

LA DEFENSA COLECTIVA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS

Especial atención al sistema extrajudicial de
conflictos y la nueva normativa europea



ADICAE
Asociación de Usuarios de
Bancos, Cajas y Seguros

- **Manuel Jesús Marín López** (Profesor titular de la Universidad de Castilla la Mancha. Área de Derecho Civil).
- **Jose Manuel Busto Lago** (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Coruña).
- **José Alberto Revilla González** (Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid).
- **M^a Dolores Gramunt Fombuena** (Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona. Presidenta de la Junta Arbitral de Consumo de Catalunya).

Diciembre de 2013

ÍNDICE

PRESENTACIÓN



EXTRAJUDICIAL

1. LA DEFENSA DE LOS INTERESES COLECTIVOS DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS A TRAVÉS DE LOS SISTEMAS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. REGULACIÓN EN ESPAÑA Y EN LA UNIÓN EUROPEA. -pág. 9

- 1.1. Introducción y precisiones terminológicas: intereses generales, colectivos y difusos de los consumidores, y acciones de cesación e indemnizatorias. -pág. 10
- 1.2. El departamento de atención al cliente, el defensor del cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, y la defensa colectiva de los intereses de los consumidores. -pág. 13
- 1.3. El arbitraje de consumo como vía de defensa colectiva de los usuarios de servicios financieros. -pág. 24
- 1.4. Otros mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos. -pág. 42
- 1.5. La Unión Europea y el recurso colectivo de los consumidores. -pág. 48

2. SISTEMAS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN DERECHO COMPARADO. -pág. 65

- 2.1. Estas modalidades alternativas están previstas para solucionar distintos tipos de conflictos. -pág. 66



JUDICIAL

3. DEFENSA COLECTIVA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS ANTE LOS TRIBUNALES. -pág. 95

- 3.1. La tutela judicial colectiva de consumidores y usuarios en el derecho derivado de la UE: De las acciones colectivas de cesación a las acciones colectivas por daños. -pág. 96
- 3.2. Marco legal de la tutela colectiva, en vía judicial, de los derechos e intereses de los consumidores de productos y servicios financieros en el derecho español. Valoración crítica. -pág. 99
- 3.3. Valoración crítica y aspectos del Derecho español que es necesario reformar para la plena eficacia de la tutela colectiva de los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios en nuestro ordenamiento jurídico. -pág. 116
- 3.4. Análisis práctico y conclusiones de la experiencia de los procedimientos judiciales colectivos como mecanismo de protección de los derechos e intereses legítimos de los consumidores en la contratación de productos y servicios financieros. -pág. 120

4. LA NECESIDAD DE LA ACCION COLECTIVA PARA UNA DEFENSA EFICAZ DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. -pág. 145

- 4.1. Necesidad de encontrar la solución más favorable a la protección de los consumidores, como principio inspirador del ordenamiento jurídico y objetivo de política comunitaria. Examen desde el derecho de tutela efectiva. -pág. 146
- 4.2. Acumulación de la acción colectiva de cesación y las acciones individuales de los consumidores. Acumulación subjetivo-objetiva. -pág. 148
- 4.3. Acumulación subjetiva de las acciones individuales ejercitadas por los consumidores afectados. -pág. 156

ANEXO I. MODELO COMPARADO EN LA ACCIÓN COLECTIVA EN PAÍSES EXTRANJEROS. ATENCIÓN ESPECIAL A PAÍSES DE LA UE. -pág. 161

ANEXO II. ANÁLISIS SOBRE LA VALIDEZ Y EFICACIA DEL ARBITRAJE EN EL CASO DE LAS PREFERENTES. -pág. 171

PRESENTACIÓN

Algo se está moviendo en el movimiento consumerista en los últimos años. La brutal crisis financiera de la que han sido injustas víctimas los usuarios-ciudadanos ha precipitado la llegada de un consumidor más crítico, que defiende con más ahínco sus derechos y que es más intransigente ante los abusos que desfilan habitualmente en la operativa bancaria.

Todo ello se ha unido al tradicional litigiosidad del sector financiero, que en las dos últimas décadas ha dejado un reguero de escándalos y fraudes masivos como son AVA, Gescartera, Investahorro, las academias de Inglés (Opening, Cambridge, Oxford, Wall Street), Fórum Afinsa y Arte y Naturaleza, Bonos referenciados en productos emitidos por Lehman Brothers, Cláusulas Suelo en las Hipotecas, Clips Hipotecarios -conocidos como swaps- y más recientemente las participaciones preferentes, deuda subordinada y otros productos tóxicos de ahorro colocados a millones de familias por la práctica totalidad de entidades financieras

Estos fraudes no sólo han sido al ahorro sino que también han afectado al crédito hipotecario y a las condiciones abusivas en préstamos, fundamentalmente hipotecario, suelen ser masivos y realizarse conforme al mismo patrón: complejidad del producto unido al engaño en la información que se da a los usuarios, contratos plagados de cláusulas abusivas, negligencia de los organismos reguladores (tanto CNMV como Banco de España), abuso de posición de superioridad por parte de las entidades, etc. Estos abusos sistemáticos, que mueven cifras astronómicas tanto de afectados como de ahorros de familias perdidos o cautivos “sine die”, requieren una respuesta contundente, eficaz y directa por parte de todos los implicados en el sistema judicial y extrajudicial de conflictos.

En primer lugar, y como idea general, es evidente que los abusos y fraudes colectivos y sistemáticos únicamente pueden tener una respuesta igualmente colectiva. Pretender que los afectados, ya castigados por los efectos del propio fraude, tengan que acudir a la vía judicial de uno en uno y abonando además los gastos, es una maniobra interesada y orquestada por el sector bancario y financiero con la complicidad de los reguladores, e incluso a veces hasta del sistema judicial de los sucesivos gobiernos para conseguir que como mucho lleguen hasta el final el 5 o 10% como mucho de los abusos que a sabiendas ha cometido. Este planteamiento de prácticamente total impunidad para los abusos, está generando un clima de auténtica inseguridad e insatisfacción que puede alterar el normal funcionamiento del sistema financiero y las relaciones entre clientes y entidades en los próximos años.

Por otro lado, el Gobierno, que hasta ahora solamente ha puesto trabas a la defensa de los derechos de los afectados poniendo una tasa judicial injusta y que coarta a los usuarios para acudir a los tribunales, debe apostar justamente por lo contrario: reforzar los medios con los que cuentan los juzgados para evitar procedimientos eternos que hacen perder la fe y confianza de los afectados en la justicia, así como por impulsar una reforma clara y completa de la legislación sobre acción colectiva que permita a organizaciones legítimas y representativas de consumidores y usuarios como ADICAE defender los intereses de todos los consumidores y, en particular, el de los consumidores que quieran reclamar en defensa de sus intereses y derechos.

En el caso de las participaciones preferentes y otros productos híbridos, ha sido absolutamente clamoroso el uso interesado que se ha realizado de la figura del arbitraje de consumo desnaturalizado que ha resuelto de forma discrecional el problema aproximadamente a la mitad de las víctimas de los fraudes. Un mecanismo extrajudicial rápido, eficaz y que ADICAE siempre ha defendido como modelo para la resolución de los conflictos (evitando así su judicialización automática ha sido utilizado miserablemente por las entidades financieras con la annuencia del FROB para instrumentar los canjes de las entidades financieras nacionalizadas. De esta forma, el arbitraje ha acabado siendo un elemento no universal, en el que las propias entidades han elegido a qué personas se le concedía de antemano, quedando el laudo arbitral como la escenificación de un acuerdo entre afectado y entidad que ha alcanzado a un porcentaje muy bajo del total de los afectados.

En definitiva, los consumidores se han visto abocados a la vía judicial para la que han contado y seguirán contando con ADICAE. La única asociación que lucha porque se haga valer el significado de acción judicial colectiva, con la que se han llenado la boca desde el ámbito europeo, pero que a España ha llegado tremendamente descafeinada y esquilma por el lobby de las entidades financieras, que se oponen agresivamente y poniendo todos los obstáculos posibles para doblar el poder judicial a su favor.

No obstante, ADICAE desde sus inicios hace más de 25 años ha conseguido que la defensa judicial y extrajudicial de los consumidores colectiva haya asomado con fuerza la cabeza, consiguiendo que en muchos casos los afectados hayan ido recuperando su dinero, aunque todavía continúan quedando escándalos en los que resarcir a los afectados. Para solucionarlos la colaboración e interacción de Gobierno, tribunales, profesionales y los propios afectados y sus asociaciones de consumidores es fundamental. Por ello, hemos dedicado las campañas de investigación y todo tipo de actividades prácticas que han llegado a decenas de miles de consumidores y organismos, que se reflejan en esta publicación que esperamos servirá sin duda para avanzar en todos los campos jurídicos y judiciales. Si estamos a la cabeza de los rankings europeos en fraudes masivos a los consumidores, deberíamos estar también a la cabeza en la efectividad de los mecanismos para resolución de estos conflictos, primero extrajudicialmente y después en vía judicial según dispone la normativa europea y española. Y si lo previsto no funciona, cambiar todo lo necesario hasta que lo haga. ADICAE en ese sentido ha planteado alternativas claras, concretas y completas a los grupos parlamentarios y al Gobierno. Ahora la pelota está en su tejado y ADICAE, con los consumidores, no va a dejar de luchar que sea una realidad efectiva la acción judicial y extrajudicial colectiva de los usuarios. Dicha estructura judicial y extrajudicial es la que articula los trabajos que se contienen en esta publicación, la cual hemos dirigido con el mayor rigor.

Manuel Pardos (Presidente de ADICAE)

Extrajudicial

La defensa extrajudicial colectiva de los consumidores



La contratación de productos y servicios financiero se ha convertido en un acto cotidiano de consumo. Son cientos de miles de familias las que disponen de hipotecas, créditos, fondos de inversión, seguros, tarjetas, etc. La expansión de este mercado se ha desarrollado notablemente en estas últimas décadas merced a las nuevas tecnologías de la información y difusión y a la presencia intensa del sector financiero en todos los ámbitos del consumo. Sean por unas razones o por otras, lo cierto es que las técnicas de venta masiva de estos productos los ha convertido en servicios de uso común. Es precisamente esta colocación masiva lo que provoca que los fraudes que sufren los consumidores en este ámbito de contratación afecten a un gran número de personas. Las “Cláusulas suelo” en las hipotecas, la colocación indiscriminada de preferentes y otros productos tóxicos de ahorro, como casos más recientes así lo atestiguan. Pero desde hace 20 años es un hecho recurrente. Por tanto, a un mercado que se expande a gran velocidad y cuyas disfunciones atrapan a miles de consumidores, es lógico oponer unos sistemas de resolución de conflictos que resulten ser eficaces y sobre todo colectivos.

En efecto, los consumidores demandan soluciones eficaces, rápidas y no costosas. Unas exigencias que recoge nuestra constitución en su artículo 51, cuando advierte la necesidad de establecer “mecanismos eficaces” para resolver problemas y controversias entre empresarios y consumidores.

El reconocimiento legislativo y político, por parte de todos, de los derechos de los consumidores, en España muy notoriamente desde la Ley General de Consumidores y Usuarios de 1984 y su modificación de 2007, y posteriormente con una panoplia de legislación específica, incluido el sector de productos y servicios financieros, no ha conseguido garantizar la eficacia de esos derechos. Es necesario plasmar eficazmente los principios que en lo referente a los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos que han quedado reflejados en diversa normativa europea (Recomendación de la Comisión Europea de 4 de abril de 2001 y Recomendación 98/257/CE, recogidas ambas en la reciente Directiva 2013/11/UE): Imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad. Es evidente que una vía más idónea para dar un cauce a las necesidades de los consumidores a la hora de reclamar, es la mediación de las asociaciones de consumidores.

Ante este panorama, la protección y defensa de los consumidores y usuarios es una necesidad imprescindible tanto por razones de justicia como de un funcionamiento sano y correcto del sistema económico que tiene en el consumo uno de sus pilares fundamentales. La crisis actual y la ineficacia tradicional de los mecanismos extrajudiciales en el ámbito financiero hacen pensar en la urgencia de medidas eficaces para la resolución de estos graves problemas.

Este es, por tanto, el marco en el que se desarrolla los dos estudios que ofrecemos a continuación. Bajo el título **La defensa de los intereses colectivos de los usuarios de servicios financieros a través de los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos. Regulación en España y en la Unión Europea**, el catedrático de derecho civil D.Manuel Jesús Marín López. En él se analiza el modo en que los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos pueden ser instrumentos útiles para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores, en particular en el sector de los servicios financieros. Entre estos mecanismos extrajudiciales destaca el arbitraje de consumo, pero también hay que mencionar la mediación y la conciliación. En materia de servicios financieros existe un procedimiento específico de reclamación ante la propia entidad (departamento de atención al cliente y defensor del cliente), y en su caso, ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España (en adelante, SRBE). Todo ello desde la perspectiva de su uso como herramienta de defensa colectiva.

A continuación, bajo el título **Sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos**, el equipo técnico de ADICAE realiza una comparación con otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos en consumo de distintos países de la Unión Europea que demuestran la diversidad existente en cuanto a la ordenación nacional imperante en Europa. Aquí se van a analizar los sistemas de República Checa, Alemania, Italia, Inglaterra y Gales, Francia, Países Bajos y Austria. Esta panorámica comparativa puede servir al efecto de encontrar un verdadero sistema que resuelva de verdad y con eficacia los problemas de los consumidores y usuarios financieros, tanto en España como en Europa.

Extrajudicial

1. LA DEFENSA DE LOS INTERESES COLECTIVOS DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS A TRAVÉS DE LOS SISTEMAS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. REGULACIÓN EN ESPAÑA Y EN LA UNIÓN EUROPEA

Manuel Jesús Marín López

Profesor titular de la Universidad de Castilla la Mancha. Área de Derecho Civil

1.1. Introducción y precisiones terminológicas: intereses generales, colectivos y difusos de los consumidores, y acciones de cesación e indemnizatorias.

Este trabajo tiene por objeto analizar el modo en que los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos pueden ser instrumentos útiles para la tutela de los intereses colectivos de los consumidores, en particular en el sector de los servicios financieros. Y todo ello, tomando como referencia la normativa vigente en España y en la Unión Europea.

Es necesario realizar una serie de precisiones terminológicas, que servirán para determinar el objeto de este estudio.

Se examinan los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos. Se trata de aquellos mecanismos que permiten solventar un conflicto jurídico al margen de los tribunales de justicia. Se analizan los mecanismos en los que la resolución del conflicto se produce con la participación de uno o unos terceros. Unas veces los terceros ayudan a las partes a aproximar sus posiciones o median para que éstas consigan un acuerdo (pe., mediación, conciliación). Otras veces son los terceros los que resuelven el conflicto dictando cuál es la solución (pe., arbitraje, o cuando los daños se liquidan en el procedimiento administrativo sancionador). En materia de servicios financieros existe un procedimiento específico de reclamación ante la propia entidad (departamento de atención al cliente y defensor del cliente), y

en su caso, ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España (en adelante, SRBE). Dado su carácter extrajudicial, es necesario su estudio en esta sede.

Hay que averiguar si a través de estos mecanismos extrajudiciales pueden protegerse los intereses colectivos de los usuarios de los servicios financieros.

Hay que averiguar si a través de estos mecanismos extrajudiciales pueden protegerse los intereses colectivos de los usuarios de los servicios financieros.

Ello obliga a preguntarse qué son esos intereses colectivos y cómo pueden protegerse. Todo ello requiere una explicación, que tiene un componente histórico.

En los últimos años se ha asistido en el derecho español a una instauración de mecanismos de protección de los consumidores como colectividad, como clase. Ello obedece a la constatación de que los tradicionales mecanismos procesales de tutela del consumidor son insuficientes. El consumidor que tiene una determinada controversia jurídica con un empresario puede acudir a los tribunales

Los tradicionales mecanismos procesales de tutela del consumidor son insuficientes.

de justicia, y solicitar la tutela judicial de su interés *individual*. En muchos casos el consumidor individual carece

de incentivos para interponer una demanda judicial: los costes de la misma – en tiempo y en dinero– son superiores al interés cuya protección reclama judicialmente. Pero es que, incluso aunque interponga la demanda y ésta sea estimada, los resultados obtenidos no son plenamente satisfactorios en términos generales.

Ello se debe a que hay determinados intereses, que pueden calificarse como intereses colectivos, para cuya protección no sirven los instrumentos tradicionales del derecho civil o del derecho procesal civil. Los intereses colectivos son aquéllos que no son subjetivos (en el sentido de afectar a un único sujeto) ni intereses públicos o generales (cuya defensa corresponde a la Administración). Diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico-privado aluden a la tutela de los “intereses colectivos”, pero ninguno define qué son los intereses colectivos.

Los intereses colectivos de los consumidores son algo más que la suma de los intereses individuales (subjetivos) de cada uno de ellos. Los intereses son colectivos, no porque sean intereses de muchos, sino *porque sólo se satisfacen planteando un conflicto de naturaleza colectiva*, es decir, ejerciendo un control sobre una actividad

dirigida a una generalidad –normalmente indeterminada– de personas, o reclamando la reparación global del daño ya producido¹. Los intereses son colectivos porque la afectación que puede sufrir un concreto individuo (consumidor) es casual y contingente, y no necesaria; aunque la actividad de la empresa (publicidad, puesta en circulación de un producto, etc.) se ha diseñado con el fin de alcanzar al máximo número posible de destinatarios, de modo que cualquier irregularidad perjudicará,

Los intereses colectivos de los consumidores son algo más que la suma de los intereses individuales.

potencialmente, a un elevado número de sujetos. En definitiva, lo colectivo está en el modo de ser del comportamiento que quiere controlarse, y no el número de individuos afectados².

Como antes se indicaba, los instrumentos tradicionales del Derecho civil no son aptos para proteger suficientemente los intereses colectivos de los consumidores. Y ello porque la reacción adecuada y completa, la que *pone las cosas en su sitio* (impidiendo la producción de perjuicios, o reparando los ya causados) no es la que mira al derecho lesionado de uno o varios concretos con-

¹ PASQUAU LIAÑO, M., *El nuevo marco para la protección judicial de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios*, Sevilla, Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, 2003, pp. 27.

² CARRASCO PERERA, A./MARÍN LÓPEZ, M. J., “Acciones civiles de cesación y competencias administrativas ejecutivas. El ejemplo de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2008-2, nº 21, pp. 27.

Los intereses colectivos de los consumidores son algo más que la suma de los intereses individuales.

sumidores, sino la que mira a la fuente de la lesión (actual o potencial). Esa es la virtualidad de la tutela judicial de los intereses colectivos.

Con la finalidad de tutelar jurídicamente los intereses colectivos de los consumidores, nuestro ordenamiento jurídico contempla dos tipos de acciones. Por una parte, se permite el ejercicio de acciones dirigidas a obtener el resarcimiento de daños individualmente sufridos por los integrantes de un grupo, ya se trate de una pluralidad de consumidores determinados o fácilmente determinables, ya se trate de consumidores indeterminados o de difícil determinación (defensa de los intereses colectivos y defensa de los intereses difusos, respectivamente, en la terminología empleada por el art. 11 LEC). Por otra parte, existe la posibilidad de utilizar acciones de cesación, dirigidas a poner fin a una práctica contraria a la normativa protectora de los consumidores³.

Las diferencias entre estos dos tipos de acciones son claras. En las acciones de reparación de daños colectivos o difusos se busca una tutela indemnizatoria o reparatoria. En las acciones de cesación, en cam-

bio, se persigue una tutela preventiva, en particular, el cese de una actividad ilícita o irregular potencialmente dañosa. Sin embargo, a pesar de estas diferencias, el interés protegido en ambos casos es el mismo (los intereses colectivos de los consumidores). La diferencia estriba, por tanto, no en la naturaleza del interés tutelado, sino en la forma de protección (preventiva o indemnizatoria).

Nuestro derecho regula las acciones de cesación y de reparación de daños colectivos o difusos en el ámbito de los procesos judiciales. Establece quién tiene legitimación para ejercitar estas acciones en el proceso civil, cuál es su tramitación procesal (y sus especialidades procedimentales), y qué contenido ha de tener la sentencia estimatoria que en su caso se dicte.

En las acciones de cesación, en cambio, se persigue una tutela preventiva, en particular.

El objeto de este trabajo es analizar si estas acciones de cesación y de reparación de daños colectivos o difusos pueden ejercitarse extrajudicialmente, esto es, fuera de un proceso civil. O dicho de otro modo, si el contenido típico de estas acciones puede reclamarse a través de los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos entre empresario y consumidores establecidos en nuestro derecho.

³ Esta distinción entre acción de cesación y acciones indemnizatorias se ha recogido en la Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización de daños, que será objeto de estudio más adelante.

1.2. El departamento de atención al cliente, el defensor del cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, y la defensa colectiva de los intereses de los consumidores.

Las entidades de crédito disponen de un departamento de atención al cliente, y pueden tener también un defensor del cliente, ante quien presentar sus quejas y reclamaciones. Un usuario de servicios financieros puede igualmente formular su reclamación ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Hay que examinar si puede utilizarse este cauce para proteger los intereses colectivos de los consumidores.

1.2.1. Delimitación, organización y funciones de estas entidades.

La Orden de 3 de marzo de 1987, sobre liberalización de tipos de interés y comisiones y sobre normas de actuación de las entidades de crédito, previó la creación del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Sin embargo, ya antes algunas entidades de crédito habían creado la figura del defensor del cliente (el primero, el Banco de Bilbao, en 1986). Ambas instituciones –defensor del cliente y Servicio de Reclamaciones– han tenido durante muchos años su regulación en la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito, y en la Circular 8/1990, que la desarrolla

(Circular 8/1990, del Banco de España, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela). Se instauró un sistema de doble escalón para atender a las reclamaciones de los clientes bancarios: i) el defensor del cliente, a quien necesariamente había que recurrir si la entidad de crédito disponía del mismo; ii) y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero⁴ introduce importantes cambios en esta materia. En sus arts. 22 a 31, y bajo la rúbrica “defensa del cliente de servicios financieros”, se crea el Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios, y se regula también el departamento de atención al cliente y el defensor del cliente (art. 29), precepto éste que ha sido desarrollado por la 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 financieras⁵.

El Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Hay que examinar si puede utilizarse este cauce para proteger los intereses colectivos de los consumidores.

La situación cambia notablemente tras la publicación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. A la vista de que los Comisionados nunca fueron de-

⁴ BOE nº 281, de 23 de noviembre de 2002.

⁵ BOE nº 72, de 24 de marzo de 2004.

Se instauró un sistema de doble escalón para atender a las reclamaciones de los clientes bancarios: El defensor del cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

signados, y de que su tarea la ha seguido realizando, en el ámbito de los servicios bancarios, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, la Ley 2/2011 no hace sino adaptar la ley a esa situación real. Por eso, suprime los Comisionados para la Defensa de los Clientes de Servicios Financieros (deroga los arts. 22 a 28 de la Ley 44/2002, y el RD 303/2004), y atribuye sus funciones, en el ámbito que ahora nos interesa, al Servicio de Reclamaciones del Banco de España (en el nuevo art. 30 de la Ley 44/2002, que recibe nueva redacción por la Disp. Final 11ª de la Ley 2/2011). En esta línea, el art. 31 de la Ley 2/2011 dispone que “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 ejercerán sus facultades en materia de protección a los usuarios de servicios financieros en los términos previstos en el artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero”. Además, el Ministerio de Economía y Competitividad ha dictado la Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, que regula el procedimiento de presentación

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 Pensiones⁶.

Conforme a lo expuesto, la actual normativa reguladora de los servicios de atención al cliente de entidades financieras, el defensor del cliente y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España se contiene en los arts. 29 a 31 de la Ley 44/2002; la 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; y la Orden ECC/2502/2012, pues en la medida en que para presentar una reclamación ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España antes hay que haber reclamado al servicio de atención al cliente o al defensor del cliente, algunas de las previsiones contenidas en la Orden ECO/734/2004 deben verse matizadas o interpretadas a la luz de la Orden ECC/2502/2012.

Volviendo de nuevo a los servicios de atención al cliente, se prevén en nuestro derecho dos órganos de reclamación. En primer lugar, el departamento o servicio de atención al cliente, que tiene por objeto

Se establece la posibilidad de que las entidades designen, de forma potestativa, un defensor del cliente.

⁶ BOE nº 281, de 22 de noviembre de 2012.

atender y resolver las quejas y reclamaciones que presenten los clientes de las entidades de crédito. Tiene carácter obligatorio, en el sentido de que todas las entidades de crédito deben contar con este departamento. En segundo lugar, se establece la posibilidad de que las entidades designen, de forma potestativa, un defensor del cliente, “al que corresponderá atender y resolver los tipos de reclamaciones que se sometan a su decisión” (art. 29 Ley 44/2002). La actividad y relaciones entre ambos servicios deberán regularse por medio de un Reglamento de funcionamiento del Defensor del Cliente, que habrá de aprobar cada entidad o grupo de entidades, y que deberá ser verificado por el Banco de España.

Aunque la normativa no es todo la clara que debiera, existe entre ambos órganos una relación cuasi-jerárquica, pues el defensor del cliente es la segunda instancia dentro de la entidad de crédito para conocer de reclamaciones ya resueltas por el servicio de atención al cliente (así, además, puede establecerse en el Reglamento de funcionamiento).

Existen entre ambos órganos varias diferencias. Así, el defensor del cliente tiene más autonomía e independencia que el departamento de atención al cliente, pues este departamento pertenece a la entidad, aunque tiene un funcionamiento separado de los restantes servicios comerciales u operativos de la entidad; mientras que el defensor del cliente será una persona “ajena a la organización de la entidad o entidades a que presta sus servicios”, y actuará “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” (art. 7 Orden ECO/734/2004).

El departamento de atención al cliente y el defensor del cliente deben resolver las quejas y reclamaciones en el plazo máximo de dos meses. La decisión habrá de ser motivada, y deberá contener “unas conclusiones claras sobre la solicitud planteada en cada queja o reclamación, fundándose en las cláusulas contractuales, las normas de transparencia y protección aplicables, así

La decisión del defensor del cliente favorable a la reclamación vinculará a la entidad de crédito.

como las buenas prácticas y usos financieros” (art. 15 Orden ECO/734/2004). Además, si la decisión se aparta de los criterios adoptados anteriormente en expedientes similares, habrá de aportar las razones que justifiquen el cambio. Se pretende de este modo fomentar el establecimiento de criterios uniformes de resolución.

La decisión del defensor del cliente favorable a la reclamación vinculará a la entidad de crédito (art. 29.2 Ley 44/2002). Aunque no se establezca expresamente, lo mismo habrá que predicar de la decisión que adopte el departamento de atención al cliente. Por otra parte, el departamento de atención al cliente y, en su caso, el defensor del cliente, deberán presentar al consejo de administración de la entidad de crédito un informe anual explicativo de la función que desarrollan. Un resumen de este informe se integrará en la memoria anual de las entidades.

Cuando la reclamación del usuario es desestimada o desatendida, el usuario podrá presentar esa misma reclamación ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España. En realidad, para poder entablar una reclamación ante el SRBE es necesario que previamente se haya formulado esa reclamación ante el departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, ante el defensor del cliente de la entidad financiera (basta con que se reclame a uno de ellos, sin que necesariamente tenga que formularse la reclamación antes los dos, si es que existen), y que suceda una de estas tres circunstancias: que la reclamación no haya sido admitida a trámite, que haya sido total o parcialmente desestimada, o que hayan transcurrido dos meses desde su presentación sin haber sido resuelta [arts. 30.3.a) Ley 44/2002, y 7.1 Orden ECC/2502/2012].

Una vez recibida la reclamación por el SRBE, tras advertir que no concurre causa de inadmisión (de las contempladas en el art. 13 Orden ECC/2502/2012), se procederá a la apertura de un expediente para cada una de las reclamaciones, y se requerirá a la entidad reclamada a que haga alegaciones.

