DE LOS ODS EN LOS ODR

Como vimos en la primera parte, los ODR tienen ventajas que sin duda contribuyen al logro de algunas de las metas de los ODS. Sin embargo, en su aplicación los ODR están afectados por limitantes importantes. En esta segunda parte estudiaremos *cómo* las principales limitantes de los ODR afectan el logro de algunas de las metas de los ODS, para luego abordar la evolución de los ODR hacia la consecución de algunas de las metas de los ODS.

1. Principales limitantes de los ODR que afectan el logro de algunas de las metas de los ODS

El efecto más importante es la percepción de retroceso en el logro de algunas de las metas asociadas al ODS 16, abordadas en la primera parte de este estudio. En efecto, aun cuando se logre un acuerdo mediante el uso de los ODR, este acuerdo no es vinculante. El acuerdo no solo no es ejecutable vía judicial, sino que tampoco hace tránsito a cosa juzgada. Eventualmente, podría reconocérsele un valor similar o equivalente a la de una transacción, pero sin garantía alguna de ejecutoriedad de dicho contrato.

Esta falta de *imperium* del acuerdo ha hecho que las soluciones ODR solo prosperen en casos muy especiales, por ejemplo, cuando tienen lugar «bajo circunstancias en las que estaban respaldados por mecanismos lo suficientemente poderosos como para tener sentencias ejecutadas, tales como conflictos entre compañías de seguros o entre consumidores en grandes plataformas comerciales como eBay» (Ast & Deffains, 2021, p. 3). Por esta razón, los ODR contribuyen muy poco a lograr la meta «16.3 Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos».

Adicionalmente, toda vez que la mayoría de los sistemas de negociación automatizados fueron desarrollados por empresas privadas, los ODR no lograron volverse masivos. Algunas de las causas de esto se imputan al diseño mismo de los ODR, otras se refieren a restricciones *ex ante* (acceso) o a limitaciones *ex post* (reputación), ya que los proveedores de ODR ofrecían este servicio por vía contractual y, además, con completa confidencialidad (Ast & Deffains, 2021). Esto llevó a que los ODR fueran incapaces de cumplir metas como las de «16.6 Crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas» o la de «16.10 Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales».

Conforme a lo anterior, el arribo de tecnologías emergentes como la cadena de bloques (*block chain*) y los contratos inteligentes, autoejecutables, han abierto las puertas a la posibilidad de descentralizar la justicia y hacer que las decisiones se tomen de manera más participativa, cambiando radicalmente la estructura de los ODR y acercándose un poco más al logro de las metas ODS que no se obtuvo con los sistemas tradicionales, como se verá a continuación.

2. Evolución de los ODR hacia la consecución de algunas de las metas de los ODS

Para estudiar la epistemología de los ODR en su más reciente versión y cómo esta supera las limitantes anteriores para acercarse, en mi opinión, al cumplimiento de las metas de los ODS examinados previamente, emplearé el sistema de análisis conceptual propuesto por el profesor Shapiro (2021), consistente en partir de «verdades obvias» para aproximarse a la identidad e implicaciones de una institución determinada. En este caso en particular nos referiremos a los ODR integrados en los *smart contracts*, un tipo de protocolo de transacción computarizado destinado a ejecutar los términos de un contrato (Szabo, 1994; Fetsyak, 2020). Utilizan para ello la tecnología *block chain*, la cual se trata de distribuir o descentralizar una base de datos en diferentes computadoras. Estas son agrupadas en bloques, los cuales están conectados en forma de cadena, que utilizan seguridad criptográfica para organizar transacciones interconectadas, protegidas por un algoritmo matemático. Así, el sistema se convierte en una red de *peer-to-peer* o p2p (Almonacid & Coronel, 2019).

En consecuencia, la base de datos está distribuida en un sistema de computadoras pares que mantienen un registro persistente e inmutable de transacciones. La tecnología consiste en instrucciones electrónicas autoejecutables escritas en código informático. Esto permite que la computadora lea el contrato y, en muchos casos, ejecute las instrucciones de manera automatizada.

Ethereum, Codius, Neo y Rootstock son plataformas que actualmente ejecutan contratos inteligentes en cadenas de bloques personalizadas. El número de transacciones ha venido creciendo de manera importante en los últimos cinco años, debido a la gran variedad de aplicaciones que posee en la industria Fintech (Remolina, 2020). La variedad implica, sin limitarse, a servicios financieros, comerciales, de venta de divisas, financiamiento, liquidación de valores, catastro, registro de propiedades inmobiliarias, entre otros (Almonacid & Coronel, 2019). Es decir, los contratos inteligentes son actualmente ampliamente utilizados para operaciones B2C (Heredia, 2020). Se ha atribuido un carácter seguro a ese tipo de tecnología, en razón a que la información está justamente descentralizada y asegurada por criptogramas, que organizan las transacciones según algoritmos matemáticos, sin intervención humana.

Este tipo de «sabiduría de las multitudes» se concibió como útil para desarrollar la más reciente transformación de los ODR, en la búsqueda de una justicia descentralizada con el fin de lograr el

diseño de mecanismos para construir procedimientos de resolución de disputas capaces de abordar los nuevos tipos de disputas de la era digital. Está descentralizado porque el proceso está totalmente impulsado por pares y se basa en la tecnología *blockchain* y no puede ser controlado por un solo agente. Es justicia porque el diseño cumple con una serie de condiciones para ser considerado justo por las personas que lo utilizan. (Ast & Deffains, 2021, p. 7)

Es en este tipo de explicaciones en que podemos encontrar una serie de «verdades obvias» que, como lo explica el profesor Shapiro, son las que interesan a los filósofos y no a los investigadores, quienes estarían más interesados en los hechos (Shaipiro, 2012, p. 292). La primera verdad obvia es que cuando emerge la *rule of law*, esto implica que los sistemas legales traten

a todos los ciudadanos como iguales ante la ley, independientemente de su origen social, y debe realizar el mismo procedimiento para el mismo caso, independientemente de que los partidos son negros o blancos, ricos o pobres, y deben ser gobernados por miembros de la comunidad siguiendo un conjunto de reglas. (Ast & Deffains, 2021, p. 8)

En consecuencia, incluir los ODR en los *smart contracts* garantizaría que se cumpliera con esta característica de la *rule of law* que coincide perfectamente con la meta 16.3 que, como lo vimos en la sección anterior, tiene el potencial de no lograrse con los ODR tradicionales.

La segunda verdad obvia consiste en que

en el mundo analógico, las sociedades han construido controles y equilibrios y una serie de procedimientos burocráticos para evitar la influencia de agentes poderosos en el sistema legal a favor de sus resultados preferidos. En el mundo digital, el equivalente a una burocracia estable son las DAO basadas en tecnología blockchain. Una DAO es efectivamente una colección de contratos inteligentes unidos para formar una organización digital que opera de acuerdo con reglas y procedimientos específicos. El proceso de toma de decisiones en una DAO se codifica directamente en un código informático y se implementa en una red descentralizada de computadoras. Los miembros pueden participar en la toma de decisiones votando de manera similar a un gobierno cooperativo o de democracia directa. La combinación de un procedimiento con la inmutabilidad de blockchain y los derechos de gobernanza en manos de la comunidad

es una característica clave de la justicia descentralizada. (Ast & Deffains, 2021, p. 8)⁴

Lo anterior muestra que la inclusión de los ODR en este tipo de sistemas de *block chain*, al menos para los participantes, augura el cumplimiento de las metas «16.6 Crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas» o la de «16.10 Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales», las cuales vimos en la sección anterior que tenían el alto riesgo de ser incumplidas con los sistemas tradicionales.

Creada la lista de las verdades obvias, la pregunta con la que inicio este análisis conceptual es: ¿qué son este nuevo tipo de sistemas ODR? A mi parecer, resaltan aquí varios tipos de confusiones cuando se analiza la naturaleza de este sistema y se aduce que responden a la necesidad de garantizar el acceso público y descentralizado a la justicia.

En primer lugar, quienes asocian los nuevos ODR con formas de descentralización de la justicia tienen dificultades para entender por qué los filósofos, desde Aristóteles, invierten tanto tiempo en definir qué es justicia. Ahora bien, este problema no debe reducirse simplemente al problema semántico de definir «justicia», sino que se trata de establecer los principios básicos que, como dice Shapiro (2012), «estructuran una gran parte de nuestro mundo social» (p. 299).

¿Es la ley del código, el de programación informática, realmente una ley justa que merece la calificación de ser, a la vez, descentralizada y democrática? El debate está sobre la mesa. Hechos tan impactantes como la existencia de *smart contracts* «pródigos» —que terminan en manos de piratas informáticos o *hackers* que alteran la dirección a la que debe ir el *ether*—, «suicidas» —contratos inteligentes que se autodestruyen como resultado de una programación de activación de las condiciones de autoterminación

4 Traducción libre. Texto original: “in the analog world, societies have built checks and balances and a number of bureaucratic procedures to prevent influence on the legal system from powerful agents in favor of their preferred outcomes. In the digital world, the equivalent of a stable bureaucracy are DAOs based on blockchain technology. A DAO effectively is a collection of smart contracts bound together to form a digital organization that operates according to specific rules and procedures. The decision-making process in a DAO is encoded directly in computer code and deployed on a decentralized network of computers. Members can participate in decision-making through voting in a way that is similar to a cooperative or a direct democracy government. The combination of a procedure with the immutability of blockchain and governance rights in the hands of the community is a key feature of decentralized justice”.

por la persona que realiza el ataque— o «codiciosos» —a través de los cuales el contratante original pierde su título acreedor, debido a un error en la programación (Kolluri *et al.*, 2018)—, remarcan que la idea de descentralización y de democratización de la justicia dista mucho de lo que otrora defendiera Rudolf von Ihering con su idea de que el derecho era una tarea de todos (Lloredo, 2014).

IV. CONCLUSIONES

El propósito de este estudio fue analizar la relación entre los ODR y los ODS, y abordar cómo influyen los unos sobre los otros. Utilizando el método dogmático jurídico sugerí, en la primera parte, que los ODR habían contribuido a lograr metas de algunos de los ODS, sin embargo, subsisten importantes limitantes en su aplicación en el contexto. En la segunda parte, el artículo estableció cuáles de las limitantes tenían un impacto negativo en el logro de algunos de los ODS y estableció cómo esta evidencia contribuyó a una transformación radical de los ODR. Esta se concretó por la inclusión de estos en los *smart contracts*, sobre la base de que la tecnología *block chain* podría hacer de ellos supuestas herramientas de justicia descentralizada y democrática. Ello parecería permitir la concreción de metas de algunos ODS, ante la evidencia de los fallos cada más frecuentes de contratos inteligentes, sea por ataques externos o por errores propios de la programación. Lo anterior deja abierta la puerta para seguir la investigación en torno a la epistemología misma de los ODR y su función dentro de un ordenamiento jurídico determinado.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Almonacid, J. & Coronel, Y. (2019). Aplicabilidad de la inteligencia artificial y la tecnología blockchain en el derecho contractual privado. *Revista de Derecho Privado*, 38, 119-142. <https://doi.org/10.18601/01234366.n38.05>
- Ast, F. & Deffains, B. (2021). When Online Dispute Resolution Meets Blockchain: The Birth of Decentralized Justice. *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*, 4(2), 1-21.
- Avenidaño, I. (2020). La mediación como requisito de procesabilidad. Una mirada crítica de tal exigencia. *Revista Justicia & Derecho*, 3(1), 1-26.
- Cappelletti, M., & Garth, B. (1978). Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. *Buffalo Law Review*, 27(2), 181-292.
- Fetsyak, I. (2020). Contratos inteligentes: Análisis jurídico desde el marco legal español. *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 18, 197-236.

- Fuentealba-Martínez, M. (2018). Un novedoso instrumento para evaluar la calidad de la mediación de conflictos jurídicos familiares en Chile. *Revista Jurídicas*, 15(1), 65-87. doi:10.17151/jurid.2018.15.1.5.
- González, I. (2018). La calidad de la mediación familiar en Chile. *Revista de Derecho Privado*, 35, 369-390.
- Jequier, E. (2018). La mediación obligatoria y el deber de colaboración en el ámbito de los conflictos comerciales y civiles en Chile. *Ius et Praxis*, 3, 553-582.
- Habermas, J. & Jiménez, M. (1992). *Teoría de la acción comunicativa*. Taurus.
- Heredia, S. (2020). Smart Contracts: Qué son, para qué sirven y para qué no servirán. <https://tirantonline.uaonomacl.elogim.com/cloudLibrary/ebook/show/9789878377315>
- Holmes, K. & Crossley, M. (2004). Whose Knowledge, Whose Values? The Contribution of Local Knowledge to Education Policy Processes: A Case Study of Research Development Initiatives in the Small State of Saint Lucia. *Compare A Journal of Comparative Education*, 2(34), 197-214.
- Katsh, E. & Rule, C. (2016). What we know about Online Dispute Resolution. *South Carolina Law Review*, 67(2), 329-344.
- Kolluri, A., Nikolic, I., Sergey, I., Hobor, A. & Saxena, P. (2018). Exploiting the laws of order in smart contracts. *International Symposium on Software Testing and Analysis*, 363-373. <https://doi.org/10.1145/3293882.3330560>
- Lodder, A. & Zelznikow, J. (2005). Developing an Online Dispute Resolution Environment: Dialogue Tools and Negotiation Support Systems in a Three-Step Model. *Harvard Negotiation Law Review*, 10, 287-338
- Lloredo, L. (2014). Rudolf von Jhering: Nuestra tarea (1857). En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive. *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad*, 234-275.
- Martínez-Cárdenas, B. (2022). Online dispute resolution y la renovación del concepto del derecho de acceso a la justicia para los consumidores. En A. Madrid & L. Alvarado (coords.), *Derecho digital y nuevas tecnologías* (pp. 1203-1224). Thomson Reuters.
- Mendoza, J. (2021). Psicología cultural y mediación: diálogo, retórica y narración. *Boletín Científico Sapiens Research*, 11(1), 19-28.
- Nava, W. (2020). Los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos en línea: su problemática en el derecho internacional privado. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 13, 187-208. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7524>
- Remolina, N. (2020). *Fintech, Regtech y Legaltech: fundamentos y desafíos*. Tirant Lo Blanch.
- Rhode, D. (2004). *Access to Justice*. Oxford University Press.
- Rose, P. (2015). Three lessons for educational quality in post-2015 goals and targets: Clarity, measurability and equity. *International Journal of Educational Development*, 40, 289-296. doi:10.1016/j.ijedudev.2014.11.006

- San Cristóbal, S. (2013). Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI, 39-62.
- Shapiro, S. (2012). ¿Qué es el derecho (Y por qué debiera importarnos)? En: J. Ferrer, J. Moreso & D. Papayannis (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho* (pp. 279-311). Marcial Pons.
- Szabo, N. (1994). Smart contracts. <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>
- Tikly, L. & Bond, T. (2013). Towards a postcolonial research ethics in comparative and international education. *Compare: A Journal of Comparative and International Education*, 4(43), 422-442. doi:10.1080/03057925.2013.797721
- Valiño, A. (2020). Reflexiones acerca de la viabilidad de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos en los centros penitenciarios españoles. *Ius et Praxis*, 2, 219-231.
- Vieira de Carvalho, R., Rule, C., Tiemi, T. & Botelho, G. (2018). The Expansion of Online Dispute Resolution in Brazil. *International Journal for Court Administration*, 9(2). doi:10.18352/ijca.255
- World Bank Group. (2020). *Doing Business*. <https://espanol.doingbusiness.org/es/reports/global-reports/doing-business-2020>
- World Justice Project. (2020). Índice de Estado de Derecho 2020. <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-Global-ROLI-Spanish.pdf>

UNA PLATAFORMA DE ODR EUROPEA, ¿UNA SOLUCIÓN?

Dra. María José Catalán Chamorro*

*Profesora ayudante de Derecho Procesal
Universidad de Córdoba*

Sumario: I. Introducción. II. ¿Qué es realmente el ODR? 1. Arbitraje *online*. 2. Mediación y conciliación *online*. 3. Negociación *online*. 3.1. *Blind bidding* o negociación automática. 3.2. Negociación asistida. 4. Formas de ODR híbridas. III. La plataforma de ODR de consumo y su desarrollo. IV. El éxito o fracaso de la plataforma de ODR. V. Conclusiones VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La creación de plataformas de ODR de consumo ha sido durante la última década un salvavidas para las empresas que han optado por la resolución alternativa de conflictos con el fin de mejorar su posicionamiento en el mercado. De esta manera, a través de la automatización en la resolución de las reclamaciones de consumo, estas empresas han conseguido mejorar la eficiencia y la productividad de sus servicios de atención al cliente. Sin duda supone una mejora comparativa con el resto de las empresas que no han incluido los ODR dentro de su cartera de servicios. Así las cosas, como veremos en este trabajo, la Unión Europea, tomando nota de esta ventaja, se aventuró a la creación de una plataforma ODR que operase para poner en contacto a consumidores ciudadanos europeos y empresas sitas en territorio europeo.

En el presente capítulo veremos cómo esta plataforma *a priori* podría ser una gran revolución tanto para empresas a las que los recursos públicos les prestarían el servicio de resolución de sus conflictos con sus clientes a

* Estudio redactado en el marco del proyecto de investigación «Claves para una justicia digital y algorítmica con perspectiva de género» (PID2021-123170OB-I00 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033).

coste cero, como para los consumidores ciudadanos europeos que podrían comprar libremente en todo el territorio europeo a cualquier empresa, con la confianza de que la plataforma de ODR de consumo solventaría cualquier reclamación contra estas empresas, incluso fuera de sus fronteras nacionales. Todo ello, con la ventaja añadida de que ni comerciante, ni consumidor deberían trasladarse fuera de sus fronteras para resolver este conflicto; y con un sistema de traducción simultánea que permitiría llevar a cabo negociaciones o transacciones entre el consumidor y el comerciante para intentar no acudir a ninguna entidad de resolución alternativa de conflictos.

Sin duda la idea de esta plataforma suponía un antes y un después en la protección del consumidor dentro de la Unión Europea. Hasta ese momento, la Unión Europea había protegido al consumidor de una manera preferente en diversas leyes sustantivas, otorgándole así derechos sobre diversas materias controvertidas y protegiéndole frente a diversos atropellos constantes por parte del amplio mercado europeo. Sin embargo, la ejecución o, más bien, el ámbito procedimental para hacer realidad estos derechos ante juzgados y tribunales se había convertido en un camino realmente tortuoso para cualquier consumidor que quisiera reivindicarlos. Por ello, esta plataforma venía a solventar ese gran agujero en el que los consumidores perdían la posibilidad de reivindicar sus derechos, debido a los altos costes procesales no solo de tiempo, sino también del dinero y esfuerzo que suponía acudir a los tribunales ordinarios.