En todo caso, el expediente deberá concluir con un informe, que debe emitirse en el plazo máximo de cuatro meses, contados desde la fecha de presentación de la reclamación ante el SRBE.

El expediente concluirá con un informe. El informe, que será motivado, deberá pronunciarse sobre todas las cuestiones que se hayan planteado en la reclamación. Ade-

más deberá pronunciarse acerca de si se ha producido o no un quebranto de las normas de transparencia bancaria y protección de la clientela, y si la conducta de la entidad se ha ajustado o no a las buenas prácticas y usos financieros (art. 12.3 Orden ECC/2502/2012). El Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha reiterado en

Se establecen dos nuevos criterios en los que los clientes bancarios pueden fundamentar sus reclamaciones: la violación de sus derechos legalmente reconocidos, y la violación de los derechos derivados de los contratos.

sus memorias anuales, el informe no debería ocuparse de la interpretación y aplicación de normas de derecho privado sobre obligaciones y contratos. Sin embargo, ocurre que para determinar lo que es una buena o mala práctica bancaria, en ocasiones se acude a la aplicación, o al menos la interpretación, de una norma jurídica de derecho privado. Esta idea, ya apuntada por el Servicio de Reclamaciones, se hace hoy más patente en la nueva regulación, pues se establecen dos nuevos criterios en los que los clientes bancarios pueden fundamentar sus reclamaciones: la violación de sus derechos legalmente reconocidos, y la violación de los derechos derivados de los contratos (incumplimiento contractual) [art. 30.1.I de la Ley 44/2002].

El informe del SRBE carece de la naturaleza jurídica de actos administrativos (arts. 30.2 Ley 44/2002, y 12.6 Orden

ECC/2502/2012). Además, el informe no puede fijar una valoración económica del daño causado ni establecer una indemnización de daños y perjuicios [art. 10.1.c) Orden ECC/2502/2012]. Por último, el informe carece de fuerza vinculante para el reclamante y para la entidad de crédito (arts. 30.2 Ley 44/2002, y 12.6 Orden ECC/2502/2012). Ello no significa, sin embargo, que carezca

El informe carece de fuerza vinculante para el reclamante y para la entidad de crédito.

de toda utilidad. Por una parte, porque muchas entidades de crédito cumplen “voluntariamente” el informe cuando éste les condena, pues esta información se incluirá en la Memoria anual del Servicio de Reclamaciones, y a las entidades de crédito les interesa constar en esa Memoria como entidades cumplidoras. Por otra, el informe constituye un instrumento de inestimable ayuda para el juez en el momento de valorar los hechos. La realidad demuestra que los informes desfavorables para las entidades de crédito, en cuanto ponen de manifiesto la comisión de errores en la actuación de las entidades, son objeto de especial consideración por los órganos jurisdiccionales.

Por último, hay que destacar que no puede presentarse una reclamación ante estas entidades cuando esa reclamación ya ha sido planteada ante órganos administrativos, jurisdiccionales o arbitrales y está pendiente de resolución o ya haya sido resuelta [art. 12.3.b) Orden ECO/734/2004].

1.2.2. Objeto de la reclamación.

El servicio de atención al cliente y el defensor del cliente están obligados a atender y resolver las quejas y reclamaciones (sean personas físicas o jurídicas, españolas o extranjeras), que sean clientes de esa entidad financiera, siempre que esas quejas y reclamaciones se refieran a sus intereses y derechos legalmente reconocidos, ya deriven de los contratos, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros (arts. 2.2 y 3 Orden ECO/734/2004). Caso de ser desatendida, esa misma queja o reclamación podrá formularse también contra el SRBE [arts. 3.1 y 6.1.c) Orden ECC/2502/2012].

Hay que distinguir entre quejas y reclamaciones. Tienen la consideración de “quejas” las presentadas por los usuarios de servicios financieros por las demoras, des-

El objeto de la reclamación es la restitución de una cantidad económica, a la que el usuario tiene derecho al haberse producido un incumplimiento por la entidad reclamada.

atenciones o cualquier otro tipo de actuación deficiente que se observe en el funcionamiento de las entidades financieras. Sin embargo, son “reclamaciones” las que, con la pretensión de obtener la restitución de su interés o derecho, ponen de manifiesto hechos concretos referidos a acciones u omisiones de la entidad financiera reclamada que causan un perjuicio en

los intereses o derechos del reclamante, y que derivan de presuntos incumplimientos por la entidad reclamada de los derechos legalmente reconocidos a los usuarios de servicios financieros (art. 2 Orden ECC/2502/2012). En consecuencia, cuando se solicita la devolución de alguna cantidad económica, esa petición constituye una reclamación, y no una queja.

El objeto de la reclamación es la restitución de una cantidad económica, a la que el usuario tiene derecho al haberse producido un incumplimiento por la entidad reclamada de los derechos legalmente reconocidos a los consumidores, sea en el propio contrato, sea en la normativa legal aplicable. Por ejemplo, devolución de una comisión bancaria indebida, o de intereses del préstamo superiores a los que el prestatario debía abonar; pero también, anulación de un contrato bancario, por no haber recibido la suficiente información precontractual. No podrán presentarse reclamaciones con otras pretensiones distintas a la citada [art. 12.3.b) Orden ECO/734/2004]. En particular, no podrán solicitarse los daños y perjuicios que eventualmente haya podido ocasionar al usuario la actuación de la entidad de crédito, aunque sea sancionable administrativamente [art. 10.1.c) Orden ECC/2502/2012]. Esta última previsión está prevista legalmente como causa de inadmisión a trámite de la reclamación ante el SRBE, pero debe considerarse igualmente como un supuesto de inadmisión ante el servicio de atención al cliente y el defensor del cliente (aunque no esté contemplada en el art. 12.3 Orden ECO/734/2004). Pues no tiene sentido que pudiera reclamarse por este concepto ante el servicio de atención al cliente, y luego es-

tuviera vedada la posibilidad de reclamar en ese mismo concepto ante el SRBE.

Teniendo en cuenta el objeto de la reclamación, no cabe formular ante el servicio de atención al cliente, el defensor del cliente o el SRBE la pretensión típica de una acción de cesación; esto es, no puede reclamarse ante estos órganos la cesación de una conducta de la entidad financiera contraria a la normativa protectora del consumidor, la supresión de

Teniendo en cuenta el objeto de la reclamación, no cabe formular ante el servicio de atención al cliente, el defensor del cliente o el SRBE la pretensión típica de una acción de cesación.

elementos ilícitos de esa conducta o su corrección. Evidentemente, estas pretensiones tampoco pueden ser el objeto de una queja.

Tampoco parece que pueda ser objeto de una reclamación una acción indemnizatoria colectiva, en el sentido que esta expresión tiene en el art. 11.2 LEC. Esta tesis debe matizarse, a la vista de lo dispuesto en el art. 9 de la Orden ECC/2502/2012, como más adelante se expone.

1.2.3. Legitimación para reclamar.

La reclamación ante el servicio de atención al cliente o el defensor del cliente puede ser presentada por cualquier persona física o jurídica, española o extranjera, que sea cliente de la entidad reclamada, esto es, que tenga la condición de usuario de los servicios financieros prestados por esa entidad. La re-

clamación podrá ser presentada personalmente por el usuario o por un representante suyo (arts. 2.2 y 11.1 Orden ECO/734/2004).

La legitimación para reclamar ante el SRBE se configura de manera más amplia en la Orden ECC/2502/2012 (art. 3). Pues además de los sujetos ya mencionados, también tienen legitimación otras entidades:

1) “Están legitimados para presentar quejas o reclamaciones y formular consultas en su condición de usuarios de servicios financieros las personas o entidades que actúen en defensa de los intereses particulares de sus clientes, partícipes o inversores, los tomadores de seguros, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o derechohabientes de cualquiera de ellos, así como los partícipes y beneficiarios de planes de pensiones” (art. 3.2 Orden ECC/2502/2012). A pesar de la confusa redacción, se trata en realidad de personas, entidades o asociaciones que actúan en representación de

Podrán presentar quejas o reclamaciones y formular consultas las asociaciones y organizaciones representativas de legítimos intereses colectivos de los usuarios de servicios financieros.

varios clientes o terceros afectados (asegurados, beneficiarios o terceros perjudicados, en caso de seguros o pensiones). No ostentan una representación colectiva, sino una representación individual de varios sujetos.

2) “Igualmente, podrán presentar quejas o reclamaciones y formular consultas las asociaciones y organizaciones representati-

vas de legítimos intereses colectivos de los usuarios de servicios financieros, siempre que tales intereses resulten afectados y aquéllas estén legalmente habilitadas para su defensa y protección y reúnan los requisitos establecidos en el Real Decreto 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, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores” (art. 3.3 Orden ECC/2502/2012).

Para que tengan legitimación, deben darse dos requisitos. (i) Que estén afectados los intereses colectivos de los usuarios de la entidad financiera reclamada. Por “intereses colectivos” hay que entender los intereses económicos de un grupo de consumidores determinado, por ser todos ellos clientes de una misma entidad financiera. Es cierto que también son intereses colectivos los que se tutelan mediante el ejercicio de una acción de cesación (que persigue el cese de un comportamiento ilícito de un empresario); pero por razón de su objeto una pretensión de este tipo no puede formularse nunca contra el servicio de atención al cliente, el defensor del cliente o el SRBE. (ii) Que la asociación de consumidores esté legalmente habilitada para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y cumpla los requisitos establecidos en el TRLGDCU; lo que requiere no sólo que la asociación haya sido válidamente constituida, y cumpla los demás requisitos exigidos en el TRLGDCU, sino además que esté inscrita en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores o en el registro o libro auto-

nómico correspondiente [arts. 24.1 y 37.c) TRLGDCU]⁷. Pero no es necesario que se trate de una acción de consumidores “representativa”.

Aunque la Orden ECC/2502/2012 no lo aclara, parece que la legitimación que su art. 3.3 concede a determinadas asociaciones de consumidores ha de vincularse con las “reclamaciones colectivas” de su art. 9. Estas reclamaciones colectivas se presentarán a través de un único representante (art. 9.2 Orden ECC/2502/2012), y hay que entender que ese representante ha de ser una asociación de consumidores inscrita. Al margen de ello, cualquier asociación de consumidores (incluso no inscrita, al igual que cualquier persona física o jurídica), puede interponer una reclamación individual en representación de un usuario

1.2.4. ¿Defensa de intereses colectivos o difusos?

Ahora procede analizar si el servicio de atención al cliente (y/o el defensor del cliente) y el SRBE puede conocer de reclamaciones colectivas de los usuarios de la entidad financiera.

Ya se ha señalado que estos organismos no pueden conocer de reclamaciones que pretenden la cesación de aquellas conductas o comportamientos que, practicados por las entidades financieras, son ilegales porque lesionan los derechos e intereses de los consumidores. Esta pretensión, que es el objeto

típico de una acción judicial de cesación, no puede plantearse ante estos organismos, pues la propia naturaleza de la petición queda fuera del concepto de “queja” y de “reclamación”.

En cuanto a las reclamaciones colectivas indemnizatorias, hay que analizar por separado dos preceptos de la Orden ECC/2502/2012 que, de un modo u otro, pueden estar relacionados con esta cuestión.

a) *La acumulación de reclamaciones en el Servicio de Reclamaciones del Banco de España.*

Bajo la rúbrica de “acumulación de expedientes”, el art. 8 de la Orden ECC/2502/2012 permite al SRBE la acumulación de expedientes, para su tramitación conjunta, en los siguientes casos: a) cuando se trate de reclamaciones o quejas presentadas por distintas personas, y se refirieran a la misma entidad financiera, que guarden una identidad sustancial o una íntima conexión en los hechos o problemas

Este no es un procedimiento de tutela de intereses colectivos de consumidores, sino un mecanismo de acumulación de varias reclamaciones individuales.

puestos de manifiesto (pe., varios usuarios de una misma entidad reclaman por separado el cobro indebido de una comisión de

⁷ MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentario al art. 24”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009, pp. 395 y ss..

mantenimiento trimestral); b) cuando se trate de reclamaciones o quejas formuladas por una misma persona referidas a cuestiones que guarden una identidad sustancial o una íntima conexión, y que no consistan en una mera reiteración (pe., un usuario interpone tres reclamaciones ante el SRBE en tres meses consecutivos, por cobros indebidos de intereses remuneratorios).

Este no es un procedimiento de tutela de intereses colectivos de consumidores, sino un mecanismo de acumulación de varias reclamaciones individuales. En efecto, se permite al SRBE acumular varias reclamaciones individuales (varios expedientes) para que se tramiten de forma conjunta, con el fin de ahorrar costes y tiempo al SRBE. La acumulación es una posibilidad que se ofrece al SRBE, quien, por tanto, en ningún caso está obligado a acumular. Que se tramitan de forma “conjunta” significa que hay una única tramitación para todas esas reclamaciones. No aclara el precepto si en tal caso la tramitación concluye con un único informe o con tantos informes como reclamaciones. Lo que sí se establece es que, a efectos del resumen estadístico que ha de contener la memoria anual del Banco de España, se computarán tantas reclamaciones como expedientes se hayan acumulado.

No se prevé la acumulación de procedimientos en las reclamaciones presentadas ante el servicio de atención al cliente o el defensor del cliente. En estos casos cada reclamación (cada expediente) debe concluir con una decisión motivada, que será notificada al recla-

mante. Ello no impide, sin embargo, que las normas de funcionamiento del servicio de atención al cliente o del defensor del cliente de cada entidad financiera permitan que varias reclamaciones de un mismo usuario puedan ser acumuladas y se resuelvan en una única decisión. Lo que está justificado en elementales razones de economía procedimental.

b) Las “reclamaciones colectivas” ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

El art. 9 de la Orden ECC/2502/2012 dispone que “podrá presentarse una única reclamación o queja conjunta por parte de distintos reclamantes cuando éstos se vean afectados por conductas que tengan un contenido y fundamento idéntico o sustancialmente similar, de la misma entidad”. Se trata de la denominada reclamación conjunta o colectiva, pues ambos términos son los que se utilizan en el precepto (reclamación colectiva, en la rúbrica y en los apartados 2, 3 y 4; reclamación conjunta, en el apartado 1). Según este precepto, si varios sujetos han reclamado infructuosamente ante el servicio de atención al cliente o el defensor del cliente de una entidad financiera, podrán formular una única reclamación conjunta ante el SRBE, siempre que esas reclamaciones individuales tengan todas el mismo fundamento y el mismo objeto (o sustancialmente similar). Así sucederá, por ejemplo, si cuatro personas a las que se cobra indebidamente una comisión por la entidad financiera X, después de interponer sus reclamaciones individuales ante el servicio de atención al

cliente, y ante su desestimación, deciden formular una reclamación conjunta (o colectiva) ante el SRBE.

La reclamación colectiva deberá presentarse a través de un único representante (art. 9.2 Orden ECC/2502/2012). La norma no señala quién puede ser ese representante. De ello cabría deducir que puede ser cualquier persona, física o jurídica, incluso uno de los propios reclamantes individuales. Sin embargo, una interpretación conjunta de los arts. 3.3 y 9.2 de esta Orden permiten llegar a la conclusión de que sólo una asociación

Sólo una asociación de consumidores inscrita o una cooperativa de consumidores inscrita pueden interponer una reclamación de este tipo.

de consumidores inscrita o una cooperativa de consumidores inscrita pueden interponer una reclamación de este tipo. En realidad, la asociación no tiene legitimación para representar a una colectividad de consumidores, sino sólo a aquellos que efectivamente reclaman al SRBE a través de la asociación (legitimación como suma de reclamaciones individuales). Se trata, por tanto, una legitimación distinta a la que ostentan las asociaciones de consumidores para ejercitar las acciones indemnizatorias colectivas a que se refiere el art. 11.2 y 3 LEC. Si es así, no se entiende por qué la asociación de consumidores ha de ser de ese tipo (de las legalmente habilitadas para la defensa de los

intereses colectivos). Es más, no se comprende por qué la reclamación colectiva ha de ser interpuesta por una asociación de consumidores. Parece más adecuada la regla que atribuye la legitimación para interponer reclamaciones colectivas a cualquier sujeto, siempre que actúe en representación de todos los reclamantes individuales; éste es el modelo adoptado para las reclamaciones colectivas ante el Servicio de Reclamaciones de la CNMV (normas 4ª y 8ª de la Circular 7/2013, de 25 de septiembre, de la CNMV)⁸

La reclamación o queja colectiva deberá contener todos los elementos establecidos en el art. 6 de la Orden (art. 9.3 Orden ECC/2502/2012). Eso significa que, en cuanto a su contenido, la reclamación colectiva debe ser la suma de todas las reclamaciones individuales: debe identificar con nombres y apellidos (o razón social) a cada uno de los reclamantes; expresar el motivo de la reclamación de cada reclamante; y acreditar que ha transcurrido el plazo de dos meses en cada reclamación. Debe adjuntarse, además, toda la documentación que resulte imprescindible para resolver cada una de las reclamaciones individuales. La Circular 7/2013, de 25 de septiembre, de la CNMV, que regula el régimen de las reclamaciones contra empresas que prestan servicios de inversión, contempla también las reclamaciones colectivas. Y contiene en su Anexo 2 un Formulario para la presentación de reclamaciones colectivas ante la CNMV. Hubiera sido adecuado establecer un modelo similar para las reclamaciones colectivas ante el SRBE.

⁸ BOE nº 262, de 1 de noviembre de 2013.

El SRBE deberá tramitar las reclamaciones colectivas como un único expediente y pronunciarse sobre éstas en una única resolución (art. 9.4 Orden ECC/2502/2012). Por tanto, el SRBE emitirá un único in-

La resolución o informe del SRBE sólo afectará a los usuarios integrados en esa reclamación colectiva.

forme, en el que se dará respuesta separada a cada una de las peticiones individuales incluidas en esa reclamación colectiva.

La resolución o informe del SRBE sólo afectará a los usuarios integrados en esa reclamación colectiva. Estos usuarios no podrán en el futuro reclamar por el mismo concepto contra la misma entidad [art. 10.2.d) Orden ECC/2502/2012]. Los que no se integraron en ella no se verán afectados por la resolución (ni positiva ni negativamente), y podrán interponer reclamaciones individuales contra el SRBE, incluso mientras se está tramitando la reclamación colectiva. Una vez presentada la reclamación colectiva no pueden adherirse a la misma nuevos usuarios; no se suspende la tramitación para hacer un llamamiento a otros posibles usuarios que estén en la misma situación, ni hay prevista la posibilidad de adhesiones ulteriores de usuarios.

La “reclamación colectiva” sólo se puede formular ante el SRBE. La normativa vigente no contempla que una reclamación de este tipo pueda plantearse ante el servicio de atención al cliente o el defensor del cliente. En cualquier caso, si varios usuarios presentan una reclamación colectiva ante estos organis-

mos, lo más adecuado es que, si cada una de las peticiones individuales que la integran cumplen los requisitos de contenido de la reclamación exigidos en el art. 11.2 de la Orden ECO/734/2004, no haya una inadmisión a trámite, sino que la reclamación siga su tramitación normal, pero abriendo tantos expedientes individuales como reclamantes haya (salvo que el reglamento de funcionamiento de la oficina de atención al cliente o del defensor del pueblo establezcan otra cosa).

Este procedimiento de “reclamación colectiva” no puede utilizarse para solicitar el cese de una conducta ilegal de una entidad financiera, ni sirve tampoco para reclamar una indemnización causada a un grupo determinado

La “reclamación colectiva” sólo se puede formular ante el SRBE. La normativa vigente no contempla que una reclamación de este tipo pueda plantearse ante el servicio de atención al cliente o el defensor del cliente.

de clientes de esa entidad; pues la petición de una indemnización de daños no puede tramitarse nunca a través de una reclamación al SRBE, según se indica en el art. 10.1.c) de la Orden ECC/2502/2012.

1.2.5. CONCLUSIONES.

En caso de incumplimiento de los derechos legalmente reconocidos, el usuario (cliente) de servicios financieros puede formular una reclamación al servicio o departamento de atención al cliente y al defensor del cliente, y si esta petición es desestimada o desatendida du-

rante un plazo de dos meses, al Servicio de Reclamaciones del Banco de España. La reclamación persigue siempre la restitución de una cantidad económica, basada en el incumplimiento por la entidad financiera de derechos legalmente reconocidos al usuario.

Esta reclamación no puede tener por objeto el cese de una conducta o comportamiento ilegal de la entidad financiera, que es la finalidad típica de una acción judicial de cesación.

Las asociaciones de consumidores constituidas válidamente e inscritas en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores o en el registro o libro autonómico correspondiente pueden presentar ante el SRBE (pero no ante el servicio de atención al cliente o ante el defensor del cliente) una reclamación colectiva en representación de un número determinado de reclamantes (con nombres y apellidos), cuyas peticiones individuales fueron desestimadas o desatendidas por el servicio de atención al cliente o el defensor del cliente. Una vez presentada la reclamación ante el SRBE no cabe la adhesión de otros reclamantes individuales, ni se prevé la suspensión del procedimiento para que puedan personarse. La tramitación concluirá con una única resolución, que se pronunciará por separado sobre cada una de las peticio-

Estos mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos son muy ineficientes.

nes individuales. Esta resolución no afectará a los usuarios que no han reclamado, y que podrán hacerlo en el futuro. Por todo

ello, la reclamación colectiva ante el SRBE no es un mecanismo de tutela de los intereses colectivos de los consumidores.

En cualquier caso, estos mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos son muy ineficientes. Aunque el servicio de atención al cliente o el defensor del cliente resuelvan la reclamación dando la razón al usuario, éste no dispone de vías adecuadas para hacerla ejecutar. Y si la reclamación llega a plantearse al SRBE, y el informe de éste es favorable al usuario, tampoco éste logra una protección satisfactoria, pues el informe no tiene carácter vinculante para la entidad financiera.

1.3. El arbitraje de consumo como vía de defensa colectiva de los usuarios de servicios financieros.

1.3.1. Arbitraje de consumo y servicios financieros.

El arbitraje de consumo es un sistema extrajudicial de resolución de conflictos en virtud del cual las partes acuerdan que será unos terceros (los árbitros) los que resolverán la controversia jurídica, dictando un laudo que tendrá la misma eficacia que una sentencia judicial. Constituye, por tanto, una alternativa a la vía judicial. El arbitraje de consumo es una modalidad especial de arbitraje. Está regulado en los arts. 57 y 58 TRLGDCU y en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero (en adelante, RDAC), y en lo no dispuesto en el mismo será de aplicación supletoria la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje (en adelante, LArb), según indican los arts. 3.1 RDAC, y 1.3 y disp. adic. única LArb.

Desde el punto de vista subjetivo, es necesario que las partes en conflicto sean un consumidor y una empresa o profesional. El RDAC no define, sin embargo, qué ha de entenderse por consumidor y empresa o profesional. Dado que este RDAC se dicta en desarrollo del art. 57.2 TRLGDCU, habrá que estar a los conceptos de “consumidor” y “empresario” de los arts. 3 y 4 TRLGDCU. Los usuarios de servicios financieros que celebran contratos con las entidades financieras son consumidores a efectos del TRLGDCU y de la LCCC, y las entidades financieras tienen sin duda la calificación de empresarios. Por eso los conflictos que nacen de estos contratos pueden solventarse mediante arbitraje de consumo.

En cuanto a la delimitación objetiva, la regla general es que son susceptibles de arbitraje de consumo los conflictos que versen “sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho” (art. 2.1 RDAC, en idénticos términos que el art. 2.1 LArb). Sin embargo, no puede acudir al arbitraje de consumo cuando los conflictos versan sobre intoxicación, lesión, muerte o existen indicios racionales de delito (art. 57.1 TRLGDCU). La exclusión se extiende a la responsabilidad civil por daños y perjuicios directamente derivados de estos hechos (art. 2.2 RDAC). Fuera de los casos del art. 2.2 RDAC, es claro que los daños contractuales son materia arbitrable; incluso los daños contractuales de tipo secuencial derivados de la adquisición de bienes o servicios (pe, daños causados en la persona o bienes del consumi-

dor comprador, distintos del bien de consumo). La norma no aclara, sin embargo, si son arbitrales las controversias que tienen un

La norma no aclara, sin embargo, si son arbitrales las controversias que tienen un origen no contractual.

origen no contractual (en particular, los daños causados en bienes de terceros por productos defectuosos o los daños extracontractuales). Pero la respuesta ha de ser negativa, pues el arbitraje de consumo sólo resuelve controversias derivadas de relaciones de consumo (art. 24.1.I RDAC), y éstas, por definición, se caracterizan por su origen contractual⁹.

No existe un arbitraje de consumo especial en materia de servicios financieros. Los conflictos en este ámbito se someten al arbitraje de consumo “general” del RDAC. En efecto, el consumidor y la entidad de crédito pueden someter a arbitraje de consumo cualquier conflicto derivado del incumplimiento del con-

No existe un arbitraje de consumo especial en materia de servicios financieros.

trato, incluso la posible reclamación de daños y perjuicios, salvo que existan indicios racionales de delito (las otras materias no arbitrables del art. 57.1 TRLGDCU parece que no pueden ocurrir

⁹ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Presente y futuro del arbitraje de consumo: cuarenta y tres cuestiones controvertidas”, *Revista de Derecho Privado*, 2006, nº 90, septiembre-octubre, pp. 11 y ss.

en el ámbito que se analiza). En cualquier caso, el hecho de que el conflicto verse sobre esa materia específica sí puede tener algún efecto. Por ejemplo, una Junta Arbitral puede constituir órganos arbitrales especializados por razón de la materia (servicios financieros), en cuyo caso deberá tener una lista de árbitros especializados en esa materia (arts. 16.4, 21.2, 39.1.II y 40.2 RDAC).

Algunas leyes destinadas a tutelar la protección del consumidor en algunos servicios financieros contienen un precepto específico relativo a la “reclamación extrajudicial”. Así sucede en el art. 16 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; en el art. 35 de la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo (de redacción casi idéntica); y en el art. 10 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Estas normas se limitan a señalar que el prestamista, el intermediario de crédito, el proveedor de servicios financieros a distancia y el consumidor pueden someter sus conflictos a arbitraje de consumo o a otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos. Se trata de un simple recordatorio, pues ese arbitraje de consumo al que se remiten es el regulado en los arts. 57 y 58 TRLGDCU y en el RDAC.

El arbitraje de consumo es unidireccional. Eso significa que sólo se pone en marcha a iniciativa del consumidor, que

presenta una reclamación contra el empresario. Así se deduce del art. 57.1 TRLGDCU, cuando dispone que a través del arbitraje de consumo “se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios”. La unidireccionalidad del arbitraje de consumo parece difuminarse en el art. 1 RDAC, pues lo define como un mecanismo de resolución “de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales”, sin concretar a quién corresponde la iniciación del mismo. Lo cierto, sin embargo, es que el RDAC mantiene el

El carácter unidireccional de este arbitraje, pues comienza siempre con una solicitud de arbitraje presentada por el consumidor.

carácter unidireccional de este arbitraje, pues comienza siempre con una solicitud de arbitraje presentada por el consumidor (art. 34 RDAC). Que el arbitraje de consumidor sea unidireccional no impide que el empresario demandado pueda, además de defenderse, formular él también sus pretensiones contra el consumidor (reconvención), conforme al art. 43 RDAC. Su admisión es positiva, por varios argumentos: no división de la controversia, economía procesal, y sobre todo, porque de ese modo se incentiva la adhesión de los empresarios. En consecuencia, el consumidor tiene que saber que, si acude al arbitraje de consumo, puede haber reconvención, y que el laudo que se dicte puede estimar las pretensiones del empresario y condenar al consumidor. Además, del art. 43 RDAC

se deduce que, una vez formulada reconvencción, el consumidor no puede “sallirse” del arbitraje de consumo; podrá presentar alegaciones y, en su caso, proponer prueba sobre la reclamación del empresario, pero no podrá evitar que se dicte un laudo.