Hoy, ocho años después de la puesta en marcha de esta plataforma europea de ODR de consumo, tras el análisis pormenorizado que realizamos en el presente trabajo, podremos concluir si realmente esto ha constituido una solución real y efectiva para los consumidores y comerciantes, o si, por el contrario, esta plataforma no ha llegado a sus objetivos y por qué.

II. ¿QUÉ ES REALMENTE EL ODR?

El Online Dispute Resolution (en adelante, ODR) no es más que la translación del Alternative Dispute Resolution (en adelante, ADR) al ámbito *online* o en línea. De modo que estaríamos ante la posibilidad de llevar a cabo los métodos de resolución de conflictos típicos como son el arbitraje, la mediación, la conciliación o la negociación —además de los denominados métodos híbridos med-arb, con-arb o sistemas *Ombudsman*—, a través de medios de comunicación telemática. Esta comunicación podrá realizarse tanto de forma síncrona, es decir en directo, como de manera asíncrona,

donde cada parte pueda contestar a la otra, argumentar o presentar pruebas para sostener su postura en tiempos diferentes. No obstante, siempre se establecerán unos plazos máximos para que los procedimientos ODR no se eternicen en el tiempo.

A través de los sistemas de comunicación telemática con los que actualmente contamos, fundamentalmente a través de Internet, se permite una comunicación fluida, espontánea y real de las partes, de manera casi idéntica a como lo realizamos de manera presencial. Actualmente, las generaciones digitales conviven con las analógicas, pero estas últimas se han tenido que adaptar a pasos agigantados a estos nuevos escenarios virtuales, quizá más desde la época de pandemia mundial. Todo ello hace que podamos imaginar un procedimiento de resolución alternativa de conflictos desarrollado 100% *online*, sin necesidad de presencialidad de las partes. No obstante, este tipo de procedimientos no ha nacido de la noche a la mañana y tampoco ha sido iniciado en su integridad de modo *online*, sino que ha sido obra de un procedimiento. Procedimiento que, como veremos, ha liderado el arbitraje y dentro de esta institución, las entidades privadas, principalmente aquellas que se especializan en arbitrajes internacionales.

1. Arbitraje *online*

El arbitraje es el método de resolución de conflictos heterocompositivo más conocido por la población, además de ser el más inquisitivo, por ser un tercero el que impone su voluntad o decisión sobre el conflicto planteado por las partes. La concepción amplia del arbitraje a nivel mundial y sobre todo en los países de habla hispana, viene motivada principalmente porque ha sido ampliamente legislado y esta seguridad jurídica le otorga el reconocimiento suficiente por parte de la ciudadanía a esta institución.

Gracias a la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985), enmendada en 2006 precisamente para dar cabida al arbitraje electrónico de manera más concreta, se ha promulgado legislación basada en la Ley Modelo en ochenta y seis Estados, en un total de ciento diecinueve jurisdicciones (United Nations Commission on International Trade Law, s. f.). Esto hace posible que en un total de ciento diecinueve jurisdicciones diferentes a lo largo y ancho de todo el planeta tengamos una legislación muy similar en materia de arbitraje comercial internacional, lo que permite que nos podamos fácilmente entender con una legislación *cuasi* común. En esta misma línea caminó la iniciativa de esta institución

para realizar una Ley Modelo sobre resolución de controversias en línea, es decir, ODR. Sin embargo, estos trabajos concluyeron en unas simples notas técnicas en el año 2016 — Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea —, al no poderse lograr un acuerdo para la creación de una nueva Ley Modelo tan revolucionaria como lo fue la Ley Modelo de arbitraje.

Los inicios del arbitraje electrónico se remontan a principios de siglo, cuando proyectos piloto como *WebFile* de la Asociación Americana de Arbitraje; *Netcase*, nacido en el seno de la Cámara de Comercio Internacional o el *Electronic Case Arbitration Facility* (denominado por sus siglas ECAF), creado por la World Intellectual Property Organization, constituyeron las primeras apuestas para la creación de procedimientos arbitrales desarrollados al 100% dentro del ámbito electrónico, para evitar el desplazamiento de las partes a las sedes arbitrales (Montesinos, 2007, pp. 50-51). Hoy, la mayoría de las sedes arbitrales que operan en ámbito internacional ofertan la posibilidad de llevar a cabo su procedimiento en línea, ya que suelen ser entidades privadas que dependen de su ventaja competitiva y la mejora de sus servicios para obtener mayor número de clientes posibles.

La liberalización y generalización de los servicios de comunicación a distancia en las últimas décadas han hecho que los *softwares* dedicados a la comunicación a distancia de manera estable, segura y eficaz se haya ido abaratando a pasos agigantados. Así las cosas, desde la International Chamber of Commerce, que es la sede arbitral más prestigiosa del mundo, hasta las Juntas Arbitrales de Consumo en España más pequeñas, que son organismos públicos y gratuitos para la resolución de reclamaciones de consumo, cuentan con este procedimiento de arbitraje electrónico.

Por todo ello, hoy es posible acercarnos a casi cualquier sede arbitral, que las partes elegirán en función de los servicios y la cercanía al conflicto, para realizar el procedimiento de arbitraje de manera *online*. Desde la firma del convenio arbitral, hasta el envío o remisión de las demandas y demás pruebas documentales que se quieran aportar al procedimiento, pasando por las declaraciones de partes, peritos y testigos a través de videoconferencia y finalmente con la posibilidad de realizar la vista por este mismo medio, para finalizar remitiendo el laudo a las partes, a tiempo real, a través de correo electrónico o sistemas de notificaciones electrónicas protegidas.

Debemos puntualizar que generalmente el arbitraje, como indicábamos *supra*, constituye el sistema de ADR más inquisitivo y, por lo tanto, menos amigable y menos elegido para conflictos de escasa cuantía. Por

el contrario, el arbitraje es la opción favorita para los conflictos de mayor cuantía y más complejos, especialmente en el ámbito internacional, conflictos para los que la posibilidad de desarrollar estos procedimientos en el ámbito electrónico ha sido crucial y ha mejorado la vida sobre todo de los contendientes. Debido a este particular, como veremos, la plataforma de resolución de litigios en línea ideada por la Comisión Europea alberga un número limitado de entidades de ODR de consumo que resuelvan sus conflictos a través del arbitraje electrónico, salvo las excepciones de España y Portugal, que obedecen principalmente a motivos históricos y culturales en las fórmulas más populares para la resolución de conflictos en nuestras sociedades.

2. Mediación y conciliación *online*

En este apartado hemos unido dos métodos alternativos de resolución de conflictos muy próximos entre sí. Incluso, podemos ver cómo en el ámbito internacional estos dos conceptos se confunden y se asemejan. El ejemplo posiblemente más palmario de esta similitud en el ámbito internacional lo encontramos en el artículo 1.2. del Reglamento de Mediación de la CNUDMI (2021):

A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por «mediación» todo procedimiento, ya sea que se designe con el término «mediación», «conciliación» u otro de sentido equivalente, en que las partes soliciten a un tercero o terceros («el mediador») que les presten asistencia en su intento de llegar a un arreglo amistoso de una controversia.

En el presente trabajo, con visión internacional desde puntos muy dispares del planeta, creemos acertado realizar este apartado de manera conjunta para estos dos métodos de resolución de conflictos. Si bien, a pesar de no existir diferencias en el ámbito procedimental básico de estas dos instituciones, queremos remarcar una distinción esencial entre la mediación y la conciliación. En virtud de la doctrina española, se nos indica que en la mediación el tercero imparcial tiene como objetivo facilitar la comunicación y promover el acuerdo entre las partes, pero tiene vetada la posibilidad de ofrecer un acuerdo ajustado a las partes, según su leal saber y entender. Esta prohibición no opera en la conciliación, en que este tercero sí podrá aconsejar a las partes una o varias salidas a su conflicto, pudiendo incluso ofrecerles un modelo de proposición de resolución. No obstante, esta propuesta no es vinculante para las partes ni están obligadas a ratificarla en ninguno de sus términos y condiciones. Por lo tanto, mientras que en la mediación el mediador solo puede aproximar

a las partes a través de sus técnicas para resolver el conflicto, facilitando fundamentalmente la comunicación entre ambas, el conciliador sí tendrá una potestad extra, pudiendo emitir estos consejos, proponiendo acuerdos o incluso ofreciéndoles acudir a otra vía diferente a la conciliación para resolver su conflicto.

Así las cosas, la mediación y la conciliación son métodos de resolución alternativa de conflictos, utilizados fundamentalmente para conflictos donde o bien existe un alto nivel de componente emocional —por ello son recomendados para conflictos de familia, empresa familiar o amistades, cuya resolución se puede lograr ahondando en los sentimientos despertados tras el estallido del conflicto—, o bien conflictos de reclamaciones de consumo de escasa cuantía.

Por la especialidad de los conflictos de componente emocional o sentimental, se han intentado dejar fuera del ámbito electrónico u *online* la resolución de conflictos a través de mediación o conciliación. Lo más importante en estos casos es la conversación cara a cara, con el menor número de barreras posible, para que las partes y el mediador o conciliador puedan percibir de una manera más real la tensión y dificultades que impiden el acuerdo al conflicto. Sin embargo, como indicábamos, estos dos métodos también son utilizados para la resolución de conflictos de consumo, además de ser los métodos más utilizados por la generalidad de los países europeos. Tanto la mediación como la conciliación priman una cultura de justicia restaurativa y de la paz, llegando a acuerdos a través de la reflexión y la transacción, a diferencia de lo que ocurre en el arbitraje, donde el árbitro impone su voluntad en forma de laudo.

Posiblemente los dos aspectos que son menos atractivos del uso de la mediación o la conciliación con respecto al arbitraje sean, en primer lugar, el alto porcentaje de conflictos que acaban el procedimiento sin acuerdo. A diferencia de lo que ocurre con el arbitraje, en la mediación y en la conciliación cualquiera de las partes puede dar por finalizado el procedimiento en cualquier momento de la tramitación, si lo consideran conveniente y sin tener que dar mayor explicación. Esta falta de eficiencia en los procedimientos, además de ser generalmente más largos y contar con más sesiones que el arbitraje, los hace poco atractivos, sobre todo al ámbito empresarial.

En segundo lugar, los acuerdos firmados entre las partes para la finalización del conflicto no tienen más que fuerza de contrato entre ambas, por lo que, ante el incumplimiento del acuerdo por alguna de las partes, estas deberán acudir a la vía judicial ordinaria para solicitar el cumplimiento de la misma

y su posterior ejecución. No obstante, existe la posibilidad de elevar a escritura pública este acuerdo, a fin de darle fuerza de título ejecutivo y, de esta manera, poder reivindicar un proceso de ejecución ante los tribunales ordinarios para obtener la ejecución de este acuerdo de manera más rápida que si no es elevado a escritura pública. Ahora bien, los costes procesales aumentan al tener que elevar a escritura pública el acuerdo, por lo que, si utilizamos la mediación o la conciliación para conflictos de escasa cuantía, no nos sería rentable este último paso. Todo ello hace que, sobre todo en países de cultura latina —por nuestra propia idiosincrasia particular—, desconfiemos del cumplimiento voluntario de los acuerdos por parte de nuestros contendientes y prefiramos optar por el arbitraje, cuyo laudo constituye título ejecutivo en el mismo momento de su ratificación por parte del árbitro.

En este contexto la mediación y la conciliación *online* comenzaron su andadura nuevamente a través de proyectos piloto. En esta ocasión vinieron de la mano de la iniciativa privada con múltiples formas diferentes, y de igual manera que ocurrió en el arbitraje *online*, se comenzó con la posibilidad de establecer algunos trámites de manera *online*, pero manteniendo las sesiones de las vistas presenciales.

En la mediación y la conciliación aún se intenta en muchas instituciones mantener la inmediatez y las vistas sincrónicas, en que las partes puedan desenvolverse y el mediador o conciliador pueda conocer las posturas de cada parte, de la manera más natural posible e incluso interactuar con ellos, que sigue siendo la clave de estos métodos. No obstante, otras instituciones, sobre todo aquellas que se dedican a reclamaciones de escasa cuantía, están cada vez más especializadas en establecer un procedimiento 100% *online*, sin necesidad de la presencia física de las partes. Y es que, aunque el ámbito *online* no sea el más propicio para el desarrollo de métodos de resolución alternativa tan vinculados al ámbito emocional como son la mediación o la conciliación, si estos métodos son utilizados para resolver reclamaciones de escasa cuantía o conflictos entre partes que se encuentran geográficamente distanciadas, el ámbito *online* se presenta como el más propicio para el desarrollo de los mismos.

En esta modalidad surge por primera vez la idea del tercero imparcial electrónico que sustituya totalmente al mediador o conciliador físico. Esta idea, que no caló en el arbitraje *online* por la complejidad del propio procedimiento y la importancia de los asuntos que resuelve, sí que se llega a aceptar para la resolución de conflictos principalmente económicos de escasa cuantía. No obstante, en la mediación *online*, en que también el tercero imparcial puede ser maquínico, no tenemos muy claro que podamos

hablar en términos propios de una mediación o conciliación, como veremos a continuación.

En mediación o conciliación podemos encontrarnos con que la reclamación y la contestación a la misma lleguen a través de la vía *online*. En un segundo momento podemos realizar la sesión informativa vía videoconferencia, ya que en esta sesión los mediadores o conciliadores expondrán los términos y condiciones del servicio, e informarán cómo se prestaría en caso de que las partes diesen su consentimiento, además de explicarles las obligaciones y derechos que tienen durante el proceso, pudiendo también realizar preguntas. Asimismo, la aceptación o rechazo tras esta sesión informativa puede realizarse de manera *online*, sin que esto tenga ningún perjuicio para menoscabar la calidad del procedimiento. Sin embargo, lo ideal es que, una vez aceptado e iniciado el procedimiento, las sesiones en que se intente llegar a un acuerdo entre las partes sean presenciales, ya que permitirá al mediador o conciliador tener una apreciación más profunda de las reacciones, las emociones y el lenguaje no verbal de las partes. En este punto, debemos apuntar la existencia de *softwares* que desde hace décadas dicen ser capaces de descifrar las emociones de las personas a través de sus movimientos faciales, su temperatura e incluso su pulso cardíaco (Suquet *et al.*, 2013, pp. 249-253; Poblet & Casanovas, 2007, pp. 150-152). No obstante, preferiría que las reacciones de las partes fuesen interpretadas por el tercero imparcial al conflicto humano, que tiene más desarrollados los sentidos que una máquina.

En estas sesiones será cuando el mediador o conciliador intente llevar a las partes a un acuerdo, con propuesta de resolución en el caso de la conciliación y sin ella en la mediación, y que podrá finalizar con avenencia o sin ella. Finalizadas estas sesiones, ya sean presenciales u *online*, se firmará un acta final que será redactada por el tercero imparcial y que remitirá a las partes para que tengan copia de la misma. Esta acta final recogerá el acuerdo total, parcial o la falta del mismo, explicando los términos y condiciones de este. No habría ningún impedimento en emitir este dictamen de manera electrónica y remitirlo por esta misma vía a las partes.

De esta manera, vemos que es relativamente sencillo seguir un procedimiento de mediación o de conciliación de forma *online*, aunque dependiendo del tipo de conflicto, sea más conveniente realizar al menos las sesiones de confrontación de ideas de manera presencial. Así las cosas, en el ámbito del consumo es donde más desarrolladas están la mediación y la conciliación de forma *online*. Prueba de ello es que dentro de la plataforma ODR puesta en marcha por la Comisión Europea encontramos que, de un total de 431 entidades acreditadas por todos los países miembros, 136 entidades realizan

mediación y 81 entidades realizan conciliaciones puras, lo que constituye el 50% del total de entidades (Comisión Europea, s. f.). Se pueden observar diferencias entre países, como Italia, que apuesta más decididamente por la conciliación, mientras que en países como Francia o Bélgica tiene más incidencia la mediación.

3. Negociación *online*

Casi la totalidad de la población que ha comprado a través de Internet y ha tenido algún problema con el producto o servicio adquirido, en múltiples ocasiones posiblemente se ha sometido a un procedimiento ODR, específicamente de negociación *online*, sin ser consciente de ello. Se denomina negociación *online* a múltiples *softwares* o prácticas, en ocasiones muy diferentes, que ofrecen una salida o una respuesta a un problema concreto a través de una serie de opciones limitadas para ello.

Distinguimos dos tipos de negociaciones *online* por antonomasia: el *blind bidding* o negociación automática, y la denominada negociación asistida.

3.1. *Blind bidding* o negociación automática

Comenzando por el *blind bidding*, este se trata de un sistema de puja a ciegas, en que ambas partes emitirán su postura inicial, unida a un margen o cantidad mínima por la cual aceptarían un acuerdo. Este sistema es adecuado para las reclamaciones de cantidad, ya sea por una reclamación de consumo o por una indemnización por daños, accidentes o perjuicios. Por ello, la parte reclamante indicará la cantidad primigenia por la cual reclama, unida a un margen porcentual o una cantidad inferior, que aceptaría *in extremis* a favor de que el conflicto finalice lo más pronto posible. Este margen o cantidad inferior será secreta y no podrá ser conocida por la contraparte. Asimismo, el reclamado o demandado también ofrecerá la cantidad inicial que está dispuesto a pagar o indemnizar, y un margen inferior a esta. De modo que, si el *software* encuentra posibilidad de acuerdo dentro de estos márgenes, dará por finalizado el acuerdo por la cantidad más cercana al acuerdo de ambos. En caso de no llegar a ese pacto, el *software* se puede configurar para volver a dar tantas oportunidades a las partes como se hayan pactado en un inicio; lo normal es que estas no superen las tres oportunidades.

En este tipo de *softwares* y de negociación lo que prima ante todo es la rapidez en el acuerdo. Como podemos observar, en estos casos no es posible que las partes interactúen o lleguen a un acuerdo verbal, sino que sencillamente se trata de una apuesta de cantidades monetarias, sin más

acuerdos posibles. Generalmente son asíncronas, de modo que cada parte introducirá su propuesta en el momento que desee y el *software* actuará una vez que ambas partes hayan introducido sus ofertas. En ocasiones, esta negociación automática se realiza a simple modo de filtro o cribado, de modo que constituya una primera aproximación que permita, por un lado, llegar a un acuerdo rápido si las partes muestran esta voluntad. Y, por otro lado, conocer mediante la institución de resolución alternativa de conflictos, el grado de disconformidad o disparidad del acuerdo existente entre las partes en conflicto, incluso para realizarle *a posteriori* una propuesta de acuerdo cercana o relacionada a lo que hayan expresado en el programa informático de manera previa.