El arbitraje de consumo es un arbitraje voluntario. La sumisión de las partes al sistema arbitral de consumo, mediante la celebración de un convenio arbitral, es voluntaria (art. 58.1 LGDCU). Y es razonable que así sea, pues el arbitraje supone una alternativa a la vía jurisdiccional, y en cierto modo una renuncia a la misma. Por ello ha de ser libremente aceptado por las dos partes. Además de libre y voluntaria, la sumisión al arbitraje de consumo “deberá constar expresamente” (art. 58.1 TRLGDCU), lo que supone que la declaración de voluntad de sometimiento a arbitraje debe constar de manera expresa. Esto

La sumisión de las partes al sistema arbitral de consumo, mediante la celebración de un convenio arbitral, es voluntaria.

significa que en el arbitraje de consumo no caben convenios arbitrales tácitos (como el previsto para el arbitraje privado en el art. 9.5 LArb), y que el RDAC no puede establecer una suerte de *presunción legal* de sometimiento al arbitraje de consumo, similar a la existente en el ámbito de los transportes terrestres (art. 38.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres), pues eso sería contrario al art. 58.1 TRLGDCU.

Sólo hay arbitraje de consumo cuando las partes (consumidor y entidad de crédito) han celebrado un convenio arbitral. El con-

Sólo hay arbitraje de consumo cuando las partes (consumidor y entidad de crédito) han celebrado un convenio arbitral.

venio arbitral es el contrato en virtud del cual las partes acuerdan someter una cuestión litigiosa (presente o futura) al arbitraje de consumo. Existen cuatro modos de celebrar un convenio arbitral (art. 24 RDAC): en cláusula contractual incorporada a un contrato principal de consumo (adquisición de bienes o servicios), convenio arbitral en contrato separado, oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo (en adelante, OPASAC) seguida de solicitud de arbitraje por el consumidor, y en los casos que el empresario no está adherido, solicitud de arbitraje del consumidor formulada ante la Junta Arbitral de Consumo seguida de aceptación de arbitraje por el empresario.

En los conflictos entre consumidores y entidades de crédito puede formalizarse el convenio arbitral por cualquiera de estas cuatro vías. Especial importancia tienen las ofertas públicas de adhesión al sistema arbitral de consumo (OPASAC). Se trata de una “oferta unilateral de adhesión al sistema arbitral de consumo” que hace el empresario o profesional (art. 25.1.I RDAC). De modo que la mera presentación de la solicitud de arbitraje por el consumidor ante la Junta Arbitral provoca la válida formalización del convenio arbitral, siempre que la solicitud “coincida con el ámbito de la

oferta” (art. 24.2 RDAC). El empresario podrá establecer en la oferta de adhesión la extensión y límites de la misma. Así se deduce de la alusión en distintos lugares al “ámbito de la oferta” (arts. 24.2 y 28.4 RDAC). Es posible, por tanto, que existan limitaciones en una OPASAC.

Hay que partir de la distinción entre una OPASAC normal u ordinaria (aunque el RD no usa estos términos), y una OPASAC “limitada”¹⁰. Cada una de ellas tiene su propio régimen de autorización. Resulta llamativo, sin embargo, que la norma no defina qué es una OPASAC limitada. En línea de principio, hay que entender que se reputa como tal aquella OPASAC que contiene alguna limitación, sea del tipo que sea (cuantitativa, cualitativa, territorial, temporal, etc.). Sin embargo, se enumeran varios casos de OPASAC que contienen limitaciones y que, sin embargo, no deben calificarse como “OPASAC limitadas”. Son aquellas que tengan carácter temporal, siempre que la adhesión se realice por un período no inferior a un año; aquéllas que limiten la adhesión a las Juntas Arbitrales correspondientes al territorio en el que la empresa o profesional desarrolla principalmente su actividad; y aquéllas que condicionan el conocimiento del conflicto a través del arbitraje de consumo a la previa presentación de la reclamación ante los mecanismos de solución de conflictos habilitados por la empresa o profesional, siempre que el recurso a tales mecanismos sea gratuito y se preste infor-

mación sobre su existencia y modo de acceder a ellos en la información precontractual y en el contrato (art. 25.3 RDAC). Esta última hipótesis puede darse en la OPASAC que haga una entidad de crédito: puede adherirse al sistema arbitral de consumo, y permitir que el consumidor le reclame vía arbitral, pero vinculándolo a que antes el consumidor reclame al servicio de atención al cliente de esa entidad. Esta OPASAC no es limitada.

Aunque los borradores previos eran más explícitos que el texto definitivo, la idea motriz del RDAC es que el empresario no puede hacer una OPASAC limitada. Sin embargo, “podrán admitirse ofertas públicas de adhesión limitada al Sistema Arbitral de Consumo, en particular, en sectores que presenten un importante número de consultas y reclamaciones o en los que no exista una suficiente implantación del sistema” (art. 26 RDAC). De la expresión “en particular” se deduce que no se trata de las dos únicas hipótesis en las que pueden aceptarse OPASAC limitadas, y que, en definitiva, se concede una

Una entidad de crédito podrá formular una OPASAC limitada que podrá ser aceptada por la Junta Arbitral.

gran libertad a las Juntas Arbitrales para decidir sobre su admisión. En consecuencia, una entidad de crédito podrá formular

¹⁰ MARÍN LÓPEZ, M. J., “La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero”, *Diario La Ley*, 2008-2, pp. 1718.

una OPASAC limitada (pe., con limitaciones cuantitativas, o por tipos de contratos), que podrá ser aceptada por la Junta Arbitral, amparándose en que en ese sector hay muchas reclamaciones de consumidores o el arbitraje de consumo es poco utilizado.

En el arbitraje de consumo son los árbitros (uno o tres) los que resuelven la controversia jurídica, mediante el laudo, una vez que se ha tramitado el procedimiento arbitral. El arbitraje de consumo es un arbitraje de equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho (arts. 57.2 LGDCU y 33.1 RDAC). Y será motivado (art. 48.1 RDAC), aunque se decida en equidad (art. 33.2 RDAC). El plazo para dictar el laudo (art. 49.1 RDAC) será de seis meses desde el siguiente al inicio del procedimiento arbitral, pudiendo ser prorrogado por el órgano arbitral por un período no superior a dos meses, salvo acuerdo en contrario de las partes. Al igual que las sentencias, el laudo produce efectos de cosa juzgada (art. 43.1 LArb) y constituye título ejecutivo en el que fundar una acción ejecutiva (art. 517.2.2º LEC). Además, frente al laudo no cabe recurso de apelación. Sí existe una acción de anulación de laudo, que sólo cabe cuando concurre alguna de las causas expresamente recogidas en el art. 41 LArb. Pero estas causas no tienen que ver con motivos de fondo (la mayor o menor adecuación del laudo al derecho o a la equidad), sino con defectos del procedimiento, o con que no

existe convenio arbitral, o con que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

1.3.2 Reclamaciones individuales en el arbitraje de consumo.

El sistema arbitral de consumo es competente para conocer de las reclamaciones individuales de consumidores. Así se deducía con claridad de los arts. 2.1, 3.1 y 5 del viejo RD 636/1993¹¹, y así sigue siendo en el actual RDAC, según resulta de los arts. 1.2 y 34¹². Este último precepto regula la presentación de solicitud de arbitraje por el consumidor, estableciendo que en ella debe mencionarse el nombre, apellidos, domicilio y nacionalidad del “solicitante” (en singular). En consecuencia, el arbitraje de consumo conoce de reclamaciones individuales de consumidores contra empresarios, en los que se resuelven los conflictos surgidos en relación con un contrato celebrado entre ambos.

Esto no significa que varias pretensiones individuales, perfectamente identificadas, no pueden resolverse mediante el arbitraje de consumo. No es este un caso de ejercicio de una acción colectiva, sino de ejercicio acumulado de varias pretensiones individuales que se articulan en una única solicitud de arbitraje. En tal caso, si la empresa está adherida al sistema arbitral de consumo, la Junta Arbitral dictará resolución dando inicio al procedimiento arbi-

¹¹ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Presente y futuro...”, *cit.*, pp. 13.

¹² MARCOS FRANCISCO, D., *El arbitraje de consumo y sus nuevos*, Valencia, Tirant lo blach, 2010, pp. 260 y 262.

tral [art. 37.3.a) RDAC]; y si no está adherida, se dará traslado al empresario para que acepte o no la solicitud de arbitraje en el plazo de quince días [art. 37.3.b) RDAC]. Si el empresario puede rechazar

El arbitraje de consumo conoce de reclamaciones individuales de consumidores contra empresarios.

el arbitraje íntegramente, parece que no hay obstáculo en que decida aceptar la solicitud de arbitraje sólo en relación a unos sujetos reclamantes, y denegarla para otros.

El consumidor individual puede presentar su solicitud de arbitraje personalmente o por medio de un representante [art. 34.1.a) RDAC]. Este representante puede ser una asociación de consumidores. En este caso la asociación de consumidores no defiende intereses colectivos o difusos de los consumidores; ni siquiera defiende intereses individuales de un consumidor. En realidad actúa como mandataria de un consumidor, quien faculta a la asociación de consumidores para presentar una solicitud de arbitraje en nombre suyo.

Es llamativo cómo en este punto el RDAC se separa de la regulación anterior. En el art. 5 del viejo RD 636/1993 se recogía expresamente la posibilidad de que la solicitud de arbitraje de un consu-

midor se presentara a través de una asociación de consumidores. Este hecho tenía relevancia jurídica, pues la designación del colegio arbitral (en particular, del vocal designado en representación de los consumidores) era diferente en función de que la solicitud la formulara personalmente el consumidor o a través de una asociación de consumidores (art. 11.1 RD 636/1993). En el nuevo RDAC la designación de los árbitros la realiza el Presidente de la Junta Arbitral, por turno, entre los que figuran en la lista de árbitros acreditados en esa Junta Arbitral (art. 21 RDAC). Al margen, por tanto, de que la solicitud la presente personalmente el consumidor o a través de una asociación de consumidores.

El arbitraje de consumo sólo conoce de reclamaciones individuales de consumidores, por lo que el arbitraje sólo a ellos les afecta. En efecto, el arbitraje de consumo nace de un convenio arbitral, que es un contrato que celebran el consumidor y el empresario. El convenio arbitral sólo vincula a las partes contratantes, y los efectos que produce únicamente afectan a las partes del convenio (art. 11 LArb)¹³. Lo mismo cabe decir del laudo arbitral, que produce efectos de cosa juzgada para las partes que han intervenido en el arbitraje de consumo, pero que no afecta a terceros.

¹³ Como acertadamente expresa la SAP Valencia 19 de noviembre de 2001 (JUR 2002, 42351), “la cláusula de sumisión a arbitraje no puede afectar a terceros ajenos a la celebración del contrato, para quienes dicha cláusula es «res inter alios acta»”.

1.3.3. ¿Cabe el ejercicio de acciones de cesación en el arbitraje de consumo?

Hay que plantearse ahora si puede acudir al arbitraje de consumo para proteger los derechos colectivos de los consumidores mediante el ejercicio de acciones de cesación.

Como ya se ha señalado, mediante las acciones de cesación se pretende obtener una sentencia que condene al demandado a cesar un comportamiento contrario a la normativa protectora del consumidor, a suprimir elementos ilícitos del mismo o a corregirlos.

Es evidente que el RDAC no prevé expresamente el ejercicio por vía arbitral de acciones de cesación. A pesar de ello, ¿podría un consumidor ejercitar por vía arbitral una acción de cesación? Con la normativa vigente en la mano la respuesta ha de ser negativa. Son varias las razones que pueden esgrimirse.

(i) Existe, en primer lugar, un problema de legitimación activa. Para el ejercicio de las acciones de cesación típicas del art. 54.1 TRLGDCU y de la acción de cesación genérica del art. 54.3 TRLGDCU sólo tiene legitimación los sujetos mencionados en esas normas, y entre ellos no está el consumidor individual. Lo mismo sucede con las acciones de cesación típicas reguladas en otras leyes sectoriales (pe.,

crédito al consumo o aprovechamiento por turno de bienes inmuebles): tampoco conceden legitimación activa al consumidor individual. Sólo excepcionalmente, y para casos concretos, se admite la acción de cesación del consumidor individual¹⁴. Difícilmente puede defenderse que un consumidor individual, que es el único que puede presentar una solicitud de arbitraje conforme al RDAC, puede reclamar a un empresario que cese una conducta o

El RDAC no prevé expresamente el ejercicio por vía arbitral de acciones de cesación.

comportamiento contrario a la normativa de protección de consumidores, cuando judicialmente tampoco podría reclamarlo (salvo en casos excepcionales, como la publicidad ilícita).

(ii) Por otra parte, también podría cuestionarse si la materia propia de las acciones de cesación es una materia de libre disposición por las partes, por afectar a intereses “colectivos”, supraindividuales. Porque si no es de libre disposición, no cabe el arbitraje de consumo (art. 2.1 RDAC). Además, existe un interés público en el ejercicio de estas acciones, como lo prueba el hecho de las acciones no prescriben (art. 56 TRLGDCU) y de que sólo están legitimadas para su interposición las asociaciones de consumido-

¹⁴ Así sucede, por ejemplo, en materia de publicidad ilícita (art. 22.1.11 Ley 3/1991), que se la atribuye al sujeto afectado por la publicidad; o en relación con la publicidad de medicamentos [art. 105.1.d) Ley 29/2006], aunque en este caso sólo se concede a “los titulares de un derecho o interés legítima”, aunque cabe discutir si un consumidor individual pueden encuadrarse entre ellos.

res legalmente constituidas e inscritas en el Registro y algunas entidades públicas.

(iii) La eficacia inter partes de los efectos de laudo arbitral es incompatible con la eficacia de las sentencias judiciales que estiman las acciones de cesación instadas por asociaciones de consumidores, pues estas sentencias tienen efectos erga omnes (art. 221.1.2ª LEC)¹⁵.

El RDAC regula el arbitraje de consumo colectivo (arts. 56 a 62 RDAC). Pero este arbitraje de consumo no pretende la cesación de una determinada conducta ilegal del empresario, sino la reparación de daños causados por el empresario a un grupo determinado o fácilmente determinable de consumidores.

La eficacia inter partes de los efectos de laudo arbitral es incompatible con la eficacia de las sentencias judiciales que estiman las acciones de cesación.

Razón por la cual se instaura un único procedimiento arbitral para que puedan solventarse todas las reclamaciones de los consumidores afectados por ese hecho dañoso. En conclusión, no cabe utilizar la vía del arbitraje de consumo colectivo para pretender la cesación de una conducta ilícita de un empresario.

La conclusión es que el sistema arbitral de consumo no está ideado para el ejercicio de las acciones de cesación. Tampoco parece adecuado que en una futura reforma normativa se permite ejercitar estas acciones vía arbitral. La naturaleza del objeto litigioso hace inapropiado el arbitraje de consumo como vía para resolver ese conflicto. Además, una reforma que lo admitiera tendría que modificar el régimen de la legitimación activa para permitir a las asociaciones de consumidor inscritas en el Registro poder solicitar vía arbitral la cesación de la conducta del empresario. Y también sería necesario plantearse cuál es la eficacia del laudo estimatorio que, en su caso, se dicte. Pues una eficacia erga omnes no es posible en el arbitraje de consumo, y reducir la eficacia del laudo estimatorio a las partes en conflicto es inapropiada teniendo en cuenta el objeto de la reclamación. Por todo ello no cabe sostener una reforma normativa del régimen del arbitraje de consumo que permita conocer en esta sede de las acciones de cesación.

En cualquier caso, aunque se admitiera que el sistema arbitral puede conocer de las acciones de cesación, hay que entender que la simple adhesión de una empresa al sistema arbitral no autoriza sin más al reclamante para acudir a esa vía. El RDAC está pensando en las reclamaciones individuales, por lo que no cabe presumir que quien se adhiere al sistema arbitral lo hace también

¹⁵ MARCOS FRANCISCO, D., *El arbitraje de consumo y sus nuevos...*, cit., pp. 282. 29/2006], aunque en este caso sólo se concede a "los titulares de un derecho o interés legítima", aunque cabe discutir si un consumidor individual pueden encuadrarse entre ellos.

en relación con las acciones de cesación, de mucha mayor trascendencia. Por eso, para admitir que vía arbitraje de consumo puede tramitarse una acción de cesación, es preciso un acuerdo expreso de ambas partes¹⁶.

1.3.4. ¿Cabe el ejercicio de acciones indemnizatorias colectivas o difusas en el arbitraje de consumo?

Menos problemático es averiguar si las acciones colectivas o difusas del art. 11 LEC pueden ejercitarse por la vía arbitral de consumo. La respuesta ha de ser, sin género de dudas, negativa. Así lo entendió la doctrina bajo la vigencia del viejo RD 636/1993¹⁷, y así ha de ser también con el nuevo RDAC¹⁸, al margen de la consideración que merezca el arbitraje colectivo de los arts. 56 y ss. RDAC.

Por lo tanto, las acciones indemnizatorias colectivas del art. 11 LEC no pueden ejercitarse a través del arbitraje de consumo “general”. Y ello con independencia de que los sujetos perjudicados por el hecho dañoso

sean un grupo de consumidores perfectamente determinado o de fácil determinación (acciones colectivas), o sean una pluralidad de consumidores indeterminada o de difícil determinación (acciones difusas); y al mar-

Las acciones indemnizatorias colectivas del art. 11 LEC no pueden ejercitarse a través del arbitraje de consumo “general”.

gen, por tanto, de que la legitimación activa para la reclamación de la indemnización corresponda a las asociaciones de consumidores, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa de éstos, o a los grupos de afectados.

Las acciones colectivas y difusas tienen en nuestro ordenamiento un régimen procesal singular. Las especialidades tienen que ver, entre otras cosas, con la legitimación, la litispendencia, los efectos de cosa juzgada, la ejecución forzosa, etc. La cosa juzgada constituye un obstáculo para la vía

¹⁶ PASQUAU LIAÑO, M., *El nuevo marco...*, cit., pp. 104.

¹⁷ PASQUAU LIAÑO, M., *El nuevo marco...*, cit., pp. 146 y ss.; ABELLÁN TOLOSA, L., “El sistema arbitral de consumo”, en M. J. REYES LÓPEZ (Coord.), *Derecho privado de consumo*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 615; A. CARRASCO PERERA, “Delimitación temporal, objetiva y territorial del arbitraje de consumo”, en C. FLORENSA I TOMÁS (Dir.), *El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 95; CASADO CERVIÑO, A., “El arbitraje de consumo”, en DE MARTÍN MUÑOZ/HIERRO ANIBARRO (Coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 929; M. R. GUTIÉRREZ SANZ, “Las Juntas Arbitrales de Consumo”, en AAVV, *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 100.

¹⁸ MARCOS FRANCISCO, D., *El arbitraje de consumo y sus nuevos...*, cit., pg. 259 y ss.; OUBIÑA BAR BOLLA, S., “Los arbitrajes de consumo especiales: colectivo y electrónico”, en E. GONZÁLEZ PILLADO (Coord.), *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 144.

1.3.5. EL ARBITRAJE DE CONSUMO COLECTIVO DEL RD 231/2008.

<p>a) CONCEPTO Y ÁMBITO</p>	<p>Regulado en los art. 56 a 62 RDAC, "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, afectando a un número determinado o determinable de éstos". Desde el punto de vista objetivo, es preciso que se lesionen "intereses colectivos", y desde el punto de vista subjetivo, esta lesión ha de afectar a un "número determinado o determinable" de consumidores.</p>
<p>b) JUNTA ARBITRAL DE CONSUMO COMPETENTE</p>	<p>Art. 57 RDAC, "conocerá del arbitraje de consumo colectivo la Junta Arbitral de Consumo que sea competente en todo el ámbito territorial en el que estén domiciliados los consumidores cuyos legítimos derechos e intereses económicos hayan podido verse afectados por el hecho dañoso". Si esos consumidores están domiciliados en más de una Comunidad Autónoma, será competente la Junta Arbitral Nacional. La regla es de imposible aplicación: depende de cuál sea el domicilio de los consumidores, y ese es un dato que todavía no se sabe en la fecha en que hay que designarla Junta Arbitral competente. En realidad, a determinación de quiénes son los consumidores afectados y de cuál es su domicilio, debe realizarse cuando el Presidente de la Junta Arbitral dicta el acuerdo de iniciación de actuaciones.</p>
<p>c) INICIO DE LAS ACTUACIONES</p>	<p>Art. 58.1 RDAC. Las actuaciones se inician cuando el Presidente de la Junta Arbitral de Consumo Competente así lo acuerde. Este acuerdo puede adoptarlo de oficio o a instancia de parte. En concreto, a instancia de una Junta Arbitral de Consumo de inferior ámbito territorial o de una asociación de consumidores representativa, que son las que forman parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el conflicto afecte fundamentalmente a una Comunidad Autónoma, en cuyo caso se estará a la legislación autonómica específica. Una vez adoptado el acuerdo de inicio de las actuaciones, el Presidente requerirá al empresario reclamado para que en 15 días manifieste si acepta someterse al arbitraje de consumo colectivo y, en su caso, para que proponga un acuerdo conciliatorio (Art. 58.2 RDAC)</p>
<p>d) ACEPTACIÓN DEL EMPRESARIO</p>	<p>Si transcurrido el plazo de 15 días el empresario no ha aceptado, se entiende que lo rechaza (Art. 37.3. b). II RDAC). Si rechaza el arbitraje colectivo o no contesta, se procederá al archivo de las actuaciones, dando traslado de ello a quien instó el inicio del procedimiento y a todas las Juntas Arbitrales de Consumo. Si el empresario acepta, se notificará también a todas las Juntas Arbitrales de Consumo y la Junta Arbitral de Consumo competente hará un llamamiento a los consumidores afectados para que presenten, si lo desean, su solicitud individual de arbitraje para que sea tramitada dentro del arbitraje colectivo. El empresario podrá también proponer acuerdo conciliatorio para satisfacer total o parcialmente los derechos de los potenciales consumidores afectados, en tal caso, hay que esperar a que transcurran los dos meses desde que se hizo el llamamiento a los consumidores afectados para, una vez que se sabe quiénes son los consumidores que han presentado solicitud de arbitraje, preguntarles uno a uno si aceptan el acuerdo conciliatorio. Si algunos consumidores aceptan el acuerdo, el órgano arbitral dictará tantos laudos como consumidores lo hayan aceptado, en el plazo de 15 días desde la aceptación; y el arbitraje colectivo continuará respecto a los afectados que no lo han aceptado.</p>

<p>e) LLAMAMIENTO A LOS CONSUMIDORES AFECTADOS</p>	<p>Art. 59 RDAC. Una vez aceptado el arbitraje colectivo por el empresario, se hará un llamamiento a los consumidores afectados mediante la publicación en el Boletín Oficial que corresponda y, adicionalmente, por cualquier otro medio que acuerde el Presidente de la Junta Arbitral. El llamamiento lo formula el Presidente de la Junta Arbitral competente, que es la que ha acordado el inicio de las actuaciones. Ese llamamiento debe tener un contenido determinado (Art. 59.2 RDAC): el acuerdo de inicio de las actuaciones; la indicación del lugar en el que los interesados podrán tener acceso, en su caso, a la propuesta de acuerdo conciliatorio de la empresa; la mención de que los consumidores disponen de 2 meses para presentar sus solicitudes individuales de arbitraje; y la advertencia de que podrán presentarlas incluso después de esa fecha (pero antes de la fecha prevista para la audiencia), aunque las actuaciones no se retrotraerán.</p> <p>Una vez efectuado el llamamiento, el Presidente de la Junta Arbitral procederá a la designación del órgano arbitral (Art. 59.3 RDAC). El órgano arbitral será siempre colegiado (tres árbitros) y su designación se hará conforme a lo previsto en el art. 21 RDAC.</p>
<p>f) SUSPENSIÓN DE TRAMITACIÓN DE SOLICITUDES INDIVIDUALES DE ARBITRAJE Y EXCEPCIÓN DE ARBITRAJE COLECTIVO</p>	<p>Art. 60.1 RDAC. Cuando el empresario ha aceptado el sometimiento al arbitraje colectivo, "se suspende la tramitación de las solicitudes de arbitraje que tengan su causa en los mismos hechos". Por tanto, todas las solicitudes individuales de arbitraje, presentadas por cualquier consumidor en cualquier Junta Arbitral de Consumo, se suspenden. Pero existe una excepción: no procederá la suspensión cuando se hayan iniciado las actuaciones del órgano arbitral. No obstante, hay otra hipótesis en la que cabe la suspensión de la tramitación de la solicitud individual, aunque ya se hayan iniciado las actuaciones del órgano arbitral: cuando el empresario reclamado oponga la excepción de arbitraje colectivo (art. 60.2 RDAC). El empresario puede alegar que esa reclamación individual se incorpore al arbitraje colectivo. En tal caso el órgano arbitral dictará resolución mediante la que se inhibe de conocer de esa reclamación, y a través de la Junta Arbitral que lo constituyó se trasladarán las actuaciones a la Junta Arbitral que conoce del arbitraje colectivo. El empresario no podrá oponer la excepción de arbitraje colectivo más allá de la audiencia.</p>
<p>g) PROCEDIMIENTO ARBITRAL, LAUDO Y EFECTOS DEL LAUDO</p>	<p>Art. 62 RDAC. Plazo para dictar el laudo: el cómputo es de 6 meses y se inicia a los 2 meses desde la publicación del llamamiento en el Diario Oficial que corresponda.</p> <p>Art. 39.1. RDAC. La designación de los árbitros debe ser notificada a las partes. Una vez que la solicitud individual de arbitraje sea admitida a trámite e integrada en el arbitraje colectivo, el Presidente de la Junta debe notificar al consumidor en cuestión que su solicitud ha sido admitida a trámite y que se integra en el arbitraje colectivo, informándole también de quiénes son los árbitros.</p> <p>Art. 45.3 RDAC. En relación con la prueba, la regla es que cada parte debe sufragar el coste de las pruebas por ella propuestas.</p> <p>Art. 60 RDAC. El laudo sólo afectará a los concretos consumidores que participan en ese procedimiento arbitral (los que han presentado su solicitud tras el llamamiento o de forma separada porque se estaba tramitando y ha sido traído al arbitraje colectivo). De ese laudo no podrán beneficiarse otros consumidores afectados por esos mismos hechos, ni el laudo constituye para ellos cosa juzgada.</p>
<p>h) CONCLUSIONES</p>	<ul style="list-style-type: none"> - El arbitraje de consumo colectivo es un mecanismo para resolver, en un mismo procedimiento arbitral, las reclamaciones individuales de varios consumidores. - No se tutelan, por tanto, los daños colectivos de los consumidores. - No sirve para obtener una reparación de los daños individualmente sufridos por los miembros de una colectividad de consumidores. Sólo el consumidor que se persone podrá ver resarcido su interés si el laudo es favorable.

arbitral¹⁹. En efecto, las resoluciones judiciales que ponen término a las acciones colectivas o difusas tiene efecto de cosa juzgada en relación con todos los perjudicados, se hayan personado o no en el procedimiento. Si lo mismo se aplicara a la acción colectiva o difusa planteada en sede arbitral, sucedería que los consumidores que quisieran personarse tendrían que hacerlo en ese procedimiento arbitral ya iniciado, sin tener opción alguna de acudir a la vía jurisdiccional. Y eso, evidentemente, supondría una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. En consecuencia, aunque se admitiera a día de hoy la posibilidad de interponer acciones colectivas por la vía arbitral, un consumidor individual podría acudir a la vía jurisdiccional para defender sus intereses. Además, el sistema arbitral de consumo no prevé los cauces, ni dispone de los mecanismos necesarios, para conocer de este tipo de acciones. Por otra parte, debe señalarse que la LEC no regula las relaciones entre jurisdicción y arbitraje en materia de litispendencia. Por eso, el ejercicio procesal de las acciones colectivas o difusas planteadas por las asociaciones de consumidores no impide que un consumidor individual pueda acudir a la vía arbitral de consumo, en tanto no se haya producido la situación de cosa juzgada. En fin, el laudo arbitral sólo tiene efectos inter partes, lo que no casa bien con la eficacia erga omnes que afecta incluso a sujetos no litigantes en los procesos judiciales que resuelven acciones indemnizatorias del art. 11 LEC (art. 222.3 LEC).

Resulta de gran interés analizar la SAP Barcelona, de 3 noviembre 2003 (AC 2003, 1763), que versa sobre la materia que nos ocupa. La AP anula el laudo arbitral dictado por la Junta Arbitral de Consumo de Cataluña, que resuelve el arbitraje iniciado por un consumidor individual contra RENFE. El laudo condena a la compañía ferroviaria a que indique en la impresión de los billetes de transporte de los trenes de cercanías que dichos títulos sólo sirven para esos tipos de trenes. De la sentencia no se deduce con claridad si el consumidor solicita igualmente – y el laudo lo acepta– la devolución de la cantidad que tuvo que abonar por el nuevo billete que tuvo que adquirir por haberse subido a un tren de otra clase distinta (tren regional) al transporte contratado con el billete original (tren de cercanías). Son dos las cuestiones que plantea el recurso de anulación. Por una parte, se discute si un consumidor individual tiene legitimación para el ejercicio de una acción de este tipo. La AP entiende que se trata de una acción colectiva, y que según el art. 11 LEC un consumidor carece de legitimación activa. Pero es que, por otra parte, aunque tuviera legitimación, entiende que una acción colectiva no puede someterse a la decisión de los árbitros, por tratarse de una materia que no es de libre disposición para un consumidor; pues el demandante en arbitraje no puede disponer de derechos colectivos que pertenecen o afectan a un número indeterminado de personas.

La sentencia merece algunas reflexiones. Hay que advertir que la acción que pretende que se condene a RENFE a incluir en todos

¹⁹ MARÍN LÓPEZ, M. J., "Presente y futuro...", *cit.*, pp. 14.

los billetes de cercanías determinada información (que sólo sirven para utilizarlos en ese tipo de trenes) es una acción de cesación, y no una acción colectiva o difusa. Y conforme a la normativa vigente, una acción de cesación de este tipo no puede ser interpuesta por un consumidor individual. Cabría discutir, en los términos que ya hemos visto, qué sucedería si un sujeto con legitimación activa hubiera interpuesto esa acción de cesación por vía arbitral. La AP se centra únicamente en la acción colectiva, aunque no está claro si el consumidor que acudió a la vía arbitral interpuso una acción de esa naturaleza. Si pidió que le devolvieran a él el precio del nuevo billete que tuvo que adquirir, no hay acción colectiva alguna. En cambio, sí se trata de una acción colectiva si solicita que se devuelva el precio a todos los consumidores que, al igual que él, han sido obligados a pagar la diferencia de precio por subirse a un tren distinto al de cercanías. La AP resuelve el litigio bajo la hipótesis de que el consumidor ha realizado esta segunda petición. Y resuelve negativamente para el consumidor, anulando así el laudo, por dos motivos: por carecer de legitimación activa para el ejercicio de una acción de ese tipo, y porque no cabe conocer en la vía arbitral de acciones colectivas, al tratarse de materias de las que no cabe disponer libremente.

1.3.6. El “arbitraje de consumo colectivo y difuso” del Borrador de Regulación de la Mediación y el Arbitraje de Consumo, de junio de 2006.

En junio de 2006 el Grupo de Trabajo de Arbitraje constituido por el INC, y del que formaban parte representantes de todas las

Comunidades Autónomas, acordó un texto definitivo de Borrador de Regulación de la Mediación y el Arbitraje de Consumo. Este Borrador contenía un llamativo art. 5.1, cuyo texto era el siguiente:

“1. La Junta Arbitral Nacional, adscrita al Instituto Nacional de Consumo, será competente para conocer en las reclamaciones surgidas como consecuencia de conflictos surgidos con empresas que lesionen los derechos de intereses colectivos o difusos de los consumidores o usuarios, que residan en más de una Comunidad Autónoma

No obstante, en los conflictos a que se refiere el párrafo anterior, si la empresa ofreciera con carácter general una solución o se llegara a un acuerdo, que resolviera total o parcialmente la controversia y fuera considerada aceptable por la Junta Nacional, se dará traslado de dicho acuerdo al resto de las Juntas Arbitrales, con el fin de propiciar un acuerdo conciliatorio entre las partes que ponga fin al procedimiento.

Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios legalmente constituidas, podrán instar a la Junta Arbitral Nacional a alcanzar los acuerdos a que se refiere el párrafo anterior.”

Este precepto puede considerarse un antecedente del arbitraje colectivo regulado en el RDAC. Pero se trata de una norma insuficiente para resolver todos los problemas que plantea el ejercicio vía arbitral de las acciones indemnizatorias colectivas. Aunque la norma proyectada

utiliza una expresión no muy afortunada (empresas “que lesionen los derechos de intereses colectivos o difusos”), parece que el sistema arbitral de consumo será competente para conocer de controversias que tengan su origen en la lesión de los intereses colectivos o difusos de los consumidores o usuarios. No especifica el precepto qué han de entenderse por “intereses colectivos o difusos”, por lo que habrá que interpretarse esta expresión en los términos previstos en el art. 11 LEC.

Además, la competencia para conocer de estas reclamaciones colectivas será de la Junta Arbitral Nacional cuando los consumidores afectados residan en más de una Comunidad Autónoma, de donde se infiere que si todos residen en la misma Comunidad la Junta Arbitral Nacional no es competente. Sucede, sin embargo, que por su propia naturaleza, en este tipo de “pleitos” no es posible identificar al comienzo del “procedimiento” a todos los afectados, ni en consecuencia, determinar su lugar de residencia. Por otra parte, el párrafo segundo contempla la posibilidad de alcanzar un “acuerdo conciliatorio”, cuando la empresa reclamada proponga una solución que sea considerada “aceptable” (¿cuándo lo será?) por la Junta Arbitral Nacional. En tal caso la Junta Nacional dará traslado de esta propuesta al resto de Juntas Arbitrales, con el fin de propiciar un acuerdo entre las partes. Parece que este “acuerdo conciliatorio” puede producirse cuando ya se ha iniciado el procedimiento arbitral, pues con el mismo se consigue poner “fin al procedimiento”.

En definitiva, una norma de esa naturaleza no podía convertirse en ley, pues ado-

lece de graves deficiencias. Si se quería regular algún tipo de arbitraje colectivo, era más adecuado hacerlo de forma más completa. Eso es precisamente lo que hace el RD 231/2008, al dedicar a esta cuestión un tratamiento específico en los arts. 56 a 62.

1.3.7. La acumulación de solicitudes en un único procedimiento.

El RD 231/2008 dispone en su art. 39.2 RDAC, que lleva por rúbrica “acumulación de procedimientos”, que si existen varias solicitudes de arbitraje presentadas por los consumidores frente a un mismo empresario reclamado en las que concurre idéntica causa de pedir, el Presidente de la Junta Arbitral podrá acordar la acumulación, para que sean conocidas en un único procedimiento por el órgano arbitral designado al efecto. Es esta una medida positiva, pues se reducen costes y se permite dar una solución única a un mismo conflicto planteado por varios consumidores.

La regulación de la acumulación es muy parca. Para empezar, hay que decidir si se trata de una simple acumulación de solicitudes en un procedimiento (como parece indicar el precepto) o también de acumulación de procedimientos (como se desprende de su rúbrica). En el primer caso se acumulan varias solicitudes de consumidores individuales, cuando todavía no se ha iniciado ningún procedimiento. Esta hipótesis sólo se da cuando las solicitudes de arbitraje se plantean de forma simultánea o muy próxima en el tiempo, de modo que todavía no se ha iniciado ningún procedimiento arbitral. En

el segundo caso se acumulan procedimientos, o más exactamente, habiéndose iniciado un procedimiento se acumulan al mismo las solicitudes individuales que se van planteando con posterioridad. Es esta segunda tesis la que debe acogerse²⁰, pues da más campo de juego a la acumulación, y permite reducir más los costes económicos, aunque su articulación práctica puede plantear algunos problemas.

La acumulación de procedimientos es una posibilidad, y no una obligación, para el Presidente de la Junta Arbitral. Éste “podrá” acordar la acumulación, lo que significa actuar con criterios de oportunidad. El acuerdo se hará mediante resolución arbitral que comunicará al empresario y a los consumido-

La acumulación de procedimientos es una posibilidad, y no una obligación, para el Presidente de la Junta Arbitral.

res individuales. Obviamente, para que la acumulación pueda producirse no basta con que los consumidores hayan presentado solicitudes de arbitraje con la misma causa petendi y frente al mismo empresario, sino que debe existir en cada caso un convenio arbitral previo (en contrato aparte o en cláusula de sumisión a arbitraje incluida en el contrato principal) o una oferta pública de adhesión de ese empresario, de manera que la simple solicitud de arbitraje formaliza el

convenio arbitral. Por otra parte, que concurre idéntica causa de pedir significa que las solicitudes se basen en los mismos hechos jurídicamente relevantes, aunque varíen, por ejemplo, las cantidades que se reclaman en concepto de indemnización. La acumulación no precisa el consentimiento del empresario (qué si ha tenido que consentir para celebrar el convenio arbitral), ni tampoco el de los consumidores.

La acumulación sólo cabe dentro de una misma Junta Arbitral, por lo que no cabe acumular solicitudes de las que son competentes territorialmente varias Juntas Arbitrales.

Si se acumula una solicitud a un procedimiento arbitral en curso, lo más adecuado es que se paralice ese procedimiento hasta que la nueva reclamación llegue a su altura procedimental. Por otra parte, la fecha límite para acumular una solicitud es la audiencia; pasada la audiencia no es razonable acumular nuevas solicitudes a ese procedimiento. Una vez decretada la acumulación, el mismo colegio arbitral que conoce del procedimiento en marcha será el encargado de conocer de la nueva reclamación. Es dudoso si en estos casos se dictará un único laudo o tantos laudos como consumidores reclamantes.

Hay algunas diferencias entre el arbitraje colectivo y la acumulación. El arbitraje colectivo precisa la aceptación

²⁰ GUZMÁN FLUJA, V., “Consideraciones sobre el procedimiento arbitral de consumo: trámite de audiencia, reconvencción, mediación y acumulación de procedimientos”, en E. GONZÁLEZ PILLADO (Coord.), *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, Madrid, Tecnos, 2010, pp. 268 y 269.

expresa del empresario, cosa que no sucede en la acumulación. Hay en aquél, además, un llamamiento a los posibles consumidores afectados. Al arbitraje colectivo puede acudir todos los consumidores del territorio nacional, al margen de cuál sea la Junta Arbitral competente para su tramitación. La acumulación, en cambio, sólo opera en una única Junta Arbitral.

Pero en cuanto a sus efectos no hay distinciones. En ambos casos el laudo sólo produce efectos para los consumidores individuales que han presentado una solicitud de arbitraje. En consecuencia, la acumulación, al igual que el arbitraje colectivo, no es un mecanismo de tutela de los consumidores como clase.

1.3.8. Experiencia práctica: el caso de las participaciones preferentes.

A pesar de sus numerosas bondades, el arbitraje de consumo no ha sido un instrumento utilizado en la práctica para resolver los conflictos entre consumidores y empresarios del sector de los servicios financieros. Basta acudir a las Memorias de las instituciones públicas encargadas de administrar el arbitraje de consumo para constatar cómo son pocos los casos que se solventan por esta vía²¹. Las razones de este desuso se encuentran en la falta de interés de los agentes económicos del sector

(entidades de crédito) en acudir al arbitraje, o en la creencia de que existen otras vías, específicas del sector financiero,

Eha sido un instrumento utilizado en la práctica para resolver los conflictos entre consumidores y empresarios del sector de los servicios financieros.

para resolver estas controversias (los departamentos de atención al cliente y/o el defensor del cliente).

Si apenas existen laudos que resuelven conflictos individuales, es fácil concluir que el arbitraje colectivo no ha sido utilizado en este ámbito. Y eso que la actividad financiera es un campo abonado para el arbitraje colectivo, en la medida en que no es extraño que un comportamiento ilícito de un empresario (pe., el cobro de una comisión indebida) pueda lesionar los derechos de varios consumidores.

Sin embargo, en los últimos meses el arbitraje de consumo ha tenido un auge tremendo en este sector, pues ha sido el mecanismo utilizado para resolver el conflicto de las participaciones preferentes²². Miles de clientes han reclamado contra varias entidades de crédito (especialmente, Nova Galicia Banco, CaixaBank,

²¹ ESPÍN ALBA, I., "Arbitraje y mediación de consumo: a propósito de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2013, noviembre, nº 2160, pp. 21.

²² Sobre el particular, LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., "El arbitraje de preferentes: una medida para evitar la fuga de clientela no prevista en el Memorando de Entendimiento", *Diario La Ley*, 2013, nº 8182, de 4 de octubre de 2013.

Bankia y Caixa Catalunya) alegando falta de información precontractual, dolo o error en la celebración de los contratos de adquisición de las participaciones preferentes. Dada la envergadura del problema, las instituciones públicas han ideado un curioso mecanismo para resolverlo. En lugar de promover un arbitraje de consumo colectivo, se ha preferido optar por arbitraje de consumo individuales, iniciados por la solicitud individual de arbitraje de miles de consumidores. La entidad de crédito, no adherida al sistema arbitral de consumo, ha ido aceptando la solicitud de arbitraje en unos casos, y rechazándola en

Se ha usado la estructura del arbitraje de consumo para atender las peticiones de algunos consumidores (dictándose laudos siempre estimatorios), pero no de otros.

otros. En la práctica, una entidad consultora externa ha elegido el “perfil” de los clientes que podían acudir al arbitraje de consumo (por ser especialmente vulnerables), y ha contactado con ellos ofreciéndoles la posibilidad de presentar una solicitud de arbitraje. El consumidor “elegido” ha presentado su solicitud de arbitraje, que ha sido aceptada por la entidad de crédito; y tras el procedimiento arbitral se ha dictado un laudo estimatorio. De hecho, todos los laudos son estimatorios, y muy similares en su redacción.

El arbitraje de consumo ha sido utilizado para solventar la difícil situación en que se encontraban muchos consumidores que habían adquirido estos productos fi-

ncieros. En realidad, lo que ha sucedido es que se ha usado la estructura del arbitraje de consumo para atender las peticiones de algunos consumidores (dictándose laudos siempre estimatorios), pero no de otros. La suerte sobre el éxito de la reclamación estaba echada antes incluso de presentar la solicitud de arbitraje: si el consumidor había sido elegido por la consultora externa, podía tener la seguridad de que su reclamación sería íntegramente estimada. Por eso se ha optado por la aceptación individual de las solicitudes de arbitraje (de aquellos consumidores previamente elegidos por la consultora externa), en lugar de adherirse la entidad de crédito a un arbitraje colectivo.

1.3.9. CONCLUSIONES.

El arbitraje de consumo constituye un excelente instrumento para resolver los conflictos individuales entre empresario y consumidor en cualquier ámbito, y también en el de la prestación de servicios financieros. No hay un arbitraje de consumo “especial” para servicios financieros, sino que se aplica el arbitraje general de los arts. 57 y 58 TRLGDCU y del RD 231/2008.

El arbitraje de consumo no puede conocer de las acciones de cesación; no puede solicitarse por esta vía a un empresario (una entidad de crédito) que cese en la realización de una conducta ilícita. Tampoco cabe ejercitar en el arbitraje de consumo acciones indemnizatorias colectivas o difusas, en el sentido que esta expresión tiene en el art. 11.2 y 3 LEC.

El RD 231/2008 regula el arbitraje de consumo colectivo, que es un tipo de arbitraje en el que se resuelve, en un único procedimiento y mediante un único laudo, los conflictos que se suscitan en base a un mismo presupuesto fáctico entre un empresario y varios consumidores afectados. El arbitraje colectivo requiere la aceptación expresa del empresario reclamado. Y al mismo podrán sumarse todos los consumidores del territorio nacional afectados por la conducta dañosa del empresario. En realidad este arbitraje colectivo no sirve para tutelar los intereses de los consumidores como clase, ni siquiera cuando los posibles consumidores afectados están determinados o son fácilmente determinables.

El arbitraje de consumo constituye un excelente instrumento para resolver los conflictos individuales entre empresario y consumidor en cualquier ámbito, y también en el de la prestación de servicios financieros.

Pues es necesario que el consumidor individual presente una solicitud de arbitraje, que será incorporada al arbitraje colectivo; y el laudo sólo afectará a los consumidores que han sido parte en el procedimiento (por haber presentado una solicitud de arbitraje individual).

La acumulación de procedimientos, prevista en el art. 39.2 RDAC, permite al Presidente de una Junta Arbitral acumular en un único procedimiento (todavía no iniciado o ya en curso) las solicitudes

de arbitraje presentadas en esa Junta contra un mismo empresario y basadas en unos mismos presupuestos fácticos. Para acumular los procedimientos no es necesario el consentimiento del empresario. La acumulación sólo cabe para las solicitudes individuales presentadas ante esa Junta Arbitral, y de las que esa Junta es competente territorialmente.

En la práctica el arbitraje de consumo es poco utilizado para resolver los conflictos entre entidades de crédito y consumidor. En este ámbito el arbitraje colectivo no ha sido utilizado. Y en las ocasiones en que ha podido usarse (caso de las participaciones preferentes), por distintas razones se ha preferido articular un mecanismo basado en múltiples solicitudes individuales de arbitraje (aceptadas una a una por la entidad de crédito) y no en el arbitraje de consumo colectivo.

1.4. Otros mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos.

1.4.1. La mediación de consumo como vía de defensa de intereses colectivos.

La mediación constituye una forma de solución de conflictos, por medio de la cual son las propias partes las que consiguen poner fin a los mismos mediante un acuerdo adoptado tras una negociación en la que un tercero -el mediador-, intenta aproximar las posiciones o incluso proponer el acuerdo, pero sin que, en ningún caso, la solución al conflicto sea decidida

ni impuesta a las partes por el mediador. El mediador es un tercero, neutral e imparcial, que ayuda y guía a las partes involucradas en una situación conflictiva para que alcancen un acuerdo que sea mutuamente aceptable.

A diferencia de lo que sucede en el arbitraje, la mediación de consumo carece de una regulación sistemática en nuestro ordenamiento jurídico. En lo que al derecho estatal se refiere, la mediación de consumo no está contemplada en el TRLGDCU. Y en el RD 636/1993 sólo existía una mención, pues entre las funciones de las Juntas Arbitrales de Consumo se encuentran las “actuaciones de mediación respecto de las controversias derivadas de las quejas o reclamaciones de consumidores y usuarios” [art. 4.b)].

A pesar de que cuando se comenzó a trabajar en una nueva normativa sobre el sistema arbitral de consumo, uno de los objetivos que se perseguían era regular la mediación de consumo, finalmente su tratamiento en el RD 231/2008 es muy escaso. Se dedica a la mediación el art. 38, aunque también se alude a la misma en

otros preceptos. En cuanto a la normativa aplicable, se dispone, con una afirmación obvia, que “la mediación se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación” (art. 38.2 RDAC). La Expo-

La mediación de consumo carece de una regulación sistemática en nuestro ordenamiento jurídico.

sición de Motivos señala que el Real Decreto se abstiene de regular la mediación, “por congruencia con las competencias autonómicas sobre la materia”. En efecto, las Comunidades Autónomas tienen competencia plena para regular la mediación de consumo y atribuir la función de mediador a algún organismo administrativo²³. Pero eso no impedía que el RDAC hubiera regulado algunos aspectos como la función del mediador, la formación del mediador, y el valor o eficacia de los acuerdos alcanzados por las partes²⁴. En el ámbito estatal se ha dictado la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que sin embargo no se aplica a la mediación en materia de consumo, como expresamente

²³ De hecho, en alguno de los últimos Estatutos de Autonomía aprobados se atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre “la regulación de los procedimientos de mediación”. Por ejemplo, el art. 30.47 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (aprobado por LO 1/2007, de 28 de febrero), el art. 58.2.4º del Estatuto de Autonomía para Andalucía (aprobado por LO 2/2007, de 19 de marzo), y el art. 71.26º del Estatuto de Autonomía de Aragón (aprobado por LO 5/2007, de 20 de abril). Y así se ha reflejado también en los Estatutos del Consumidor o leyes autonómicas de protección del consumidor. Sobre el particular, en detalle, MARÍN LÓPEZ, M. J., “Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2007, nº 11, pp. 144 y ss.

²⁴ BLANCO CARRASCO, M., “La alternativa de la mediación en los conflictos de consumo: presente y futuro”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 2009, pp. 144 y 145.

indica su art. 2.2.d), debido quizás a que es una mediación especial que cuenta con regulación propia.²⁵

Se establece que una de las funciones de la Junta Arbitral es “asegurar el recurso a la mediación previa al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales” [art. 6.f) RDAC]. Se indica cuál es el fin de la mediación: “que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto” (art. 38.1 RDAC). Y que se intentará mediar salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto. En esta línea, el empresario que realice una oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo podrá en la misma rechazar la posibilidad de mediación previa; en caso de silencio, se entiende que la acepta (art. 25.1.II RDAC). El mediador debe actuar con independencia, imparcialidad y confidencialidad, en los mismos términos que los árbitros (arts. 38.3 y 41.2 RDAC). Y no podrán actuar como árbitros quienes hayan intervenido como mediadores en el mismo asunto o en cualquier otro que tuviera relación estrecha con aquel (art. 22.1 RDAC).

En el RDAC la mediación se incardina dentro del procedimiento arbitral²⁶. Así se deduce no sólo de la rúbrica del art. 38 (“mediación en el procedimiento arbitral”), sino de los arts. 37.3 y 49.1.I RDAC. El primero exige que en la resolución que acuerde el inicio del procedimiento arbitral conste expresamente “la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación”; por lo tanto, la mediación puede producirse –si es que se produce– después de iniciado el procedimiento arbitral, pero antes de que los árbitros hayan comenzado sus actuaciones arbitrales²⁷. Y el segundo obliga a suspender el cómputo del plazo para dictar el laudo (seis meses, contados desde el inicio del procedimiento arbitral) si se intenta la mediación previa, aunque la suspensión será por un período no superior a un mes desde el acuerdo de inicio del procedimiento arbitral. El diseño de la mediación en el RDAC es desacertado. Es más correcto que la mediación tenga carácter previo al arbitraje; esto es, que se intente la mediación, y si ésta no es exitosa, que se inicie después el procedimiento arbitral en sentido estricto.

Hay que plantearse si la mediación diseñada en el RDAC puede servir para la defensa colectiva de los consumidores. Es evidente que en un arbitraje de consumo ordinario, que se inicia tras la reclamación individual presentada por un consumidor, la mediación de consumo sólo puede afectar a ese consumidor y al empresario recla-

²⁵ BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 127.

²⁶ GRANDE SEARA, P., “El procedimiento de mediación en materia de consumo”, en E. GONZÁLEZ PILLADO (Coord.), *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 227.

²⁷ GUZMÁN FLUJA, V., “Consideraciones sobre el procedimiento arbitral...”, *cit.*, pp. 263.

mado. Por eso, la mediación de varios consumidores y el empresario sólo es posible cuando en ese proceso arbitral intervienen varios consumidores, lo que puede suceder en dos hipótesis: acumulación de procedimientos arbitrales y arbitraje de consumo colectivo.

En el arbitraje colectivo puede intentarse la mediación de consumo. Pero son muchas las cuestiones que esto plantea, y que el RDAC no resuelve. Por ejemplo, si el Presidente de la Junta Arbitral debe invitar a las partes a alcanzar un acuerdo a través de la mediación, y en su caso, cuándo debe hacerse esa invitación (el art. 37.3 RDAC exige que se haga en la resolución de inicio del procedimiento arbitral, resolución que no hay que dictar en el arbitraje colectivo); si la oposición a la mediación previa, manifestada por el empresario en la oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo o que consta en el convenio arbitral pactado entre empresario y consumidor, impide o no el intento de mediación en el arbitraje colectivo; qué sucede cuando uno o varios consumidores se oponen a la mediación previa en el arbitraje colectivo (¿debe seguir buscándose el acuerdo mediante la mediación para los demás consumidores?); si el empresario puede aceptar la mediación en relación con unos consumidores, pero rechazarla sin más para otros; y especialmente, qué relación tiene la mediación previa con la propuesta de acuerdo conciliatorio que puede formular el empresario tras la aceptación del sometimiento al arbitraje colectivo.

En los casos de acumulación de procedimientos la mediación puede igualmente intentarse. En esta hipótesis sí existe una

resolución de inicio del procedimiento, en la que el Presidente de la Junta Arbitral debe invitar a las partes a llegar a un acuerdo a través de la mediación.

Sea como fuere, la mediación de consumo a que se refiere el art. 38 RDAC sólo puede intentarse entre el empresario reclamado y los consumidores que son parte en ese procedimiento arbitral. Se trata, siempre, de consumidores que han presentado una solicitud de arbitraje ante una Junta Arbitral. En consecuencia, la mediación de consumo, si es exitosa, sólo afectará a los consumidores concretos que han participado en la mediación (que incluso pueden ser menos de los que son parte en el procedimiento arbitral, pues puede que alguno de ellos haya rechazado la mediación previa). El acuerdo alcanzado sólo beneficia a esos consumidores, y no a los demás, aunque formen parte del colectivo que ha sufrido daños en base a ese mismo presupuesto fáctico.

Fuera del RD 231/2008, las Oficinas Municipales de Información al Consumidor pueden realizar funciones “informales” de mediación. Pueden dirigirse al empresario reclamado (pe., una entidad de crédito) con el fin de mediar en un conflicto que

La mediación de consumo, si es exitosa, sólo afectará a los consumidores concretos que han participado en la mediación.

mantiene ese empresario y uno o varios consumidores. Las posibilidades de obtener una solución satisfactoria son muy escasas, pero si se consiguen, obviamente solo afectará

tarán a los consumidores a cuyo favor ha mediado la OMIC.

1.4.2 La conciliación en el procedimiento arbitral y su papel en el arbitraje de consumo colectivo.

El RD 231/20008 se refiere también a la conciliación. Establece que “el órgano arbitral dirigirá el procedimiento con sujeción a lo dispuesto en esta norma, pudiendo instar a las partes a la conciliación” (art. 42.1 RDAC).

En un sentido amplio, conciliar es buscar por parte de un tercero la composición de intereses contrapuestos²⁸. La conciliación y la mediación se asemejan en que en ambas las partes alcanzan un acuerdo voluntario para poner fin a una controversia. Y aunque no resulta fácil establecer sus diferencias, la doctrina parece centrarlas en el distinto papel que juega el tercero, que es mucho más activo en la conciliación que en la mediación. El conciliador no sólo acerca las posturas de las partes, sino que participa activamente en la búsqueda de una solución, haciendo propuestas concretas a las partes²⁹.

Mediación y conciliación operan en el arbitraje de consumo en momentos distintos. La mediación la lleva a cabo la Junta

Arbitral (que es la que designa al mediador), después de iniciado el procedimiento arbitral pero antes de que los árbitros hayan comenzado sus actuaciones. Sin embargo, la conciliación tiene lugar a instancia del órgano arbitral, cuando ya se han iniciado las actuaciones arbitrales (art. 42.1 RDAC). Por lo tanto, los árbitros pueden proponer a las partes que lleguen a un acuerdo, y si se alcanza un acuerdo conciliatorio, el órgano arbitral dictará un laudo con su contenido. En todo caso, nada impide que sean las propias partes, sin la participación activa de los árbitros, las que alcancen un acuerdo. También en ese caso se dictará un laudo, poniéndose así fin al procedimiento arbitral (art. 48.2 RDAC).