Ejemplo de este tipo de negociaciones automáticas es la prestada por la organización eNegotiation, que comercializa este medio de resolución de conflictos a través de dos productos: Smartsettle One+, que es la negociación que acabamos de analizar, y Smartsettle Infinity, con diferentes coberturas extras, como es la de un tercero que asiste a las partes y los alienta a llegar al acuerdo buscado por las partes.

3.2. Negociación asistida

Otro tipo de negociación *online*, mucho más elaborada que la negociación automática, es la negociación asistida. Esta se suele ofrecer por las grandes empresas de venta *online* para resolver los conflictos con sus clientes de manera 100% automática y sin tener que prestarles asistencia personal en la inmensa mayoría de sus reclamaciones.

Podemos datar el inicio de la negociación asistida a través del *software* que Modria (Katsh, 2012, pp. 28-30) ideó para el gigante de subastas eBay y que supuso una gran revolución en la resolución de conflictos *online* de consumo. Este proyecto que comenzó en 1999 en poco tiempo consiguió resolver más de sesenta millones de reclamaciones al año, de las cuales solo un 10%, es decir solo seis millones, necesitaban de la asistencia humana para ser resueltas (Rule, 2015).

Este sistema se basa en las preguntas tipo, a las que se enfrentan los servicios de atención al cliente de diversas empresas que comercializan bienes o servicios. De un modo similar a lo que ocurre con los apartados webs de preguntas frecuentes, donde las empresas aglutinan las preguntas más usuales de sus clientes, esta negociación asistida da respuestas tipo a las reclamaciones más repetidas por sus clientes. Así, en forma de diagrama de

árbol se elaboran informáticamente itinerarios que llevan a una respuesta a la reclamación de cada consumidor.

Para ello, en primer lugar, se tendrá que identificar el bien o servicio que ha comprado, para evitar posibles fraudes a la empresa. Una vez verificada la compra, se le ofrecerán al consumidor las reclamaciones tipo a las que puede aspirar para ajustarse a esta resolución automática de su disputa. Así las cosas, si es un bien que ha sido comercializado, se le preguntará si su problema es relativo al pago, a la recepción de la mercancía dañada, si no ha llegado el pedido o ha llegado con retraso, o si se ha recibido un artículo diferente al que se compró, etc. Una vez el *software* identifique el producto y la problemática, procederá a ofrecerle diferentes soluciones ajustadas a ese caso concreto, como puede ser la devolución del importe pagado, el reemplazo del producto, un descuento para su próxima compra, etc. En toda esta negociación el cliente no va a tener la sensación de estar negociando, ni siquiera de sentirse en la tensión que puede ocasionar esta conversación de manera física en un comercio frente al vendedor o frente al servicio de atención al cliente de manera telefónica. Al contrario, desde la intimidad de su casa y con la tranquilidad que aporta encontrarse con una pantalla, el cliente irá eligiendo aquellas opciones que más se ajusten a sus preferencias. No obstante, en ningún momento el cliente puede salirse de este «circuito» que le plantea el empresario, o llegado el caso, si pretende salirse del mismo, le será difícil encontrar una vía de reclamación formal y alternativa donde sea atendido de manera personal por otro humano, sobre todo si estamos ante plataformas de venta *online*.

Por lo tanto, como vemos, esta negociación asistida tiene múltiples ventajas, entre las que encontramos su rapidez y su fácil acceso para personas que no tienen conocimientos superiores en el ámbito de las reclamaciones, pero también limita las posibilidades que los consumidores pueden tener respecto a la forma de plantear su queja o reclamación.

4. Formas de ODR híbridas

Una vez presentados los ODR más usuales con los que nos podemos encontrar, es necesario referenciar que no son ni únicos, ni exclusivos, sino que pueden mutar y realizar mezclas de los ODR básicos y típicos que hemos visto. Estos ODR híbridos, al ser fórmulas no legisladas en la mayoría de los países, permiten la flexibilización de sus procedimientos y de los formatos de resolución posibles.

Así podemos ver que existen fórmulas consagradas como los sistemas *Ombudsman*, que durante sus procedimientos mezclan componentes o fases de negociación, mediación, conciliación e incluso adjudicación en sus casos más extremos. Estos métodos híbridos tienen su mayor potencial dentro del ámbito *online*, ya que permiten arbitrar distintas formas de resolución de conflictos para llegar al resultado más satisfactorio para las partes.

III. LA PLATAFORMA DE ODR DE CONSUMO Y SU DESARROLLO

En este perfecto caldo de cultivo, en que las entidades ODR principalmente dedicadas al consumo comenzaban a dar sus frutos, la Unión Europea — consciente de estos avances en la facilitación de las vías para la resolución de conflictos, que hasta el momento habían sido obviados por el sector público comunitario— se planteó la promoción de los ODR en el ámbito del consumo, con la finalidad de que sirviesen como herramientas para hacer efectivos los derechos de los consumidores europeos. Estos ya estaban reconocidos en las normas sustantivas comunitarias, pero hasta ese momento solamente podían ser reivindicados fuera de sus fronteras nacionales, a través de los tribunales de justicia ordinarios.

En definitiva, lo que el legislador europeo perseguía no era más que dar una sensación de seguridad jurídica a aquellos consumidores que operasen dentro del mercado único europeo, pues los ADR y ODR de consumo ya operaban en ámbitos nacionales y eran conocidos por la población nacional de cada uno de los países miembros. Ejemplo de ello es el Sistema Arbitral de Consumo en España, los diferentes Organismo di conciliazione paritetica en Italia o los *Ombudsman* especializados en diferentes sectores de Reino Unido. Sin embargo, aquellos consumidores que adquirirían bienes o servicios en un país diferente al suyo, pero dentro del espacio económico europeo, desconocían las vías posibles de reclamación en caso de conflicto.

Con esta motivación se ponen en marcha dos iniciativas legislativas europeas. Por un lado, 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° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (en adelante, Directiva 2013/11); y por otro lado, el Reglamento (UE) N° 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) N°

2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (en adelante, Reglamento 524/2013). Estos dos instrumentos legislativos articularían lo que hoy se conoce como plataforma de ODR de consumo de la Unión Europea.

En primer lugar, la Directiva 2013/11 precisó la transposición a todos los países miembros de la Unión Europea. España se demoró más de dos años extras del plazo otorgado por la Unión Europea, haciéndose realidad a través de 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 (BOE 268). Esta norma establecía los criterios mínimos de calidad y de seguridad que debían de cumplir aquellas entidades ADR u ODR de consumo de los Estados miembros que quisiesen ser promocionadas y publicadas en la plataforma de ODR de consumo de la Unión Europea, así como el régimen establecido por cada país para tramitar la solicitud de darse de alta como entidad ADR-ODR y su activación como entidad acreditada. De esta manera la Unión Europea garantizaba que las entidades que operarían en la plataforma iban a gozar de cierta homogeneidad en sus características. Por supuesto, esta norma no entraba en establecer el procedimiento ADR u ODR exacto que debían seguir las entidades, sino que daba unas simples pautas generales para ello.

La Directiva 2013/11/UE permitió cierto margen de discrecionalidad a los países miembros que transpusieron la norma. Así las cosas, en España se prohíbe que estas entidades cobren por su actividad al consumidor y, por ejemplo, es posible que el empresario inicie una reclamación contra un consumidor si reside en países como Bélgica, Alemania, Luxemburgo o Polonia. Cuestión también muy controvertida ha sido la no obligatoriedad para las entidades acreditadas de operar de modo *online*, es decir, sin necesidad de la presencia física de las partes en la entidad para resolver el conflicto, así como la circunscripción de la utilización de esta plataforma de manera exclusiva a aquellas reclamaciones de consumo derivadas de compras de bienes o servicios adquiridos a través de Internet. Ambas cuestiones sin un razonamiento lógico, ya que de nada sirve acudir a una plataforma ODR que nos derive a una entidad de resolución de litigios que esté sita en otro país y requiera la presencia física de las partes. Tampoco tiene sentido limitar las reclamaciones a compras realizadas vía *online*, cuando los consumidores europeos también compran físicamente en viajes en otros países de la Unión Europea, quedando sin amparo a la luz de esta normativa.

Sin embargo, el grueso de este cambio de perspectiva en relación con los ODR de consumo lo trajo el Reglamento 524/2013, que es el que regula

todo el funcionamiento de la plataforma ODR de consumo. Esta plataforma articulada conforme al Reglamento 524/2013 fue construida y puesta en marcha por la Comisión Europea en febrero de 2015. Desde ese momento, cualquier consumidor ciudadano europeo —o residente en Noruega, Islandia o Liechtenstein— podría interponer una reclamación contra cualquier empresario sito en la Unión Europea —o en Noruega, Islandia o Liechtenstein— tras la adquisición de un bien o servicio defectuoso. Esta plataforma pone en contacto al consumidor con el comerciante, ya que este recibe de manera formal y vía correo electrónico la reclamación del consumidor, traducida de manera automática al idioma del país donde el empresario tiene su sede. Esta reclamación también podrá ir acompañada de una propuesta de entidad ADR u ODR acreditada en la plataforma, en la que el consumidor confíe, conozca o prefiera para que sea la encargada de resolver su conflicto de consumo.

Debemos puntualizar que la no contestación de esta reclamación por parte del empresario no tendrá ninguna repercusión para el mismo, ni legal, ni administrativa. Y aquí advertimos uno de los grandes errores de la plataforma, ya que el empresario podrá, sin más, borrar el mensaje y ahí acabaría todo el itinerario de protección del consumidor de la plataforma de ODR de consumo. Sin embargo, lo que el legislador pensó para este punto es que mayoritariamente los empresarios contestarían a la reclamación bien con una solución o bien entrarían en proceso de discusión sobre la entidad a la que confiarían su conflicto. Por ello, como segundo paso dentro del procedimiento de la plataforma, se otorgan treinta días a las partes para acordar la entidad de resolución de conflictos a utilizar.

El tercer paso que se establece ya no implica a la plataforma ODR, ya que las partes se dirigirán a la entidad ADR u ODR elegida para resolver su conflicto y la plataforma habría completado su cometido en este punto. De modo que planteamos un error en la denominación de la plataforma ODR de consumo, ya que actúa a modo de ventanilla única para la puesta en contacto de consumidores con comerciantes y ofrece un listado de entidades ADR y ODR que cumplen con unos estándares mínimos de calidad verificados por los países de la Unión Europea, pero en ningún caso es soporte para realizar ningún tipo de ODR.

Debemos indicar que la plataforma está muy bien construida y cuenta con información adicional sobre derechos de los consumidores, redactada de manera accesible y entendible por la mayoría de la población, y traducida a todos los idiomas oficiales de la Unión Europea. Cuenta también con una sección especial para las empresas, que en ocasiones también se pueden sentir indefensas ante el desconocimiento de esta plataforma. Además, el proceso de reclamación en línea es bastante intuitivo y sencillo para que

los consumidores no se pierdan en una burocracia a veces complicada. De la misma manera, el listado de entidades acreditadas permite ver las características de cada una, como en qué países desarrolla su actividad, el idioma, el proceso, si requiere la presencia física de las partes, los sectores sobre los que resuelve conflictos y si consumidor o empresario tienen que pagar por el uso del mismo.

IV. EL ÉXITO O FRACASO DE LA PLATAFORMA DE ODR

Toda esta plataforma ODR ideada, legislada y construida durante años y puesta en marcha con unas perspectivas muy idealizadas como herramienta culmen para solventar las deficiencias procedimentales de reivindicación de los derechos que protegen al consumidor en la Unión Europea, parece no haber tenido todo el éxito prometido. Tampoco podemos tildar a esta plataforma de fracaso, ya que todavía consideramos que estamos a tiempo de poder solventar aquellas grandes fallas, que a nuestro juicio impiden el avance de la misma.

Ocho años después de su puesta en marcha contamos con diferentes informes que nos han ido dando señales de sus primeros pasos. No obstante, en lugar de servir para cambiar aquellos aspectos que fallaban o que impedían el éxito de la misma, estos informes han ido pasando unos sobre otros, sin más inquietud por parte de los poderes públicos que gestionan esta plataforma.

En virtud de lo establecido en el artículo 21 del Reglamento 524/2013, corresponde a la Comisión Europea la presentación anual al Parlamento Europeo y al Consejo de un informe sobre el funcionamiento de la plataforma de resolución de litigios en línea. El primero se publicó en diciembre de 2017, algo más de un año después de que dicha plataforma entrase en funcionamiento. Así mismo, cada tres años la Comisión presenta al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre la aplicación del Reglamento 524/2013, que trata en particular la facilidad de utilización del formulario de reclamación y la posible necesidad de adaptar la información enumerada en el anexo del Reglamento 524/2013. Además, este informe deberá ir acompañado, si procede, de propuestas para la adaptación del presente Reglamento 524/2013, aunque este particular no ha sido introducido en el informe que se publicó en 2019 y tampoco se le espera en el informe que se deberá publicar a finales de 2022. En el propio artículo 21 del Reglamento 524/2013 se puntualiza que el año en el que coincidan ambos informes se realizará solo uno, como ocurrió en el informe del año 2019.

Tras el primer año de funcionamiento se elaboró un informe bastante completo que analiza de manera profunda ese primer año de funcionamiento,

a pesar de que no coincide con el primer año natural de funcionamiento, pero es que hasta finales de 2017 no terminó el procedimiento de acreditación de entidades por aquellos países que tardaron más tiempo en transponer la Directiva 2013/11, como fue el caso de España o Rumanía.

Uno de los primeros déficits que se apuntaron fue la escasa publicidad de la misma en las webs de los comerciantes. La Directiva 2013/11 y, por ende, todas las normativas de desarrollo derivadas de esta establecen la obligatoriedad al empresario que celebre contratos de compraventa o de prestación de servicios en línea, así como las plataformas de comercio electrónico o mercados en línea, a incluir en su sitio web un enlace que permita un acceso identificable y fácil a la plataforma de resolución de litigios en línea de la Unión Europea. Sin embargo, la realidad es que en este informe de 2017 la Comisión, tras rastrear más de veinte mil webs de compraventa y plataformas de prestación de servicios en línea de toda la Unión Europea, concluyó que los resultados, aunque alentadores, debían ser mejorados significativamente. Revelaron una tasa de cumplimiento del 30% de la disponibilidad del enlace ODR en las tiendas web de los comerciantes establecidos en la Unión Europea. No obstante, durante este primer ejercicio no se procedió a imponer multas a estos comercios incumplidores, sino simplemente se les apercibió y se les instruyó cómo mejorar esta situación. Ello, a pesar de que, por ejemplo, en nuestro país está calificado como una infracción grave en materia de defensa de los consumidores y usuarios, aplicándose lo dispuesto en el régimen sancionador general de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En todos los informes anuales publicados se hace especial hincapié y se cuenta como un dato objetivo de éxito las miles de visitas que recibe la web al año. Así, durante el primer año y medio de funcionamiento, en el primer informe publicado se señala que la web recibió 1,9 millones de visitas (European Commission, 2017, p. 4); el segundo informe incrementa hasta los 5 millones de visitas (European Commission, 2018, p. 2) y en el tercer informe anual, esta cifra baja hasta los 2,8 millones de visitas (European Commission, 2020, p. 2). No obstante —y sin dudar de la utilidad que esta plataforma haya podido tener para millones de personas que se hayan acercado a la misma con la finalidad de solventar dudas sobre los cauces para reclamar o para informarse sobre sus derechos ante las compras realizadas dentro del Mercado Único Europeo—, este dato no ofrece una conclusión de éxito objetiva.

Sí puede ofrecernos una conclusión sobre el éxito o fracaso este número de visitas en su comparativa con el número de reclamaciones presentadas de manera efectiva. Así las cosas, podemos ver cómo en el primer informe se contabilizan un total de 24.000 reclamaciones recibidas (European

Commission, 2017, p. 4), lo que supone un 1,2% de los visitantes. En el segundo informe fueron 36.000 (European Commission, 2018, p. 2), lo que supone un 0,7% de los visitantes, y en el tercer informe publicado se debe realizar un sumatorio a mano para conocer el total de reclamaciones, que desciende respecto del año anterior, a unas 26.000 reclamaciones, lo que no llega ni a un 1% de los visitantes. Por ello, podemos concluir que de los ciudadanos que visitan la plataforma, en torno al 1% de ellos acaba planteando una reclamación ante un comerciante sito en la Unión Europea por un bien o servicio adquirido a través de Internet.

No tenemos datos respecto de los motivos por los cuales el resto de los visitantes acceden a la plataforma. Sería interesante que la Comisión Europea plantease una encuesta interactiva a los visitantes para hacernos una breve idea de los propósitos y sobre todo de las necesidades del 99% de los visitantes de la plataforma ODR, para poder ofrecer un servicio con mayor calidad y utilidad.

En el presente trabajo no vamos a analizar los sectores más reclamados dentro de la plataforma, ya que consideramos que este extremo no es indicativo del éxito o fracaso de la misma. Sin embargo, aún nos quedan por analizar los datos que podemos calificar de determinantes, para sacar conclusiones sobre la solución de la plataforma ODR. Por ejemplo, en el primer informe se puntualiza que el 85% de las reclamaciones se cerraron automáticamente en los treinta días naturales siguientes a su presentación (European Commission, 2017, p. 6). Esto viene a indicarnos que, en el plazo que tienen el consumidor y el comerciante para ponerse de acuerdo sobre un organismo de RAL competente para resolver su conflicto, o bien el empresario no llegó a contactar con el consumidor, o bien no llegaron a un acuerdo sobre la entidad a la que le querían encargar la resolución.

Con este fatídico dato, la Comisión Europea elaboró una encuesta que determinó que el 40% de estos consumidores habían sido contactados directamente por el comerciante para resolver el problema sin que la reclamación siguiera su curso en la plataforma (p. 6). No obstante, no se indica qué porcentaje de consumidores, de los que se le cerró la reclamación de manera automática, contestó a esta encuesta. Sí consta un rechazo taxativo por parte de los empresarios en el 9% de las reclamaciones y un 4% de las reclamaciones resueltas antes de acordar una entidad de resolución de conflictos (p. 6).

El primer informe la Comisión Europea deja para el final los datos más controvertidos, ya que solo un 2% de las reclamaciones introducidas en la plataforma llegaron a acordar una entidad ADR para resolver su conflicto (p. 7). Y dentro de ese 2%, aproximadamente en la mitad de estos casos,

los organismos de RAL se negaron a tramitar el caso por motivos de procedimiento, como la falta de competencia o debido a que el consumidor no se había puesto en contacto con el comerciante antes de iniciar su reclamación. Esto da lugar a que en menos del 1% de los casos iniciados a través de la plataforma se consiguió completar o solventar el conflicto a través de la entidad de resolución alternativa de conflictos elegida. Esto nos lleva aproximadamente a 288 reclamaciones resueltas a través de alguna entidad acreditada y derivada a través de la plataforma de ODR de consumo, durante su primer año de funcionamiento.

En el segundo informe de funcionamiento también se cerraron automáticamente el 81% de las reclamaciones presentadas por un infructuoso acuerdo sobre la entidad acreditada para resolver el conflicto, aunque la encuesta postprocedimiento indica que el 37% de los comerciantes se habían puesto en contacto directamente con el consumidor para tratar de resolver el conflicto rápidamente y un 13% de las mismas habían sido rechazadas por el empresario taxativamente (European Commission, 2018, p. 4). Sin embargo, el dato clave de la tasa de casos que llegaron a un organismo de resolución de litigios acreditado, tras el acuerdo de consumidor y comerciante, asciende al 2% del total de casos, lo que supone un aumento significativo respecto del año anterior a 720 casos resueltos, pero sigue siendo un dato ínfimo para toda la articulación del procedimiento de la plataforma.

Los datos del informe sobre la aplicación del Reglamento 524/2013 indican un sumatorio de toda la actividad producida en la plataforma desde su puesta en marcha. Así, el informe expone que hasta julio de 2019 se produjeron 8,5 millones de visitas y se habían contabilizado 120.000 litigios (European Commission, 2019, p. 14), lo que supone que el 1,4% de los visitantes han registrado una reclamación. De estos, al 80% se les archivó la reclamación a los treinta días, porque el comerciante no había respondido en la plataforma a la notificación del litigio y la invitación a proponer una entidad de RAL al consumidor. Y del 20% restante solo aproximadamente en el 2 % de los casos las partes escogieron una entidad acreditada (p. 14). Por lo tanto, la plataforma en sus primeros años de funcionamiento cumplió con su cometido en no más de 2.400 casos, aunque no tenemos constancia de los que finalizaron de manera satisfactoria tras la tramitación del ODR u ADR designado (pp. 15-16). Nos quedamos sin saber qué ocurrió con el otro 18% que no escogió una entidad acreditada, pero tampoco se le cerró la reclamación.

Finalmente, los últimos datos disponibles publicados en diciembre de 2020 indican que el 83% de las reclamaciones presentadas formalmente

en la plataforma se archivaron automáticamente una vez transcurrido el plazo legal de treinta días para que la empresa acepte en su caso iniciar un procedimiento de RAL. De estas, el 2% fue rechazado por la empresa y el 4 %, retirado por una de las partes. Así pues, solo el 2% de las reclamaciones llegó a un organismo de RAL (European Commission, 2020, p. 4), lo que supusieron un total de 520 las reclamaciones que llegaron a las entidades ADR u ODR.

V. CONCLUSIONES

Me gustaría comenzar con un balance en positivo sobre los aspectos en los que han mejorado la vida de los consumidores y comerciantes europeos con la creación y puesta en marcha de la plataforma para la resolución de las reclamaciones de consumo. Esta ha puesto en contacto a consumidores y comerciantes de diferentes países de la Unión Europea, eliminando las barreras geográficas e idiomáticas. Además, ha promovido el uso de los ODR de consumo, que han demostrado ser una herramienta útil, accesible e intuitiva para resolver conflictos de escasa cuantía sin necesidad de acudir a los tribunales ordinarios.

No obstante lo anterior, a pesar de los esfuerzos de la Comisión Europea por enmascarar los datos que acabamos de analizar, no podemos calificarlos de otra manera que no sean de desastrosos. No solo por el escaso número de reclamaciones que han sido remitidas a entidades de resolución alternativas de conflictos tras el acuerdo de consumidor y comerciante en someterse a una entidad en concreto, sino por el altísimo porcentaje de consumidores a los que se le cierra el procedimiento de la plataforma sin más explicación e implicación por parte de la misma, que no sea que se han cumplido los treinta días de plazo para la respuesta del comerciante. El mensaje lanzado a todos esos miles de consumidores de la Unión Europea que han introducido su reclamación en la plataforma, con la esperanza de que esta le ofrezca una solución a su problema, es totalmente contraproducente. Afecta no solo a ese consumidor que no ha recibido respuesta y que posiblemente no vuelva a confiar en la plataforma ante un caso similar, sino también a todo su círculo de amistades y familiares a los que este consumidor desaconsejará el uso de la plataforma.

La desesperanza y el desapego a las instituciones por parte de la ciudadanía es cada vez más palpable. Sin embargo, son muy pocos los poderes públicos que se paran a analizar y sobre todo a poner remedio a aquellas instituciones creadas con un fin del que hacen gala y que no cumplen sus expectativas. La era del marketing no solo afecta al ámbito privado; el ámbito público

está sediento de fama, en ocasiones sin importarle demasiado el resultado de la promoción de un producto defectuoso. Esta plataforma puede ser enmendada, reforzada y hecha realidad con un profundo cambio en sus procedimientos. Este cambio debe ser legislativo desde la raíz para atajar los problemas que hemos advertido; de lo contrario seguirán pasando los años con informes que cargan los mismos errores. Errores que parecen no importar a nadie y, sobre todo, ciudadanos creyentes en las instituciones que pasan a ser desconfiados de la protección real de los poderes públicos europeos en la defensa de sus derechos e intereses.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2022). *Reglamento de Mediación de la CNUDMI* (2021). https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/mediation_rules.pdf
- Comisión Europea (s. f.). *Organismos de resolución de litigios*. <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.adr.show2>
- European Commission. (2020). *3rd Report on the Functioning of the Online Dispute Resolution Platform*. https://commission.europa.eu/document/1670900a-a5a0-45a3-9c84-dfb4b33796ce_es
- European Commission. (2019). *Implementation Report on the European Framework for Alternative Dispute Resolution (ADR) and Online Dispute Resolution (ODR)*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0425&from=EN>
- European Commission. (2018). *2nd Report on the Functioning of the Online Dispute Resolution Platform*. https://commission.europa.eu/system/files/2018-12/2nd_report_on_the_functioning_of_the_odr_platform_3.pdf
- European Commission. (2017). *1st Report on the Functioning of the Online Dispute Resolution Platform*. https://commission.europa.eu/system/files/2017-12/first_report_on_the_functioning_of_the_odr_platform.pdf
- Katsh, E. (2012). ODR: A Look at History. A Few Thoughts About the Present and Some Speculation About the Future. In M. Abdel, E. Katsh & D. Rainey, *Online Dispute Resolution: Theory and Practice. A Treatise on Technology and Dispute Resolution*. The Hague.
- Montesinos, A. (2007). *Arbitraje y nuevas tecnologías*. Thomson Reuters-Civitas.
- Poblet, M. & Casanovas, P. (2007). Emotions in ODR. *International Review of Law, Computers & Technology*, 21(2), 145-156.
- Rule, C. (2015). Modria – The operating system for ODR Mediator. https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/02/colin_rule_modria_os_for_odr.pdf
- Suquet, J., Casanovas, P., Binefa, X., Martínez, O., Ruiz, A. & Ceballos, J. (2013). Consumedia. Functionalities, Emotion Detection and Automation of Services in a ODR Platform. *AI approaches to the complexity of legal systems*, 8929, 247-260.
- United Nations Commission on International Trade Law. (s. f.). *Status: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006*. https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status

LA PROTECCIÓN EN EUROPA DEL CONSUMIDOR SUSTENTABLE DEL SIGLO XXI: LA OPCIÓN POR LAS ACCIONES DE REPRESENTACIÓN¹

Dra. Andrea Planchadell-Gargallo

*Profesora de Derecho Procesal
Universitat Jaume I*

SUMARIO: I. Introducción. II. Breve referencia al contenido de la Directiva 2020/1828. III. La acción de representación como opción europea. IV. La acción de representación y defensa efectiva del consumidor sostenible. 1. Requisitos de las entidades habilitadas para ejercer las acciones de representación. 1.1. Acción de representación nacional. 1.2. Acción de representación transfronteriza. 2. Información y control de las entidades habilitadas. 3. La financiación de la acción. 4. Contenido de las acciones de representación. 4.1. Las acciones de cesación. 4.2. Las acciones resarcitorias. 5. La obligación de información al consumidor individual. 6. La posibilidad de alcanzar un acuerdo. V. Consideración final. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La sociedad del siglo XXI se caracteriza, entre otras notas, por ser altamente consumista. Este consumo se ve especialmente potenciado por las oportunidades que nos otorgan las nuevas tecnologías.² Ahora bien, en los últimos años nos encontramos también, cada vez con mayor frecuencia, con un tipo de consumidor más responsable,³ más consciente de los

1 Esta publicación se encuadra en el proyecto de investigación «Acciones colectivas y acceso a la justicia: reflexiones para una necesaria reforma», financiado por la Universitat Jaume I, Plan de Promoción de la Investigación 2021 (Código: UJI-B2021-19).

2 Según los datos de 2022 del Instituto Nacional de Estadística, el 55,3% de españolas y españoles ha comprado en la Red en los tres últimos meses.

3 Por ejemplo, según el Informe sobre economía circular y consumo sostenible (Ministerio de Consumo, 2020), el 36% de los consumidores españoles creen que se puede luchar

efectos que ese consumo masivo provoca en nuestro mundo.⁴ Esta nueva forma de consumo se alinea con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, concretamente con el objetivo 12 «Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles». Un ejemplo de esta nueva forma de consumo nos lo ofrece la *class action* interpuesta contra H&M (Hennes & Mauritz) por *green washing*, debido a la supuesta comercialización engañosa y falsa de su línea de ropa «sostenible», a la que nos referimos en la consideración final.

Partiendo de esta realidad, la finalidad de estas páginas es analizar cómo va a proteger a dicho consumidor sostenible la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE. La transposición de la Directiva a los distintos países europeos debe permitir una protección uniforme de dichos consumidores en toda Europa, fomentando así el referido objetivo de desarrollo sostenible. En el caso español, dicha transposición aún no se ha producido, si bien el pasado 20 de diciembre se aprobó en el Consejo de Ministros el Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores. En el momento de cerrar estas páginas, únicamente hemos tenido acceso a noticias, en medios de comunicación y en páginas oficiales, sobre los aspectos esenciales de dicha norma, pero no a su texto completo; y tampoco sabemos cuándo dicha norma será una realidad en nuestro ordenamiento.

II. BREVE REFERENCIA AL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA 2020/1828

Desde que en la cumbre de París, en el año 1972, se fijó como uno de los objetivos de la Unión Europea las políticas de consumo, las instituciones europeas no han dejado de potenciar, con desigual éxito, la protección de los consumidores y usuarios. Además, el informe publicado en el año

contra el cambio climático cambiando la forma en que consumimos (p. 16). Interesante es también el informe sobre Las tendencias de consumo y del consumidor en el siglo XXI (Instituto Nacional del Consumo, s. f.) o los datos del INE sobre producción y consumo responsables (Instituto Nacional de Estadística, 2021).

4 Basta acceder a la página web del Ministerio de Consumo español (<https://www.consumo.gob.es>) para darnos cuenta de esta tendencia. En dicha web tenemos la posibilidad de calcular la huella de carbono de nuestro consumo, o qué está en nuestras manos para frenar el cambio climático. Igualmente, desde dicho organismo público se fomenta el consumo responsable de ropa, de juguetes, etc., con campañas como la lanzada en Twitter #ArmarioSostenible.

2008, «Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union», ponía de manifiesto que no todos los mecanismos existentes en los Estados cumplían con las expectativas de tutela con que se aprobaron. Junto con esto, reclamaba un esfuerzo para que dicha insatisfacción no se reprodujera en el funcionamiento de los mecanismos europeos. Esta situación es la que se ha tratado de revertir con la aprobación de la Directiva 2020/1828 (Corominas, 2014, pp. 10-11; Otero, 2013, p. 2; Gascón, 2022, pp. 693 y ss.). La Directiva, en su considerando 7, establece que tiene como objetivo «garantizar que en todos los Estados miembros los consumidores dispongan, a escala de la Unión y nacional, de al menos un mecanismo procesal efectivo y eficiente de acciones de representación para obtener medidas de cesación y medidas resarcitorias». Esto repercutirá positivamente en una mayor confianza de los consumidores en el sistema, capacitándolos para un mejor ejercicio de sus derechos. Además, contribuirá a una competencia más leal y a crear unas «condiciones de competencia equitativas para los empresarios que ejercen su actividad en el mercado interior». Se trata, en definitiva, de fijar un «nuevo marco para los consumidores» (Programa de Trabajo de la Comisión para 2018). Así, la regulación de la Directiva parte de un claro compromiso en facilitar el acceso a la justicia de los consumidores, a través de la acción de representación, garantizando también un adecuado control frente a litigios abusivos y derechos de los comerciantes (art. 1).

La Directiva consta de un total de veintiséis artículos, cuyo contenido se refiere a diversos temas (Aguilera, 2021, pp. 97 y ss.; López, 2021; Martínez, 2021, pp. 4 y ss.):

- a) La legitimación para la interposición de las acciones de representación para la protección de los consumidores y usuarios se otorga a las denominadas entidades habilitadas, garantizando a través de este mecanismo el acceso al proceso de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios (art. 1).
- b) La Directiva es aplicable a un conjunto muy amplio de infracciones de la legislación europea, cometidas por comerciantes, que perjudiquen o puedan perjudicar los intereses colectivos de los consumidores y que se enumeran en su extenso Anexo I (servicios financieros, energías, telecomunicaciones, etc., hasta completar un total de sesenta y seis documentos legales entre Directivas y Reglamentos).
- c) El artículo 3 contiene definiciones de interés, entre las que destaca la de la propia acción de representación, que se define como toda acción para la protección de los intereses colectivos de los

consumidores, interpuesta por una entidad cualificada en nombre de los mismos y con la intención de solicitar una orden de cesación y/o una medida resarcitoria.

- d) Los requisitos y obligaciones que deben cumplir las entidades habilitadas para poder ejercer las distintas acciones se establecen en el artículo 4, distinguiendo entre las acciones de representación nacionales y transfronterizas. Igualmente, se contempla la información y supervisión de estas entidades por parte de los Estados miembros (art. 5).
- e) El art. 6 regula la posibilidad de que varias entidades habilitadas para el ejercicio de las acciones de representación transfronterizas puedan ejercitar la misma ante las autoridades judiciales o administrativas de uno de los Estados cuando la presunta infracción del derecho de la Unión afecte o pueda afectar a consumidores de distintos Estados miembros.
- f) Se fijan también las modalidades de acciones de representación, a las que posteriormente hacemos referencia (arts. 7, 8 y 9): las acciones de cesación y las acciones resarcitorias.
- g) Destaca la regulación de la financiación de las acciones de representación en el art. 10, dando cumplimiento a la necesidad de transparencia al respecto.
- h) Se da entrada a la posibilidad de acudir a vías alternativas para resolver el conflicto, dando validez a los acuerdos que puedan alcanzarse, si bien únicamente referido a las medidas resarcitorias (art. 11).
- i) El art. 12 se dedica a las costas procesales, estableciendo la obligación para los Estados miembros de asegurar que la parte condenada al resarcimiento se haga también cargo de las costas generadas por el proceso, conforme a lo previsto en la legislación nacional. Igualmente, se prevé que los consumidores individuales no tengan que asumir el coste del procedimiento, salvo en caso de conducta dolosa o negligente.
- j) Consideramos fundamental para el adecuado funcionamiento de estas acciones, la obligación para las entidades habilitadas de informar, particularmente a través de su página web, sobre la interposición de una acción de representación, así como del estado en que se encuentran las acciones ya planteadas y su resultado (art. 13).

- k)** Incidiendo en la importancia de la información al consumidor, el art. 14 se refiere a la necesidad de que los Estados miembros pongan a disposición de estos, bases de datos electrónicas en que se contenga información referida a las entidades habilitadas autorizadas para interponer tanto acciones nacionales como transfronterizas.
- l)** El artículo 15 indica que las resoluciones firmes en que se declare la existencia de la infracción puedan ser alegadas como prueba en cualquier otra acción ante los órganos jurisdiccionales o autoridades administrativas nacionales, para poder solicitar medidas resarcitorias contra el mismo empresario por la misma práctica, «de conformidad con la normativa nacional sobre valoración de la prueba».
- m)** Y el artículo 17 establece la obligación de diligencia procesal a lo largo del proceso, así como la tramitación mediante procedimiento acelerado de las acciones resarcitorias.

III. LA ACCIÓN DE REPRESENTACIÓN COMO OPCIÓN EUROPEA

La Directiva 2020/1828 ha optado, de entre los posibles modelos conocidos^{5,6}, por el de representación a favor de entidades o asociaciones

5 Al respecto, vid. Planchadell (2013, pp. 39 y ss.), Hodges y Voet (2017) y Aguilera (2021, p. 107).

6 Las modalidades de legitimación colectiva, atendiendo a las distintas tradiciones jurídicas, se pueden resumir en los siguientes: **a)** Acciones de grupo, en las que el proceso se inicia por un grupo de afectados que se constituye expresamente para defenderse, pudiendo representar a más consumidores (es el caso de España, Italia, Portugal o Dinamarca, siendo la más próxima al modelo de las *class actions* estadounidenses). Estas acciones conviven con otras formas de representación de los intereses de los consumidores y usuarios, como es el caso de las asociaciones de consumidores y usuarios (en España o Portugal), o con el *Ombusmann*, en Dinamarca. **b)** Acciones en las que se acumulan distintas las acciones individuales en un procedimiento (Alemania, Inglaterra). **c)** Acciones en defensa de consumidores y usuarios, planteadas por entidades específicas y facultadas, o habilitadas para ello, públicas o privadas (Defensor del Pueblo, organizaciones de consumidores y usuarios o «demandante líder» —*leader plaintiff*—, así, Bulgaria, Francia, Italia, Portugal o España). La modalidad más extendida es la representativa a través de asociaciones de consumidores y usuarios. **d)** Acciones representativas, en las que el representante obtiene un fallo, cuyos beneficios bien se queda él mismo (Bulgaria, Francia o Grecia) o reparte entre los consumidores, directa o indirectamente, financiando actuaciones en tutela de los mismos (Alemania o Inglaterra). Estas acciones de representación no pretenden tanto la compensación individual de los afectados, como la cesación de comportamiento ilícito. **e)** Acciones modelo (*test cases* o procesos testigos), que supone la selección de determinados aspectos fácticos y jurídicos de reclamaciones individualmente planteadas, dando un tratamiento procesal y una solución conjunta a los mismos. Dicha solución será el modelo para resolver los supuestos que tengan los mismos elementos fácticos y jurídicos. El Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia español contempla el proceso testigo.

expresamente habilitadas para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios. Esta opción supone abandonar la posibilidad de que un consumidor o usuario pueda interponer una acción «colectiva» en representación de un grupo más o menos numeroso de afectados, alejándose del modelo norteamericano de las *class actions* y también de la legitimación a favor de un grupo de afectados creado al efecto, en el sentido del art. 11.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española en su versión actual.