La distinción entre mediación y arbitraje se hace patente también en el supuesto de que las partes alcancen un acuerdo. En la hipótesis de conciliación ese acuerdo se plasma en el laudo (art. 49.2 RDAC), con los efectos de cosa juzgada y de constituir un título ejecutivo que ello conlleva. La situación es distinta si el acuerdo se alcanza tras la mediación. En principio ese acuerdo produce los efectos típicos de la transacción. Pero parte de la doctrina ha defendido la posible aplicación del art. 48.2 RDAC, para conseguir así que conste también en un laudo³⁰. Además el acuerdo alcanzado en la mediación carece de eficacia ejecutiva, salvo que se incor-

²⁸ ESPÍN ALBA, I., “Arbitraje y mediación...”, *cit.*, pp. 9.

²⁹ BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia Tirant lo blanch, 1999, pp. 80 y 81.

³⁰ En este sentido, BLANCO CARRASCO, M., “La alternativa de la mediación...”, *cit.*, pp. 150; GUZMÁN FLUJA, V., “Consideraciones sobre el procedimiento arbitral...”, *cit.*, pp. 265 y 266.

pore a un documento que lleve aparejada ejecución o vía art. 48.2 RDAC se consiga plasmarlo en un laudo.

La posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio se plantea expresamente en el arbitraje de consumo colectivo (art. 58.2.I RDAC). Cuando el empresario acepta que el conflicto se resuelva mediante arbitraje colectivo, lo comunicará al Presidente de la Junta Arbitral, pudiendo además en tal caso proponer el empresario un acuerdo conciliatorio. Aunque nada más indica este precepto, hay que entender que esa propuesta de acuerdo puede ser modificada, en uno u otro sentido, tras las conversaciones de las partes en conflicto. El empresario podrá alcanzar un acuerdo con uno, varios o todos los consumidores personados en el arbitraje co-

La posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio se plantea expresamente en el arbitraje de consumo colectivo.

lectivo en cualquier momento del procedimiento, siempre que no se haya dictado el laudo (art. 49.2 RDAC). Si llega a un acuerdo con siete consumidores, se dictará un laudo que lo recoja. Y si después alcanza un acuerdo con otros quince

consumidores, de nuevo se dictará un laudo. Para los demás consumidores seguirá el procedimiento del arbitraje colectivo, que concluirá mediante un laudo.

1.4.3 La liquidación de los daños en el marco del procedimiento administrativo sancionador.

El art. 48 TRLGDCU faculta a la Administración para proceder, en el seno de un procedimiento administrativo sancionador de consumo, a una restitución entre particulares de los daños causados. La posibilidad de restitución interprivados en el seno del procedimiento administrativo de consumo es altamente conveniente para que el sistema legal sea capaz de satisfacer las exigencias y expectativas legítimas que los consumidores puedan haber puesto en el compromiso de las Administraciones públicas en la tutela de los intereses.

No es éste el lugar para examinar en detalle el art. 48 TRLGDCU, ni para poner sobre la mesa las enormes dificultades prácticas que plantea la liquidación de daños dentro del procedimiento administrativo³¹. Sólo interesa destacar que varios consumidores pueden tener la condición de interesados en el procedi-

³¹ Sobre el particular, PEÑA LÓPEZ, F. "La indemnización por los daños y perjuicios causados al consumidor en el seno del procedimiento administrativo sancionador", *Aranzadi Civil*, 2007-III, pp. 2615 y ss.; MARCOS FRANCISCO, D., "El arbitraje de consumo, ¿alternatividad o complementariedad de la vía administrativa y judicial?: la posibilidad de que el consumidor exija en el procedimiento administrativo sancionador la reposición de la situación alterada y la indemnización de daños y perjuicios", *Revista General de Derecho Administrativo*, 2010, nº 25; CARRASCO PERERA, A./CORDERO LOBATO, E., "Alcance de la reposición e indemnización al consumidor en el seno del procedimiento sancionador de consumo (art. 48 TRLGDCU)", *Revista CESCO*, 2013, nº 6, pp. 1 y ss.

miento administrativo, y que estos consumidores pueden solicitar la reposición de la situación alterada y las indemnizaciones a que se refiere este precepto.

Tampoco esta es una medida que proteja a los consumidores como clase, pues sólo podrán beneficiarse de la misma aquellos consumidores que se personen en el procedimiento administrativo, y que solicitan la liquidación en el mismo de los daños a ellos causados por el empresario infractor.

1.4.4. CONCLUSIONES.

En nuestro derecho puede resolverse un conflicto colectivo entre varios consumidores dañados por un mismo hecho de un empresario mediante la mediación de consumo. La mediación de consumo, regulada en el RDAC, se incardina en el procedimiento arbitral. En consecuencia, sólo puede participar en la mediación los consumidores que sean parte en ese procedimiento arbitral, por haber presentado una reclamación individual de arbitraje de consumo. Para que haya una mediación colectiva de un conflicto colectivo es necesario que haya varios consumidores en el procedimiento, lo que sólo puede suceder cuando se trata de un arbitraje de consumo colectivo o cuando existe una acumulación de procedimientos arbitrales.

El RDAC no contiene ni una sola regla relativa a la mediación de consumo en el marco del arbitraje de consumo colectivo. Esta falta de regulación deja sin resolver cuestiones espinosas que merecían un tratamiento específico, y que dificultan que en

la práctica pueda funcionar la mediación dentro de un arbitraje colectivo.

Una vez iniciado el procedimiento arbitral y las actuaciones arbitrales, el empresario y los consumidores que son parte en este procedimiento pueden alcanzar un acuerdo para resolver el conflicto, poniendo así fin total o parcialmente al procedimiento arbitral. Es irrelevante que ese acuerdo sea resultado de una mediación o una conciliación, y el acuerdo alcanzado podrá documentarse en el laudo.

En el marco del procedimiento administrativo sancionador, uno o varios consumidores pueden solicitar a la Administración para que, además de la correspondiente sanción administrativa, se ordene al empresario infractor a abonar a los consumidores los daños causados, conforme a lo dispuesto en el art. 48 TRLGDCU.

En ninguno de estos casos se protegen los intereses colectivos de los consumidores. Todo lo más, se permite que en un único procedimiento o por medio de un único acuerdo se resuelvan los conflictos que varios consumidores tienen con un mismo empresario como consecuencia de una misma conducta ilícita.

1.5. La Unión Europea y el recurso colectivo de los consumidores.

En el marco de los programas destinados a proteger a los consumidores, las instituciones comunitarias han llevado a cabo

desde hace décadas distintas iniciativas para conseguir una mejora del acceso de los consumidores a la justicia, y en particular, para fomentar la utilización de mecanismos extrajudiciales de resolución de los conflictos entre empresarios y consumidores.

Ya en el Primer Programa Preliminar de Protección de los Consumidores, aprobado por Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas, de 14 de abril de 1975, se alude a la solución extrajudicial de litigios de consumo como uno de los medios destinados a preservar el derecho del consumidor a la reparación de los daños. Desde entonces han sido numerosos los documentos publicados por las instituciones europeas sobre esta materia. Por su importancia, merecen ser destacados los siguientes: el Libro Verde sobre acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único, de 16 de noviembre de 1993³²; la Recomendación de la Comisión 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, sobre los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo³³; la Recomendación de la Comisión 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución

consensual de litigios en materia de consumo que no cubre la Recomendación 98/257/CE³⁴; y el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, de 19 de abril de 2002³⁵.

En los últimos años la Comisión, en distintas Comunicaciones sobre la estrategia comunitaria en materia de política de los consumidores, ha hecho hincapié en la necesidad de instaurar sistemas de resolución alternativa de conflictos, que constituyan recursos eficaces para la tutela de los derechos de los consumidores. Tras años de trabajo, han visto la luz la Directiva 2013/11/UE y el Reglamento 524/2013. A su estudio se dedica el siguiente epígrafe³⁶.

1.5.1 La Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y el Reglamento 524/2013, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

Recientemente se han publicado la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de liti-

³² COM (1993) 576 final.

³³ DOCE nº L 115, de 17 de abril de 1998.

³⁴ DOCE nº L 109, de 19 de abril de 2001.

³⁵ COM (2002) 196 final

³⁶ Una exposición sucinta de su contenido, en RALUCA STROIE, I., "Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (UE) nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013", *Revista CESCO*, 2013, nº 7, pp. 228 y ss.

gios en materia de consumo³⁷, y 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 consumo³⁸. Procede ahora analizar las características esenciales de estas normas europeas, y comprobar si en ellas se prevé o no la defensa de intereses colectivos de los consumidores a través de los mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias³⁹.

La Directiva 2013/11/UE pretende contribuir al buen funcionamiento del mercado interior, garantizando que los consumidores puedan presentar reclamaciones contra los comerciantes ante entidades que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa de conflictos de alta calidad que sean independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos. La disparidad de regímenes jurídicos en los distintos Estados constituye un obstáculo al mercado interior. La Directiva persigue alcanzar cierta uniformidad en los rasgos esenciales de estos mecanismos extrajudiciales, para que funcionen de forma satisfactoria en todos los Estados de la Unión.

La Directiva crea un marco armonizado básico en relación a las entidades y a los procedimientos de resolución alternativa de conflictos (nacionales y transfronterizos) en materia de consumo. Se ocupa de

establecer los requisitos que han de cumplir las entidades de resolución alternativa de conflictos; el acceso de los consumidores a estas entidades; las condiciones que deben reunir las personas físicas encargadas de la resolución alternativa de litigios (conocimientos especializados, independencia e imparcialidad); las obligaciones de transparencia de estas entidades; la eficacia de los distintos tipos de procedimientos; el régimen jurídico aplicable en estos procedimientos; la información y la asistencia a los consumidores en este ámbito; la cooperación entre entidades de resolución de conflictos, y entre éstas y las autoridades nacionales competentes; y las funciones de dichas autoridades.

La Directiva obligará a introducir cambios en nuestro régimen del arbitraje de consumo. En particular, la norma europea establece que el acuerdo entre el consumidor y el comerciante de someter una reclamación a una entidad de resolución alternativa no será vinculante para el consumidor cuando se haya celebrado antes de que surja el conflicto y cuando tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales (art. 10.1). Una prohibición de ese tipo ya existe en nuestro derecho (art. 57.4 TRLGDCU), pero sólo para sometimientos a arbitraje distintos del de consumo. Para el arbitraje de consumo se admite que el convenio arbitral se formalice mediante

³⁷ DOCE nº L 165, de 18 de junio de 2013.

³⁸ DOCE nº L 165, de 18 de junio de 2013.

³⁹ Una precisión terminológica. Dada la redacción inglesa de la Directiva (“alternative dispute resolution”), hubiera sido más adecuado que en la redacción española se aludiera a la “resolución alternativa de conflictos”, y no de “litigios”, pues el término “litigio” es habitualmente usado en relación con los procesos judiciales.

cláusula incorporada a un contrato principal (incluso en condiciones generales de la contratación; art. 90.1 TRLGDCU) o en contrato independiente, antes incluso de que surja el

La Directiva 2013/11/UE no regula la forma de los procedimientos de resolución alternativa de conflictos.

conflicto (art. 24.1.I TRLGDCU). Estos dos preceptos (arts. 24.1.I y 90.1 TRLGDCU) son contrarios a la Directiva 2013/11/UE.

Hay que destacar que la Directiva no regula la forma de los procedimientos de resolución alternativa de conflictos. Se trata de un instrumento horizontal, que se aplica a cualquier tipo de procedimiento de resolución de conflictos en los que una entidad de resolución alternativa de conflictos propone o impone una solución, o reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa. Sin embargo, la Directiva no se aplica a los mecanismos de tramitación de reclamaciones de los consumidores gestionados por el comerciante (como son el departamento de atención al cliente de servicios financiero y el defensor del cliente de servicios financieros).

La Directiva no hace mención alguna a los mecanismos extrajudiciales de resolución colectiva de conflictos. Únicamente en el Considerando nº 27 se alude a estos mecanismos, y se establece que la Directiva no constituye un obstáculo para que los Estados miembros mantengan o introduzcan procedimientos de resolución alternativa por los que se tramiten conjuntamente litigios idénticos o simila-

res entre un comerciante y varios consumidores. Se añade que ambos procedimientos (recurso fácil a la resolución alternativa de conflictos y reclamaciones colectivas) no son excluyentes.

En cuanto al Reglamento 524/20013, que es complementario de la Directiva, tiene por objeto la creación de una plataforma de resolución alternativa de conflictos on line relativa a las obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios celebrados on line entre un consumidor y un empresario. Se trata de ofrecer a los consumidores y a los empresarios una ventanilla única, para que resuelvan sus conflictos mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa de conflictos. Esta

El Reglamento 524/20013, que es complementario de la Directiva, tiene por objeto la creación de una plataforma de resolución alternativa de conflictos on line.

entidad debe ser una de las incluidas en la lista de entidades que elaborará la Comisión, y que incluye todas las entidades que cada autoridad nacional competente ha comunicado a la Comisión. La parte reclamante puede ser tanto el empresario como el consumidor.

El Reglamento 524/20013 no contiene mención alguna a las reclamaciones colectivas, ni se refiere a la posibilidad de acumular reclamaciones individuales en el procedimiento arbitral, ni contiene reglas de tutela colectiva de los consumidores o usuarios.

1.5.2 Mecanismos extrajudiciales de resolución de recursos colectivos: la Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización de daños.

La reparación de los daños colectivos por vía judicial se está debatiendo en las instituciones europeas desde el año 1985. Muchos documentos de distintos órganos de la Unión Europea han destacado las ventajas que supondría disponer de un recurso colectivo, que facilitara la reparación en situaciones en las que un gran número de consumidores han sido víctimas de una misma práctica comercial que vulnera el derecho de consumo. En la actualidad existen grandes diferencias entre los Estados miembros. Mientras algunos no contemplan esta posibilidad, en otros sí existen procesos judiciales de resolución colectiva de los conflictos, aunque las diferencias en la regulación son notables.

En los últimos cinco años se han dictado importantes textos comunitarios que abordan específicamente esta cuestión. El 27 de noviembre de 2008 la Comisión publicó el Libro Verde sobre

recurso colectivo de los consumidores⁴⁰, cuyo objetivo central es “evaluar la situación de los mecanismos de recurso, en particular en los casos en los que puede que haya muchos consumidores afectados por el mismo incumplimiento de la ley, y aportar soluciones que ayuden a superar los obstáculos para un recurso eficaz que se hayan detectado en tales casos”⁴¹. El Libro Verde se centra en la solución de casos de denuncias masivas y se propone aportar vías de recurso colectivo eficaces a los ciudadanos de toda la UE afectados por una misma práctica comercial con independencia del lugar de la infracción.

Sostiene la Comisión que los instrumentos europeos vigentes⁴² son insuficientes, y propone cuatro posibles soluciones para proporcionar a los consumidores medios adecuados y eficaces de reparación mediante la herramienta del recurso colectivo: (i) recurrir a medidas nacionales y comunitarias ya existentes para obtener una reparación adecuada de los consumidores; (ii) desarrollar la cooperación entre los Estados miembros para garantizar que los consumidores de toda la UE pueden recurrir a los mecanismos de recurso colectivo disponibles en los diferentes Estados miembros; (iii) una combinación de instrumentos, vinculantes y no vinculantes, que en conjunto pueden mejorar las vías de recurso de los consumidores eli-

⁴⁰ COM (2008) 794 final.

⁴¹ COM (2008) 794 final, pp. 3.

⁴² La Recomendación 98/257/CE, la Recomendación 2001/310/CE, la Directiva 98/27/CE, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, y el Reglamento 2006/2004, sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

minando los principales obstáculos; y (iv) un procedimiento judicial de recurso colectivo que podría consistir en una medida comunitaria vinculante o no vinculante.

Al exponer la tercera de las soluciones propuestas, menciona como uno de los instrumentos no vinculantes los sistemas alternativos de solución de conflictos. Se parte de la constatación de que la mayoría de los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos existentes en los distintos Estados de la Unión se ocupan principalmente de las denuncias individuales, y de que sería conveniente incentivar el uso de estos mecanismos para resolver conflictos colectivos. Las dos Recomendaciones sobre los mecanismos de solución alternativa (Recomendaciones 98/257/CE y 2001/310/CE) fueron redactadas sin tener presente la resolución de recurso colectivo, pero sus principios también pueden aplicarse en este ámbito. Para ello la Comisión propone dos vías: dictar una Recomendación, con un proceso de seguimiento de los resultados, o una Directiva, que exigiría a los Estados miembros la creación de mecanismos de resolución alternativa de conflictos colectiva. La primera opción ha sido la finalmente elegida, dando lugar así a la Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013.

El Comité Económico y Social Europeo emitió su Dictamen sobre este Libro Verde el 5 de noviembre de 2009⁴³. En él se mues-

tra partidario de imponer un mecanismo de recurso colectivo a escala europea.

En 2011 la Comisión celebró la consulta pública “Hacia un planteamiento europeo más coherente del recurso colectivo”⁴⁴. Su objetivo era determinar los principios jurídicos comunes del recurso colectivo y examinar su inclusión en el sistema jurídico de la UE y en los ordenamientos jurídicos de sus 27 Estados miembros.

El 2 de febrero de 2012, el Parlamento Europeo adoptó la Resolución “Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo”⁴⁵, en la que pedía que cualquier propuesta en materia de recurso colectivo se estableciera en forma de marco horizontal que incluyese un conjunto de principios comunes que permitan el acceso uniforme a la justicia a través de un recurso colectivo.

Con fecha de 11 de junio de 2013 publica la Comisión dos documentos de gran importancia: la Comunicación “Hacia un marco europeo horizontal del recurso colectivo”⁴⁶, y la Recomendación 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 Unión⁴⁷. La Comunicación hace balance de las acciones realizadas hasta la fecha y de las opiniones

⁴³ INT/473 – CESE 1693/2009.

⁴⁴ SEC (2011) 0173.

⁴⁵ 2011/2089 (INI)

⁴⁶ COM (2013) 401 final

⁴⁷ DOCE n° L 201, de 26 de julio de 2013.

de los interesados y del Parlamento Europeo sobre la consulta pública, y presenta la posición de la Comisión sobre algunos temas centrales relativos al recurso colectivo. La Comunicación va acompañada de la Recomendación citada.

El recurso colectivo puede adoptar la forma de acción de cesación (cuando se pretende el cese de una práctica contraria a Derecho) o de acción de indemnización.

Procede ahora analizar la Recomendación, y comprobar el modo en que la misma puede afectar al derecho español, en particular en lo que se refiere al recurso colectivo extrajudicial.

a) La Recomendación: finalidad y ámbito de aplicación.

La finalidad de la Recomendación es que todos los Estados miembros se doten de sistemas de recurso colectivo nacionales basados en un conjunto de principios europeos comunes. Con ello se consigue facilitar el acceso de los consumidores a la justicia, poner fin a las prácticas ilegales de los empresarios, permitir que los consumidores ejerciten sus derechos de forma eficaz, y facilitarles el derecho a obtener una indemnización en caso de daños masivos causados por infracciones de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (puntos 1 y 2 de la Recomendación).

El recurso colectivo puede adoptar la forma de acción de cesación (cuando se pretende el

cese de una práctica contraria a Derecho) o de acción de indemnización (cuya finalidad es obtener una indemnización por los daños y perjuicios sufridos). El recurso colectivo es un mecanismo jurídico que garantiza que dos o más personas físicas o jurídicas, o una entidad capacitada para ello, puedan solicitar de forma conjunta la cesación de un comportamiento ilícito o una indemnización de daños masivos –que son los que sufren dos o más personas como consecuencia de una misma actividad ilegal de una o varias personas físicas o jurídicas- [punto 3.a) y b) de la Recomendación]. La Recomendación recoge, por tanto, las dos formas típicas de tutela de intereses colectivos de los consumidores, asumiendo la distinción entre acciones de cesación y de indemnización, al igual que hemos hecho nosotros en este trabajo.

El recurso colectivo se configura como un instrumento horizontal. La Comisión sigue así la recomendación del Parlamento Europeo. Eso significa que puede utilizarse para hacer valer los derechos reconocidos en la Unión en cualquier ámbito, y no sólo en protección de consumidores; pe., com-

La Recomendación se aplica al recurso colectivo judicial y extrajudicial .

petencia, protección del medio ambiente, servicios financieros, protección de los inversores, y cualesquiera otros (Considerando nº 7 de la Recomendación).

La Recomendación se aplica al recurso colectivo judicial y extrajudicial (Considerando nº 13). Su ámbito de aplicación no se restringe al recurso colectivo judicial, y de hecho tiene

reglas específicas para el extrajudicial (puntos 25 a 28). Lo que no está tan claro es si, al margen de estas reglas especiales, los demás principios recogidos en la Recomendación entran en juego también para el recurso extrajudicial. Hay que entender que, salvo que ese principio, por su naturaleza o por su contenido, sea incompatible con el recurso extrajudicial, también será en este caso de aplicación.

b) Principios comunes a los recursos colectivos de cesación y de indemnización.

La Recomendación recoge en sus puntos 4 a 18 una serie de principios que se aplican indistintamente a los recursos colectivos de cesación y de indemnización. Estos principios tratan de garantizar que el recurso colectivo sea viable, respetando al mismo tiempo los derechos de todas las partes. En particular, se introducen mecanismos que impiden los litigios abusivos, sobre todo en el caso de daños masivos, que perjudican considerablemente a las empresas de la Unión Europea, y otras medidas tendentes a evitar las repercusiones negativas que estas acciones pueden tener en la reputación o en la economía de las empresas.

(i) En relación con la capacidad para interponer una acción de recurso colectivo, se establece que los Estados miembros deberán garantizar que las entidades representantes cumplan unas condiciones mínimas: no tener ánimo de lucro, que exista una relación directa entre los objetivos de la entidad y los derechos vulnerados, etc. (punto 4). En nuestro derecho las asociaciones de consumidores cumplen sobradamente estos presupuestos (arts. 23 y 27 TRLGDCU).

Estas acciones de representación también pueden ser interpuestas por entidades acreditadas ad hoc o por una autoridad pública.

En el derecho español se satisfacen estas cautelas, pues pueden interponer las acciones judiciales las asociaciones de consumidores legalmente constituidas conforme al TRLGDCU; la acción de cesación pueden interponerla además determinadas autoridades públicas (v. art. 54 TRLGDCU). Con esto se pretende, en relación con la acción de indemnización, que la acción sea ejercitada por una entidad que representa realmente los intereses de los consumidores y que defiende sus derechos. Este precepto se aplica igualmente al recurso colectivo extrajudicial. En el arbitraje de consumo colectivo del derecho español se concede legitimación sólo a algunas asociaciones de consumidores (las representativas) para iniciar el arbitraje de consumo. De este modo se satisface el punto 4 de la Recomendación. Pero quizás sea excesivamente restrictivo exigir que esa asociación de consumidores sea representativa (art. 58.1 RDAC). No vulnera la Recomendación el hecho de que el arbitraje colectivo no pueda ser iniciado por dos o más particulares. Pues la Recomendación no exige que las acciones indemnizatorias puedan ser iniciadas por dos o más afectados.

(ii) En consonancia con la medida anterior, se requiere a los Estados miembros para que en los procesos en que se ejercita una acción colectiva se verifique, en la fase más temprana posible, que concurren los presupuestos de admisibilidad de la acción, esto es, que la parte actora tiene la capacidad legal para proponer la acción (puntos 8

y 9 de la Recomendación). Este precepto está pensado para los procesos judiciales (se refiere expresamente a los “órganos jurisdiccionales”), y en nuestro derecho influye especialmente en la legitimación de los “grupos de afectados” para interponer acciones judiciales de indemnización de daños colectivos (art. 11.2 LEC). Tan pronto como le sea posible, el juez debe analizar

La Recomendación dispone que los Estados miembros deberían garantizar que la entidad representante o el grupo de demandantes puedan difundir información sobre la presunta violación de derechos reconocidos por el Derecho de la Unión y su intención de interponer una acción de cesación.

que el grupo se ha constituido válidamente, es decir, que sirve para ejercitar la acción en la que se solicita indemnización para un grupo determinado de afectados.

En el arbitraje de consumo colectivo este control de admisibilidad es fácil de llevar a cabo. Pues bastará con que la Junta Arbitral de Consumo competente para conocer de ese arbitraje compruebe que la petición de inicio de las actuaciones arbitrales ha sido efectuada por una asociación de consumidores representativa, tarea ésta que no plantea ninguna dificultad.

(iii) Para que los consumidores afectados por una conducta ilícita del empresario puedan personarse en el procedimiento y solicitar la indemnización de daños pertinente, es

necesario que tengan conocimiento de que se va a iniciar un procedimiento de recurso colectivo. En este sentido, la Recomendación dispone que los Estados miembros deberían garantizar que la entidad representante o el grupo de demandantes puedan difundir información sobre la presunta violación de derechos reconocidos por el Derecho de la Unión y su intención de interponer una acción de cesación, así como sobre un caso de daños masivos y su intención de interponer una acción por daños y perjuicios en forma de recurso colectivo (punto 10).

La regulación del arbitraje colectivo cumple esta previsión, pues tras la aceptación del arbitraje por el empresario, se prevé un llamamiento a los posibles consumidores afectados por el hecho dañoso (art. 59.1 RDAC). Lo que no está tan claro es la efectividad de ese llamamiento, en la medida en que ha de hacerse mediante la publicación de un anuncio en el Diario Oficial que corresponda, y es evidente que un consumidor medio no lee los Diarios Oficiales. Por eso sería oportuno modificar esta norma, y exigir que la difusión se realice, además, por otro medio que realmente consiga la difusión de la información.

Si bien es lógico que los consumidores afectados por el hecho dañoso tengan que recibir información sobre la existencia de un proceso de recurso colectivo, hay que tener en cuenta también que esa información pública puede afectar negativamente en la reputación del empresario reclamado. Debe conseguirse un equilibrio entre ambas posiciones. Por eso, la Recomendación dispone que “los métodos de

difusión de información deberían tener en cuenta las circunstancias particulares del caso de daños masivos de que se trate, la libertad de expresión, el derecho a la in-

Es necesario controlar el origen de los fondos que utiliza el demandante para ejercitar una acción judicial.

formación, y el derecho a la protección de la reputación o del valor de la empresa del demandado antes de que se le declare responsable de la presunta violación o de los daños en virtud de sentencia firme de un órgano jurisdiccional” (punto 11 de la Recomendación).

(iv) Una forma de evitar los litigios abusivos es imponer al litigante que pierde el proceso el pago de las costas judiciales. Por eso se declara que, en materia de costas, debe regir el principio de “quien pierde, paga” (punto 13 de la Recomendación). Esta regla parece aplicable sólo a los procesos judiciales (se alude a las “costas judiciales”), y no a los extrajudiciales. No ha de afectar, por tanto, al arbitraje de consumo (ni tampoco al arbitraje colectivo), en el que no hay condena en costas.

(v) Es necesario controlar el origen de los fondos que utiliza el demandante para ejercitar una acción judicial, pues quizás el tercero que financia pretende incentivar litigios abusivos o litigios que en realidad no defienden los intereses de los consumidores. La Recomendación (puntos 14 a 16) contiene reglas sobre esta materia, algunas de las cuales van única-

mente destinadas a los procesos judiciales. Así, se exige que el demandante informe al órgano jurisdiccional, antes de iniciar el proceso, del origen de los fondos que va a utilizar para sufragar la acción colectiva; y se permite al órgano jurisdiccional suspender el procedimiento cuando el tercero no dispone de fondos suficientes o cuando hay un conflicto de intereses entre el tercero y la parte demandante.