Así, la Directiva habilita o legitima para la defensa en el proceso de los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios a aquellas entidades que cumplan los requisitos legalmente establecidos en su art. 4, a los que nos referimos en el epígrafe siguiente. Ello, sin perjuicio de las posibilidades de litigación que puedan corresponder al consumidor a título individual en defensa de su derecho concreto.

Junto con las entidades que cumplan expresamente esos requisitos, el último numeral del art. 4 permite que los Estados miembros designen también a organismos públicos que puedan ejercer las acciones de representación, manteniendo los que ya aparecen en la derogada Directiva de cesación, que no perderían su condición de legitimados.

La representación a través de entidades cualificadas se considera por el legislador europeo, por tanto, la mejor forma de superar los obstáculos a que se enfrentaría individualmente un consumidor, tanto en el ámbito nacional como transfronterizo (complejidad del procedimiento, costes de la litigación, desequilibrio entre las partes del proceso, entre otros). Asimismo, también supone una opción más adecuada que otras formas de legitimación reconocidas en Europa, por ejemplo, a favor de los grupos expresamente constituidos al efecto, como contempla originalmente la LEC española en su artículo 11.2, aunque únicamente en el caso de los perjudicados estén determinados o sean fácilmente determinables. A su vez, esta exigencia de «habilitación» permite un control por los Estados miembros respecto a la seriedad y potencialidad de aquellas entidades para llevar a cabo dicha función de manera correcta. No podemos obviar que estas asociaciones cuentan con una organización claramente definida, órganos de representación, financiación que puede ser controlada y una normativa reguladora que debe cumplir necesariamente.

Esta acción de representación es compatible con las acciones similares que se prevean en las legislaciones de los Estados miembros (art. 1.2). De hecho, serán los Estados los que decidan si adaptan su legislación a la acción de representación establecida en la Directiva o la prevén como alternativa a sus propias modalidades de litigación colectiva, conviviendo estas distintas

modalidades. No obstante, lo importante es que, como establece el mismo art. 1.2 *in fine*, los Estados deben asegurarse de que al menos exista un mecanismo que permita a las entidades interponer dichas pretensiones, de forma que si no existe deberán preverlo o aceptar la acción de representación prevista en la Directiva.

En el caso español, la representación a que se refiere la Directiva se realizará principalmente por las asociaciones de consumidores y usuarios, o entes representativos que cumplan los requisitos legalmente previstos. Como ya hemos indicado en trabajos previos (Planchadell, 2020, pp. 175 y ss.), las asociaciones de consumidores y usuarios en nuestro ordenamiento pueden litigar en defensa de los consumidores y usuarios asociados a las mismas, habiendo sido autorizadas expresamente para llevar a cabo dicha defensa. Pero también pueden intervenir defendiendo el interés general del colectivo de consumidores y usuarios, sin necesidad de afiliación o autorización.

A estas asociaciones debemos añadir las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de los consumidores y usuarios. Entidades que son diferentes a las asociaciones de consumidores y usuarios, y para cuya determinación debemos acudir a la legislación sectorial; estamos ante una legitimación extraordinaria. Se trata de agrupaciones de consumidores con una cierta vocación de permanencia, en tanto que se organizan y constituyen conforme a los dictados legales para conseguir su finalidad. Esta agrupación puede formarse para defender única y exclusivamente los derechos e intereses de las personas afectadas por el hecho, pero también personas jurídicas constituidas con una finalidad más amplia, entre las que estaría la defensa de los consumidores y usuarios.

Se excluye, pues, de la posibilidad de actuación en el marco de la Directiva de los grupos de afectados, si bien será posible siempre conforme a la legislación nacional en el ámbito territorial propio. En el caso español, el Anteproyecto de ley que transpone la Directiva ha optado por limitar el ejercicio de las acciones de representación y cesación a favor de entidades expresamente habilitadas al efecto, abandonando la posibilidad de que los grupos de consumidores y usuarios afectados puedan pretender la tutela de los intereses colectivos afectados.

IV. LA ACCIÓN DE REPRESENTACIÓN Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR SOSTENIBLE

Asumiendo que el legislador europeo y, presumiblemente, el español, han considerado que la mejor vía para proteger los intereses colectivos de los

consumidores y usuarios es reconocer a determinadas entidades cualificadas la legitimación para su defensa en el proceso civil, debemos plantearnos si esta fórmula de representación garantiza la adecuada y eficaz defensa de dichos intereses, pues supone que los consumidores no tienen necesidad de intervenir en el proceso. Para ello, la Directiva 2020/1828 establece una serie de medidas que seguidamente se analizan.

1. Requisitos de las entidades habilitadas para ejercer las acciones de representación

El artículo 4, como hemos indicado, regula los requisitos y obligaciones que deben cumplir las entidades habilitadas y que les legitima para el ejercicio de la acción de representación, distinguiendo entre las acciones de representación nacionales y transfronterizas. En este sentido, la Directiva es «más permisiva» *a priori* respecto a las acciones nacionales que a las transfronterizas.

1.1. Acción de representación nacional

La acción de representación nacional se define en el art. 3 de la Directiva como «toda acción de representación ejercitada por una entidad habilitada en el Estado miembro en el que dicha entidad habilitada haya sido designada». Pues bien, respecto a las entidades habilitadas legitimadas para el ejercicio de estas acciones, la Directiva deja libertad a los Estados miembros para que sean ellos los que establezcan los requisitos que las mismas deben cumplir. La Directiva, consciente del papel que en Europa juegan las asociaciones de consumidores y usuarios, prevé expresamente que las mismas se consideren habilitadas.

Los Estados miembros que, como España, ya cuenten con asociaciones o entidades legitimadas conforme a su legislación, deberán decidir, por tanto, si las mantienen como tales o imponen requisitos adicionales. La única exigencia de la Directiva se refiere a «que los criterios que utilicen para designar una entidad como entidad habilitada para ejercitar acciones de representación nacionales sean conformes con los objetivos de la presente Directiva, para que el funcionamiento de dichas acciones de representación sea eficaz y eficiente». En el caso español, por ejemplo, la suficiencia o no de la inscripción en el registro de asociaciones. El Anteproyecto español establece que las entidades deberán inscribirse en un registro público dependiente del Ministerio de Justicia o estar inscritas en un registro autonómico.

No obstante, el numeral 5 del art. 3 prevé que los Estados puedan decidir que los requisitos que seguidamente veremos para las entidades habilitadas para ejercer acciones de representación transfronterizas se apliquen también a las nacionales, igualando así las exigencias para actuar procesalmente. En este sentido, en España no parece que vayan a producirse grandes cambios respecto a las condiciones que estas entidades deban cumplir, salvo los referidos a la información a través de páginas web y el uso de una plataforma electrónica para gestionar el procedimiento, que permitirá también canalizar la información concreta de cada acción.

A estas entidades, debe añadirse la previsión del art. 4.6 respecto a la posibilidad de designar una entidad habilitada con carácter *ad hoc* para ejercitar una acción de representación, a petición de la entidad, siempre y cuando cumpla los requisitos de designación como habilitada conforme al derecho nacional. Junto con estas entidades, se podrán también designar a organismos públicos como entidades habilitadas.

1.2. Acción de representación transfronteriza

La acción de representación transfronteriza es la «ejercitada por una entidad habilitada en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que dicha entidad habilitada haya sido designada». Para estas entidades el legislador europeo ha establecido unos requisitos de legitimación más estrictos, en tanto que van a poder actuar en todo el ámbito de la Unión.

La primera exigencia es que se trate de personas jurídicas legalmente constituidas, remitiéndose a la legislación de los Estados miembros para entender cumplido este requisito. Esta remisión supone dejar a la decisión de los Estados la fijación de la condición más importante que deben cumplir las entidades para entenderlas legitimadas, fijando, por ejemplo, el número de miembros o su grado de permanencia, los requisitos de transparencia y otros aspectos sobre la estructura de la entidad (estatutos, órganos de gobiernos, objetivos, etc.).⁷ Precisamente, las entidades habilitadas que cumplan tales requisitos tendrán que figurar en el listado correspondiente al que se dará publicidad (la Directiva se refiere a «una lista a disposición pública»). En el caso español, el Ministerio de Consumo se presenta como punto de contacto nacional al efecto).⁸ La única exigencia al respecto

7 Esto permitirá entender habilitadas a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas u organismos públicos independientes nacidos con tal finalidad.

8 Dada la existencia de las asociaciones de consumidores y usuarios en la tradición europea, el art. 4.2 establece que los Estados miembros «velarán por que, en particular, las

de la Directiva es la referencia a que se pueda demostrar un período de doce meses de actividad pública y efectiva en la protección de los intereses comunitarios, previo a la solicitud de incorporación a la lista y su designación como entidad habilitada.

Junto con la válida constitución de la entidad, se exige que tengan un interés legítimo en proteger los intereses de los consumidores tal y como se configuran en el derecho de la Unión y en la propia Directiva. Junto con este interés, se requiere también la concurrencia de una relación directa entre los objetivos principales de la entidad y los derechos reconocidos por el derecho de la Unión.

En tercer lugar, se establece la necesidad que la entidad carezca de ánimo de lucro, aspecto que también debe controlarse por las autoridades de los Estados miembros antes de incluir a la entidad en listado referido *supra*. Igualmente, se exige que la entidad no esté inmersa en un procedimiento de insolvencia ni haya sido declarada insolvente.

En quinto lugar, independencia de la entidad respecto a cualquiera otra persona o colectivo que no sean los propios consumidores, que puedan tener un interés económico en el ejercicio de la acción de representación, en particular comerciantes o empresarios. Se incide especialmente en el control de la financiación por terceras personas, estableciendo procedimientos de prevención frente a posibles influencias económicas o conflictos de intereses en el seno de la entidad, sus financiadores y los propios consumidores.

Finalmente, la necesidad de facilitar publicidad, a través de los medios adecuados (en particular la página web o la correspondiente plataforma electrónica), en lenguaje claro e inteligible, de la información referida al cumplimiento de todos estos requisitos, así como a las fuentes de financiación en general, su estructura organizativa, de dirección y composición, junto con sus objetivos y actividades. Además, el art. 6, referido exclusivamente a estas acciones transfronterizas, prevé un supuesto de legitimación plural a favor de varias entidades habilitadas de diferentes Estados miembros cuando la infracción afecte o pueda afectar a consumidores de distintos Estados.

La lista de entidades habilitadas para el ejercicio de acciones de representación facilitada por un Estado miembro se entenderá como

organizaciones de consumidores, incluyendo las que representen a miembros de más de un Estado miembro, sean designadas como entidades habilitadas para el ejercicio de las acciones de representación», tanto nacionales como transfronterizas.

prueba de su legitimación, sin perjuicio del posible examen por el órgano jurisdiccional o autoridad administrativa de si la finalidad estatutaria de la misma justifica dicho reconocimiento (art. 6.3).

2. Información y control de las entidades habilitadas

El artículo 5 establece las exigencias que los Estados miembros deben cumplir respecto a la información sobre las entidades habilitadas y el control de su legitimación. Así, los Estados deben remitir a la Comisión una lista de las entidades habilitadas designadas con antelación para el ejercicio de acciones transfronterizas.⁹ En dicha información debe incluirse datos como el nombre y finalidad de la entidad, con la limitación indicada respecto al año previo de actividad. Dicha lista se debe hacer pública y actualizarse cuando se produzcan cambios.

La Directiva contempla la posibilidad de que los Estados miembros creen una base de datos electrónica nacional con toda la información sobre las entidades nacionales habilitadas, así como las acciones de representación en tramitación y finalizadas, debiendo comunicar a la Comisión la dirección en que se encuentra disponible (art. 14). En este sentido, la Comisión usará dicha información para las comunicaciones sobre las entidades legitimadas o la cooperación a que se refiere el art. 20.4. En el caso español, los registros públicos reconocidos cumplirán esta función.

La Directiva establece la necesaria revisión, al menos, cada cinco años para controlar el cumplimiento de todos los requisitos que deben concurrir en las entidades, tanto respecto a los indicados en el epígrafe anterior como a la información sobre las entidades. El no cumplimiento de los mismos supone la pérdida de su condición de habilitada o legitimada. Se trata, pues, de un control de legitimación y, por ende, de la adecuada representación, que podrá hacerse efectivo a través de la referida web nacional.

A ello se añade que las dudas respecto al cumplimiento de los requisitos indicados en el art. 4, tanto por un Estado miembro como por la Comisión, se trasladarán al Estado que designó la entidad para que lleve a cabo las averiguaciones oportunas y, en su caso, revoque la designación de la entidad. Estas mismas dudas pueden plantearse por el demandado.

El último punto de este artículo prevé la designación de puntos de contacto nacionales, que también se comunicarán a la Comisión, que pondrá dicha

9 Esta lista debe facilitarse antes del 26 de diciembre de 2023.

lista a disposición de los Estados. De estos puntos de contactos nacionales se elaborará una lista, que se pondrá a disposición de los Estados miembros. Como hemos indicado, en el caso español se prevé que este punto de contacto sea el Ministerio de Consumo.

En definitiva, el cumplimiento de los requisitos se controla por los Estados miembros, conforme a su legislación nacional; control que deberá además realizarse periódicamente. No se establece ningún tipo de aclaración de cómo debe cumplirse tal obligación, más allá de la fijación de los requisitos en el caso de las acciones transfronterizas, planteándonos la conveniencia de introducir una especie de certificación de la acción siguiendo el ejemplo estadounidense.¹⁰ El Anteproyecto español contempla una audiencia de certificación, pero dirigida a valorar la viabilidad de la pretensión y para fijar, a través del auto de certificación, el ámbito objetivo y subjetivo del proceso.

3. La financiación de la acción

Una novedad digna de reseñar por su trascendencia, al menos desde la perspectiva española, es la referida a los requisitos de lo que podemos llamar «transparencia financiera», centrada en la obligación de dar a conocer las fuentes de financiación de la entidad, en general y para el ejercicio de la acción concreta de que se trate. La referencia a los mecanismos de prevención y control del art. 4.3, letra e), se completan en el art. 10, que regula la financiación de las acciones de representación.

Pese a la importancia de esta cuestión, nos encontramos ante otra remisión a las legislaciones nacionales, pues serán los Estados miembros los que «velarán» por evitar que la acción se financie por un tercero, que puedan surgir conflictos de intereses o que dicha financiación se otorgue para alcanzar objetivos distintos a la protección de los consumidores afectados. Se prevé así que el órgano judicial —en el caso español— o administrativo —en los países en que se contemple su intervención— controle si el tercero que financia la acción puede influir en las decisiones que se tomen en el procedimiento —por ejemplo y especialmente, respecto a la posibilidad de alcanzar un acuerdo—, determinando su contenido, o actuar contra

¹⁰ Entiende Corominas (2014, pp. 15-16) que «posiblemente por el carácter embrionario de la regulación, la Unión Europea no ha establecido, de un modo detallado, los parámetros que deberá comprobar el juez en el juicio de admisibilidad de la acción colectiva». Sobre los requisitos establecidos en la Regla 23 de las *Civil Procedure Rules* para certificar la acción y controlables por el juez, vid. Aguilera (2021, pp. 125 y ss.) y Planchadell (2013, pp. 295 y ss.).

un competidor. A tal fin puede reclamar a la entidad información sobre dicha financiación e incluso le puede exigir que renuncie o cambien la financiación, o, de considerarlo necesario, renunciar a la interposición de la pretensión misma, ello sin perjuicio de los derechos de los consumidores afectados. Nuevamente, si bien el art. 4.3, e) se refiere a la previsión de los mecanismos de prevención y control, no encontramos en la Directiva mecanismo alguno, sino una obligación para los Estados miembros respecto a su previsión.

La obligación de declarar los fondos o fuentes de financiación con que la entidad cuenta para llevar a cabo sus actuaciones en general y, particularmente, para respaldar su acción corresponde a esta, debiendo hacerlo en «la fase inicial de la acción». En definitiva, la entidad tendrá que demostrar que dispone de fondos suficientes para sufragar un proceso de estas características y hacer frente a cualquier gasto sobrevenido que pudiera impedir que la acción prosperara.

Insistimos nuevamente en la importancia de esta previsión, pues es fácil pensar que uno de los obstáculos más importantes de estos litigios es el elevado coste de un proceso de estas características. A ello debe añadirse una clara manifestación de la desigualdad, pues en no pocas ocasiones estos procesos se plantean frente a grandes empresas, multinacionales, etc., con una capacidad económica incomparablemente mayor que la de las entidades; ni qué decir para un consumidor individual o un grupo de afectados, cuando se permite. En este sentido, es importante el art. 20 que, bajo el título de «Asistencia para entidades habilitadas», establece que desde los Estados miembros se adoptarán las medidas para garantizar que los costes de un proceso de estas características, claramente elevados, no supondrán un obstáculo para el ejercicio de la acción. Se refiere así la propia Directiva a la posibilidad de fondos públicos, limitación de tasas, acceso a la justicia gratuita e incluso a la posibilidad de pedir una modesta aportación a los consumidores que expresamente se han «adherido» a la acción.

La financiación e información sobre las fuentes de la misma tiene, por un lado, la finalidad de que la acción a interponer no fracase por falta de capacidad económica de la entidad demandante. Por otro lado, supone un control de transparencia e imparcialidad del tercero que financie la acción, en tanto que el órgano competente debe controlar que no exista un conflicto de intereses entre el tercero y la parte demandante y sus miembros. El tercero que financia un recurso colectivo tiene, por tanto, vedado intentar influir en las decisiones procesales de la parte demandante, incluyendo la posibilidad de alcanzar un acuerdo, financiar una acción colectiva contra

un demandado que sea su competidor o del que dependa, y exigir intereses excesivos sobre los fondos prestados.

4. Contenido de las acciones de representación

Los arts. 8 y 9 establecen el contenido específico de la acción de representación, contemplando las medidas de cesación y las medidas resarcitorias (Poretti, 2019, pp. 352 y ss.; Hodges & Voet, 2017).

4.1. Las acciones de cesación

La acción de cesación se puede referir a la petición de (art. 8) de una medida de carácter cautelar para poner fin o prohibir una práctica que se considera que puede suponer una infracción. O bien, a la petición de una medida de carácter definitivo ordenando el cese o la prohibición de la realización de una práctica vulneradora de los derechos e intereses de los consumidores. En este caso, puede incluir tanto la declaración de que un determinado comportamiento supone una infracción a dichos derechos, como la obligación de publicar la decisión, total o parcialmente, de la manera que se considere adecuada o publicar una declaración de rectificación.