En el punto 16 de la Recomendación, que es el que contiene esta última medida, no hay una limitación expresa a la acción judicial. Por eso esta regla puede operar también en el recurso colectivo extrajudicial. Se establece en ese punto que los Estados miembros deberían garantizar que, cuando una acción de recurso colectivo esté financiada por un tercero privado, este tendrá prohibido: intentar influir en las

Los Estados miembros deberían establecer sanciones adecuadas contra el demandado perdedor, con el fin de garantizar el cumplimiento efectivo de la medida de cesación.

decisiones procesales de la parte demandante, incluidas las transacciones; financiar una acción colectiva contra un demandado que sea un competidor del financiador o contra un demandado del que dependa el financiador; y exigir intereses excesivos sobre los fondos prestados.

c) Principios específicos aplicables al recurso colectivo de cesación.

La Recomendación contiene dos reglas específicas en relación con el recurso colectivo de cesación.

En primer lugar, se establece que las demandas de medidas cautelares que soliciten la cesación o la prohibición de una violación de derechos reconocidos en la Unión se tramitarán con la debida celeridad y, en su caso, por el procedimiento abreviado, con el fin de evitar posibles daños (punto 19 de la Recomendación). En segundo lugar, los Estados miembros deberían establecer sanciones adecuadas contra el demandado perdedor, con el fin de garantizar el cumplimiento efectivo de la medida de cesación, incluido el pago de un importe fijo por cada día de retraso o de cualquier otro importe previsto en la legislación nacional (punto 20).

Estas medidas no afectan al arbitraje de consumo colectivo, pues no puede usarse este arbitraje para interponer una reclamación cuyo objeto sea la cesación de una conducta ilícita.

d) Principios específicos aplicables al recurso colectivo de indemnización.

Son varios los principios que se establecen en este ámbito.

(i) Cuando se trata de solicitar una indemnización a través del recurso colectivo, la composición del grupo representado puede determinarse conforme a dos modelos básicos: el de participación voluntaria

(opt-in), donde el grupo incluye solamente a las personas físicas o jurídicas que activamente opten por pasar a formar parte del grupo representado, y el de exclusión voluntaria, donde el grupo se compone de todos los individuos que pertenecen al grupo definido y alegan haber sufrido daños derivados de una misma infracción, salvo si optan activamente por desmarcarse del grupo.

La Recomendación asume el principio de participación voluntaria (puntos 21 a 24). Establece que la parte demandante debería constituirse por consentimiento expreso de las personas físicas o jurídicas que afirmen haber sufrido daños (principio opt-in). Las excepciones a este principio, en virtud de disposiciones legales o de una resolución judicial, deberían justificarse debidamente por razones de buena administración judicial. Además, cualquier persona que haya sufrido un daño podrá adherirse a la parte demandante en cualquier momento del procedimiento antes de que se dicte la resolución definitiva. Y a la inversa, cualquier persona que es miembro de la parte demandante puede retirarse de esta parte en cualquier momento antes de que se dicte la resolución definitiva o de que el asunto se resuelva válidamente de otra manera, siempre que se cumplan las mismas condiciones que se aplican a la retirada en las acciones individuales, sin que se le prive de la posibilidad de proseguir con su demanda de otra forma, si ello no perjudica a la buena administración de la justicia.

En el arbitraje de consumo estas reglas no pueden operar con esa misma dimensión. Es evidente que en el arbitraje co-

lectivo sólo puede regir el principio de participación voluntaria (opt-in), pues un laudo arbitral no puede afectar a un consumidor que no ha sido parte (voluntariamente aceptada) en el procedimiento arbitral. Lo contrario vulneraría su derecho a que sea un juez quien resuelva el conflicto que tiene con un empresario (derecho a la tutela judicial efectiva). Por otra parte, en el arbitraje colectivo sí se permite que un consumidor que no fue reclamante al principio se adhiera al procedimiento arbitral, mediante la interposición de una reclamación posterior, siempre que lo haga antes de la fecha de la audiencia (art. 61.1 RDAC).

En cuanto a la posibilidad de que un consumidor que ha reclamado, y que se integra en la parte demandante, pueda retirarse del procedimiento en cualquier momento, hay que señalar que el RDAC no prevé la posibilidad de que el consumidor

Otro mecanismo para desterrar los litigios abusivos es prohibir los honorarios condicionales de los abogados.

desiste de su reclamación. Sí se prevé, sin embargo, en el art. 38.2.a) LArb, que debe aplicarse, dado su carácter supletorio. Por lo tanto, sí cabe el desistimiento del consumidor en su reclamación, desistimiento que también es posible en el arbitraje colectivo. Ese desistimiento significa que el consumidor “sale” del procedimiento arbitral, y que el laudo que en su caso se dicte no le afecte. Y el consumidor podrá después, si lo desea, interponer una reclamación individual que

será resuelta vía arbitral. Lo que no puede hacer el consumidor, tras desistir, es interponer una acción judicial, pues si existe un convenio arbitral el empresario demandado podrá oponer la excepción declinatoria (art. 11.1 LArb), y el juez tendrá que abstenerse de conocer de ese conflicto.

(ii) Otro mecanismo para desterrar los litigios abusivos es prohibir los honorarios condicionales de los abogados; esto es, que los honorarios sean mayores o menores en función de la mayor o menor indemnización. Del mismo es conveniente que los honorarios de los abogados y su método de cálculo no creen incentivos para emprender acciones judiciales que sean innecesarias (puntos 29 y 30 de la Recomendación). Estos principios no se aplican a los recursos colectivos extrajudiciales. Además, en el arbitraje de consumo colectivo no es necesario que las partes acudan con abogado; si acude, sus honorarios serán abonados por su cliente, y nunca por la otra parte del conflicto (pues no hay condena en costas).

(iii) Por las mismas razones, en caso de que un tercero privado financie el recurso colectivo de indemnización, debe prohibirse que la remuneración o los intereses que percibe el prestamista se calculen a partir del importe fijado en el acuerdo alcanzado o de la indemnización concedida, salvo que este acuerdo financiero esté regulado por una autoridad pública para garantizar los intereses de las partes (punto 32 de la Recomendación). Esta regla debe aplicarse también al recurso colectivo extrajudicial.

(iv) La experiencia de las class actions americanas evidencia cómo el recurso colectivo es una vía para litigios abusivos. La

posibilidad de reclamar y obtener daños punitivos, cuya cuantía es muy superior al daño realmente causado, es ajena a la tradición jurídica europea, y coloca a los empresarios demandados en una difícil situación, además de que incentiva la interposición de demandas indemnizatorias. La Recomendación es clara en este punto: los Estados miembros deberían prohibir las indemnizaciones punitivas, que conceden al demandante una indemnización superior al daño sufrido (punto 31).

e) Modalidades alternativas de solución de litigios colectivos y transacciones.

La Recomendación contiene cuatro puntos específicos sobre “modalidades alternativas de solución de litigios colectivos y transacciones” (puntos 25 a 28). Hay que partir del hecho de que la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, no impide a los Estados miembros mantener o introducir procedimiento de solución alternativa de conflictos que aborden conjuntamente conflictos idénticos o similares entre un agente económicos y varios consumidores (Considerando nº 27). Partiendo de este dato, la propia Comisión, en la Comunicación “Hacia un marzo horizontal europeo de recurso colectivo”, recomienda a los Estados miembros que desarrollen mecanismos de solución consensuada de conflictos colectivos⁴⁸. Como puede apreciarse, esta recomendación sólo alcanza a

las soluciones consensuadas (como la mediación o la transacción), pero no a las impuestas por terceros ajenos al conflicto (como el arbitraje).

Sin embargo, este deseo de la Comisión no se plasma expresamente en la Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización de daños. En los puntos 25 a 28 de la misma no se incluye la recomendación mencionada. Todo lo más, puede considerarse incluida en la fórmula genérica del punto 2 (“los Estados miembros

Los Estados miembros deberían asegurarse de que se anime a las partes de los conflictos surgidos en casos de daños masivos a resolver la cuestión de la indemnización de forma consensuada o extrajudicial.

bro deberían disponer de mecanismos de recurso colectivo”, que no distingue entre mecanismos judiciales y extrajudiciales).

En relación con las modalidades alternativas de solución de litigios colectivos, la Recomendación incluye los siguientes principios:

(i) Los Estados miembros deberían asegurarse de que se anime a las partes de los conflictos surgidos en casos de

⁴⁸ COM (2013) 401 final, pp. 17.

daños masivos a resolver la cuestión de la indemnización de forma consensuada o extrajudicial, tanto en la fase previa al juicio como durante el juicio civil (punto 25 de la Recomendación). La solución consensuada (básicamente, la mediación) debe tener carácter facultativo, de manera que no se puede imponer por ley una mediación previa, con carácter obligatorio, antes de acudir a la vía judicial. Según la Comisión, eso podría desencadenar costes y retrasos innecesarios, llegando en algunas situaciones a socavar el derecho fundamental de acceso a la justicia (art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)⁴⁹.

No es conveniente imponer una mediación previa, pero sí es adecuado que los jueces, en la fase previa al proceso o incluso durante el proceso judicial, inviten a las partes a solucionar el conflicto “de forma consensuada o extrajudicial”. No está claro el sentido que hay que dar a la expresión entrecomillada: si los dos adjetivos se utilizan como sinónimos (refiriéndose a una forma consensuada dentro o fuera del proceso judicial) o con significado distinto (hay que invitar a las partes a resolver el conflicto de forma consensuada -mediación- o por otras vías extrajudiciales -como el arbitraje de consumo-).

(ii) Como complemento del principio anterior, se señala que los Estados miembros deberían garantizar que los mecanismos judiciales de recurso colectivo

incluyan la posibilidad de que las partes, antes y durante el litigio, puedan acceder a las modalidades alternativas de solución colectiva de conflictos (punto 26). En efecto, no basta con que se anime a las partes en conflicto (incluso por los jueces) a resolverlo mediante un mecanismo alternativo a la vía judicial. Es necesario que la normativa procesal de los Estados permita que, antes o durante la tramitación del proceso judicial, las partes puedan suspender o finalizar ese proceso para acudir a esos mecanismos alternativos. Obviamente, para que se pueda acudir a estos recursos alternativos es necesario el consentimiento de las dos partes en conflicto.

(iii) El eventual plazo de prescripción aplicable a las demandas debería suspenderse durante el período comprendido entre el momento en que las partes acuerden resolver el conflicto por un procedimiento de resolución alternativa de conflictos hasta, como mínimo, el momento en que una o ambas partes se retiren expresamente de dicho procedimiento (punto 27). Una medida de este tipo ya está prevista para la mediación en asuntos civiles y mercantiles (art. 4 de la Ley 5/2012). Pero la Recomendación aconseja su inclusión también si se inicia un arbitraje de consumo (y en el arbitraje de consumo colectivo) o una mediación de consumo en caso de reclamaciones colectivas.

(iv) En el caso de conflictos colectivos, es posible llegar a acuerdos (resultados de la mediación) o transacciones entre el em-

⁴⁹ Comunicación de la Comisión “Hacia un marzo horizontal europeo de recurso colectivo” [COM (2013) 401 final, pp. 16].

presario y los consumidores. Sin embargo, es evidente que no todos los miembros del grupo de afectados, que son parte en el acuerdo resultado de la mediación o en la transacción, pueden haber participado de forma directa en la consecución de este acuerdo. Para proteger a estos afectados, la Recomendación establece que “la legalidad de toda decisión obligatoria resultante de una transacción colectiva debería ser controlada por los órganos jurisdiccionales, que velarán por la adecuada protección de los intereses y derechos de todas las partes implicadas” (punto 28). Aunque la norma se refiere sólo a la transacción, la misma solución ha de darse en los casos de mediación colectiva, por las mismas razones.

Por último, hay que indicar que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para aplicar los principios establecidos en esta Recomendación, a más tardar, dos años después de su publicación, esto es, el 26 de julio de 2015 (punto 38 de la Recomendación). La Comisión deberá evaluar la aplicación de la Recomendación, a más tardar el 26 de julio de 2017. A la vista de los resultados obtenidos, la Comisión podrá proponer nuevas medidas para consolidar y reforzar el enfoque horizontal adoptado en la Recomendación (punto 41). Estas medidas pueden ser incluso legislativas (una Directiva).

Bibliografía.

- ABELLÁN TOLOSA, L., “El sistema arbitral de consumo”, en M. J. REYES LÓPEZ (Coord.), *Derecho privado de consumo*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 575 y ss.
- BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia Tirant lo blanch, 1999.
- BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- BETANCOURT JULIO, C., “Medios alternativos de resolución de conflictos (ADR) en la Unión Europea y la fenomenología de su constitucionalización”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2012, nº 2, pp. 413 y ss.
- BLANCO CARRASCO, M., “La alternativa de la mediación en los conflictos de consumo: presente y futuro”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2009, pp. 130 y ss.
- CARRASCO PERERA, A., “Delimitación temporal, objetiva y territorial del arbitraje de consumo”, en C. FLORENSA I TOMÁS (Dir.), *El arbitraje de consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, pp. 91 y ss.
- CARRASCO PERERA, A./CORDERO LOBATO, E., “Alcance de la reposición e indemnización al consumidor en el seno del procedimiento sancionador de consumo (art. 48 TRLGDCU)”, *Revista CESCO*, 2013, nº 6, pp. 1 y ss.

CARRASCO PERERA, A./MARÍN LÓPEZ, M. J., “Acciones civiles de cesación y competencias administrativas ejecutivas. El ejemplo de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2008-2, nº 21, pp. 25 y ss.

CASADO CERVIÑO, A., “El arbitraje de consumo”, en DE MARTÍN MUÑOZ/HIERRO ANIBARRO (Coord.), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 909 y ss.,

DOMÍNGUEZ PLATA, J., “El arbitraje colectivo”, en F. ESTEBAN DE LA ROSA/G. OROZCO PARDO (Dir.), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 149 y ss.

ESPÍN ALBA, I., “Arbitraje y mediación de consumo: a propósito de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2013, noviembre, nº 2160, pp. 1 y ss.

ESTEBAN DE LA ROSA, F./OROZCO PARDO, G. (Dir.), *Mediación y arbitraje de consumo. Una perspectiva española, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

GONZÁLEZ PILLADO, E. (Coord.), *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, Madrid, Tecnos, 2010.

GONZÁLEZ PILLADO, E. (Coord.), *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, Madrid, Tecnos, 2012.

GRANDE SEARA, P., “El procedimiento de mediación en materia de consumo”, en E. GONZÁLEZ PILLADO (Coord.), *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 213 y ss.

GUTIÉRREZ SANZ, M. R., “Las Juntas Arbitrales de Consumo”, en AAVV, *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 93 y ss.

GUZMÁN FLUJA, V., “Consideraciones sobre el procedimiento arbitral de consumo: trámite de audiencia, reconvencción, mediación y acumulación de procedimientos”, en E. GONZÁLEZ PILLADO (Coord.), *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, Madrid, Tecnos, 2010, pp. 230 y ss.

LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., “El arbitraje de preferentes: una medida para evitar la fuga de clientela no prevista en el Memorando de Entendimiento”, *Diario La Ley*, 2013, nº 8182, de 4 de octubre de 2013.

MARCOS FRANCISCO, D., *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

MARCOS FRANCISCO, D., “El arbitraje de consumo, ¿alternatividad o complementariedad de la vía administrativa y judicial?: la posibilidad de que el consumidor exija en el procedimiento administrativo sancionador la reposición de la situación alterada y la indemnización de daños y perjuicios”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 2010, nº 25.

MARCOS FRANCISCO, D., “Comentario al art. 35”, en MARÍN LÓPEZ, M. J. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2013 (en prensa).

MARÍN LÓPEZ, J. J., “Comentario al art. 24”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009, pp. 349 y ss.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Presente y futuro del arbitraje de consumo: cuarenta y tres cuestiones controvertidas”, *Revista de Derecho Privado*, 2006, nº 90, septiembre-octubre, pp. 3 y ss.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2007, nº 11, pp. 123 y ss.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero”, *Diario La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2008-2, pp. 1715 y ss.

ORDEÑANA GEZURAGA, I., “La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa”, *Diario La Ley*, 2010, núm. 7420, consultado en LA LEY 2680/2010, pp. 1 a 24.

OUBIÑA BARBOLLA, S., “Los arbitrajes de consumo especiales: colectivo y electrónico”, en E. GONZÁLEZ PILLADO (Coord.), *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 125 y ss.

PASQUAU LIAÑO, M., *El nuevo marco para la protección judicial de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios*, Sevilla, Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, 2003.

PEÑA LÓPEZ, F. "La indemnización por los daños y perjuicios causados al consumidor en el seno del procedimiento administrativo sancionador", *Aranzadi Civil*, 2007-III, pp. 2615 y ss.;

RALUCA STROIE, I., "Alternativas a la resolución de conflictos en materia de consumo: la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consumo y el Reglamento (UE) nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consumo, de 21 de mayo de 2013", *Revista CESCO*, 2013, nº 7, pp. 228 y ss.

ESTUDIOS, ANÁLISIS Y ACTAS DE CONCLUSIONES DE LAS JORNADAS SOBRE LOS EFECTOS DE LA REESTRUCTURACIÓN BANCARIA EN LOS CONSUMIDORES

PROYECTO: "Los retos de los usuarios ante los cambios del sistema bancario.
Propuestas para una contratación, regulación y supervisión que mejoren
las prácticas bancarias y la defensa de los consumidores"



ADICAE
Asociación de Usuarios de
Bancos, Cajas y Seguros

Departamento de proyectos de ADICAE
Madrid, Diciembre 2012



Con el apoyo del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.
Su contenido es responsabilidad exclusiva de la Asociación.

Conozca los cambios del sistema bancario y sus consecuencias con los
**estudios de ADICAE sobre los efectos de la reestructuración
bancaria en los consumidores**

www.adicae.net

Extrajudicial

2. SISTEMAS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN DERECHO COMPARADO

Departamento de Estudios de
ADICAE

REPÚBLICA CHECA.

A). Arbitraje.

El arbitraje se desarrolla bajo el control de las partes, con arreglo a un acuerdo escrito por el que éstas acuerdan que el litigio se resolverá a través de una persona independiente designada por ellas. Esta persona puede ser un árbitro independiente (un adulto capacitado y conocedor del Derecho) o un órgano de arbitraje permanente (Rozhodčí soud při Hospodářské komoře) a (Agrární komoře), en la República Checa (Tribunal de arbitraje de la Cámara de Comercio y la Cámara Agrícola de la República Checa).

La modalidad alternativa del arbitraje puede utilizarse para resolver litigios civiles sobre la propiedad. El arbitraje está previsto, principalmente, para los casos en que mediante un pago se transfiere un derecho (por ejemplo, el derecho de propiedad en el caso de un acuerdo de compra) o un bien. En esta categoría se incluyen los litigios sobre propiedad comercial (derivados de contratos de arrendamiento, por ejemplo), los conflictos laborales (derivados de la terminación injusta de contratos de trabajo o de reivindicaciones salariales) y los conflictos familiares (relativos a pensiones de alimentos entre adultos). No obstante, el arbitraje no puede utilizarse para resolver conflictos derivados de la aplicación de decisiones o relativos a la tramitación de concursos o indemnizaciones.

B). Árbitro económico.

Es un órgano encargado de resolver los conflictos entre prestadores de servicios financieros (bancos, cajas de ahorros y otros organismos que realizan o actúan como intermediarios en las transferencias de fondos) y sus clientes, o entre emisores y usuarios de medios del pago (tarjetas de crédito, por ejemplo).

C). Defensor del Pueblo.

Este órgano trata las reclamaciones contra la administración presentadas a iniciativa de los particulares.

El Defensor del Pueblo ayuda a las personas que han sido objeto de un trato contrario a la ley o a los principios del Estado de Derecho y la democracia, por parte de las autoridades administrativas. El Defensor del Pueblo no puede modificar ni invalidar las decisiones de la administración, pero si constata una actuación injusta puede recomendar a las autoridades que adopten las medidas necesarias para corregir la situación.

2.1. Estas modalidades alternativas están previstas para solucionar distintos tipos de conflictos.

2.1.1. Conflictos entre consumidores y empresas.

En la República Checa, estos conflictos pueden resolverse mediante arbitraje; en ciertos casos, los conflictos financieros pueden ser resueltos por el Árbitro económico.

2.1.2. Arbitraje.

Se puede recurrir al arbitraje en casi todos los conflictos de este tipo, la gran mayoría de los cuales entra en la categoría de conflictos sobre la propiedad a los que nos hemos referido anteriormente. Un conflicto característico de este tipo es el derivado de un acuerdo de compra.

En la República Checa los conflictos financieros pueden ser resueltos por el Árbitro económico.

Las normas de arbitraje figuran en la Ley n° 216/ 1994 relativa a los procedimientos de arbitraje y la ejecución de decisiones arbitrales, tal como ha sido modificada posteriormente.

El arbitraje se lleva a cabo mediante un acuerdo escrito de arbitraje celebrado entre las partes (el acuerdo verbal también se admite si las partes lo confirman por escrito al comunicárseles la decisión arbitral).

El consumidor debe concluir un acuerdo escrito con el empresario (cláusula de arbitraje) que declare que todos los conflictos derivados del acuerdo particular (por ejemplo, acuerdo de ventas.) se resolverán por arbitraje. Cuando un conflicto se refiera a un asunto regulado por una cláusula de arbitraje, dicho asunto no podrá ser resuelto por los tribunales. Sin embargo, el solicitante puede emprender una acción judicial si el asunto se trata ante el árbitro con el acuerdo entre las partes.

Los árbitros están obligados a mantener el secreto, garantizando así la protección de la información que las partes desean mantener confidencial.

Los árbitros pueden negociar el acuerdo por telegrama, fax o cualquier medio electrónico que les permita transmitir mensajes y designar a las personas que negociarán el acuerdo. En el procedimiento también se pueden utilizar estos medios si las partes están de acuerdo.

En los procedimientos de arbitraje las partes no necesitan un representante legal. Los gastos del procedimiento corren a cargo de las partes.

La decisión adoptada al término del procedimiento de arbitraje (laudo) es definitiva, obligatoria y ejecutable por medios legales (embargo). El laudo sólo puede ser invalidado por motivos previstos legalmente, entre los que figuran razones técnicas como la incompetencia del árbitro (por ejemplo, el árbitro es menor de edad o la

La decisión adoptada al término del procedimiento de arbitraje (laudo) es definitiva, obligatoria y ejecutable.

autorización que recibió para arbitrar fue retirada o limitada), la falta de autorización previa de las partes, etc. La resolución judicial que invalide un laudo arbitral debe ser comunicada en el plazo de tres meses desde la fecha en que fue entregada a la parte que solicitó la nulidad.

2.1.3. *Árbitro económico.*

Los consumidores pueden someter a este organismo los conflictos que surjan entre ellos y los bancos y demás entidades financieras, en relación con la prestación y agilización de servicios de transferencia de fondos, el uso de medios de pago como tarjetas de crédito y otros servicios bancarios. También se puede recurrir al árbitro económico en caso de que el banco no realice la transacción solicitada por el cliente o incurra en retrasos o errores.

El árbitro económico es designado por el Parlamento checo y puede decidir en casos de cuantía no superior a 50.000 euros.

Esta modalidad alternativa de solución de conflictos se aplica también en caso de uso indebido de tarjetas de crédito. El árbitro económico puede decidir en casos de cuantía no superior a 50.000 euros. Desde la adhesión de la República Checa a la Unión Europea, el árbitro económico checo se ha dedicado a resolver conflictos relacionados con transacciones en euros en la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo.

El procedimiento a seguir ante el árbitro económico y las facultades de éste se rigen por la Ley 229/2002 sobre el árbitro económico, de 9 de mayo de 2002 (que entró en vigor el 1 de enero de 2003).

El árbitro económico es designado por el Parlamento checo y debe ser una persona respetable que posea las cualificaciones y la experiencia adecuadas. Está obligado a man-

tener el secreto sobre cualquier información obtenida en el curso de su trabajo. De esta forma se garantiza la equidad del procedimiento y la protección de la información confidencial.

El arbitraje no es obligatorio. Existen otros medios de solución de conflictos, incluidos los procedimientos judiciales tradicionales, que pueden utilizarse como alternativa. Por tanto, no se puede iniciar un procedimiento de arbitraje cuando un tribunal ha dictado sentencia sobre el mismo asunto o existe un procedimiento judicial en curso. Lo mismo ocurre si el conflicto se somete o ya ha sido sometido al árbitro económico o si ha sido objeto de otro procedimiento de arbitraje.

Puede iniciar el procedimiento el consumidor que es cliente de una entidad financiera particular o titular de un medio electrónico de pago.

El procedimiento también puede iniciarse electrónicamente mediante una firma electrónica segura. También es posible iniciar el procedimiento por télex, fax o por la red pública de información, sin la firma electrónica avanzada, siempre que la solicitud para iniciar el procedimiento se firme en el plazo de tres días, por escrito o con la firma electrónica avanzada. La solicitud debe presentarse en el formulario que facilita el árbitro.

El procedimiento puede llevarse a cabo por correo escrito o por medios electrónicos, pero el árbitro puede solicitar a las partes que presenten sus explicaciones oralmente.

Las partes no están obligadas a tener un representante legal. Los procedimientos no están gravados por ningún impuesto. Cada parte sufraga sus propios gastos, con excepción de la interpretación, que la paga la entidad financiera. Se trata de la interpretación hacia la lengua en que está redactado el acuerdo del solicitante con la entidad o hacia la lengua en que el solicitante se comunica habitualmente por escrito con la entidad. El solicitante tiene derecho a este tipo de interpretación.

En cada caso, el árbitro dicta un laudo que se comunica mediante entrega en mano a las partes. Las objeciones contra la decisión deben presentarse en la forma jurídica prescrita. Las partes pueden someter objeciones motivadas en el plazo de 15 días desde la recepción de la decisión. Se puede renunciar al derecho a presentar objeciones. La presentación de objeciones tiene un efecto suspensivo. La decisión del árbitro sobre las objeciones formuladas puede mantener o modificar la decisión. Se entrega a las partes una copia escrita de la decisión sobre las objeciones, que se considera definitiva. Esta decisión es jurídicamente obligatoria y no se permite ninguna otra objeción. La decisión puede ser ejecutada por los tribunales, de conformidad con el Código de procedimiento civil, una vez transcurrido el plazo de su aplicación. Si no se especifica el plazo en la decisión, ésta puede ser ejecutada desde el momento en que sea jurídicamente vinculante.

Si el consumidor no está satisfecho con la solución que el árbitro económico ha dado al conflicto, puede someter el asunto a un tribunal. La entidad financiera afec-

tada también disfruta de este derecho. Empezar una acción judicial, someter el conflicto ante un tribunal de arbitraje, llegar a un acuerdo extrajudicial y retirar la solicitud antes de que la decisión se convierta en obligatoria jurídicamente, hacen que la decisión arbitral se convierta en nula y sin valor.

ALEMANIA.

A). Conflictos entre consumidores y empresas (en el sentido más amplio del término).

En la República Federal de Alemania, hay un gran número de órganos de mediación (Schiedstellen) y de conciliación (Schlichtungsstellen o Gütestellen) extrajudiciales, que permiten, de manera previa a una confrontación judicial, regular de mutuo acuerdo una serie de conflictos (en particular, cuando afectan consumidores). Algunas organizaciones profesionales crean tales órganos (cámaras

En algunos Estados Federados, es obligatorio acudir a tales órganos extrajudiciales, por ejemplo, para todos los litigios de un valor inferior a 750 euros, antes de poder plantear el asunto en cuestión ante una jurisdicción civil de primera instancia.

profesionales, federaciones) y, por consiguiente, definen su competencia en función específica de la rama a la cual

pertenecen. Recurren a sus servicios principalmente los consumidores en caso de desacuerdos con un proveedor o un vendedor de artículos o servicios. Algunos órganos de conciliación (Gütestelle) pueden ser creados o autorizados por la Administración de justicia de un Estado Federado. En algunos Estados Federados, es obligatorio acudir a tales órganos extrajudiciales, por ejemplo, para todos los litigios de un valor inferior a 750 €, antes de poder plantear el asunto en cuestión ante una jurisdicción civil de primera instancia (Amtsgericht). En algunos Estados Federados, las tareas de los órganos conciliadores se concentran de tal modo que puedan ser asumidas también por otros servicios de arbitraje ya existentes, mientras que en otros, las tareas en relación con una Resolución extrajudicial de los conflictos incumben en primero a los Colegios de Abogados y notarías, antes consultar a un órgano de conciliación.

El abanico de los distintos servicios de arbitraje y conciliación propuestos puede describirse del siguiente modo (desde el punto de vista del derecho del consumidor):

- Casi todas las ciudades de una determinada importancia disponen de servicios de arbitraje y conciliación en las cámaras de industria y comercio y de artesanos. A estas posibilidades vienen a añadirse los servicios de conciliación de los talleres mecánicos para conflictos relativos a reparaciones automóvil así como los servicios de conciliación para el comercio del automóvil en casos de defectos de los coches de ocasión.

- Destaca la figura del *Ombudsmann* de distintos bancos privados que se ocupa de tratar todas las reclamaciones que afectan las operaciones bancarias y transacciones financieras.

Por regla general, las recomendaciones emitidas por los servicios de conciliación no vinculan a las partes.

Por regla general, las recomendaciones emitidas por los servicios de conciliación no vinculan a las partes. A veces, sin embargo, la decisión del órgano de conciliación implica una obligación unilateral para la empresa. Un cierre definitivo del procedimiento, no obstante, sólo se produce cuando las partes del conflicto se ponen de acuerdo y llegan a una transacción.

B). Los sistemas "alternativos" de resolución de conflictos referentes a servicios financieros en Alemania.

En Alemania las ADR han recibido una atención especial por el legislador. Según el preámbulo de la Ley de Procedimiento Civil alemán ("Einführungsgesetz zur ZPO", EGZPO) los estados federales alemanes pueden requerir a las dos partes que intenten alcanzar un acuerdo extrajudicial antes de presentar una demanda (art. 15 a de EGZPO). La disposición solo se aplica en controversias financieras con una cuantía inferior a 750€.

Algunos estados federales, como Saarland, Brandenburg y Hesse tomaron la oferta, mientras que otros estados federales, como Baviera, North Rhine-Westphalia y Baden-Württemberg todavía prueban y evalúan las disposiciones.

También la Unión Europea hizo de las ADR un tema central y sugirió ajustes en su Libro Verde en la resolución alternativa de conflictos en procedimientos civiles y mercantiles (Com(2002) 196 fin.).

El 16 de octubre de 2001 la fase experimental de la Red Extrajudicial Europea (red EEJ) fue lanzada en Bruselas. La Red EEJ es una red de mecanismos extrajudiciales que opera en los países de la UE/EEA. La finalidad de la Red EEJ es facilitar el acceso a la justicia para los consumidores de la

Alemania tiene una gran variedad de sistemas de arbitraje. Actualmente hay cerca de 400 órganos extrajudiciales de resolución de conflictos.

UE/EEA fundamentalmente en conflictos transfronterizos. La Red EEJ pretende alcanzar esto ligando los diferentes cuerpos extrajudiciales establecidos en los Estados miembros de la UE y de la EEA. Alemania tiene una gran variedad de sistemas de arbitraje. Actualmente hay cerca de 400 órganos extrajudiciales de resolución de conflictos registrados en la Red EEJ, de esos, 203 son órganos extrajudiciales

alemanes. El 1 de enero de 2002 el Ministerio de Justicia federal alemán agregó la Cámara de Compensación alemana como nuevo departamento a la ya existente estructura de Euro-oficinas de consumidores en Kehl. Durante el año 2003 la Cámara de Compensación alemana recibió un total de 732 casos, de los cuales 403 fueron demandas de información, 236 conflictos legales y 93 quejas. Del total solamente 35 casos afectaban a servicios financieros.

En febrero de 2001 la Comisión Europea lanzó la red FIN-NET, la red europea de resolución de conflictos extrajudicial en conflictos transfronterizos. El sistema une los sistemas nacionales ya existentes de los 15 Estados miembros de la UE y 2 países de la EFTA que se adhieren a un Memorandum de entendimiento y adoptan la Recomendación 98/257 de la Comisión en principios aplicables a los órganos responsables de la resolución de conflictos extrajudiciales.

A pesar de la naturaleza distinta de la Red EEJ y de la Red FIN-NET, las Cámaras de Compensación de la Red EEJ podrían ser posibles puntos de entrada a la Red FIN-NET.

Actualmente hay 8 órganos de resolución de conflictos extrajudiciales alemanes registrados en FIN-NET, de los cuales 6 relativos al sector bancario y 2 relativos al sector seguros. Cada uno de los tres principales grupos bancarios alemanes, es decir los bancos privados alemanes, los bancos cooperativos alemanes y las Cajas de ahorros alemanas, ha creado sus propios sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos.

La asociación federal de los bancos privados comerciales alemanes ("Bundesverband deutscher Banken", BdB) y la federación de bancos hipotecarios alemana adoptaron el sistema de protección del Ombudsman de los bancos privados en 1992. El sistema se diseña sobre todo para

La asociación federal de los bancos privados comerciales alemanes y la federación de bancos hipotecarios alemana adoptaron el sistema de protección del Ombudsman de los bancos privados en 1992.

los consumidores y cubre todos los productos ofrecidos por los bancos que participan en él. El sistema no cubre a los intermediarios. El sistema es gratuito para los clientes de los bancos. Si los clientes no aceptan la decisión del Ombudsman, todavía pueden asistir a los tribunales. Los clientes no pueden perder el derecho a interponer sus demandas durante los procedimientos del Ombudsman. Los bancos privados comerciales han aceptado la decisión del Ombudsman en los conflictos de cantidades hasta 5.000 €. La experiencia ha demostrado que los bancos también aceptan generalmente las decisiones del Ombudsman contra ellos incluso cuando los conflictos implican cantidades superiores a 5.000 €.

En el año 2003 el sistema de protección del ombudsman de los bancos privados recibió un total de 3.110 quejas, de las cuales 1.698 peticiones fueron admitidas. 781 quejas fueron solucionadas en favor del

cliente, 858 en favor del banco. Las quejas relacionadas con negocios de inversión fueron las más importantes (44.7 %), seguidas por casos referentes a pagos y administración de cuentas (29.4 %) y el negocio de préstamos (18.5 %). Solamente 30 casos afectaron a la Red FIN-NET, de los cuales 20 fueron quejas y 13 demandas de información.

En el año 2002 la asociación federal de las cooperativas del crédito alemán y del crédito agrícola ("Bundesverband der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken", BVR) lanzó el sistema del Ombudsman de los bancos cooperativos alemanes. Las reglas de procedimiento son similares a las respectivas del sistema privado de los bancos. Igual que sucede con los bancos privados, los intermediarios no están cubiertos. En el año 2003 el sistema reportó un total de 1.272 quejas, de las cuales 318 quejas fueron admitidas. Las quejas que afectaban a los pagos y la administra-

Como el sector bancario, la industria de seguros ha lanzado su propio sistema de ADR, el Ombudsman del seguro.

ción de las cuentas fueron las predominantes (28.0%), seguidas por los negocios de inversión (27.0%) y el negocio de préstamos (21.5%).

Las asociaciones regionales de cajas de ahorro y de giro tienen sus propios sistemas de arbitraje. Las reglas procesales respectivas varían dependiendo de los sistemas individuales, pero son similares a

las reglas del sistema privado de los bancos. Hasta ahora no hay informe anual sobre ello disponible.

Como el sector bancario, la industria de seguros ha lanzado su propio sistema de ADR, el Ombudsman del seguro. El sistema cubre los contratos de seguro y los corredores de seguro o los agentes de

Las decisiones hasta una cantidad de 5.000 euros son obligatorias para la compañía de seguros implicada.

compañías participadas. El esquema es gratuito para los clientes. Las quejas son admisibles hasta una cantidad de 50.000€. Las decisiones hasta una cantidad de 5.000€ son obligatorias para la compañía de seguros implicada. Las decisiones entre 5.000€ y 50.000€ son recomendaciones que no son vinculantes para ninguna de las partes.

C). Problemas de los consumidores en la práctica actual y propuestas de modificación.

Según lo señalado anteriormente, la política alemana ha alcanzado ya en teoría un nivel relativamente alto de acceso a la justicia para todos. Hay una gran cantidad de sistemas de ADR en Alemania creados por proveedores privados. Una excepción son los bancos que negocian seguridades y las compañías de inversión alemanas. Por el lado contrario los bancos y las compañías de seguros no han establecido todavía un sistema de ADR.

En contraste con la variedad de sistemas hay una carencia de información referente a estas ofertas en el lado de los consumidores, especialmente por lo que se refiere a los servicios financieros transfronterizos. Como resultado de esta falta de información hay una falta de utilización de los sistemas de ADR. Por lo tanto las disposiciones sobre acceso a la información para los consumidores son obligatorias, sobre todo en lo concerniente a la información referente al acceso a la justicia. Un ejemplo de la dificultad de conseguir información sobre los sistemas de ADR sería la Caja de ahorros de Hamburgo: en octubre de 2004 no es posible obtener información sobre las reglas de procedimiento de los sistemas vía Internet. Por lo tanto los di-

Hay una carencia de información referente a estas ofertas en el lado de los consumidores.

ferentes sistemas de ADR deberían obligarse a poner allí las reglas de procedimiento respectivas fácilmente a disposición el público. La misma obligación debería aplicarse para divulgar los resultados de las quejas de ADR.

Haciendo frente al gran número de sistemas de los diversos estados federales debería tomarse en consideración establecer puntos de información locales donde la información sobre ADR se recogiese en Alemania, no solamente respecto a los servicios transfronterizos. Las ADR en Alemania se caracterizan por ser un mercado no transparente.

Las asociaciones regionales de consumidores existentes proporcionan ya la información sobre cómo acceder a la justicia incluyendo los sistemas de ADR.

Las asociaciones regionales de consumidores existentes proporcionan ya la información sobre cómo acceder a la justicia incluyendo los sistemas de ADR, pero los medios financieros son a menudo insuficientes.

Mientras que las asociaciones de consumidores privadas en Alemania tengan que ser financiadas en gran parte con fondos públicos para llevar a cabo actividades de interés general la situación apenas cambiará. Un nuevo concepto de acciones de grupo, ampliado con la posibilidad de asignación de una demanda podría ayudar a mejorar la situación. Por lo tanto la doctrina alemana de daños siendo una carga para el individuo para ser compensado se debe tomar en consideración.

En casos importantes las organizaciones de menor importancia deberían tener el derecho de presentar una demanda para obtener la compensación de daños. Un incremento de dinero de tal manera se podría utilizar para levantar los presupuestos de las organizaciones de consumidores para permitirles proveer a los consumidores la información.

En cuanto a la información, todavía hay una falta de educación relacionada con las ADR en Alemania. Aunque la ley

para reformar los estudios de derecho ("Gesetz zur Reform der Juristenausbildung), de 2002, prevé reglas referentes a retórica, mediación, arbitraje, habilidades de comunicación y negociación, sigue siendo un necesario poner estas provisiones en práctica.

ITALIA.

La legislación italiana prevé diversos tipos de resolución de conflictos. En líneas muy generales pueden describirse del siguiente modo:

- a. acuerdos amistosos, conforme a lo dispuesto en el artículo 1965 del Código civil;
- b. mediación: cuando las partes recurren a un tercero independiente para resolver su conflicto y para alcanzar un acuerdo;
- c. conciliación judicial o extrajudicial (conforme a lo dispuesto en los artículos 183, 320 y 322 del Código de enjuiciamiento civil);
- d. arbitraje como medio de resolución de conflictos alternativo a una decisión judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 806 del Código de enjuiciamiento civil.

Entre las formas de conciliación no contenciosas están las que adoptan una forma más espontánea, no regulada por el Estado. Los ejemplos de esto son los Consejos de conciliación y ar-

bitraje de Telecom Italia y el *Ombudsman* bancario.

Otras formas de conciliación no contenciosas están previstas por leyes especiales:

- Ley n° 580, de 29 de diciembre de 1993, relativa a la creación de comisiones de arbitraje y conciliación en las Cámaras de Comercio;
- Ley n° 192, de 18 de junio de 1998, en materia de conciliación y arbitraje en conflictos de subcontratación de actividades productivas;

Las formas de conciliación judicial se establecen en (Más relacionadas con el ámbito del consumo, Artículo 185 del Código de enjuiciamiento civil italiano:

El Artículo 185 del Código de Enjuiciamiento civil italiano: prevé un intento opcional de conciliación que puede renovarse en el transcurso del procedimiento judicial.

prevé un intento opcional de conciliación que puede renovarse en el transcurso del procedimiento judicial (puede intentarlo el juez en la primera comparecencia de las partes «cuando la naturaleza del asunto lo permita», artículo 183 del Código de enjuiciamiento civil). Al intentar conciliar a las partes el juez no debe en modo alguno condicionar la voluntad de las mismas, ni adelantar su propia opinión, sino simplemente plantear a las par-

tes la posibilidad de llegar a un acuerdo sin desempeñar un papel activo (para salvaguardar su propia posición como tercero imparcial). Si se alcanza la transacción, las partes firman un acta de conciliación ante el juez. Esta acta constituye un título ejecutivo y determina el archivo del asunto.

- Artículo 447 *bis* del Código de enjuiciamiento civil: prevé un intento de conciliación en los conflictos de alquiler.
- Ley n° 1766 de 1927: prevé un intento de conciliación en materia de Derecho consuetudinario.

Las formas de conciliación descritas son aplicables a la resolución de conflictos en todas las situaciones citadas.

En las formas de conciliación no contenciosas la asistencia letrada es opcional y no obligatoria, las costas son reducidas y no se puede obtener asistencia jurídica gratuita, y el acuerdo alcanzado puede ejecutarse inmediatamente.

En las formas de conciliación contenciosa, no obstante, es obligatoria la asistencia letrada y si la parte obtiene asistencia jurídica gratuita para el proceso se le concede también para la fase de conciliación.

Puede confiarse en que los organismos de conciliación generalmente respetan el principio de confidencialidad, principio al que tienen que atenerse conforme a la legislación italiana sobre protección de la intimidad.

Las partes pueden prever en un contrato estipulado por ellas mismas el recurso a la conciliación antes de acudir a los tribunales.

Las partes pueden prever en un contrato estipulado por ellas mismas el recurso a la conciliación antes de acudir a los tribunales.

Estas cláusulas no pueden, empero, impedir el recurso a la autoridades judiciales ordinarias.

El acuerdo mediante el que las partes resuelven su conflicto tras la conciliación es vinculante para ellas. Si no se cumple de forma voluntaria, puede ser objeto de ejecución forzosa.

Conflictos entre consumidores y empresas.

En Italia no existe una ley general de protección de los consumidores, sino mucha normativa específica sobre cada concreto ámbito. Así, por ejemplo, el Decreto n.º 124, de 24 de mayo de 1988, que incorpora la Directiva 85/374/CEE, de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos; La Ley n.º 126, de 10 de abril de 1991, de normas sobre la información del consumidor; el Decreto legislativo n.º 74, de 25 de enero de 1992, que incorpora la Directiva 84/450/CEE, sobre publicidad engañosa; los arts. 121 a 126 del Testo Unico en materia bancaria y crediticia, aprobado por el Decreto legislativo n.º 385, de 1 de septiembre de 1993, que incorpora la Directiva 87/102/CEE, de

crédito al consumo; el Decreto legislativo n.º 111, de 17 de marzo de 1995, que incorpora la Directiva 90/314/CEE, de viajes combinados; el Decreto legislativo n.º 115, de 17 de marzo de 1995, que incorpora la Directiva 92/59/CEE, relativa a la seguridad general de los productos; el Decreto legislativo n.º 50, de 15 de enero de 1992, que incorpora la Directiva 85/577/CEE, de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; y la Ley n.º 281, de 30 de julio de 1998, de disciplina de los derechos de los consumidores y usuarios.

INGLATERRA Y GALES.

En Inglaterra y Gales, los consumidores que se enfrentan a un conflicto no resuelto sobre bienes o servicios pueden optar por seguir diferentes vías de reclamación. La forma de resolver una reclamación antes de que se convierta en un litigio consiste en contactar con la empresa o el negocio directamente. Los *trading standards departments* (departamentos de inspección del comercio) y los *Citizens Advice Bureaux* (centros de asesoramiento al ciudadano) ofrecen muchas posibilidades de ayuda y asesoramiento. Algunos sectores

Algunos sectores disponen de sistemas eficaces para tratar las quejas a través de un regulador, con funciones de ejecución, o de un consejo sectorial de consumidores.

disponen de sistemas eficaces para tratar las quejas a través de un regulador, con funciones de ejecución, o de un consejo sectorial

de consumidores, que carece de tales funciones. Muchos conflictos de consumidores se solucionan directamente con el comerciante o la empresa afectada. A menudo, los consumidores tienen que seguir el procedimiento de reclamación previsto por el comerciante, cuando existe, antes de recurrir a otra modalidad de solución del conflicto.

Los sitios web que ofrecen información y asesoramiento a los consumidores van desde los sitios oficiales como el *Consumer Gateway* del Ministerio de Comercio e Industria a sitios independientes cuya misión consiste en ayudar al consumidor a solucionar sus problemas. En el sitio Web creado por el Ministerio de Comercio e Industria, la administración local, el *Local Authorities Coordinating Office on Regulatory Services*, LACORS (Oficina de coordinación de las autoridades locales responsables de los servicios de regulación) y el *Trading Standards Institute* (Instituto de normas comerciales), el consumidor puede presentar una reclamación en el *local trading standards department* (servicio de normas comerciales local).

A). Modalidades de solución de conflictos en Inglaterra y Gales:

- **Defensores del pueblo** (*Ombudsmen*)

La función del defensor del pueblo es tratar las quejas de los ciudadanos en relación con algunos organismos públicos o servicios del sector privado. La mayoría de los defensores del pueblo reconocidos se rigen por ley. Otros son sistemas voluntarios no regulados legalmente y creados a iniciativa de los diferentes servicios.

- **Reguladores** (*Regulators*)

Un regulador es un órgano creado por ley, pero que actúa con independencia del gobierno y tiene una o más de las siguientes funciones: inspección, remisión, asesoramiento a terceros, concesión de licencias, acreditación y ejecución.

- **Arbitraje** (*Arbitration*)

El arbitraje es en muchos sentidos una alternativa a los tribunales de justicia, ya que se utiliza para, por ejemplo, publicar documentos y pruebas, tal como hacen los tribunales. La diferencia principal es que el arbitraje es un procedimiento más privado que público.

- **Mediación** (*Mediation*)

La mediación cada vez se emplea más en asuntos comerciales, de daños corporales y negligencias médicas. La mediación ofrece a la parte o partes en litigio la posibilidad de llegar a un acuerdo con la ayuda de un tercero independiente, el árbitro, sin pasar por los tribunales de justicia.

- **Evaluación imparcial** (*Neutral Evaluation*)

La evaluación imparcial consiste en que un tercero imparcial presenta un dictamen no vinculante sobre el fondo del asunto.

- **Conciliación** (*Conciliation*)

La conciliación es similar a la mediación, pero el tercero (conciliador) tiene un papel más intervencionista.

• **Peritaje** (*Expert Determination*)

El peritaje consiste en acudir a un experto independiente para que decida sobre el asunto

• **Investigación imparcial** (*Neutral Fact Finding*)

La investigación imparcial se emplea en casos de complejidad técnica en los que un experto independiente investiga los hechos del asunto y emite un dictamen no vinculante sobre el fondo del litigio.

• **Mediación y arbitraje** (*Mediation and Arbitration*)

La mediación y el arbitraje (la llamada *Med-Arb*) se produce cuando las partes aceptan la mediación, pero solicitan un arbitraje si ésta no da resultados.

protección específica. El legislador desea una relación equilibrada entre el empresario, presunto fuerte y el consumidor, presunto débil.

En el momento de la conclusión del contrato, la ley procura que, primero, el consumidor tenga una buena información sobre sus derechos y obligaciones así como sobre el producto o el servicio que se le propone.

Por ejemplo, la ley prohíbe la publicidad engañosa y reglamenta la publicidad comparativa. Pero, la información que resulta de la publicidad es una información subjetiva destinada a hacer vender. En cuanto a la información objetiva, desde una ley de 1992, cada vendedor profesional o prestatario de servicios debe procurar, antes de la conclusión del contrato, que el consumidor conozca las características esenciales del producto o del servicio. Este texto no hacía más que confirmar la jurisprudencia.

En unos casos, como los del contrato de crédito al consumo, de venta a domicilio o de multipropiedad, la ley impone menciones obligatorias en el contrato que, en consecuencia, tiene que ser escrito. Así el contrato de crédito debe mencionar, entre otras cosas, el coste total del crédito, el importe de los reintegros mensuales y otras características del contrato. La sanción del no-acatamiento de estas exigencias es, para el banquero o el organismo de crédito, la privación del derecho a los intereses.

Todavía en cuanto a la formación del contrato, la ley francesa vela por el consentimiento consciente del consumidor. En va-

FRANCIA.

A). El contenido de la protección.

La protección a los consumidores se pone de manifiesto en dos sectores. En primer lugar, se protege la salud y la seguridad corporal de los consumidores. En segundo lugar, se trata de la protección de sus intereses económicos.

B). Protección de los intereses económicos.

En este ámbito, es esencialmente como contratante, que el consumidor goza de una

rios contratos, este goza de un tiempo para reflexionar o de una facultad de desistimiento.

Así, en el crédito para la adquisición de un inmueble, la oferta del prestamista profesional no puede ser aceptada antes del vencimiento de un plazo de diez días a partir del momento de la recepción de dicha oferta. Pero, los derechos de desistimiento son más frecuentes. A menudo son de siete días como, por ejemplo, en la venta a distancia o a domicilio, en el crédito mobiliario al consumo; Es decir que, en esos últimos casos, después de la conclusión formal del contrato, el consumidor puede, propio motu, de manera enteramente discrecional y gratuita, retractarse durante este plazo.

Además, siguiendo a la jurisprudencia, la ley impone que los contratos concertados entre profesionales y consumidores sean redactados y presentados de manera clara y comprensible. Las sanciones de tal obligación son diversas. En principio, las cláusulas ilegibles son inoponibles al consumidor, mientras que las oscuras o ambiguas tienen que ser interpretadas a su favor, a menos que sean juzgadas abusivas.

Existe también una protección del consumidor en lo referente al contenido del contrato. Es necesario precisamente mencionar con relación a ello el dispositivo de lucha contra las cláusulas abusivas.

A partir de una ley de 10 de enero de 1978, modificada el 1 de febrero de 1995(16), en las relaciones contractuales entre profesionales y consumidores, las

cláusulas abusivas (se entienden como no escritas) son aquellas que tienen por objeto o por efecto crear un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor.

Sobre el fundamento de esta definición muy general, el juez puede, a petición del consumidor afectado o a iniciativa de una asociación representativa de consumidores, anular las cláusulas litigiosas. Por ejemplo, los jueces anulan casi siempre las cláusulas que prevén la exoneración de responsabilidad del empresario o que otorgan a este último un derecho discrecional o que le reservan ventajas sin ninguna contrapartida para el consumidor.

Hay que destacar que, cuando una asociación inicia una acción judicial contra un profesional, este procedimiento tiende a la supresión de las cláusulas juzgadas abusivas de todos los modelos de contratos propuestos por este profesional a los consumidores. Además, la asociación puede obtener daños y perjuicios por la reparación de los perjuicios ocasionados al interés colectivo de los consumidores.

Finalmente, en relación al momento de la ejecución del contrato, dos dispositivos específicos merecen ser mencionados.

Primero, el empresario tiene la obligación de respetar los plazos convenidos para la entrega de la cosa comprada o la ejecución de la prestación de servicios. Si no, en los casos más graves, el consumidor podrá desistir del contrato.

Sobre todo, en segundo lugar, a partir de dos leyes, una de 31 de diciembre de 1989 y otra de 1 de agosto de 2003, existen dos procedimientos especiales en pro-

Existen dos procedimientos especiales en provecho de los consumidores de buena fe que están en la imposibilidad manifiesta de pagar sus deudas no profesionales, es decir, los deudores sobre endeudados.

vecho de los consumidores de buena fe que están en la imposibilidad manifiesta de pagar sus deudas no profesionales, es decir, los deudores sobre endeudados. En adelante, la ley distingue según la situación patrimonial del deudor. Si su situación no está «irremediamente comprometida», se aplicarán varias medidas de enderezamiento, especialmente un reescalonamiento de los pagos sobre un máximo de diez años y hasta una condonación parcial de las deudas. Si, en cambio, la situación parece «irremediamente comprometida», es decir, si dichas medidas no bastan para arreglarla, se abre el procedimiento de «*restablecimiento personal*». Se trata de un procedimiento concursal, inspirado del derecho mercantil de las quiebras, que desemboca, después de la venta de los bienes no indispensables del interesado, sobre la condonación total de sus deudas.

En Francia también existen organismos públicos y privados que se encargan, de modo concreto, de la protección a los consumidores.

Entre los públicos, se debe mencionar, primero, el Ministerio de economía a cargo de los asuntos de consumo; este Ministerio incluye una Dirección general de la competencia, del consumo y de la represión de los fraudes con algo como 4000 agentes repartidos en todo el territorio nacional. También existen varios organismos consultivos, incluyendo magistrados, representantes de los empresarios, de los consumidores y de los poderes públicos, como el Consejo Nacional de Consumo, la Comisión de las cláusulas abusivas o la Comisión de la seguridad de los consumidores. Existe también un Instituto Nacional de Consumo que desempeña una función de información y educación de los consumidores.

Las autoridades francesas han creado una estructura de solución de conflictos de consumo al margen de los órganos judiciales.

Las autoridades francesas han creado una estructura de solución de conflictos de consumo al margen de los órganos judiciales, en la dirección siguiente:

Apartado de correos 5000 - 75000 París - Francia.

Esta dirección única tiene por misión informar, orientar a los consumidores y lograr el arreglo amistoso de los litigios de consumo. A nivel departamental, pone en relación las asociaciones de consumidores, las organizaciones profesionales y la administración (la Dirección departamental de competencia, consumo y represión del fraude). El mecanismo es gratuito.

De iniciativa privada son las asociaciones de defensa de los intereses de los consumidores. Son asociaciones locales, regionales o nacionales. Estas últimas (son 18 actualmente) representan a los consumidores ante las diferentes instituciones consultivas. Pueden manejar emisiones radiofónicas o de televisión o editar revistas especializadas incluyendo, por ejemplo test comparativos de varios productos o servicios. También, pueden ejercitar acciones ante los jueces para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores. Por ejemplo, pueden pedir la cesación de prácticas ilícitas o la supresión de cláusulas abusivas o daños y perjuicios.

Sin duda, se puede mencionar la complejidad de algunas leyes nuestras como la ley acerca del sobre-endeudamiento de los particulares.

En materia de seguros, las agrupaciones de compañías de seguros han establecido cartas de mediación con arreglo a las cuales un mediador independiente emite un dictamen sobre un litigio entre el asegurado y el

En materia de seguros, las agrupaciones de compañías de seguros han establecido cartas de mediación con arreglo a las cuales un mediador independiente emite un dictamen sobre un litigio entre el asegurado y el

asegurador. Este mediador puede ser consultado por correo ordinario (es preferible la carta certificada con acuse de recibo). El

principio de contradicción se impone al mediador. En caso de fracaso de la mediación, el asunto puede someterse a los tribunales, en un plazo de dos años, a partir del hecho causante del litigio.

Direcciones útiles:

Mediación en materia de seguros: 11, calle de Rochefoucault F -75009 PARÍS

Centre de documentation et d'information de l'assurance (CDIA)

26, bulevar Haussmann F -75311 París Cedex 09

En el sector bancario, el artículo L 312-1-3 del Código monetario y financiero establece la institucionalización y extensión de la práctica del mediador bancario. El procedimiento es gratuito y el mediador debe pronunciarse en los dos meses desde la fecha en que fue consultado. Esta consulta suspende los plazos de prescripción.