Para presentar la acción de cesación, las entidades habilitadas no necesitan que los consumidores afectados por la situación les autoricen a representarlos, como tampoco tienen que proporcionar pruebas referidas a las pérdidas o perjuicios reales sufridos por los consumidores concretos, ni de la intención o negligencia del comerciante. El hecho de que no se requiera contar con la aquiescencia de los consumidores afectados facilita la labor de la entidad, pues no necesita recabar autorización alguna del consumidor para actuar en su representación.

El art. 8.4 permite que los Estados miembros introduzcan en su ordenamiento interno, comunicándolo expresamente a la Comisión para que se le dé publicidad, la previsión de que solo se permita a las entidades interponer la acción de cesación si previamente ha intentado el cese de la conducta «hablando con el empresario». No cesando el empresario en la infracción en el plazo de dos semanas, la entidad podrá interponer la acción sin retraso alguno. El legislador español en el Anteproyecto español ha previsto este requisito objetivo de procedibilidad, por lo que será necesario, de aprobarse en sus actuales términos, la reclamación previa al empresario o profesional.

4.2. Las acciones resarcitorias

Las acciones resarcitorias pretenden que el comerciante preste una indemnización, arreglo, sustitución, reducción de precio, resolución de contrato o reembolso del precio pagado, según lo previsto en la legislación de la Unión o nacional (art. 9). Esta reparación procederá sin perjuicio de aquella a la que se tenga derecho con arreglo a la legislación de la Unión o nacional. Los Estados deben también garantizar que las entidades habilitadas puedan interponer acciones resarcitorias sin que previamente se haya procedido la declaración de una infracción a través de un procedimiento diferente.

Si la resolución resarcitoria no especificara los consumidores individuales que tienen derecho a reparación, se describirá, al menos, el grupo de consumidores que tienen tal derecho. Igualmente, se autoriza a los Estados a fijar límites temporales para que los consumidores individuales puedan beneficiarse de la resolución, así como establecer reglas reguladoras del destino de los fondos que no fueran recuperados dentro de estos límites temporales.

En el supuesto de las acciones de representación resarcitorias, los Estados miembros sí pueden establecer que los consumidores individuales afectados por la acción de representación manifiesten —expresa o tácitamente— su voluntad de ser representados (*opt-in*) o no (*opt-out*) por la entidad habilitada. Ahora bien, esta facultad para los Estados miembros se convierte en obligatoria, y además a favor de una autorización expresa, en el caso de que los consumidores individuales no sean residentes habituales del Estado miembro ante el que se interponga la acción.

Es precisamente la posibilidad de que el Estado miembro establezca un modelo de *opt-in* la que justifica la limitación prevista en el art. 9.4 respecto al impedimento de que los consumidores que hayan manifestado —expresa o tácitamente— ser representados por una entidad, no puedan serlo por otra entidad en idéntica pretensión, pero tampoco interponer la acción a título individual. Se trata, por tanto, de una limitación a la legitimación individual para el ejercicio de acciones resarcitorias cuando ya se ha autorizado la representación individual por una entidad. Limitación que abarca también a la prohibición de recibir más de una compensación por la misma causa o contra el mismo comerciante.

Resumendo lo indicado en cuanto al consentimiento o mandato, en terminología de la Directiva, por parte de los consumidores afectados se ha adoptado un triple régimen: no se requiere su «mandato» para el ejercicio de las acciones de cesación, sí se exige su «mandato» o autorización, si

así lo decide el Estado miembro particular para las acciones resarcitorias que no afecten a consumidores con residencia habitual en el Estado en que se ha planteado la pretensión; y será necesario el mandato expreso, en todo caso, para la acción resarcitoria cuando los consumidores que puedan beneficiarse por la misma tengan su residencia habitual en un Estado miembro diferente. Se combina así, atendiendo al tipo de acción interpuesta, las dos posibilidades existentes conocidas como *opt-in* y *opt-out*. De igual manera, se sigue lo establecido en la Recomendación de 2013, favorable en la pretensión resarcitoria a un sistema de participación o inclusión voluntaria del consumidor (*opt-in*), según el cual el consumidor que quisiera beneficiarse de los resultados de la acción, debería manifestar expresamente su voluntad al respecto, no viéndose afectado por la resolución si no lo hace. Pretendía así la Recomendación respetar las tradicionales exigencias de los principios de oportunidad, dispositivo y de contradicción.

Como hemos indicado en trabajos previos,¹¹ estos modelos, en gran parte enfrentados, tratan de dar respuesta a cómo resolver uno de los problemas característicos de un proceso colectivo, consistente en que, atendiendo a la regulación legal concreta, un sujeto o, en este caso, una asociación, etc., actúe en nombre y representación de un grupo de afectados que no intervienen directamente en el proceso o que pueden no hacerlo, pero que se van a ver afectados por las decisiones que en el mismo se tomen y no solo en la decisión final del mismo. Estamos ante procesos en que la entidad legitimada puede incoar un litigio cuya existencia va a afectar también a los derechos e intereses de sujetos que no han decidido ponerlo en marcha o que ni se habían planteado hacerlo. Es decir, se va a incoar un proceso en defensa de sus derechos e intereses por un sujeto distinto a ellos, sin haber decidido personalmente que desean que ese proceso se incoe. Y no solo no participan en la incoación del proceso, sino que tampoco lo hacen en la determinación del objeto del mismo, ni participarán en la toma de las diversas decisiones que se tengan que adoptar a lo largo del desarrollo del proceso, ni si se adopta un acuerdo que pone fin al mismo o cualquier otro acto de disposición que el ordenamiento permita.

Recordemos brevemente los aspectos esenciales de ambas posibilidades. El sistema de *opt-out* (exclusión), propio del derecho norteamericano, implica que todos los perjudicados por un hecho dañoso se verán afectados por el resultado del proceso colectivo, sea cual sea, o el acuerdo que le ponga fin, sin haber participado en el mismo. Ante tal obligatoriedad, los efectos

11 Con detalle sobre los modelos de *opt-in* y *opt-out*, vid. Planchadell (2020, pp. 195 y ss.). Carballo (2019, pp. 145 y ss.) realiza un estudio comparado al respecto.

del proceso (o del acuerdo) solo pueden eludirse ejerciendo el derecho de exclusión (*opt-out*) en los casos en que se prevé legalmente, lo que les permitiría instar la tutela individual de su derecho. El fundamento de esta configuración se encuentra en la adecuada representación de quien pone en marcha el proceso, con la que se entiende suficientemente protegido el derecho al proceso debido (Stuyck, 2009, p. 490; Wundenberg, 2007, p. 1113).

El sistema de *opt-in*, más acorde con nuestros principios constitucionales y procesales civiles, implica que los particulares perjudicados que quieran verse favorecidos por el proceso colectivo deben manifestar expresamente su voluntad en este sentido. De esta forma, el proceso dirimirá y afectará únicamente los derechos e intereses de los sujetos que, sin participar en el proceso directamente, pongan de manifiesto su intención de integrar el grupo o clase de afectados cuyos derechos se están defendiendo. No supone que el sujeto deba intervenir, pues esto complicaría excesivamente el desarrollo eficiente del mismo, sino que consiente y se suma al resultado del proceso voluntariamente sin interés en intervenir.

También aquí el representante garantiza el derecho de contradicción de los afectados con su activa participación; de ahí las exigencias de que el juez o los representados pudieran tener un cierto control sobre su actuación, velando por que dicha representación sea —como en el caso anterior— realmente adecuada.

Uno de los principales problemas que plantea esta posibilidad se centra en la gran dificultad y coste que conlleva la identificación de los miembros del grupo desde el principio para que puedan ejercer su derecho, lo que supone un obstáculo evidente para que estas reclamaciones lleguen ante los tribunales. Otro inconveniente importante que presenta un sistema de «inclusión obligatoria» es que, en los casos de daños ínfimos, la falta de interés de los particulares en intervenir y «sumarse» al proceso supone un auténtico lastre para su efectividad.

5. La obligación de información al consumidor individual

La conveniencia de que la defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios se otorgue a determinadas entidades habilitadas expresamente para ello, no supone que el consumidor individual no vaya a verse beneficiado por los resultados de la acción de representación, todo lo contrario. Esta opción a favor de la representación tampoco impide que, en función de cada ordenamiento jurídico nacional, se permita al consumidor

ejercer individualmente sus derechos incoando un proceso individual, en tanto que titular de la legitimación ordinaria. Cuestión distinta es que tenga o no sentido esta actuación individual, pues las ventajas que le ofrece la acción de representación, particularmente en un contexto globalizado y transfronterizo como el que nos ocupa, son evidentes.

Con todo, en el modelo elegido y a efectos de garantizar la adecuada representación, es fundamental la información que, sobre la acción de representación interpuesta, deba darse al consumidor individual. Concretamente, el art. 13.1 de la Directiva establece que la entidad habilitada deberá informar al consumidor, sin perjuicio de otros extremos que puedan preverse por la legislación nacional, de: las acciones de representación que hayan decidido ejercitar ante un órgano jurisdiccional o autoridad administrativa, la situación de las acciones de representación que hayan ejercitado ante un órgano jurisdiccional o autoridad administrativa, y los resultados de dichas acciones de representación.

Existe también una obligación de información para el comerciante, referida a las órdenes de cesación y resarcitorias definitivas que se hubieran dictado en el marco de la acción de representación, así como del acuerdo aprobado por el órgano jurisdiccional o autoridad administrativa dentro de un determinado plazo (art. 13.3); información que deberá facilitarse a los consumidores individualmente afectados, si procede. Únicamente cuando se prevea esta comunicación por otra vía, decae esta obligación para el empresario. Además, los Estados deben regular los supuestos en que esta obligación dependerá de la petición al respecto de la entidad.

La información debe tener la máxima difusión posible o la difusión territorial adaptada al caso concreto, para lo cual se podrá utilizar sitios web, redes sociales, mercados en línea, medios de comunicación de difusión general o local, según necesidades. Obviamente, y en garantía del derecho a la información del consumidor, deberá hacerse de forma individual cuando sea posible (en tanto conste su identidad y datos personales a efectos de comunicaciones), mediante el envío de comunicaciones electrónicas o cartas impresas.

Además, la información debe facilitarse en lenguaje comprensible, conteniendo una explicación inteligible del objeto de la acción de representación, sus consecuencias legales y las medidas que posteriormente deberán adoptar los consumidores afectados, si procede. La información individual se facilitará, previa solicitud, en formatos accesibles para personas con discapacidad. Esta información es más fundamental si cabe en el caso de las acciones resarcitorias, pues debe facilitarse de forma que

permita al consumidor tomar su decisión, expresa o tácita, sobre si quiere o no ser representado por la entidad habilitada, tal y como hemos indicado.

A los Estados miembros se les impone la obligación de garantizar que la entidad representante pueda facilitar toda esta información de manera efectiva, tomando en consideración las circunstancias concretas de cada caso. Cómo los Estados miembros regulen la forma de facilitar esta información es uno de los aspectos más importantes a que debe atenderse para lograr una eficaz tutela de los intereses de los consumidores y usuarios, en tanto que la necesidad de «conocer» es una exigencia necesaria de la vigencia de los principios del proceso debido y de contradicción (Aguilera, 2021, pp. 121 y ss.). El Anteproyecto español prevé que esta información se facilite a través de la plataforma electrónica creada al efecto por la entidad.

Los gastos que suponga esta información podrán incluirse en las costas (art. 12), sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 10, sobre la financiación de la acción.

6. La posibilidad de alcanzar un acuerdo

La Directiva permite que puedan alcanzarse acuerdos colectivos destinados a resarcir a los consumidores y usuarios que hayan sufrido un daño o perjuicio (art. 11), bajo el título «acuerdos de resarcimiento» (Calu & Stanciu, 2018, pp. 38 y ss.). Esta previsión es de especial interés, como el sistema norteamericano de las *class actions* ha tenido ocasión de demostrar (Regla 23 (e) de Procedimientos Civiles) (Planchadell, 2013, pp. 329 y ss.; 2017, pp. 73 y ss.).

La iniciativa para alcanzar estos acuerdos corresponde tanto a la entidad habilitada y el empresario —siendo estos quienes conjuntamente proponen al órgano jurisdiccional un acuerdo para resarcir a los consumidores afectados (art. 11.1, a)— como al propio órgano jurisdiccional o autoridad administrativa, que propondrá a la entidad habilitada y al empresario, tras haberlos consultado, que lleguen a un acuerdo de resarcimiento en un plazo razonable (art. 11.1, b).

En ambos casos, el órgano jurisdiccional o la autoridad administrativa competente debe aprobar el mismo, valorando su legalidad y equidad, así como si incluye condiciones cuyo cumplimiento no pueda exigirse; y todo ello atendiendo a los derechos e intereses de las partes, particularmente de los consumidores. Esto implica que el órgano jurisdiccional o la autoridad

administrativa puede no aprobar el acuerdo, procediéndose a continuar o iniciar el procedimiento.

A los consumidores individuales se les dará la posibilidad de aceptar o rechazar su sometimiento y afectación por dicho acuerdo. Se establece así un derecho de exclusión (*opt-out*) respecto a los efectos del mismo. Como ya hemos destacado, nuevamente aquí es fundamental la adecuada información al consumidor, para que, dentro de las posibilidades que la legislación nacional le permita, tome la decisión sobre si se vincula o no a dicho acuerdo, y las consecuencias de optar por una u otra posibilidad. Así, al consumidor se le informará de que se ha homologado un acuerdo resarcitorio que afecta a sus derechos, una vez declarada la infracción, así como de los trámites que deben cumplimentar o seguir para obtener el correspondiente resarcimiento.

En el caso del ordenamiento jurídico español, no encontrábamos hasta ahora referencia alguna a la posibilidad de alcanzar un acuerdo, intra o extrajudicial, en la regulación que la LEC. En cumplimiento de lo establecido en la Directiva, el Anteproyecto español contempla la posibilidad de alcanzar dichos acuerdos, regulando el papel de los consumidores individualmente considerados en dicho acuerdo.

V. CONSIDERACIÓN FINAL

Volvamos para concluir estas páginas al ejemplo de la acción colectiva contra H&M. Esta acción se ha presentado ante un tribunal federal de Nueva York por una consumidora individual, Chelsea Commodore —residente del estado de Nueva York—, que compró varios artículos que H&M vendía con la etiqueta *Conscious Choice*. Según los materiales de marketing del minorista, esos productos están fabricados con «al menos un 50% de materiales más sostenibles». En la demanda se afirma que, mediante el uso de etiquetas verdes claramente visibles, H&M «tergiversó la naturaleza de sus productos, a expensas de los consumidores que pagan un sobreprecio en la creencia de que están comprando ropa verdaderamente sostenible y respetuosa con el medio ambiente». La demanda afirma, además, que las campañas publicitarias de estas prendas *Conscious Choice* presentan «modelos vestidas de forma consciente rodeadas de mucha hierba y plantas verdes afelpadas». Posteriormente, H&M ha sido demandada por razones similares ante los tribunales federales de Missouri; en esta ocasión por dos consumidores.

Lo interesante para nosotros de estas dos acciones, que no serán las únicas, es que en ellas los demandantes —consumidores individuales— interponen la demanda en su nombre y en el de aquellos consumidores que pudieran encontrarse en una situación similar, a los que se considerará «miembros de la clase», que compraron productos de la demandada, que contenían un perfil de sostenibilidad o una falsedad sobre sostenibilidad (los «Productos»). Esto es precisamente lo que caracteriza al sistema de acciones colectivas norteamericanas, la posibilidad de que un consumidor individual litigue no exclusivamente en su nombre, sino también en el de un número indeterminado de sujetos que pueden considerarse igualmente perjudicados por el hecho dañoso denunciado.

Conforme a lo indicado en las páginas previas, tememos que una acción similar será cada vez más difícil en Europa, atendida la tendencia a favor de las entidades cualificadas que muestra el legislador europeo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera, M. (2021). Ante el reto de diseñar un modelo de tutela colectiva de manos de la Directiva (UE) 2020/1828. *Revista Española de Derecho Europeo*, 78-79.
- Calu, M. & Stanciu, C. (2018). Collective redress for consumers: Toward an EU wide collective action mechanism. *Global Economic Observer, Institute for World Economy of the Romanian Academy*, 6(2).
- Carballo, L. (2019). *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*. Universidad de Santiago de Compostela.
- Corominas, S. (2014). Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (La Recomendación de 11 de junio de 2013). *Revista General de Derecho Europeo*, 34.
- Gascón, F. (2022). Acuerdos en procesos colectivos de consumo: posibilidades y efectos. En *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios* (pp. 693-728). Tirant lo Blanch.
- Hodges, H & Voet, S. (2017). Delivering collective redress: Response to the European Commission's Inception Impact Assessment «A New Deal for Consumers – revision of the Injunctions Directive» Ares (2017)5324969. https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/1710_policy_on_collective_redress_3.pdf.
- Instituto Nacional de Estadística. (2021). *Objetivo 12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles*. <https://www.ine.es/dyngs/ODS/es/objetivo.htm?id=4910>
- Instituto Nacional del Consumo. (s. f.). *Las tendencias del consumo y del consumidor en el siglo XXI*. https://www.consumo.gob.es/sites/consumo.gob.es/files/consumo_masinfo/tendenciasConsumidorSXXI.pdf
- López, J. (2021, 21 de abril). La protección de los consumidores y las acciones de representación: una primera aproximación a la Directiva (UE) 2020/1828. *Diario La Ley*.

- Martínez, S. (2021). Líneas generales del sistema de acciones colectivas planteado por la Directiva europea sobre acciones de representación. *Práctica de Tribunales*, 150.
- Ministerio de Consumo. (2020). *Economía circular y consumo sostenible*. https://www.consumo.gob.es/sites/consumo.gob.es/files/consumo_masinfo/Econom%C3%ADa%20circular%20y%20consumo%20sostenible_edit.pdf
- Otero, M. (2013). Las acciones colectivas en Europa ¿Un paso adelante? Las líneas generales propuestas en la Recomendación de la Comisión Europea sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/UE). *Boletín CeDe*.
- Planchadell, A. (2020). Acciones colectivas y acceso a la Justicia. En *La tutela de los derechos e intereses colectivos en el siglo XXI* (pp. 175-206). Tirant lo Blanch.
- Planchadell, A. (2017). Acuerdos y acciones colectivas: ¿Una posibilidad real? En *Tratado de Mediación. Tomo I, Mediación en asuntos civiles y mercantiles* (pp. 73-92). Tirant lo Blanch.
- Planchadell, A. (2013). *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español (Un estudio comparado)*. Tirant lo Blanch.
- Poretti, P. (2019). Collective redress in the European Union— current issues and future outlook. *EU and Comparative Law Issues and Challenges series*, 3.
- Stuyck, J. (2009). Class Actions in Europe? To opt-in or opt-out, that is the question. *European Business Law Review*.
- Wundenberg, M. (2007). Class actions: Möglichkeit der Establierung und ihre Grenzen im deutschen Kapitalmarktrecht. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 4, 1097-1120.

CAPÍTULO XIX

ENSAYO SOBRE EL EJERCICIO DE ACCIONES DE INTERÉS COLECTIVO Y DIFUSO FRENTE A FALTA DE CONFORMIDAD NO MATERIAL DE LOS PRODUCTOS¹

Dr. Juan Ignacio Contardo González

*Profesor de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Chile*

SUMARIO: I. Introducción. II. La falta de conformidad por aspectos no materiales de los productos: de la compraventa internacional hacia la legislación chilena de protección al consumidor. 1. La disconformidad no material en la compraventa internacional. 1.1. La configuración de la disconformidad no material en sentido estricto en la CISG. 1.2. Los remedios disponibles para el comprador. 2. La disconformidad no material en ley chilena de protección al consumidor. 2.1. La configuración de la disconformidad no material en sentido estricto en la ley de protección a los derechos de los consumidores. 2.2. Los remedios disponibles. III. El ejercicio de acciones de interés colectivo y difuso para la protección del consumidor por faltas de conformidad no material en sentido estricto. 1. Ensayo de un diagnóstico. 2. Dos problemas de diseño que dificultan la protección del consumidor por faltas de conformidad, por aspectos no materiales de los productos, a través del ejercicio de acciones de interés colectivo. 2.1. La falta de conformidad solo podrá reclamarse a partir de contratos de compraventa celebrados, no puede evitar la celebración de contratos futuros. 2.2. El interés difuso solo podrá reclamarse a partir de las reglas que disciplinan la publicidad y la información básica comercial. 2.3. La litigación colectiva a partir de grupos de consumidores determinados parece ser la vía más idónea para acceder a la justicia, a través del procedimiento de interés colectivo. IV. A modo de conclusión. V. Bibliografía.

1 Este trabajo se enmarca dentro del proyecto Fondecyt N° 1201380.

I. INTRODUCCIÓN

En general, las reglas de garantía legal de los productos son configuradas para responder a disconformidades materiales del producto o cosa vendida, tal como sucede en la legislación chilena, a partir de los artículos 19 y 20 de la ley sobre protección de los derechos de los consumidores.

De otra parte, es posible observar que hay aspectos no materiales esperables de las cosas compradas, particularmente el seguimiento de ciertos estándares en la producción o fabricación de estas cosas, que no afectan su funcionamiento. Tal es el caso, por ejemplo, de una producción sustentable o que cuida el medioambiente, el respeto a los derechos humanos —particularmente el trabajo infantil y la prohibición de la esclavitud—, el sometimiento voluntario a un determinado patrón de conducta, relacionado con políticas de responsabilidad social empresarial. Estas disconformidades no encuentran fácil encaje en las normas sobre garantía legal. Sin embargo, puede suceder que estos estándares no sean cumplidos. Estamos frente al caso de cosas perfectas en cuanto su calidad, cantidad, identidad y embalaje, pero que, no obstante, no son enteramente conformes al contrato, pues el determinado estándar no material esperable no fue cumplido.

Hay dos órdenes en los que puede analizarse este problema. Uno es en la relación entre fabricante e intermediarios (situación muy frecuente en la compraventa internacional), y el segundo es en la venta con consumidores. La diferencia fundamental entre ellos es que en este último, la disconformidad no material se replicará con masividad, dada la gran cantidad de personas que pueden acceder a un producto con disconformidad no material. Por cierto, la litigación individual puede llegar a ser similar en estos dos órdenes. Sin embargo, la litigación «colectiva» —a partir de intereses colectivos o difusos— formalmente puede presentarse como un mecanismo idóneo para solucionar estos problemas.

En el presente trabajo ensayaremos algunas dificultades que presenta la litigación colectiva para responder a este tipo de disconformidades. Comenzaremos describiendo el problema de la disconformidad no material, para luego adentrarnos en los problemas o desafíos que presenta en la litigación colectiva en materia de consumidores, bajo la luz del derecho chileno de protección al consumidor.

II. LA FALTA DE CONFORMIDAD POR ASPECTOS NO MATERIALES DE LOS PRODUCTOS: DE LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL HACIA LA LEGISLACIÓN CHILENA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

1. La disconformidad no material en la compraventa internacional

La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (en adelante, CISG) centralizó la figura del incumplimiento en la denominada «falta de conformidad». Se trata de un concepto que une todos los posibles tipos de incumplimiento distintos de la entrega tardía y de la falta de entrega.² Con esta figura, se superan los distintos tipos de incumplimiento, disgregados en diversas normas de los códigos civiles decimonónicos, facilitando la comprensión de la idea misma de incumplimiento, a través de una comparación entre el objeto ideal del contrato y el objeto real. Cuando el objeto ideal no calza exactamente con el objeto real hay incumplimiento (Vidal, 2007, p. 52), y el acreedor tiene a su disposición una gama de remedios contractuales para satisfacer su interés. El desafío, entonces, resulta en determinar o establecer una categorización de posibles tipos de incumplimiento o de faltas de conformidad que permita esclarecer cuando estamos frente a esta figura.

A este respecto, lo normal ha sido distinguir entre falta de conformidad «material» y «jurídica». La primera se refiere, generalmente, a la calidad, cantidad, identidad y embalaje de la cosa vendida; la segunda, a la situación de derechos de terceros en la cosa.³ De hecho, la misma CISG discurre sobre esta base, en la sección II del capítulo II, titulada «Conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros». Sin embargo, esta distinción no comprende todas las posibles situaciones de falta de conformidad. En efecto, quedan fuera de esta distinción, al menos, dos situaciones: la disconformidad documental y la disconformidad no material en sentido estricto. Por esto, creemos que resulta más adecuado distinguir entre disconformidad «material» y «no material» en sentido amplio, la que abarca, a su vez, cinco supuestos: la disconformidad documental, la disconformidad no material en sentido estricto, la pretensión de derechos de terceros sobre la cosa vendida —art. 41, CISG, que comprende los

2 Para una panorámica desde el derecho chileno, vid. Contardo (2017, pp. 158-165).

3 Así al menos lo justifican para el derecho chileno Aburto y De la Maza (2015).

supuestos de evicción, como se conoce en los códigos decimonónicos—, los derechos o pretensiones de un tercero, basados en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual que conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato (art. 42, CISG), y la inadecuación de la cosa a las regulaciones de orden público.

Todas estas hipótesis no guardan una relación con la materialidad del producto. En efecto, en la disconformidad documental lo que no es conforme al contrato es el documento representativo de la mercadería u otros relevantes, como lo son, por ejemplo, disconformidad en los seguros contratados, en la pretensión de derechos de terceros, en sus dos versiones: la cosa es perfecta, sin embargo, hay terceros que pretenden el dominio o el respeto de la propiedad industrial; o en la inadecuación de la cosa a la regulación de orden público: la cosa es conforme el contrato, sin embargo, no es conforme a la legislación interna del comprador. Ahora nos interesa tratar solo la disconformidad no material en sentido estricto.

1.1. La configuración de la disconformidad no material en sentido estricto en la CISG

La disconformidad no material en sentido estricto es probablemente la de menor tratamiento por la doctrina. En efecto, pocos autores se refieren a ella (Saidov, 2015, pp. 86-89; Schwenger & Leisinger, 2007, pp. 124-148). El Consejo de la CISG en su opinión consultiva N° 19 lo ha conceptualizado como el incumplimiento de un determinado estándar que debe cumplir la cosa vendida, que no se refiere a sus aspectos materiales (CISG Advisory Council, 2018). Generalmente se asocia este estándar al seguimiento de determinados códigos de conducta, principios éticos u objetivos sociales. Tales serían, por ejemplo, el seguimiento voluntario de determinados instrumentos internacionales o iniciativas de carácter internacional, el seguimiento de criterios de responsabilidad social empresarial o cumplimiento de normas de derechos humanos, como, a su vez, lo serían el repudio al trabajo infantil y la esclavitud, o la protección del medioambiente, entre los más comunes.

El problema de fondo que involucra la disconformidad no material en sentido estricto es que la falta de seguimiento de estos estándares no afecta de alguna manera la idoneidad de la cosa vendida en los cuatro aspectos ya mencionados, esto es, calidad, cantidad, identidad o embalaje de la cosa vendida. Con todo, en algunas ocasiones es esperable que los objetos comprados cumplan con estas características y, de no hacerlo, se produzca una situación de falta de conformidad. Pensemos, por ejemplo, en que se

espera que la cosa vendida haya sido fabricada sin trabajo infantil, por varias razones. Así, podría suceder que el fabricante declare rechazar el trabajo infantil en el envasado del producto, también podría declararlo en su publicidad, o el país en que se fabricó el producto ha incorporado de alguna manera los convenios N° 138 sobre la edad mínima y el Convenio N° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de la Organización Mundial del Trabajo (OIT).⁴ Incluso puede suceder que algunas partes o componentes de la cosa vendida hayan sido fabricadas o producidas con infracción a la prohibición del trabajo infantil, sin embargo, el fabricante no incumplió en la fabricación trabajo infantil. O puede suceder que el fabricante haya adquirido un componente de un vendedor que sí infringió las reglas sobre trabajo infantil,⁵ lo que incluso puede ser desconocido por el propio fabricante.

De esta manera, puede suceder que la cosa vendida sea conforme al contrato desde el punto de vista de la calidad, cantidad, identidad y embalaje, en lo que se refiere a los aspectos físicos del mismo. Con todo, la pregunta que surge es si es posible configurar de alguna manera un supuesto de falta de conformidad por el incumplimiento del estándar no material esperable del producto.

En materia de falta de conformidad en la compraventa internacional, se ha ido asentando la idea que las disconformidades no materiales en sentido estricto podrían estar situadas en las hipótesis contenidas en las letras (a), (b) y (d) del artículo 35(2) de la CISG,⁶ en base a dos factores. El primero a tener en consideración parece ser la declaración pública del vendedor en someterse a estos estándares. Esta podría generarse a partir de tres formas: la declaración pública del vendedor en el sometimiento a estos estándares, la indicación en el producto mismo —en estas dos situaciones se trata de una declaración unilateral de voluntad del vendedor— o bien en el contrato de compraventa celebrado entre las partes, en que el vendedor se obliga a mantener un determinado estándar, en cuyo caso probablemente se aplicaría la hipótesis contenida en el artículo 35(2)(b) parte final.

4 Como sucede en Chile. Al respecto, vid. Dirección del Trabajo (2022).

5 Así se puede leer en diversas notas de prensa, como en Lara (2020).

6 Así lo ha estimado el CISG Advisory Council (2018, p. 11) en su opinión consultiva 19. El Consejo es una iniciativa privada formada por un grupo de profesores cuyos objetivos son establecer y publicar opiniones y declaraciones sobre interpretación, aplicación y los roles generales de la Convención, la promoción de la interpretación uniforme de ella, el seguimiento y favorecimiento de otros estudios sobre la armonización del derecho comercial internacional, y la de resolver preguntas que se hagan saber al Consejo. Actualmente el Consejo es presidido por la profesora Ingeborg Schwenzer y consta de diecisiete miembros.

El segundo factor es la obligatoriedad del seguimiento del estándar. Así, puede suceder que en el país de fabricación de un producto, un determinado estándar sea obligatorio por normativa legal o administrativa, pero no así en el país de destino de la mercadería. En estos casos, la pregunta es si el comprador puede confiar en que en estos estándares los materiales del producto sean esperables o están implícitos en el contrato de compraventa. Si el estándar es obligatorio en cuanto a su fabricación, parece ser esperable que el producto mantenga este estándar, aun cuando en la práctica no se haya aplicado (CISG Advisory Council, 2018, p. 11). Sin embargo, resulta discutible que la declaración pública del mantenimiento de un estándar ético no obligatorio pueda considerarse como una causa de disconformidad del producto, salvo que esta se haya pactado expresamente.

1.2. Los remedios disponibles para el comprador

Si es posible considerar la falta de seguimiento del estándar no material del producto como una hipótesis de falta de conformidad, entonces habría que analizar los remedios disponibles para el comprador. Por cierto, la primera pregunta que habría que hacerse es sobre la importancia de la disconformidad no material, para efectos de calificar el incumplimiento como esencial.

Tal como es sabido, en materia de compraventa internacional de mercaderías se recoge expresamente la noción de incumplimiento esencial en el artículo 25, que se genera

cuando [el incumplimiento] cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.

Esta disposición contiene los elementos para calificar el incumplimiento como esencial: la privación sustancial de lo que se esperaba con el contrato y la previsibilidad del detrimento. El segundo de los elementos es el que resulta importante para calificar el incumplimiento como esencial en las disconformidades no materiales de la cosa vendida. En efecto, si las partes han pactado que el incumplimiento del estándar no material constituye incumplimiento esencial, o bien se ha pactado una cláusula resolutoria en el contrato en tal sentido, entonces no hay duda de que el incumplimiento puede ser considerado como esencial y en consecuencia se abriría toda la gama de remedios para el comprador, incluyendo la resolución del

contrato. Con todo, en ausencia de este pacto habría que determinar si era previsible al tiempo del contrato que el incumplimiento de estos estándares no materiales podrían provocar una privación sustancial para el acreedor/comprador. Solo luego de ello cabría analizar si el incumplimiento provoca tal privación sustancial.

En el caso que se estime que el incumplimiento no es esencial, restarán los remedios distintos al de la resolución, particularmente la indemnización de perjuicios y la rebaja del precio. La pretensión de cumplimiento solo tendría cabida en la medida de que sea posible el cambio de la cosa vendida, toda vez que habría que analizar si el vendedor tiene mercaderías a su haber que no tengan la disconformidad alegada.

2. La disconformidad no material en ley chilena de protección al consumidor

Luego de describir la situación en la CISG es posible, entonces, hacer un paralelo entre la situación de la compraventa internacional de mercaderías con la compraventa regida por la ley chilena de protección al consumidor, Ley N° 19.496 (en adelante, LPDC). Dividiremos este apartado en dos: primero analizaremos la configuración de la disconformidad no material, para luego analizar los remedios disponibles.

2.1. La configuración de la disconformidad no material en sentido estricto en la ley de protección a los derechos de los consumidores

La ley chilena que sube la protección al consumidor contiene las hipótesis de falta de conformidad, a propósito del régimen de garantía legal de los productos. En efecto, los artículos 19 y 20 de la LPDC cubren las mismas hipótesis del artículo 35 CISG, en los siguientes términos:

Artículo 19. El consumidor tendrá derecho a la reposición del producto o, en su defecto, a optar por la bonificación de su valor en la compra de otro o por la devolución del precio que haya pagado en exceso, cuando la cantidad o el contenido neto de un producto sea inferior al indicado en el envase o empaque.

Artículo 20. En los casos que a continuación se señalan, el consumidor tiene el derecho irrenunciable a optar, a su arbitrio, entre la reparación gratuita del bien o, previa restitución, su reposición o la devolución de la cantidad pagada, sin perjuicio de la indemnización por los daños

ocasionados. Este derecho deberá ser comunicado por el proveedor del producto o servicio en cada uno de sus locales, tiendas, páginas webs u otros:

- a) Cuando los productos sujetos a normas de seguridad o calidad de cumplimiento obligatorio no cumplan las especificaciones correspondientes;
- b) Cuando los materiales, partes, piezas, elementos, sustancias o ingredientes que constituyan o integren los productos no correspondan a las especificaciones que ostenten o a las menciones del rotulado;
- c) Cuando cualquier producto, por deficiencias de fabricación, elaboración, materiales, partes, piezas, elementos, sustancias, ingredientes, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea enteramente apto para el uso o consumo al que está destinado o al que el proveedor hubiese señalado en su publicidad;
- d) Cuando el proveedor y consumidor hubieren convenido que los productos objeto del contrato deban reunir determinadas especificaciones y esto no ocurra;
- e) Cuando después de la primera vez de haberse hecho efectiva la garantía y prestado el servicio técnico correspondiente, subsistieren las deficiencias que hagan al bien inapto para el uso o consumo a que se refiere la letra c). Sin perjuicio de lo anterior, no será necesario hacer efectivas las garantías otorgadas por el proveedor para ejercer el derecho establecido en este artículo. Este derecho subsistirá para el evento de presentarse una deficiencia distinta a la que fue objeto del servicio técnico, o volviere a presentarse la misma, dentro de los plazos a que se refiere el artículo siguiente;
- f) Cuando la cosa objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que imposibiliten el uso a que habitualmente se destine;
- g) Cuando la ley de los metales en los artículos de orfebrería, joyería y otros sea inferior a la que en ellos se indique.

Para los efectos del presente artículo se considerará que es un solo bien aquel que se ha vendido como un todo, aunque esté conformado por distintas unidades, partes, piezas o módulos, no obstante que éstas puedan o no prestar una utilidad en forma independiente unas de otras. Sin perjuicio de ello, tratándose de su reposición, ésta se podrá efectuar respecto de una unidad, parte, pieza o módulo, siempre que sea por otra igual a la que se restituye.

Como puede apreciarse, los defectos de calidad, cantidad, identidad y embalaje están incorporados en ambas normas. Los defectos de calidad se encuentran recogidos en el artículo 20, letras a), c), e) y f); los de cantidad, en el artículo 19 y 20, letra g); los de identidad, en el artículo 20, letra b) y d); y los de embalaje, en parte en las letras b) y d) del artículo 20. También se puede observar que el artículo 20 no contiene menciones expresas a las disconformidades no materiales en sentido amplio de la cosa vendida.

Cabe preguntarse, entonces, si es posible subsumir la disconformidad no material de la cosa vendida en alguna de las causales de disconformidad del artículo 20. Pensemos, por ejemplo, en el siguiente caso: el comprador/consumidor descubre por una noticia de prensa que la cosa vendida no fue fabricada guardando los estándares de trabajo infantil. La situación, de hecho, parece ser exactamente igual a la de la compraventa internacional. Sin embargo, la situación de los consumidores tiene algunas diferencias. En materia de compraventa internacional es posible comprar al fabricante. En materia de consumo también es posible, no obstante, es menos frecuente. Los consumidores generalmente adquieren respecto de intermediarios en la cadena de consumo, no fabricantes, y que incluso en muchas ocasiones adquieren respecto de otros vendedores o importadores. Cuando estamos frente al fenómeno del consumo, la cadena de valor con frecuencia se extiende bastante más que en la compraventa internacional de mercaderías. De esta manera, con normalidad el vendedor no controlará los aspectos de seguimiento de estándares legales y especialmente éticos no materiales de fabricación de los productos. Sin embargo, estas características pueden ser relevantes para el consumidor/comprador. La pregunta, entonces, sigue siendo válida desde dos perspectivas. La primera, si estos estándares forman parte del producto en la relación de consumo; la segunda, si el vendedor/proveedor de la relación de consumo debe tomar para sí el riesgo que puede aparejar el incumplimiento de estos estándares no materiales.