PAÍSES BAJOS.

Conflictos entre consumidores y empresas

A). Tipos de conflictos que pueden ser solucionados por procedimientos extrajudiciales:

Las denuncias relacionadas con las autoridades se presentan ante el Defensor del Pueblo nacional (designado por el Parlamento). El Defensor del Pueblo nacional puede abrir una investigación, declarar la denuncia fundada o infun-

dada, emitir dictámenes no vinculantes sobre un asunto y publicar sus recomendaciones en su informe anual.

Existen otros tipos de reclamaciones (relacionadas con las empresas) de las que se ocupan los mediadores especializados, nombrados por asociaciones empresariales. El mayor de éstos (en términos de números de clientes) es el mediador para los seguros de no vida (Ombudsman Schadeverzekering). Estos mediadores intervienen en los conflictos con el objetivo inicial de lograr una solución por mutuo acuerdo. Si ello resulta imposible, facilitan un dictamen no vinculante para allanar la disputa. El proveedor acepta normalmente la decisión del mediador, debido a las relaciones que mantiene con las organizaciones comerciales.

La Comisión de arrendamientos (Huurcommissie) emite dictámenes en los conflictos relacionados con la Ley de viviendas sociales (en régimen de alquiler) (por ejemplo, con respecto a las cuestiones de mantenimiento y a los pagos o devoluciones de los gastos de calefacción o electricidad).

Los comités de reclamaciones emiten dictámenes que son vinculantes para ambas partes.

El Consejo de reclamaciones del consumidor (Stichting Geschillencommissie voor Consumentenzaken) es un organismo superior que trabaja a escala nacional y es el responsable de la creación

y funcionamiento de treinta comités de reclamaciones relacionados con sectores profesionales concretos. Los comités de reclamaciones emiten dictámenes que son vinculantes para ambas partes. Las condiciones generales de venta aplicadas por los miembros de una federación empresarial sirven de punto de partida para determinar si un comité de reclamaciones es competente para tratar una queja concreta. Este será el caso si las condiciones generales señalan que los consumidores pueden someter los conflictos con un proveedor a un comité de reclamaciones, en lugar de presentar una denuncia ante los tribunales.

B). Posibilidad de que las partes pueden también optar por resolver su conflicto ellas mismas.

Esta solución es asimismo posible con la ayuda de un mediador, que conduce las negociaciones entre las partes en calidad de tercero independiente. En el ámbito empresarial se puede recurrir a la mediación para casi todos los conflictos que quedan fuera de la competencia de los tribunales penales.

El 1 de abril de 2005 se estableció un sistema por el que los tribunales y oficinas especializados que facilitan asesoramiento jurídico, principalmente a las personas de niveles de renta inferiores (Juridische loketten), pueden remitir a las partes a un mediador. La participación de las partes en la mediación debe ser estrictamente voluntaria.

Este sistema funciona sólo para asuntos administrativos y civiles específicos (incluida la mediación en conflictos familiares).

Los Defensores del Pueblo especializados y los comités de reclamaciones aceptan solamente las quejas que entran en su esfera de competencia.

En líneas generales, hay dos tipos de conflictos que los comités de reclamaciones no pueden resolver:

Los relativos al impago de una factura basado en una reclamación sustantiva;

aquéllos en los que hay implicados fallecimiento, lesiones corporales o enfermedad.

Es evidente que los comités de reclamaciones no se ocupan de los asuntos que ya han sido sustanciados por los tribunales.

C). Obligación de recurrir a sistemas extrajudiciales por aplicación de ley o por decisión judicial.

El recurso a estos modos alternativos no es obligatorio ni por ley ni en virtud de una decisión judicial. Las partes acuerdan entre sí acudir al arbitraje en lugar de llevar el asunto ante los tribunales.

D). Regulación de los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos.

El arbitraje se regula en los artículos 1020 a 1076 de la Ley de enjuiciamiento civil (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) y en el Convenio de Nueva York.

No existe otra base jurídica concreta para el resto de los procedimientos extrajudiciales. Sin embargo, si un comité de reclamaciones desea actuar bajo los auspicios del organismo superior correspondiente para la defensa del consumidor, tiene que ser reconocido por el Ministerio de Justicia. Para obtener el reconocimiento necesario a estos fines, el comité debe cumplir determinados criterios establecidos por el ministerio.

La Ley del Defensor del Pueblo nacional es el fundamento jurídico de esta figura.

E). Inclusión y obligatoriedad de cláusulas contractuales de sometimiento a sistemas extrajudiciales.

Las partes pueden acordar acudir al arbitraje en lugar de llevar el conflicto ante los tribunales. Los órganos jurisdiccionales no son competentes para conocer de un asunto cuando se ha celebrado un acuerdo de arbitraje con arreglo al artículo 1022 de la Ley de enjuiciamiento civil.

Las condiciones generales de venta aplicadas por los miembros de una federación empresarial sirven de base para determinar si un comité de reclamaciones es competente para tratar una queja concreta; de ser así, las quejas deben presentarse ante ese comité de reclamaciones. En este caso, las condiciones generales prevén que los consumidores presenten sus reclamaciones ante un comité en lugar de acudir a los tribunales. Estas disposiciones son vinculantes para ambas partes, aunque el consumidor tiene un mes para optar por someter el asunto al órgano jurisdiccional competente.

Dado que la mediación es un instrumento relativamente nuevo, la experiencia con estas disposiciones contractuales es pequeña. No obstante este tipo de cláusulas no afectan a la jurisdicción de los tribunales en los asuntos de que se trate.

F). Garantía en la confidencialidad de las negociaciones entre las partes.

En los Países Bajos no hay ninguna obligación legal de confidencialidad en relación con la información relativa a modalidades alternativas o a la mediación. La exigencia de confidencialidad debe incluirse en el contrato. El acuerdo de mediación que se suele firmar al principio de esta contiene una disposición a estos efectos. El acuerdo tipo del Instituto holandés de mediación (Nederlands Mediationinstituut) sostiene que el deber de confidencialidad acordado entre las partes constituye un acuerdo de prueba en el sentido

En los procedimientos ante un comité de reclamaciones, el coste de contratar a un abogado es probablemente desproporcionado en relación con la importancia del caso.

que establece la ley. Los tribunales están vinculados por los acuerdos de pruebas si se aplican de buena fe y no son incompatibles con las disposiciones legales imperativas.

G). Asistencia jurídica y papel del abogado en el proceso extrajudicial.

En todos los procedimientos de solución alternativa de conflictos, las partes pueden contar con la asistencia de un abogado, aun-

que ello no es obligatorio. En el caso del arbitraje, el papel del abogado es más o menos el mismo que en un proceso judicial normal. En los procedimientos ante un comité de reclamaciones, el coste de contratar a un abogado es probablemente desproporcionado en relación con la importancia del caso. Las partes pueden optar por la representación en los asuntos de mediación. Todavía se sigue discutiendo el papel de los abogados en la mediación.

H). Posibilidad de emplear mecanismos a distancia en sistemas extrajudiciales.

Los sistemas electrónicos pueden ser utilizados en determinados procesos pero no están muy extendidos.

I). Coste de los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos.

Los costes de los procedimientos de arbitraje varían en función del comité de arbitraje.

El Instituto de Arbitraje de los Países Bajos (Nederlands Arbitrage Instituut) (NAI) es el principal prestatario de servicios en este ámbito.

Los procedimientos ante el Defensor del Pueblo son gratuitos.

Los comités de reclamaciones piden una aportación a tanto alzado. La cantidad fluctúa entre los 27 y los 113 euros, en función del importe que se cobra por el producto o el servicio en cuestión, e incluye los costes de cual-

quier informe pericial. Cuando un comité de reclamaciones decide en favor del consumidor, el proveedor deberá abonar a aquel la aportación que este haya pagado al comité.

En la mediación, se estima que las partes corren con los gastos. Una excepción a esta regla es la aportación a los costes de mediación para las personas menos capaces e incapacitadas. Además, hay un incentivo económico (limitado) de 200 euros para

Además, hay un incentivo económico (limitado) de 200 euros para animar a las partes a aceptar la sugerencia del tribunal y a acudir a la mediación.

animar a las partes a aceptar la sugerencia del tribunal y a acudir a la mediación; esta ayuda puede solicitarse en todos los casos de mediación y se otorga en la fase previa al procedimiento. Se trata de un importe a tanto alzado que se paga directamente al mediador, con independencia de los recursos económicos de las partes.

J). Posibilidad de acudir a los tribunales cuando fracasa el sistema extrajudicial y vinculación con plazos judiciales.

Los comités de reclamaciones adoptan decisiones que son vinculantes para ambas partes. Estas decisiones no pueden recurrirse. La única forma en la que pueden impugnarse es denunciándolas ante los tribunales en un plazo de dos meses desde la fecha en que fueron adoptadas. Sin em-

bargo, el margen de los tribunales para evaluar estas decisiones es escaso. Los tribunales sólo pueden invalidar un dictamen vinculante cuando puede sostenerse de manera suficiente y razonable que es inadmisible en cuanto al fondo o por la forma en que se emitió, dadas las circunstancias de que se trate. En consecuencia, los tribunales pueden anular la decisión de un comité de reclamaciones solamente si este no ha aplicado los principios fundamentales de Derecho procesal, tal como el derecho a una audiencia justa. El Código civil también contiene disposiciones que suspenden el plazo de prescripción de una demanda cuando se inicia un procedimiento con vistas a obtener un dictamen vinculante (artículo 3.316, apartado 3, del Código civil).

Si las partes no llegan a alcanzar un acuerdo amistoso vía la mediación, el conflicto puede aún llevarse ante los tribunales. La mediación no tiene ningún impacto en el plazo de prescripción. Este no queda suspendido por el hecho de que dé comienzo un procedimiento de mediación.

K). Vinculación de la resolución en sistemas extrajudiciales.

El resultado de un procedimiento puede ejecutarse de la misma forma que una sentencia dictada con arreglo al Derecho nacional.

Los comités de reclamaciones adoptan decisiones que son vinculantes para ambas partes. Estas decisiones no pueden recurrirse. La única forma en la que pueden impugnarse es denunciándolas ante los tribunales en un plazo de dos meses desde la fecha en que fueron adoptadas. Sin em-

bargo, el margen de los tribunales para evaluar estas decisiones es escaso. Los tribunales sólo pueden invalidar un dictamen vinculante cuando puede sostenerse de manera suficiente y razonable que es inadmisibles en cuanto al fondo o por la forma en que se emitió, dadas las circunstancias de que se trate. En consecuencia, los tribunales pueden

Los tribunales pueden anular la decisión de un comité de reclamaciones solamente si este no ha aplicado los principios fundamentales de Derecho procesal.

anular la decisión de un comité de reclamaciones solamente si este no ha aplicado los principios fundamentales de Derecho procesal, como el derecho a una audiencia justa.

Si un proveedor no acata un dictamen vinculante, la asociación empresarial se ocupa de que sus miembros actúen de conformidad con ese dictamen. De esta forma, la asociación empresarial asume la obligación impuesta a uno de sus miembros por el comité de reclamaciones siempre que aquel no cumpla sus compromisos voluntariamente y no denuncie el dictamen vinculante ante los tribunales en el plazo de dos meses con el fin de oponerse al mismo. Así se garantiza la ejecución de las decisiones de los comités de reclamaciones. Las decisiones del Defensor del Pueblo no son vinculantes.

Los acuerdos alcanzados vía la mediación no tienen el mismo valor que una decisión definitiva. Se trata simplemente de acuerdos en el sentido del artículo 900, libro

7, del Código civil. En los Países Bajos, las partes pueden confirmar su acuerdo a través de una escritura notarial. De esta manera el acuerdo puede ejecutarse, como ocurre con las sentencias de los tribunales dictadas de conformidad con el Derecho nacional. Si un tribunal remite un asunto a mediación y se alcanza un acuerdo, este puede ser confirmado por sentencia judicial.

Ya que los acuerdos extrajudiciales de resolución de conflictos constituyen una alternativa a las decisiones dictadas habitualmente por los tribunales, no es posible recurrirlos ante los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, tanto durante como después de alcanzado el acuerdo mediante los métodos de resolución alternativa, el conflicto de que se trate puede siempre llevarse ante los tribunales.

AUSTRIA.

En términos generales se distingue entre los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos que están **legalmente institucionalizados** y los que existen de una **forma no establecida por la ley**.

Entre los **métodos de resolución de conflictos previstos por la ley** se encuentran los «**acuerdos pretorianos**» (*prätörischen Vergleiche*). Estos se alcanzan con la participación y colaboración de los tribunales pero no constituyen una resolución judicial. Según establece la Ley de enjuiciamiento civil austriaca (ZPO), el acuerdo pretoriano resuelve una disputa concreta, es decir, un conflicto ya existente previamente, que se allana con la

ayuda del tribunal solicitada por una parte para que se pueda llegar a un arreglo amistoso con el asesoramiento y el concurso del juez.

Otra posibilidad de resolución extrajudicial de conflictos es el otorgamiento de un documento notarial de carácter ejecutivo. Además en este contexto cabe destacar la mediación de los colegios profesionales como los de abogados, notarios, médicos e ingenieros civiles en conflictos entre miembros de los mismos o entre miembros y clientes. Junto a estos métodos establecidos por la ley existen, sobre todo en el ámbito de las cuestiones relacionadas con los consumidores, formas de resolución o de prevención de conflicto no recogidas en disposiciones legales. Entre ellas se encuentran los servicios informales de reclamaciones de corporaciones de gremios y asociaciones profesionales, los comités de conciliación de las cámaras de comercio, las comisiones de conciliación con participación de la Asociación de información de los consumidores, un órgano de arbitraje para asuntos de responsabilidad médica y otros similares.

Además para reclamaciones relacionadas con el «Forumshopping» de Internet, así como sobre conciliación de conflictos, existe un «defensor del pueblo de Internet» («*Internet-Ombudsman*»), cuyos servicios pueden solicitarse abonándose como miembro (la cotización de miembro asciende en la actualidad a 25 euros al año).

A). *Tribunales de arbitraje.*

Las disposiciones de la Ley de enjuiciamiento civil (ZPO) sobre los procedimien-

tos de arbitraje, es decir, los artículos 577 a 618, se aplican a todos los procedimientos de arbitraje cuando la sede del tribunal correspondiente se encuentre en territorio austriaco. La ZPO no distingue entre procedimientos meramente nacionales e internacionales ni entre conflictos de Derecho mercantil y otros asuntos sino que prevé un procedimiento de arbitraje de carácter general. Hay además disposiciones especiales para grupos que precisan una particular protección, como son los consumidores y los trabajadores.

Pueden ser objeto de un convenio arbitral todas las reclamaciones de Derecho patrimonial de que conocen los tribunales ordinarios. Las reclamaciones que no se refieren exclusivamente a Derecho patrimonial pueden someterse al procedimiento arbitral si las partes son capaces de llegar a

El tribunal de arbitraje sólo es competente previo acuerdo entre las partes.

un arreglo. Sin embargo no es posible dirimir ante un tribunal de arbitraje las reclamaciones de determinados ámbitos jurídicos, como son el Derecho de familia y los asuntos relacionados con la vivienda.

El tribunal de arbitraje sólo es competente previo acuerdo entre las partes. El convenio arbitral debe referirse a un conflicto jurídico concreto o a conflictos que puedan surgir en el futuro en una relación jurídica determinada.

Las partes tienen una amplia autonomía en cuanto al desarrollo del procedimiento.

Se deja a su libre arbitrio la regulación de mismo a través de normas decididas por ellas mismas o de la remisión a reglamentaciones concretas, siempre y cuando no se contravengan disposiciones obligatorias. Entre estas últimas se encuentra, por ejemplo, el principio de que las partes actúen de manera leal y que todas sean oídas. Tampoco puede vulnerarse el derecho de las partes a ser representadas con plenos poderes por una persona de su elección.

Por regla general, el procedimiento de arbitraje se termina con un laudo arbitral. Este tiene los mismos cometidos y efectos que una resolución de los tribunales ordinarios. El laudo surte efectos jurídicos una vez que se ha notificado a las partes y es eventualmente ejecutable transcurrido un cierto plazo. El laudo constituye un título ejecutivo sobre cuya base puede autorizarse la ejecución forzosa.

Los tribunales ordinarios pueden anular el laudo, previo recurso de anulación, por determinados motivos que se especifican en la ZPO y son inalienables (entre ellos se encuentran la violación del derecho a ser oído, la ausencia de capacidad arbitral subjetiva, la violación de normas de procedimiento obligatorias y de normas procesales de orden público y la contravención relativa a la capacidad arbitral objetiva o a las normas materiales de orden público).

B). Procedimientos de conciliación en materia de arrendamientos.

En el caso de determinados conflictos previstos en la Ley de arrendamientos (*Mietrechtsgesetz*), la Ley del régimen de utilidad

pública de la vivienda (*Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz*) y la Ley de la propiedad inmobiliaria de 2002 (*Wohnungseigentumsgesetz*), que se dirimen ante los tribunales en un procedimiento al margen del relativo al asunto principal, debe celebrarse, antes de acudir a los jueces, un procedimiento de conciliación en el ayuntamiento, cuando el municipio en el que se encuentre el inmueble de alquiler disponga de un órgano de conciliación a estos efectos. Actualmente este órgano existe en los ayuntamientos de Graz, Innsbruck, Klagenfurt, Leoben, Linz, Mürzzuschlag, Neunkirchen, Salzburgo, St. Pölten, Stockerau y Viena.

Con arreglo a las normas sobre arrendamientos se trata, por ejemplo, de procedimientos sobre la realización de obras de mantenimiento o mejora, sobre la cuantía de los alquileres o el reparto de los gastos generales.

Para estos asuntos es obligatorio acudir al órgano de conciliación, si el inmueble se encuentra en uno de los ayuntamientos mencionados, que cuentan con esta posibilidad. En estas circunstancias, sólo se ejercerá una acción ante los tribunales cuando el conflicto haya sido llevado ante el órgano de conciliación y este ya haya decidido o no haya alcanzado una decisión en el plazo de tres meses.

Por lo que respecta a la confidencialidad de los trámites ante los órganos de conciliación, hay que señalar que en general no son públicos. Sólo las partes tienen derecho de acceso al expediente. Además se excluyen de este acceso algunos documentos cuyo examen pudiera perjudicar los intereses legítimos.

mos de alguna de las partes o de terceros, poner en peligro la labor de las autoridades o menoscabar la finalidad del procedimiento.

No es necesario, aunque sí posible, estar representado por un abogado.

Las peticiones, ruegos, avisos, reclamaciones y otras comunicaciones dirigidas al órgano de conciliación pueden efectuarse, siempre que existan los medios para ello, mediante telegrama, fax, o por transmisión electrónica de datos. Asimismo las solicitudes pueden enviarse electrónicamente cuando los órganos de conciliación dispongan de los sistemas adecuados.

En la mayoría de los casos hay que celebrar un trámite oral en el que, en interés de un arreglo amistoso del conflicto, las partes deberían comparecer personalmente (y no, por ejemplo, hacerse representar por un abogado). Este trámite no suele ser un problema porque el procedimiento de conciliación tiene lugar en el municipio donde está situado el bien inmueble.

El procedimiento de conciliación para asuntos de arrendamientos es gratuito.

Cuando el intento de un arreglo amistoso del conflicto no prospera, el órgano de conciliación debe decidir sobre la solicitud. Si una parte no está satisfecha con la decisión del órgano puede, en el plazo de cuatro semanas desde la notificación de aquélla, llevar el asunto ante los tribunales. Cuando se ejercita una acción ante los tribunales, la decisión del órgano de conciliación pierde su eficacia. Además, cada una de las partes puede diri-

girse a los tribunales cuando el procedimiento de conciliación no se ha concluido en el plazo de tres meses. Una vez iniciado este trámite en buena y debida forma, el órgano de conciliación debe archivar el procedimiento.

Si transcurridas cuatro semanas de la notificación de la decisión de conciliación, ninguna de las partes ha recurrido a los tribunales, la decisión se considera definitiva y constituye un título ejecutivo. No podrá volver a acudir a los tribunales para dirimir esta cuestión de arrendamientos; a partir de ahora entran en juego los recursos e instrumentos jurídicos previstos en materia de ejecución.

C). Órganos de conciliación para asuntos relacionados con las telecomunicaciones.

Su objeto son los conflictos relacionados con los servicios de comunicaciones. Principalmente se trata de conflictos sobre liquidación de cuentas o costes. Pero también pueden dirimirse en este procedimiento quejas relativas a la calidad de los servicios que se ofrecen. Pueden presentar reclamaciones tanto los consumidores como asociaciones de afectados. El procedimiento de conciliación no es obligatorio.

La participación es voluntaria para todos los interesados y las negociaciones pueden interrumpirse en cualquier momento sin necesidad de justificación.

Los detalles del procedimiento se encuentran en la Ley de telecomunicaciones (*Telekommunikationsgesetz*) (TKG 2003). Su artículo 122 establece que la autoridad reguladora ha previsto directrices para la aplicación del procedimiento de resolución de conflictos. Se recurre a la resolución extrajudicial de conflictos mediante la presentación de una solicitud escrita de todos los interesados dirigida al órgano de conciliación (RTR-GmbH) cuando se han agotado las demás vías para la solución de las divergencias. La participación es voluntaria para todos los interesados y las negociaciones pueden interrumpirse en cualquier momento sin necesidad de justificación.

Los reclamantes pueden hacerse representar por un abogado o una persona de confianza en cualquier fase del procedimiento. Los proveedores de servicios de telecomunicaciones, si así se les solicita, deben nombrar una persona con plenos poderes para actuar durante el procedimiento de conciliación, negociar y llegar a una solución pactada.

La declaración de las partes y el envío de los documentos pueden hacerse por escrito o por medios electrónicos. Sobre la base de los argumentos de las partes y de los resultados de un peritaje técnico, el órgano de conciliación formula una propuesta de solución que las partes pueden remitirle, una vez firmada, dentro de un plazo establecido. Cuando la propuesta no se remite, el órgano de conciliación puede convocar a todos los interesados a una audiencia si lo considera oportuno y el reclamante no se opone a ello. La

recomendación del órgano de conciliación es simplemente una propuesta que no tiene carácter ejecutivo. Si ambas partes han manifestado su acuerdo por escrito puede, sin embargo, convertirse en un convenio de Derecho privado.

El procedimiento de conciliación en sí es gratuito pero cada una de las partes corre con sus gastos de representación. Si

El procedimiento de conciliación en sí es gratuito pero cada una de las partes corre con sus gastos de representación.

el reclamante no es un consumidor, el órgano de conciliación puede exigirle el reembolso de los gastos en efectivo. No está prevista ayuda alguna para sufragar los costes de procedimiento, pero en determinadas circunstancias se pueden pagar los gastos de transporte cuando se trata de consumidores.

Las partes tienen la libertad de dirigirse a los tribunales durante la conciliación o una vez terminados este procedimiento. No obstante, cuando se acude al órgano de conciliación el vencimiento de una cuenta pendiente se retrasa hasta la finalización de todo el procedimiento.

D). Oficinas de mediación locales.

Las oficinas de mediación locales son instituciones públicas constituidas a nivel local. Su tarea no consiste en dictar resoluciones sino en procurar la libre conclusión

de acuerdos en cuestiones como deudas pecuniarias, pretensiones sobre bienes muebles, disputas sobre lindes, conflictos relativos a títulos de propiedad o asuntos relacionados con el honor de las personas. Se acude a las oficinas de mediación locales de manera voluntaria.

La creación de estas oficinas es competencia de los órganos legislativos de cada Estado federado (*Land*). En la actualidad existen en seis Estados federados.

Las oficinas están integradas por personas de confianza (al menos tres) elegidas por el pleno municipal. Según las disposiciones legales, no es preciso levantar acta de las audiencias de avenimiento.

Las partes pueden comparecer personalmente en las audiencias o hacerse representar por un apoderado. No es obligatoria la representación mediante abogado. Tampoco es obligatorio en principio comparecer en las audiencias, pero las partes deben disculpar oportunamente su ausencia.

La oficina de mediación tiene que escuchar a ambas partes. El procedimiento es oral y no está previsto que pueda desarrollarse por medios electrónicos.

El procedimiento está exento de tasas.

Si las conversaciones de avenimiento fracasan puede acudir a los tribunales ordinarios. Este procedimiento no afecta a plazos de prescripción o de otro tipo.

Los acuerdos concluidos ante las oficinas de mediación locales tienen la misma

eficacia que las transacciones judiciales y son, por tanto, de aplicación en los procedimientos de ejecución ante los tribunales.

E). Tribunales de arbitraje y órganos de conciliación de los colegios de abogados.

Puede acudir con carácter voluntario a los tribunales de arbitraje y órganos de conciliación de los colegios de abogados para la resolución extrajudicial de conflictos en cuestiones de naturaleza civil, comercial, económica y de Derecho de arrendamientos.

La tramitación de un procedimiento de arbitraje o de conciliación por el tribunal u órgano correspondiente constituido en un colegio de abogados se rige por la reglamentación que este haya previsto a tal efecto. El procedimiento de conciliación no está regulado por la ley; por lo que respecta al de arbitraje, pueden verse los detalles expuestos en el apartado.

Los acuerdos contractuales que prevean que debe intentarse la resolución alternativa de conflictos antes de acudir a los tribunales son vinculantes para los procedimientos de arbitraje, pero no para los de conciliación.

Está establecido que sean abogados quienes actúen como árbitros o conciliadores en los procedimientos correspondientes de los tribunales de arbitraje y órganos de conciliación de los colegios de abogados. Los conciliadores y árbitros desempeñan su función con total independencia e imparcialidad, según su leal saber y entender y con el debido respeto de las obligaciones

que les impone su código deontológico. Están obligados a guardar secreto sobre todo lo que llegue a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones y tienen que declarar cualesquiera circunstancias que pudieran afectar a su independencia o imparcialidad frente a las partes.

La ley no impone la intervención de un abogado como representante o asesor en estos procedimientos, pero está, naturalmente, admitida. No se prevé la concesión de ayudas para gastos de procedimiento.

Los costes de desarrollo del procedimiento ante un órgano de conciliación y los honorarios de un conciliador se rigen por las tasas fijadas en la lista correspondiente por el colegio de abogados de que se trate. En principio cada una de las partes corre con sus propios gastos (por ejemplo, tasas de la conciliación, gastos de representación y asesoramiento y costes de traducción e interpretación). Las partes pueden, si lo desean, llegar a un acuerdo entre ellas sobre el reparto de los gastos.

Los costes del desarrollo del procedimiento ante un tribunal de arbitraje y la remuneración del juez árbitro o de la sala

se establecen en función de las tasas de arbitraje. Los colegios de abogados prevén en su reglamentación del arbitraje una lista de costes en función de la cuantía del litigio. El reembolso de los costes se determina en función de quien gane, salvo si se ha previsto otra cosa en el contrato de arbitraje o en la cláusula de compromiso.

En los procedimientos de conciliación ante un órgano constituido en un colegio de abogados austriaco las partes concluyen un acuerdo de cuyo resultado el conciliador puede levantar acta a petición de aquellas. Este acuerdo es vinculante pero no tiene carácter ejecutivo. Su contenido ha de hacerse valer ante un tribunal estatal o ante un tribunal de arbitraje. Además, la ejecución puede solicitarse a través del procedimiento ordinario de ejecución.

El laudo arbitral dictado por un tribunal de arbitraje de un colegio de abogados austriaco es ejecutable una vez transcurrido el plazo establecido para su cumplimiento. Además la ejecución puede solicitarse a través del procedimiento ordinario de ejecución.

APRENDE

Y VENCERÁS A LOS BANCOS

educacionfinanciera.adicaeonline.es