Por lo pronto, para analizar esta cuestión proponemos los mismos factores que se predicen para inclusión de la disconformidad no material en la CISG: la obligatoriedad en el seguimiento del estándar y la declaración pública del mismo. Comenzaremos con el segundo de estos factores, esto es, la declaración pública del fabricante del producto del seguimiento de estándares no materiales de la cosa vendida. Señalamos anteriormente que la declaración pública puede darse a través de tres vías: la declaración en el producto, la declaración publicitaria y el pacto contractual. Descartamos, para estos efectos, la tercera vía, toda vez que el fabricante no pacta expresamente con el consumidor el seguimiento de un determinado estándar no material. El problema se da, entonces, cuando el fabricante

establece el seguimiento del estándar en el producto o en su publicidad. Nuestra impresión es que en estos casos la declaración pública del fabricante arrastra el riesgo hacia el vendedor/proveedor, toda vez que el vendedor hace suyos los riesgos de la declaración, al igual que con los defectos materiales. Luego, el problema se concentra en qué causal específica de disconformidad debe enmarcarse.

A este respecto no puede desconocerse que la regulación de la LPDC sobre la falta de conformidad en la garantía legal tiene un marcado sesgo sobre la calidad o componentes del producto y el problema sobre la disconformidad no material del producto no ataca a ellos. En este sentido, Barrientos (2019) ha sostenido que la declaración publicitaria sobre «declaraciones completamente ajenas al ámbito contractual o las intenciones de las partes», relacionadas con «su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable» (p. 166) son objetivas y permiten activar la garantía legal a partir del artículo 20 letra c), en relación con el artículo 28 LPDC letra f), que regula la publicidad engañosa de estas condiciones recién expresadas («su condición de no producir daño al medio ambiente», etc.). De esta manera, la cuestión puede reconducirse a la policía engañosa.

Ahora bien, el problema se genera para otros aspectos no incorporados en el artículo 28, letra f), como lo sería el seguimiento a estándares de derechos humanos o ciertos estándares éticos. Nuestra impresión es que ambas normas deben interpretarse de manera extensiva, en conformidad con el nuevo artículo 2 ter, que incorpora la interpretación proconsumidor. Así, las declaraciones publicitarias sobre aspectos no materiales del producto que no se adecúan a la realidad del producto, ya sea aquellas efectuadas por el fabricante o por el vendedor, debiesen considerarse como casos de falta de conformidad y deberían activar la garantía legal. La regla contraria, esto es, la inactivación de la garantía, parece ser que se seguiría si es que el fabricante o vendedor no declaran públicamente el seguimiento de determinados estándares no materiales de fabricación del producto, de tal suerte que al consumidor no le sería posible reclamar por una disconformidad en este sentido.

Luego de resuelto lo anterior, el otro factor a tener en consideración es la obligatoriedad en el seguimiento de un determinado estándar, esperable para el consumidor. A nuestro entender, el mismo criterio aplicable en materia de compraventa internacional debe entenderse en materia de protección al consumidor, aun cuando el estándar no esté expresado en el producto. En otras palabras, el carácter obligatorio del seguimiento de determinado estándar no material debería entenderse incorporado al producto, a menos que el producto aclare que no siguió el mismo

estándar en su fabricación o sigue uno distinto. Esto resulta especialmente importante para los fabricantes, pues muchas veces a pesar de venderse un producto supuestamente idéntico —como lo sería, por ejemplo, un modelo de automóvil—, en la práctica sucede que los fabricantes confeccionan partidas distintas de un producto, en atención a las características propias del país en que serán vendidos. Por esta razón, el fabricante tiene la carga de informar que el producto no cumple con el mismo estándar obligatorio del país de origen.

2.2. Los remedios disponibles

En la LPDC, la disconformidad de la cosa vendida genera prácticamente la misma gama de remedios que en la compraventa internacional de mercaderías, es decir, cumplimiento forzado, resolución e indemnización de perjuicios, salva la reducción del precio que está solamente considerada para los defectos de cantidad del artículo 19, LPDC. Sin embargo, la ley de protección al consumidor no consagra expresamente el concepto de incumplimiento esencial para calificar la posibilidad de uso de la resolución por incumplimiento como remedio disponible.

La doctrina anterior a la ley denominada «Pro Consumidor» (Ley N° 21.398), que modificó en parte el régimen de la garantía legal, estaba conteste que la resolución en materia de consumidores también debería considerar este requisito. Con todo, la reciente reforma al régimen de garantías, que establece un sistema horizontal de ejercicio de los remedios, en desmedro de un sistema de jerarquía, hace dudar, al menos, que se siga manteniendo el incumplimiento esencial como requisito de la resolución.

Hecha la salvedad anterior, la falta de conformidad no material podría remediarse, en teoría, a partir de cualquiera de los remedios disponibles para el consumidor, salva la reducción del precio, por la falta de incorporación legal.

III. EL EJERCICIO DE ACCIONES DE INTERÉS COLECTIVO Y DIFUSO PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR POR FALTAS DE CONFORMIDAD NO MATERIAL EN SENTIDO ESTRICTO

1. Ensayo de un diagnóstico

Los reclamos por falta de conformidad en el derecho chileno tienen un fácil asidero en el procedimiento de interés individual. Esto se debe a que

la regulación de la falta de conformidad fue creada al mismo tiempo que la competencia de los juzgados de policía local para el conocimiento de las causas de consumo. En efecto, la redacción originaria de las normas que regulan la falta de conformidad en sede de protección al consumidor y el ejercicio de la garantía legal se basaban en el desperfecto físico de un producto, pero no en cualidades no materiales del mismo. De hecho, la necesidad originaria de que el producto sea revisado por parte del proveedor y la preeminencia —también originaria— de los remedios de la reparación y de la sustitución antes de la indemnización de perjuicios, hacía notar que el legislador tuvo especial preocupación por los defectos de carácter material de la cosa vendida, que afectan a la calidad del mismo. Así, la litigación individual parecía ser el medio más idóneo para satisfacer el interés del consumidor, pues estamos frente al caso de defectos particulares o especiales de una determinada cosa, y no de un grupo masivo de bienes o productos que ostentan el mismo defecto.

En las áreas en que ha existido problemas de masividad en los defectos de las cosas, más bien corresponden, en la práctica, a problemas de peligrosidad o de defectuosidad de los productos (Isler, 2019, pp. 85-103). Por otra parte, si existiesen disconformidades entre la publicidad y el producto, esto suele corregirse a través de las normas sobre publicidad engañosa (De la Maza & López, 2021, pp. 45-46) y su ejercicio, en este caso, tiene más fácil encaje en los procedimientos de interés colectivo o difuso, más específicamente para la protección del interés difuso. Esta es la razón por la que no conocemos hasta la fecha sentencias en juicios de interés colectivo y difuso que se refieran a la garantía legal cuando un defecto material del producto afecte a su calidad. Sin embargo, sí conocemos al menos un caso en que se reclamó por vía de interés colectivo y difuso una disconformidad producida por un vicio no material. Nos referimos al «caso Dieselgate».

Es de público conocimiento que el grupo Volkswagen, fabricante de automóviles, hacia el año 2008 comenzó una campaña publicitaria de sus automóviles a petróleo Diesel que prometieron ser «limpios». Sin embargo, para el cumplimiento de los estándares prometidos de emisiones se alteró un dispositivo que permitía pasar las pruebas de manera satisfactoria, hasta que se descubrió el fraude.⁷ Por cierto, esto afectó la credibilidad del grupo

7 García (2020) explica el escándalo en las siguientes palabras: «En el año 2009, surge un problema técnico para la empresa. Los vehículos con motor diésel utilizaban “SCR” o reducción catalítica selectiva, consistente en un pulverizador de urea diluida llamado *AdBlue*, cuyo fin era la neutralización de las emisiones de óxido de nitrógeno. El dispositivo *AdBlue* requería que se rellanase de urea eventualmente, lo que Volkswagen entendió como un posible obstáculo para la compra de modelos con esta tecnología. Igualmente, la

Volkswagen, a nivel mundial. También en Chile. Sucedió que descubierta la disconformidad entre lo publicitado y el nivel real de emisiones de los automóviles, estos, al menos en Chile, cumplían con la normativa vigente a la fecha del descubrimiento del escándalo.

SERNAC y una asociación de consumidores (Odecu) tomaron cartas en el asunto. SERNAC llamó a los proveedores a una «mediación colectiva» y la asociación de consumidores Odecu demandó un juicio de interés colectivo y difuso. Nos interesa este juicio (Rol C-34570-2018 el 4º juzgado civil de Santiago, terminado por avenimiento). El principal argumento esgrimido por la demandante Odecu fue la publicidad engañosa. En ninguna parte del escrito de demanda se hace mención a una disconformidad basada en alguna de las causales de garantía legal consignadas en el artículo 20 de la LPDC.

Tal como se señaló, el fallo terminó por avenimiento, que consideró una indemnización a los compradores de los automóviles, y en consecuencia no hubo sentencia del tribunal que determinara judicialmente si es que existía disconformidad, supuesto que el nivel de emisiones real de los automóviles estuviera cubierto por la normativa chilena. Con todo, creemos que existen algunos problemas de diseño que podrían dificultar en el futuro el ejercicio de estas acciones fundadas no en la publicidad engañosa, como sucedió en el caso recién reseñado, sino derechamente en las causales de disconformidad establecidas en el artículo 20, que es lo que pasaremos a revisar a continuación.

2. Dos problemas de diseño que dificultan la protección del consumidor por faltas de conformidad, por aspectos no materiales de los productos, a través del ejercicio de acciones de interés colectivo

Creemos que hay dos problemas de diseño de las acciones de interés colectivo difuso que impiden, en la práctica, el ejercicio de acciones basadas en la garantía legal para remediar disconformidad no material de productos comprados.

normativa norteamericana prohibía el relleno de estos depósitos por los propietarios de los vehículos. La solución se encontró con un dispositivo de manipulación, que se presentaba como una alternativa a la resolución del problema, evitando así tener que aumentar el tamaño del depósito de urea» (p. 27) .

2.1. La falta de conformidad solo podrá reclamarse a partir de contratos de compraventa celebrados, no puede evitar la celebración de contratos futuros

Una primera cuestión que es posible evidenciar es que la acción derivada de la garantía legal solo se puede ejercer respecto de contratos ya celebrados y no puede evitar la comercialización de los productos disconformes. En efecto, no se consagra dentro de los remedios derivados de la garantía legal la suspensión en la venta de productos futuros. Por lo tanto, las acciones que no se enmarquen en el ámbito de la publicidad engañosa deben referirse a contratos de compraventa ya celebrados, y el interés, en consecuencia, será necesariamente colectivo.

Lo anterior es relevante a la hora de calificar qué remedio es el más idóneo para el consumidor afectado, lo que repercute, a su vez, en la legitimación por interés colectivo que pueda ejercer el SERNAC o una asociación de consumidores, puesto que, reiteramos, el producto cumple con la calidad esperada, pero son aspectos no materiales los que no son conformes al contrato.

A priori, el SERNAC o la asociación de consumidores que demanda no sabe a ciencia cierta cuál es el interés del consumidor afectado: si se quiere la reposición de producto, la indemnización o la resolución de la venta. Esto resulta especialmente importante a la hora de establecer el petitório concreto que debe contener la demanda en el juicio de interés colectivo. Así, es posible pensar que no todos los consumidores quieran lo mismo que es lo que está demandando quien tiene la legitimación extraordinaria (SERNAC o la asociación de consumidores). Otro tanto puede producirse si es que se busca la reposición del producto. La reposición podría generar dificultades a la hora de determinar por cuál bien se va a sustituir la cosa disconforme. Recordemos que la cosa desde el punto de vista de su calidad es conforme al contrato, sin embargo, la disconformidad aquí es no material.

A su vez, las demandas por publicidad engañosa solo pueden tener como remedio la suspensión o paralización de la publicidad, pero no pueden tener por objeto la paralización en la comercialización de los productos. Parece ser, entonces, que la indemnización de perjuicios es el remedio más idóneo para solucionar los problemas de disconformidad no material en este tipo de procedimientos. Los demás remedios tienen mejor cabida en la litigación de interés individual.

2.2. El interés difuso solo podrá reclamarse a partir de las reglas que disciplinan la publicidad y la información básica comercial

Por otra parte, la reclamación por vía de interés difuso tiene mejor asidero para la publicidad y las normas sobre información básica comercial que se encuentre en el etiquetado del producto o en su equivalente. Como no es posible determinar el número de consumidores afectados —porque el interés es precisamente difuso—, se hace imposible hacer uso de las reglas que disciplinan la garantía legal para ejercer remedios específicos en favor de los consumidores afectados. El ejercicio del remedio supone necesariamente un interés común para remediar la situación que afecta al consumidor afectado, y el interés difuso impide, por su propia naturaleza, determinar este interés común. Así, la forma natural de protección a los consumidores a través de acciones de interés difuso en casos de disconformidad no material será alegando la publicidad engañosa, por medio del ejercicio de una acción de interés difuso y, a la vez, ejercer una acción indemnizatoria por medio de una acción de interés colectivo.

2.3. La litigación colectiva a partir de grupos de consumidores determinados parece ser la vía más idónea para acceder a la justicia, a través del procedimiento de interés colectivo

Con todo, si la acción de interés colectivo es ejercida por un grupo de más de cincuenta consumidores, el juicio, en la práctica, estará sujeto a las reglas propias de los procedimientos de interés colectivo, aun cuando en la práctica se tratara de un litisconsorcio simplificado.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La determinación de la existencia de una falta de conformidad no material en sentido estricto exige cuestionarse acerca de dos factores. Por una parte, si el vendedor o fabricante prometió el cumplimiento de un determinado estándar, y por la otra, la obligatoriedad del seguimiento de este estándar en la fabricación o producción del bien.

Aun cuando en materia de compraventa internacional se han sugerido soluciones a estas faltas de conformidad, su litigación es más sencilla que en materia de sede de consumidores. La existencia de múltiples consumidores adquirentes de un bien con la misma disconformidad no material plantea desafíos en lo que toca al acceso a la justicia a través de las reglas de la garantía legal. Se hace necesario, en consecuencia, pensar acerca de nuevos mecanismos que permitan, por una parte, asegurar el cumplimiento de

estos estándares generalmente ligados al cumplimiento de deberes éticos y de derechos humanos, y por la otra, facilitar el acceso a la justicia.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Aburto, J. & De la Maza, I. (2015). Falta de conformidad jurídica y tutela del comprador. *Ius et Praxis*, 21(2), 61-108. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000200003>
- Barrientos, F. (2019). *Lecciones de derecho del consumidor*. Thomson Reuters.
- CISG Advisory Council. (2018). *Opinion N° 19. Standards and Conformity of the Goods under Article 35 CISG*. https://www.cisgac.com/file/repository/CISG_Advisory_Council_Opinion_No_19d.pdf
- Contardo, J. (2017). El derecho del deudor a la subsanación o corrección del cumplimiento no conforme (right to cure). Acercamiento desde los instrumentos de derecho contractual uniforme hacia el derecho chileno de contratos. *Ius et praxis*, 23(1), 153-194. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000100006>
- De la Maza, I. & López, P. (2021). La publicidad engañosa en la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores: un intento de sistematización desde el moderno derecho de contratos. *Revista Chilena de Derecho*, 48(2), 27-51.
- Dirección del Trabajo. (2022). *DT recuerda sanciones por incumplir normas que protegen el trabajo infantil y adolescente*. <https://www.dt.gob.cl/portal/1627/w3-article-122306.html>
- Isler, E. (2019). La responsabilidad por productos en Chile: panorama y desafíos. En *Derecho del consumo: ley, doctrina de jurisprudencia* (pp. 85-103). Der.
- García, P. (2020). Caso Volkswagen: Análisis del escándalo «Dieselgate» y su efecto en la reputación corporativa de la compañía. <https://repositorio.comillas.edu/jspui/bitstream/11531/38689/1/Caso%20Volkswagen-%20Dieselgate%20y%20su%20efecto%20en%20la%20reputacion%20corporativa%20de%20la%20compañia-Garcia%20Nunez%20CPaula.pdf>
- Lara, E. (2020, 28 de febrero). Nestlé y otras 7 empresas apuntadas por usar mano de obra infantil. *BioBioChile*. <https://www.biobiochile.cl/especial/lo-que-debes-saber-hoy/2020/02/28/nestle-y-otras-7-empresas-apuntadas-por-usar-mano-de-obra-infantil.shtml>
- Saidov, D. (2015). *Conformity of goods and documents. The Vienna Sales Convention*. Hart Publishing.
- Schwenzer I. & Leisinger, B. (2007). Ethical Values and International Sales Contracts. In *Commercial law challenges in the 21st century: Jan Hellner in memoriam* (pp. 124-148). Stockholm Centre for Commercial Law.
- Vidal, A. (2007). Cumplimiento e incumplimiento contractual en el código civil. Una perspectiva más realista. *Revista Chilena de Derecho*, 34(1), 41-59.

Si bien el origen del consumo puede encontrarse a partir del siglo XVII, con la producción y comercialización de bienes y productos, emergiendo el denominado «consumo de necesidad», su imparable y volcánica evolución ha promovido el paso de ese consumo de subsistencia al consumo como bienestar y su posterior sentido de consumo = pócima de la felicidad.

Seductoras oportunidades, que atraen, embaucan, manipulan y convencen al destinatario no sólo del objeto a consumir, sino de su necesidad indiscutible, han ido favoreciendo un consumo masivo, propulsado en la sociedad economicista y tecnológica del siglo XXI, que plantea problemas al planeta en general, como la pérdida de recursos para el medioambiente o las patologías mentales (a ello se ha referido Naciones Unidas con los ODS 2015), además de suscitar la necesidad de conjugar límites y regulaciones que permitan controlar el consumo líquido que nos acompaña.

Son numerosas e interesantes las cuestiones que se van planteando en torno a un derecho del consumo en constante mudanza, activo, impulsivo, expansivo. De este modo, la obra que el lector tiene entre sus manos ofrece esa mirada poliédrica, asimétrica, de numerosas cuestiones que provoca en el siglo XXI el análisis acerca del sobredimensionalismo del consumo en la vida y de sus consecuencias en el derecho del consumo.